



Biblioteka

CRIMEN

42

*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, 2018.

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

VIII deo

Tematska monografija

Urednik

Đorđe Ignjatović

Recenzenti

Prof. dr Ljupčo Arnaudovski

Prof. dr Gorazd Meško

dr Jovan Ćirić

Beograd, 2018.

SADRŽAJ

PREDGOVOR	VII
<i>Zoran Stojanović</i> ZNAČAJ I ULOGA UNIVERZALNOG PRINCIPA U KRIVIČNOM PRAVU	1
<i>Dorđe Ignjatović</i> STANDARDNA MINIMALNA PRAVILA UN ZA POSTUPANJE SA ZATVORENIM LICIMA (NELSON MANDELA PRAVILA)	21
<i>Milan Škulić</i> TEORIJSKA PODELA KRIVIČNIH DELA PROTIV POLNE SLOBODE I NJIHOVO MESTO U KRIVIČNOPRAVNOM SISTEMU SRBIJE	44
<i>Boris Begović</i> OPTIMALNI OPSEG KRIVIČNOPRAVNE ZAŠTITE: SKICA PRAVNOEKONOMSKOG PRISTUPA	89
<i>Dorđe Đorđević</i> KRIVIČNO DELO POLNOG UZNEMIRAVANJA	113
<i>Nataša Delić</i> KRIVIČNO DELO ZLOUPOTREBA SLUŽBENOG POLOŽAJA (član 359. KZ) – STANJE I PERSPEKTIVA.	123
<i>Goran P. Ilić</i> NAČELO NE BIS IN IDEM U PREKRŠAJNOM POSTUPKU	150
<i>Igor Vuković</i> PROGANJANJE KAO KRIVIČNO DELO	166
<i>Marija Karanikić Mirić</i> ODGOVORNOST PROIZVOĐAČA ZA POTENCIJALNI DEFEKT	194
<i>Biljana Simeunović-Patić</i> MALOLETNIČKO PRESTUPNIŠTVO I MLADI U MEDIJSKIM REPREZENTACIJAMA	214

Ljubinka Kovačević

RADNA EKSPLOATACIJA – ODREĐENJE POJMA, RAZGRANIČENJE
OD DRUGIH SLIČNIH POJAVA I NJIHOV MEĐUSOBNI ODNOS..... 228

Vanja Bajović

KRAĐA IDENTITETA I KRIVIČNOPРАВNA ZAŠTITA LIČNIH
PODATAKA U SAJBER OKRUŽENJU 262

Ivan Đokić

O POJMU JEDINSTVA RADNJE (DELA) U KRIVIČNOM PRAVU 277

Natalija Lukić

TRETMAN OSUĐENIKA ZAVISNIH OD PSIHOAKTIVNIH
SUPSTANCI – TEORIJSKA RAZMATRANJA..... 292

PREDGOVOR

Osmi tom kolektivne monografije počinje prilogom Zorana Stojanovića koji ukazuje na domet univerzalnog principa u krivičnom pravu čiji značaj je naročito istaknut kod sankcionisanja međunarodnih krivičnih dela. Pre svega, da bi bio primenjen, ovaj princip je limitiran dodatnim uslovima, što znači da nije neograničeno primenjiv. Posle ukazivanja na rešenja u zakonodavstvu evropskih država, dat je osvrt i na ona koja su zastupljena u našem pravu u kome ovaj teritorijalni princip važenja zakona regulišu – i to na različit način – Krivični zakonik (KZ) i Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa u postupku protiv učinilaca ratnih zločina ... (ZONDO). Stojanović smatra da je ovaj drugi izazvao niz nedoumica u teoriji i praksi i zaključuje da se u budućnosti ne može očekivati šira primena (ni ovako limitiranog) univerzalnog principa.

Autor ovog Predgovora ukazuje u svom tekstu na nova Standardna minimalna pravila UN o postupanju sa zatvorenici (Mandela pravila) ističući posebno da kad nas ona nisu ni zvanično prevedena iako sadrže niz rešenja koja na drugačiji način regulišu status i prava lica lišenih slobode u odnosu na Minimalna pravila iz 1955. Na prikaz nekih od najznačajnijih odredaba ovog međunarodnog instrumenta naslanja se analiza koliko je naše pozitivno krivično izvršno pravo usklađeno ne samo sa rešenjima, nego i sa filozofijom na kojoj počivaju Mandela pravila. Na kraju, ukazano je i na moguće zahvate koje ćemo morati da preduzmemo u našem pravu kako bismo ga prilagodili Pravidima.

Milan Škulić razmatranje problematike krivičnih dela protiv polne slobode („seksualnih delikata“) započinje izlaganjem o njihovoj kriminološkoj, viktimološkoj i kriminalističkoj dimenziji, a zatim se osvrće na istorijsku evoluciju i komparativni prikaz načina na koji su ova krivična dela regulisana u američkom i našem pravu. Tvrdi da naziv glave krivičnih dela u kojoj se nalaze ove inkriminacije ne odgovara sadržini bića nekoliko dela i da se delikti iz seksualne sfere mogu naći i u drugim glavama KZ. Istovremeno, Škulić najavljuje noveliranje inkriminacija iz ove grupe, a naročito uvođenje specifičnog oblika silovanja u vidu „nekonsensualnog seksualnog odnosa“.

U nastavku svoje ekonomske analize kriminaliteta i njegovog suzbijanja, Boris Begović govori o optimalnom opsegu krivično pravne zaštite, baveći se pre svega problematikom izmena u sistemu inkriminacija. Kao smernice pri razmatranju da li neko do sada u krivičnom pravu nesankcionisano ponašanje uvrstiti u posebni deo (inkriminalizacija) ili koje od predviđenih izostaviti iz kaznenog sistema (dekriminalizacija), Begović predlaže dve: iznos štete i njenu disperziju. Njihovom primenom možemo se približiti optimalnom nivou kaznene reakcije, naročito kroz dekriminalizaciju dela iz domena bagatelnog kriminaliteta.

Đorđe Đorđević se fokusira na novu inkriminaciju – Polno uznemiravanje koja je u naš KZ uneta Novelom iz 2016. On konstatuje da je jedina dobra okolnost s tim u vezi to što smo na taj način ispunili svoju međunarodnu obavezu u svojstvu potpisnika „Istambulske konvencije”. Skoro sve drugo je sporno – od činjenice da je pojam polnog uznemiravanja umesto u članu koji objašnjava u KZ korišćene izraze, dat u samom članu 182a. I to tako što je prepisan iz Konvencije, što je višestruko neprihvatljivo. Između ostalog i zbog toga što je teško razgraničiti ovo delo od niza ostalih čiji element bića su „povreda polnog dostojanstva”, „izazivanje straha” i „stvaranje neprijateljskog, ponižavajućeg i uvredljivog okruženja” (ma šta ovo poslednje značilo). Zahvaljujući tome, autor smatra da je u naše krivično zakonodavstvo uneta inkriminacija sporna sa stanovišta kriminalno političke opravdanosti i nužnosti.

Nataša Delić piše o krivičnom delu „Zloupotreba službenog položaja” detaljno analizirajući glavu KZ u kojoj se ono nalazi, elemente njegovog bića i odgovara pozitivno na pitanje da li njegovo vršenje može biti deo organizovanog kriminaliteta. Na kraju, bavi se i mogućom perspektivom ove inkriminacije u našem krivičnom pravu.

Na značaj poštovanja načela *Ne bis in idem* (ne dva puta istoj stvari) u prekršajnom postupku skreće nam pažnju Goran Ilić koji poštovanje ovog načela smatra osnovnim ljudskim pravom. Ukazuje i na nesaglasnost rešenja koje se nalazi u našem Ustavu i onoga koje sadrži i najnoviji Zakon o prekršajima. Očigledno, smatra Ilić, postoji potreba da se u slučajevima paralelnog vođenja prekršajnog i drugog kaznenog (krivičnog, privredno prestupovnog) postupka jasno ukaže na neodrživost ponovnog suđenja u istoj stvari.

Igor Vuković se takođe bavi jednom novim krivičnim delom – Proganjenjem iz člana 138a koje je u naš pravni sistem uvedeno Novelom iz 2016 iz istih razloga kao i Polno uznemiravanje. Posle iscrpnog prikaza načina na koji je proganjanje regulisano u uporednom zakonodavstvu, autor se osvrće na rešenje koje je izabrao naš krivični zakonodavac. Kritikuje činjenicu da ovo novo krivično delo ima elemente niza u našem pravu već kažnjivih dela, što stvara problem njihovog razgraničenja u praksi.

Marija Karanikić izlaže o odgovornosti proizvođača za proizvod sa nedostatkom koja je ustanovljena jednom presudom Evropskog suda za ljudska prava iz 2015. Njome je uvedena kategorija potencijalnog nedostatka, a time i objektivna odgovornost proizvođača medicinskih uređaja koji se ugrađuju u telo pacijenta.

Medijski sadržaji tri beogradska lista (dva tabloida i jednog većeg formata) o maloletničkom prestupništvu zaintrigirali su Biljanu Simeunović da detaljnije i sa uvidom u bogatu literaturu prouči šta su osnovne karakteristike medijske slike o navedenoj vrsti kriminaliteta. Kao i drugde u svetu, mediji – zaključuje ona – kriminalitet maloletnika predstavljaju selektivno, dramatično i senzacionalno.

U ovom Zborniku Ljubinka Kovačević piše o nepoštenom iskorišćavanju rada drugog – radnoj eksploataciji. Njime su posebno ugrožene pojedine kategorije (maloletnici, migranti i lica sa prikrivenim radnim odnosom i fleksibilnim ugovorima o radu), a u prilogu se posebna pažnja posvećuje odnosu radne eksploatacije sa jedne i trgovine ljudima, ropskog položaja i prinudnog rada, sa druge strane.

Za Vanju Bajović zaštita ličnih podataka u internet okruženju i problem krađe identiteta, teme su koje zaslužuju da budu detaljno elaborirane. Izlaže se o *modus operandi* krađe identiteta i motivima učinilaca. Uz ukazivanja na procesne probleme tokom krivičnog progona izvršilaca, iznosi se i predlog da se ličnim podacima pruži ista krivično pravna zaštita kao ona koja se daje ličnim ispravama, što ima opravdanje naročito u uslovima širenja sistema e-uprave kod nas.

Ivan Đokić bavi se na prvi pogled doktrinarnom temom – pitanjem jedinstva radnje u krivičnom pravu. Piše o pojavnim oblicima jedinstva radnje i njihovoj množini kod krivičnih dela nečinjenja i nehatnih delikata. Ova problematika, međutim ima i značajne praktične implikacije kod odmeravanja kazne za krivična dela izvršena u sticaju.

Najzad, Natalija Lukić piše o tretmanu osuđenih zavisnika od psihoaktivnih supstanci (PAS). Ova tema dobija na značaju naročito kada se zna da sve veći broj lica lišenih slobode spada u ovu kategoriju. Posle ukazivanja na četiri vrste tretmana kojima su izloženi, govori se o nedostacima u tom postupanju i načinu na koji su oni krivično pravno regulisani. Ukazuje se na kritike te regulacije i posebno osvrće na prigovor da zavodski ambijent nije adekvatan za tretman zavisnika od PAS.

Bogatstvo tema kojima se autori bave, kritički pristup i mnoštvo predloga kako da se kaznena reakcija uskladi sa stanjem u kome se naše (još uvek) tranziciono društvo nalazi – samo su neke od zajedničkih karakteristika radova sakupljenih u ovom Zborniku. Otvoren je veliki broj pitanja koja imaju i teorijski i aplikativan karakter. Čitaocima koji će u nekim budućim vremenima čitati ovu knjigu biće jasno kako se olako u poslednje dve decenije pristupalo donošenju i noveliranju propisa iz krivične materije. I to naročito u situacijama kada su se izmene vršile u cilju onoga što bi se moglo označiti kao „ispunjavanje naših međunarodno preuzetih obaveza”. Prvi korak je slanje nedovoljno kompetentnih lica na skupove na kojima se usvajaju međunarodne konvencije iz ove oblasti. Dakle, onih koja ne mogu da sagledaju kakve su posledice potpisivanja teksta dokumenta za naš pravni sistem i zemlju uopšte (zato, koliko nam je poznato, ni u jednom slučaju nisu stavili rezerve na odredbe koje ne nam odgovaraju). U postupku ratifikovanja ne konsultuju se stručnjaci, a posle tog čina anonimne komisije za izradu nacрта zakona odn. njihove izmene pribegavaju „resavskom” modelu – prepisivanju. Time se u norme našeg krivičnog prava unose deklarativne odredbe iz konvencija koje su najčešće plod aktivizma nepravnik (,,struka – humanista”), pa se događa da uvodimo inkriminacije koje su neprimenljive, narušavaju načela na kojima krivično pravo počiva ili stvaraju konfuziju u primeni jer sadrže delatnosti koje su već element bića drugih krivičnih dela.

Ono što bi još moglo da u poslednjem trenutku spreči posledice ovakve „amaterizacije” krivičnog prava – javna rasprava (koja je ranije skoro bezizuzetno pretходила usvajanju propisa iz krivične materije), sada se po pravilu izbegava. Svedoci smo usvajanja sve većeg broja „oktroisanih” propisa koji u skupštinsku proceduru ulaze bez javne rasprave. To samo po sebi i ne bi bilo toliko zlo da su dobro napisani. No, da su takvi, ne bi se krili od naučne i stručne javnosti koja se na ovaj način dovodi pred svršen čin.

Pomenuti trendovi i mnoštvo otvorenih pitanja od kojih je na neke ukazano i u ovoj kolektivnoj monografiji još više nas uveravaju da smo pre devet godina na konkursu Ministarstva nauke dobro odabrali temu projekta („Kaznena reakcija u Srbiji”). U međuvremenu, ona nije ni malo izgubila na aktuelnosti i zbog toga – što se nas tiče – novi projektni ciklus se ne mora ni raspisivati.

U Beogradu
juna 2018.

PRIREĐIVAČ
Dorđe Ignjatović

Zoran Stojanović*¹

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu
Fakultet pravnih nauka UDG Podgorica

ZNAČAJ I ULOGA UNIVERZALNOG PRINCIPA U KRIVIČNOM PRAVU

Apstrakt: Ono što se obično podrazumeva pod univerzalnim principom prostornog važenja krivičnog zakonodavstva opšte je prihvaćeno u zakonodavstvu evropskih zemalja. Međutim, postoje značajne razlike u pogledu uslova i domašaja primene tog principa. Suštinska ograničenja primene ovog principa, kao i njegovo predviđanje kao dopunskog principa uz ostale principe prostornog važenja krivičnog zakonodavstva, dovode u pitanje korišćenje termina „univerzalni” koji se može zadržati samo zbog toga što je taj naziv postao uobičajen. Međutim, postoje suštinske razlike između rešenja koja se podvode pod taj naziv. Dok se za rešenje koje ne predviđa dodatne uslove za primenu domaćeg prava na slučajeve kada stranac učini krivično delo u inostranstvu na štetu dobara koja su postala tekovina čitavog čovečanstva može tvrditi da se zasniva na univerzalnom principu, rešenje koje dozvoljava primenu domaćeg prava i za druga krivična dela pod određenim uslovima u toj meri ograničava domete univerzalnog principa da se može dovesti u pitanje adekvatnost korišćenja tog termina. Iako postoje značajne razlike u pogledu ograničavanja važenja univerzalnog principa, najčešće se u zakonodavstvu drugih zemalja sreću dva ograničenja koja predviđa i KZ Srbije. To su uslov da se stranac zatekao na teritoriji te države (*forum deprehensionis*) i načelo supsidijarnosti, tj. da će se primeniti domaće pravo samo ako već nije primenjeno pravo neke druge države. U radu se zauzima stav da pri tim ograničenjima univerzalnog principa treba ostati, te da zagovaranje neograničenog univerzalnog principa nije opravdano. Zauzet je i stav da Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa u postupku protiv učinilaca ratnih zločina donet 2003. godine ne uvodi neograničeni univerzalni princip, tj. da njegove odredbe ne mogu biti u suprotnosti sa odredbama KZ Srbije već da samo određuju nadležnost sudova i drugih državnih organa za postupanje protiv učinilaca određenih međunarodnih krivičnih dela, ali da otvaraju pitanje koji je sud nadležan u slučaju da delo nije učinjeno na teritoriji bivše SFRJ.

Ključne reči: univerzalni princip, krivično zakonodavstvo, prostorno važenje, međunarodna krivična dela, domaće zakonodavstvo, supsidijarna primene.

1. UVOD

U krivičnom pravu se, pod određenim uslovima, prilikom određivanja granica represivne vlasti jedne države primenjuje i univerzalni princip. Iako sa značajnim razlikama, on je skoro opšte usvojen u savremenom krivičnom zakonodavstvu, a u određenim slučajevima predviđaju ga i određeni međunarodni ugovori u pogledu nekih krivičnih dela. Prema njemu krivično zakonodavstvo jedne zemlje važi i za stranca koji prema stranoj državi ili prema strancu učini u inostranstvu krivično delo. Ovaj princip bi trebalo da izražava međunarodnu solidarnost u suzbijanju kri-

* redovni profesor, profstojanovic@gmail.com

minaliteta. Naročito značaj ima kod međunarodnih krivičnih dela jer bi se moglo tvrditi da sve zemlje imaju interes da ta dela budu suzbijana bez obzira ko ih je, gde i prema kome učinio.

Opravdanost korišćenja i univerzalnog principa, uz ostale principe prostornog važenja krivičnog zakonodavstva, odavno nije sporna. On se, ni sa aspekta međunarodnog prava, ne može osporiti. Teškoće, međutim, postoje kada treba odrediti granice i domete ovog principa.¹ Istinski univerzalni princip, ako bi se pošlo od njegovog naziva koji, inače, ne odražava adekvatno njegovu suštinu, vodio bi znatno široj primeni domaćeg prava. On ne može biti univerzalan u pravom smislu reči i zbog same činjenice da postoje drugi principi prostornog važenja krivičnog zakonodavstva koji imaju prednost. Univerzalnost treba ovde shvatiti u jednom drugom smislu: da on zajedno sa drugim principima kao dopunski princip isključuje mogućnost da se na učinioca ne može primeniti krivično zakonodavstvo nijedne zemlje. Dakle, prostor za njegovu primenu je u onoj sferi u kojoj ne mogu da deluju ostali principi prostornog važenja (teritorijalni, realni i personalni) i to ne samo sa aspekta zemlje koja primenjuje univerzalni princip. Nije opravdano da svaka zemlja predvidi da uvek može primeniti svoje pravo kada stranac u inostranstvu učini neko krivično delo na štetu stranca ili strane države. Ako se pođe od toga da univerzalni princip postoji zbog zajedničkog interesa svih zemalja, onda bi se i u konkretnim slučajevima moralo voditi računa o interesima zemalja koje polažu pravo na to da primene sopstveno krivično zakonodavstvo. U suprotnom, negativna posledica, između ostalog, bila bi i sukob krivičnog zakonodavstva pojedinih zemalja što bi moglo da naruši i njihove političke odnose tako da bi se težnje koje se nalaze u osnovi univerzalnog principa mogle pretvoriti u svoju suprotnost. Zato je uobičajeno da se kod predviđanja univerzalnog principa zahtevaju i određeni dodatni uslovi za primenu sopstvenog prava. Najvažniji takav uslov jeste da se učinilac nalazi na teritoriji zemlje koja po ovom principu primenjuje svoje pravo (*forum deprehensionis*), te da nije ekstradiran (što je posledica pravila „*aut dedere aut judicare*”). Dalje, univerzalni princip je najčešće supsidijarnog karaktera, tj. domaće pravo se primenjuje samo u slučaju da nije došlo do primene stranog prava tj. prava one zemlje koja ima jači interes da primeni svoje pravo koji se zasniva na čvršćoj vezi sa učinjenim krivičnim delom. Najzad, često se zahteva i tzv. dvostruka kažnjivost što znači da je potrebno da je delo i u zemlji u kojoj je učinjeno predviđeno kao krivično delo. Ti dodatni uslovi relativizuju korišćenje termina „univerzalni princip” jer se primena domaćeg prava višestruko ograničava.² Takođe, ta ograničenja i uslovi ukazuju na potrebu razlikovanja ovog principa koji je prihvaćen u savremenim krivičnim zakonodavstvima (ograničeni univerzalni princip) sa istinskim univerzalnim principom koji bi dozvolio primenu domaćeg prava (ili međunarodnog krivičnog prava od strane međunarodnog krivičnog suda) bez dodatnih ograničenja, bar kada su u pitanju određena krivična dela. Za takav neograničeni univerzalni princip koji bi eventualno važio za manji broj teških međunarodnih krivičnih dela, u međunarodnom pravu se koristi i ter-

1 G. Werle/F. Jeßberger. In: *Strafgesetzbuch, LK, Großkommentar*, 12. Auflage, Berlin, 2007, p. 441.

2 U našoj krivičnopravnoj literaturi ovaj termin ima dugu tradiciju. Na primer, koristi ga Živanović već u prvom izdanju svog udžbenika ukazujući na njegovu supsidijarnu prirodu. Up. T. Živanović, *Osnovi krivičnog prava*, Opšti deo, Beograd, 1910, str. 131–132.

min „univerzalna judisdikcija”. Međutim, ni određivanje pojma univerzalne jurisdikcije u pogledu određenih međunarodnih krivičnih dela nije lišeno određenih kontroverzi. Između ostalog, dosta je prošireno mišljenje da i njega treba ograničiti principom supsidijarnosti.³

Osim uobičajenog univerzalnog principa koji je ograničen određenim uslovima, a to je najčešće uslov da se stranac nalazi na teritoriji zemlje koja primenjuje svoje pravo, u novije vreme se javilo i mišljenje da za određena krivična dela (pre svega ona koja imaju karakter međunarodnih krivičnih dela) ne treba tražiti nikakve dopunske uslove koji ograničavaju primenu univerzalnog principa. Značajan deo teorije međunarodnog javnog (i međunarodnog krivičnog) prava dao je podršku retkim primerima nekih zemalja koje su proširile univerzalni princip ne zahtevajući za primenu svog prava nikakve dopunske uslove, pa ni to da se učinilac nalazi na teritoriji te države.⁴ U stvari, te zemlje na taj način izražavaju svoju težnju da obavljaju funkciju međunarodnog krivičnog pravosuđa. Opravdanost ovakvih tendencija se može osporiti iz više razloga. Jedan od njih je i taj što neograničeno proširivanje represivne vlasti jedne države dovodi do kolizije zakonodavstava pojedinih država i može stvoriti i ozbiljne probleme u odnosima među državama. Takav neograničeni univerzalni princip (univerzalna jurisdikcija) nema ni veći praktični značaj jer podrazumeva suđenje u odsustvu koje mnoge zemlje ne dozvoljavaju, ili ga dozvoljavaju pod restriktivnim uslovima (moglo bi se dozvoliti preduzimanje pojedinih istražnih radnji, odnosno prikupljanje dokaza dok se ne obezbedi prisustvo okrivljenog).⁵

- 3 Up. C. Kreß, Universal Jurisdiction over International Crimes and the Institut de droit international, *Journal of International Criminal Justice* 4 2006, pp. 561–585.
- 4 Tako A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford, 2003, p. 7–8. Kao primer za supstituciju svojim sudovima umesto sudova zemalja koje su propustile da primene svoje pravo, on navodi Belgiju, Španiju (u izvesnoj meri Nemačku), Izrael u slučaju Ajhman, kao i postupke za naknadu štete koji su se vodili pred sudovima SAD. Međutim, ovakav trend danas više ne postoji. On je donekle došao do izražaja devedesetih godina dvadesetog veka. Belgija je odustala od primene bezuslovnog univerzalnog principa 2003. godine, a Španija nešto kasnije. U Nemačkoj je univerzalni princip u odnosu na malobrojna krivična dela za koja je predviđen relativizovan procesnom odredbom (§153c) koja predviđa slučajeve u kojima tužilac nije u obavezi da goni, i koji u stvari predstavljaju dopunske uslove za univerzalni princip. Dalje, slučaj Ajhman je krajnje specifičan slučaj na osnovu kojeg se ne mogu donositi zaključci o trendovima u međunarodnom krivičnom pravu, a uz to se u suštini (ali ne i formalno, jer Izrael kao država nije ni postojao u vreme kada su vršeni zločini prema Jevrejima) radilo više o primeni realnog, a ne univerzalnog principa. Najzad, ni za sudove u SAD u postupcima za naknadu štete (odluka u slučaju Filartiga koja je imala karakter precedenta doneta je 1980. godine) u kojima su usvajali tužbene zahteve protiv stranih državljana za neka međunarodna krivična dela (torturu i dr), teško se može tvrditi, kao što smatra Cassese, da su delovali u ime cele međunarodne zajednice izražavajući u svojim odlukama neke osnovne ljudske vrednosti. Američki sudovi u postupcima u kojima je tužena SAD, odnosno njeni državljani, za naknadu štete koja je pričinjena stranim državljanima u okviru vojnih i drugih nelegalnih akcija SAD, nisu donosili takve odluke. Za razliku od onih koji su postupanja zemalja u navedenim slučajevima ocenili opravdanim i podržali jedan takav trend, u literaturi postoji i izrazito kritički stav u odnosu na navedene slučajeve sa osnovnim polaznim stavom da se u tim slučajevima i ne radi o univerzalnoj jurisdikciji niti da je tim zemljama cilj bio zaštita dobara celog čovečanstva. Vid. na primer, E. Kontorovich, The Piracy Analogy: Modern Universal Jurisdiction's Hollow Foundation, *Harvard International Law Journal*, vol. 45, Number 1, 2004, pp. 196–203.
- 5 Na ozbiljne probleme koji se u tom pogledu javljaju detaljno ukazuje Rabinovitch koji zaključuje da primena univerzalne jurisdikcije *in absentia* nije konzistentna sa istorijskim opravdanjem univerzalne jurisdikcije te da bi suđenje *in absentia* omogućilo svakoj državi da primeni svoje

Ovaj stav koji je došao do izražaja više u teoriji nego u praksi nekih zemalja, ni onda kada je bio jasno uočljiv (devedesetih godina prošlog veka), a pogotovo danas, ne daje osnova za ocenu da je došlo do erozije teritorijalnog principa.⁶ Čini se da teritorijalni princip nije ni bio ozbiljno ugrožen, te da je ispoljeni trend bio samo neuspeli pokušaj da se njegova primena isključi u odnosu na neka međunarodna krivična dela.

2. UNIVERZALNI PRINCIP PROSTORNOG VAŽENJA KRIVIČNOG ZAKONODAVSTVA U KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU EVROPSKIH ZEMALJA⁷

Dve zemlje koje su poznavale neograničeni i bezuslovni univerzalni princip, a to su *Belgija*⁸ i *Španija*,⁹ odustale su od takvog rešenja u svom zakonodavstvu. Niz načelnih i praktičnih prepreka stoje na putu ostvarivanja ideje da države preuzmu ono što je u stvari zadatak međunarodnog krivičnog suda. Ta ideja koja je devedesetih godina prošlog veka, makar u delu teorije bila prihvaćena, danas je, iako ne sasvim napuštena, potpuno marginalizovana.¹⁰ Ipak, i danas se može naići na zagovaranje ove ideje i na izražavanje nade da jedan iznijansirani pristup može da revitalizuje univerzalnu jurisdikciju u Evropi koja bi bila komplementarna uobičajenom univerzalnom principu, a koji zahteva prisustvo učinioca na teritoriji zemlje koja primenjuje svoje pravo.¹¹

pravo bez postojanja bilo kakve veze sa tom državom što bi dovelo u pitanje kako pravičnost tih suđenja tako i njihovu legitimnost čime bi u krajnjoj liniji bili kompromitovani pravosudni sistemi koji primenjuju univerzalnu jurisdikciju. Up. R. Rabinovitch, *Universal Jurisdiction in Absentia*, *Fordham International Law Journal*, 2 2004, p. 529.

- 6 Da je do toga ipak došlo i to ne samo na osnovu odredaba opšteg dela nego i na osnovu zakonskog opisa bića nekih krivičnih dela u posebnom delu italijanskog KZ, tvrdi Mezzeti. Up. E. Mezzeti in: *La lege penale – Fonti, tempo, spazio, persone* (opera diretta da M. Ronco), Zanichelli editore, 2006, p. 310.
- 7 Prilikom pisanja ovog odeljka korišćen je deo rada: Z. Stojanović, *Univerzalni princip prostornog važenja krivičnog zakonodavstva*, *RKKP* 2–3, 2016, *Crimen* 3, 2016.
- 8 Za Belgiju vid. T. V. Beken, G. Vermeulen, T. Ongena, *Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle „ne bis in idem”*, *Revue internationale de droit penal*, Vol. 73, 2002 (2004), p. 826–827.
- 9 U Španiji je posle dve reforme (2009. i 2014. godine) toliko sužena univerzalna jurisdikcija da se može tvrditi da od nje nije ostalo ništa. Povod za ovu reformu bio je diplomatski pritisak zemalja čijim je državljanima bilo suđeno u Španiji (SAD, Kina, Izrael). Vid. R. A. Alija Fernandez, *The Reform of Universal Jurisdiction in Spain, From All to Nothing*, *ZIS* 13/2014, p. 717–727.
- 10 Izrazito kritički pristup u pogledu (neograničene) univerzalne jurisdikcije ima L. Reydams, *The Rise and Fall of Universal Jurisdiction*, Katholieke Unibersitet Lueven, 2010, pp. 1–28 zaključujući svoju raspravu rečima da rđave ideje nikada ne umiru, a univerzalna jurisdikcija je verovatno takva („Bad ideas never die and universal jurisdiction probably is one”), p. 29. Kritički pristup univerzalnoj jurisdikciji, između ostalih, ima i Kontorovich navodeći kao glavni argument da je ona prepreka postizanju političkih rešenja koja bi u nekim slučajevima bila bolja i korisnija od krivičnog gonjenja pojedinaca (npr. izmirenje strana u sukobu). Up. E. Kontorovich, *The Inefficiency of Universal Jurisdiction*, *University of Illinois Law Review*, 1, 2008, pp. 389–418.
- 11 Vid. W. Kaleck, P. Kroker, *Syrian Torture Investigations in Germany and Beyond – Breathing New Life into Universal Jurisdiction in Europe?* *Journal of International Criminal Justice*, 16, 2018, p. 189–190.

I dalje postoje vrlo retke zemlje čije zakonodavstvo u odnosu na najteža međunarodna krivična dela jedva da postavlja neke dodatne uslove za primenu univerzalnog principa. To je, pre svega, *Nemačka*. Kada su u pitanju određena međunarodna krivična dela, za primenu nemačkog prava prema strancu koji je u inostranstvu izvršio neko od tih krivičnih dela prema strancu ili stranoj državi ne zahtevaju se dopunski uslovi za primenu nemačkog krivičnog prava. Ta mogućnost je i ranije postojala (§ 6 nemačkog KZ), ali je ona donekle ograničena stavom sudske prakse prema kome je za primenu nemačkog krivičnog zakonodavstva potrebno da postoji neka tačka vezivanja za Nemačku i njene interese.¹² Međutim, donošenjem posebnog Međunarodnog krivičnog zakonika 2002. godine (VStGB) predviđena je obavezna primena nemačkog krivičnog prava kada su u pitanju tri međunarodna krivična dela u užem smislu (genocid, zločin protiv čovečnosti i ratni zločini) i onda kada ne postoji nikakva veza sa Nemačkom.¹³ I u jednom i u drugom slučaju, tj. kako u pogledu § 6 nemačkog KZ,¹⁴ tako i u pogledu § 1 Međunarodnog krivičnog zakonika (VStGB), može se govoriti o varijanti univerzalnog principa čijom primenom se zasniva izvorna nadležnost nemačkog pravosuđa kao i primena nemačkog krivičnog zakonodavstva za određena međunarodna krivična dela i onda kada ih učini stranac u inostranstvu. Polazi se od toga da se tim krivičnim delima napadaju određena dobra koja su od interesa za celo čovečanstvo i za čiju zaštitu je zainteresovana čitava međunarodna zajednica.¹⁵ Ipak je u oba slučaja, tj. ne samo kada je u pitanju § 6

12 H. Frister, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 7. Auflage, München, 2015, p. 69.

13 Vid. § 1 nemačkog Međunarodnog krivičnog zakonika (VStGB).

14 Hecker ukazuje na značaj tačke 9. paragrafa 6 koji je po njegovom mišljenju istinska tačka vezivanja za međunarodno krivično pravo. Reč je o generalnoj klauzuli kojom se predviđa primena nemačkog krivičnog prava uvek onda kada to proizlazi iz ratifikovanog međunarodnog ugovora koji obavezuje Nemačku da primeni svoje pravo. U tom slučaju nije potrebno utvrđivati nikakvu drugu tačku vezivanja konkretnog slučaja za Nemačku. Up. B. Hecker, *Europäisches Strafrecht*, 3. Auflage, Berlin-Heidelberg, 2010, p. 45.

15 Do donošenja nemačkog Međunarodnog krivičnog zakonika odredbom § 6 nemačkog KZ bila su obuhvaćena i tri međunarodna krivična dela u užem smislu, pa je i za njih bilo potrebno utvrđivati povezanost Nemačke sa konkretnim slučajem. Tako, u slučaju Jorgić (Srbin iz BiH) koji je osuđen za genocid na kaznu doživotnog zatvora, nemački Savezni sud je uzeo da postoji ta povezanost jer je osim toga što je osuđeni lišen slobode na aerodromu u Nemačkoj u kojoj je pre toga imao izvesno vreme i prijavljeno mesto boravka a bio je i oženjen Nemicom, što je bilo dovoljno za primenu nemačkog krivičnog prava na osnovu uslovnog univerzalnog principa kod kojeg nemačko pravosuđe preuzima ulogu pravosuđa druge zemlje, nemački Savezni sud je upravo hteo da primeni univerzalni princip koji znači izvornu nadležnost nemačkog pravosuđa i primenu nemačkog krivičnog prava, pa je tu povezanost video i u tome što je Nemačka, zajedno sa drugim zemljama po ovlašćenju UN učestvovala u „vojnim i humanitarnim merama“ da bi se suprostavila „srpskim ekspanzionističkim težnjama“ u cilju zaštite muslimanskog stanovništva „od progona i desetkovanja od strane Srbije“ („...die muslimische Bevölkerungsgruppe, vor Vervolgung und Dezimierung durch Serbien zu schützen“). Kao razlog za suđenje od strane nemačkog pravosuđa navedeno je i to što Tribunal za bivšu Jugoslaviju nije pokazao interes za preuzimanje krivičnog gonjenja. Up. presudu BGHSt 45, 64 od 30. aprila 1999. godine. I ovaj slučaj jasno pokazuje da se primena krivičnog zakonodavstva jedne zemlje na osnovu neograničenog univerzalnog principa, po pravilu, zasniva na određenim političkim stavovima a zavisi i od političkih odnosa između zemalja. Bilo bi nezamislivo da se nemačkom državljaninu po istim kriterijumima sudi u BiH ili u tadašnjoj SR Jugoslaviji (čije je državljanstvo otkriveno takođe imao), kao što je nezamislivo i to da nemački sud osudi državljanina SAD za neko međunarodno krivično delo.

nemačkog KZ, već i § 1 nemačkog međunarodnog KZ (VStGB), procesnim odredbama (tužilac može da koristi načelo oportuniteta) donekle ublažena obaveznost primene materijalno-pravnog rešenja na osnovu bezuslovnog univerzalnog principa.¹⁶ Za razliku od tog principa koji nije supsidijarnog karaktera i za koji se koristi i naziv princip svetskog prava („Weltrechtsprinzip”), nemačko krivično pravo poznaje i uslovni ili ograničeni univerzalni princip kod kojeg se za primenu nemačkog prava zahtevaju uobičajeni uslovi, a to su da u inostranstvu stranac nije već osuđen ili oslobođen,¹⁷ a prema stavu sudske prakse, i da postoji veza sa Nemačkom, pre svega, da učinilac boravi na teritoriji Nemačke a da nije izručen drugoj državi. Ova varijanta univerzalnog principa koja postoji i u drugim zakonodavstvima, naziva se u nemačkom krivičnom pravu princip zamenjujućeg krivičnog pravosuđa („Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege”) jer je za njega svojstveno da nemačko krivično pravosuđe stupa na mesto krivičnog pravosuđa druge zemlje koje nije moglo ili nije bilo voljno da primeni krivično pravo svoje zemlje i primenjuje svoje pravo. Za tim nema potrebe niti opravdanja onda kada je došlo do primene prava zemlje u kojoj je krivično delo učinjeno (ako je doneta osuđujuća ili oslobađajuća presuda, ili je došlo do zastarelosti, pomilovanja i sl).¹⁸

Među malobrojne zemlje koje proširuju domen primene univerzalnog principa spada i *Finska*. Kada su u pitanju određena međunarodna krivična dela (gde spadaju svakako i genocid, zločin protiv čovečnosti i ratni zločini) primeniće se finsko krivično pravo i za krivična dela učinjena u inostranstvu. Ukoliko se kažnjivost dela zasniva na međunarodnom ugovoru koji obavezuje Finsku ili na nekom drugom obavezujućem za Finsku međunarodno-pravnom aktu, primeniće se finsko krivično pravo bez obzira na pravo zemlje u kojoj je delo učinjeno (član 7 finskog Krivičnog zakonika). Krivični postupak se, međutim, ne sme voditi ukoliko je već doneta pravosnažna presuda u državi u kojoj je delo učinjeno ili u nekoj drugoj državi zemlji članici EU kojom je učinilac oslobođen, proglašen krivim ali oslobođen od kazne, ili je kazna izdražana ili je njeno izdržavanje u toku ili je, pak, izvršenje kazne zasterelo (član 13. stav 1. KZ). Ova odredba finskog KZ se odnosi i na druge situacije kada je došlo do osude u inostranstvu ali, kada su u pitanju međunarodna krivična dela iz člana 7, i u tom slučaju se u Finskoj može pokrenuti krivični postupak za neko od tih dela ukoliko tako odluči glavni tužilac a krivični postupak u inostranstvu nije vođen na zahtev finskih vlasti (član 13. stav 2. KZ).¹⁹

I *Hrvatska* u svom Kaznenom zakonu koji je stupio na snagu 1.1.2013. osim uobičajenog univerzalnog principa koji ima supsidijarni karakter (član 17), predviđa i univerzalni princip u odnosu na međunarodna krivična dela koji ima određene

16 K. Ambos, *Internationales Strafrecht*, 2. Auflage, München, 2008, p. 56–57.

17 Taj uslov nije izričito propisan u nemačkom KZ. Međutim, on proizlazi iz same suštine te varijante univerzalnog principa što je u nemačkom zakonodavstvu našlo svoj izraz i u procesnoj odredbi o načelu oportuniteta krivičnog gonjenja prema kojoj se krivično gonjenje neće preduzeti ukoliko se proceni da kazna koju je izrekao inostrani sud nije značajno manja od one koju bi izrekao nemački sud (§ 153c stav 1, tačka 3. nemačkog ZKP).

18 H.-H. Jescheck, Th. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 5. Auflage, Berlin, 1996, p. 170–171.

19 The Criminal Code of Finland, 1889 (amendments up to 2008 included) Ministry of Justice, Unofficial translation.

specifičnosti, tj. koji dozvoljava izvesno proširivanje primene domaćeg prava. Tako, iako je u načelu i za ta krivična dela isključena primena domaćeg prava ako je u inostranstvu ili pred Međunarodnim krivičnim sudom pokrenut postupak, ipak se krivično zakonodavstvo Hrvatske može primeniti u slučajevima kada se „ne može očekivati sprovođenje pravičnog postupka pred sudom države u kojoj je krivično delo učinjeno, sudom države čiji je učinilac državljanin ili drugim sudom koji je nadležan za suđenje” (član 18. stav 3). Takođe, ako je krivični postupak sproveden suprotno međunarodno priznatim standardima pravičnog suđenja, primeniće se hrvatsko krivično pravo uz prethodno odobrenje glavnog državnog tužioca.²⁰ To znači da krivično zakonodavstvo Hrvatske dozvoljava primenu hrvatskog zakonodavstva i onda kada je neko osuđen (ili oslobođen) presudom inostranog suda. Međutim, i u tim slučajevima neophodno je da se učinilac nalazi na teritoriji Hrvatske.

Izuzimajući Hrvatsku, zemlje nastale na teritoriji bivše SFRJ preuzele su rešenje iz KZ SFRJ tako da se u tom pogledu ne razlikuju od KZ Srbije (vid. nap. 26). To je do njegovih izmena i dopuna iz 2011 godine važno i za KZ Slovenije iz 2008. godine.²¹ Tada je član 13. dopunjen novim stavom koji glasi: „(3) Krivični zakonik Republike Slovenije važi takođe za svakog ko u inostranstvu učini neko drugo krivično delo koje se prema međunarodnim ugovorima ili prema opštim pravnim načelima koje priznaje međunarodna zajednica goni u svim državama bez obzira na to gde je učinjeno.”²² Time je pored postojećeg uslovnog univerzalnog principa uveden i univerzalni princip *stricto sensu*. Ali, i u tom slučaju važi načelo supsidijarnosti, tj. postojeći član 14. slovenačkog KZ važi i za novouvedeni stav 3 člana 13, tako da je i ova vrsta univerzalnog principa delimično uslovljena odsustvom primene stranog prava.

Izuzimajući vrlo retke zemlje koje poznaju rešenja koja izuzetno dozvoljavaju primenu domaćeg prava na stranca za delo učinjeno u inostranstvu i onda kada je stranac u inostranstvu osuđen, odnosno i onda kada učinjeno delo nije u vezi sa zemljom koja primenjuje svoje pravo, uobičajeno i skoro opšte prihvaćeno je rešenje koje podrazumeva da je univerzalni princip dvostruko ograničen. Prvo, on je supsidijarnog karaktera. Domaće pravo za delo stranca učinjeno u inostranstvu primeniće se samo ako u inostranstvu nije došlo do primene krivičnog prava neke zemlje (zemlje čiji je državljanin učinilac, zemlje na čiju štetu je krivično delo učinjeno ili zemlja na čijoj teritoriji je krivično delo učinjeno).²³ Drugo ograničenje

20 Up. Š. Pavlović, *Kazneni zakon*, 3. izdanje, Rijeka, 2015, str. 36–39.

21 Up. Kazenski zakonik, Uradni list Republike Slovenije št. 55/2008, član 13. stav 2. i član 14. st. 2. i 3.

22 Uradni list Republike Slovenije št. 91/2011, str. 11827.

23 Praktični značaj načela supsidijarnosti još je više naglašen uvođenjem i primenom Evropskog naloga za hapšenje kada su u pitanju zemlje članice Evropske unije. Klasična ekstradicija je skoro potpuno zamenjena tim novim instrumentom koji je mnogo efikasniji (to ne znači da se ne može osporavati njegova opravdanost). Zemlja u kojoj se nalazi traženo lice mora da izvrši nalog za hapšenje i da preda to lice zemlji koja je izdala nalog. Razlozi za odbijanje naloga za hapšenje su vrlo restriktivno postavljeni, a u dosadašnjoj praksi dužoj od jedne decenije nije bilo ozbiljnih problema u funkcionisanju tog oblika pravosudne saradnje između zemalja članica EU. Tek nedavno je u jednom slučaju došlo do osporavanja celog pravosudnog sistema zemlje koja je izdala nalog (Poljska). Irski Vrhovni sud nije izvršio nalog za hapšenje i predaju poljskog državljanina (A. Celmer) osumnjičenog za ilegalni promet opojnim drogama zemlji čiji je državljanin, već je uputio Evropskom sudu pravde (JCEU) zahtev da odluči o tome da li

kao tačku vezivanja za zemlju koja primenjuje svoje zakonodavstvo zahteva da se stranac nalazi na teritoriji zemlje koja primenjuje svoje pravo (obično se na to dovodezuje uslov da nije izručen drugoj zemlji). Kao tipično u tom pogledu može se kao primer navesti krivično zakonodavstvo Austrije. U § 65. stav 1. tačka 2. i stav 4. tač. 2. i 3. austrijskog KZ propisano je da će se primeniti austrijsko krivično zakonodavstvo i na stranca koji je krivično delo učinio u inostranstvu (pod uslovom dvostruke kažnjivosti) ako se nalazi na teritoriji Austrije a nije izručen stranoj zemlji (ali iz drugih razloga, a ne zbog vrste ili prirode svog dela). Ukoliko je učinilac od strane suda u kojoj je delo učinjeno pravosnažno oslobođen ili je iz drugih razloga oslobođen krivičnog gonjenja, ili ukoliko je učinilac od strane inostranog suda pravosnažno osuđen i kaznu u potpunosti izdržao, ili je uslovno otpušten, ili je prema inostranom pravu nastupila zastarelost, neće se primeniti austrijsko krivično pravo, tj. otpada kažnjivost po tom pravu.²⁴ I u Austriji je za ovaj ograničeni univerzalni princip uobičajen termin zamenjujuće krivično pravosuđe (zbog toga što domaće krivično pravosuđe stupa na mesto pravosuđa one zemlje koja je trebalo da primeni svoje krivično pravo), dok se o bezuslovnom univerzalnom principu može govoriti samo u jednom slučaju, a to je kada postoji međunarodnopravna obaveza Austrije da sudi i za druga dela učinjena u inostranstvu i to bez obzira na zakon države u kojoj je delo učinjeno (§64. stav 1. tačka 6. austrijskog KZ).²⁵

Neke zemlje poznaju i rešenje koje donekle sužava primenu univerzalnog principa. Tako KZ Švajcarske iako sadrži uobičajena ograničenja univerzalnog principa u pogledu primene švajcarskog krivičnog prava za delo koje je učinjeno u inostranstvu a učinilac nije švajcarski državljanin niti je delo učinjeno na štetu švajcarskog državljanina, a to su da se učinilac nalazi u Švajcarskoj te da je ekstradicija odbijena (iz razloga koji se ne tiče vrste učinjenog dela) i da nije došlo do primene stranog prava (supsidijarnost), ipak primenu švajcarskog prava i vođenje krivičnog postupka ograničava samo na slučajeve kada je učinjeno naročito teško krivično delo koje se od strane međunarodne pravne zajednice smatra kažnjivim (član 7 stav 2). No, osim ovog ograničavanja primene univerzalnog principa na najteža krivična dela švajcarsko krivično pravo predviđa i izvesno njegovo proširenje a to je da će se na krivična dela učinjena u inostranstvu primeniti krivično pravo na učinioaca koji se nalazi u Švajcarskoj a nije ekstradiran, ukoliko se Švajcarska međunarodnim

drastično pogoršanje stanja u oblasti pravosuđa u Poljskoj (prema oceni irskog suda, ali i prema ranijim ocenama određenih tela EU kao što je Evropska komisija, zbog izvršene reforme pravosudnog sistema u Poljskoj koja očigledno nije u skladu sa nekim principima pravne države) dovodi u pitanje pravosudnu saradnju između zemalja članica EU sa Poljskom. Svakako, odluka Evropskog suda pravde biće od velikog značaja i imaće dalekosežne posledice. U slučaju da taj sud prihvati argumente sudije Vrhovnog suda Irske, otvorila bi se i neka dalja pitanja. Pre svega, to je pitanje da li će traženom licu biti suđeno u Irskoj na osnovu irskog krivičnog zakonodavstva. Načelni stav koji bude zauzeo Evropski sud pravde, uticaće i na druge slične slučajeve, a važio bi i za druge zemlje članice EU. Da li će one ubuduće, koristeći univerzalni princip, suditi poljskim državljanima umesto da ih predaju Poljskoj? Da li se još neka zemlja članica EU može naći u situaciji u kojoj se našla Poljska? Konačnu odluku o ovom krupnom pitanju koje se ne tiče samo konkretnog slučaja, neće doneti pojedina država, već zajedničko telo zemalja članica EU, tj. Evropski sud pravde.

24 Strafgesetzbuch – StGB vom 23. Jänner 1974, Fassung vom 14.12.2014.

25 Vid. E. E. Fabrizy, *Strafgesetzbuch, Kurzkommentar*, 8. Auflage, Wien, 2002, pp. 225–235.

ugovorom obavezala da krivično goni za takva dela (član 6 stav 1).²⁶ I *Italija* spada u zemlje čije krivično zakonodavstvo ograničava univerzalni princip. Italijansko krivično pravo važi i za stranca koji je u inostranstvu na štetu stranca, strane države ili Evropske unije učinio krivično delo za koje se prema italijanskom krivičnom pravu može izreći kazna u trajanju od najmanje tri godine, stranac se nalazi na teritoriji Italije a nije došlo do njegovog izručenja (član 10 italijanskog KZ). O pokretanju krivičnog postupka u tom slučaju odlučuje Ministar pravde, tj. postupak se pokreće na njegov zahtev. U vezi sa tim napravljen je jedan izuzetak od načela supsidijarnosti. Naime, ukoliko to zahteva Ministar pravde, može doći do ponovnog suđenja u Italiji iako je stranac u inostranstvu već osuđen (ta mogućnost nije predviđena samo za univerzalni princip već za sve slučajeve kada je krivično delo učinjeno u inostranstvu pa i od strane domaćeg državljanina).²⁷ Italijansko krivično pravo predviđa, dakle, čitavu seriju uslova za primenu italijanskog krivičnog prava ne samo u vezi sa univerzalnim principom nego i inače kada je krivično delo učinjeno u inostranstvu.²⁸ Ipak, čini se da ono jednom odredbom proširuje univerzalni princip. Reč je o članu 7 italijanskog KZ u kome je predviđen primarni realni princip, tj. u kome se u prve četiri tačke govori o krivičnim delima učinjenim na štetu Italije kao države, ali se u poslednjoj tački (tačka 5) govori i o svakom drugom krivičnom delu za koje je posebnim odredbama zakona ili međunarodnog ugovora predviđena primena italijanskog krivičnog zakonodavstva.²⁹

3. PRIMENA KRIVIČNOG ZAKONODAVSTVA SRBIJE PREMA UNIVERZALNOM PRINCIPU

Krivični zakonik Srbije omogućava primenu domaćeg krivičnog zakonodavstva i u slučaju kada krivično delo koje je učinio stranac u inostranstvu nije učinjeno na štetu Srbije ili njenog državljanina. KZ Srbije u pogledu univerzalnog principa sadrži tradicionalno rešenje.³⁰ U slučaju kada je stranac u inostranstvu učinio krivično delo prema strancu ili stranoj državi za primenu domaćeg krivičnog prava putem univerzalnog principa zahteva se da se stranac zatekne na teritoriji Srbije, a da ne bude ekstradiran stranoj državi (član 9. stav 2). Primena krivičnog zakonodavstva je supsidijarna, tj. do toga ne može doći ukoliko je stranac u inostranstvu pravosnaž-

26 Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (Stand am 1. Juli 2013), Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

27 Codice Penale 19/10/1930 n. 1398 (S.O. 26/10/1930 n. 251), Approvazione del testo definitivo del Codice penale, Aggiornato alla legge 1-10-2012 n. 172, Pubblicata nella Gazz. Uff. 8 ottobre 2012, n. 235 – in vigore dal 23 ottobre 2012.

28 Tako R. Garofoli, *Manuale di diritto penale*, Roma, 2009, p. 275.

29 Cassese, mada oprezno, smatra da bi se ta odredba mogla tumačiti tako da bi se italijansko krivično pravo moglo primeniti i na učinioca koji se ne nalazi na italijanskoj teritoriji ukoliko je reč o krivičnom delu koje je predviđeno međunarodnom konvencijom koju je Italija ratifikovala i ukoliko je tim ugovorom predviđena nadležnost italijanskih sudova. Up. A. Cassese, *op. cit.*, p. 287–288.

30 Sa malim razlikama, to je rešenje bilo predviđeno već u Projektu krivičnog zakonika Srbije iz 1910. godine (§§ 8–9). Kasnije je ono usvojeno u Krivičnom zakoniku Kraljevine Jugoslavije iz 1929. godine (§§ 7–8). I svi kasniji jugoslovenski krivični zakonic (počev od Opšteg dela KZ iz 1947) sadržali su univerzalni princip u obliku koji i danas postoji u KZ Srbije.

nom presudom osuđen i kaznu izdržao ili je oslobođen (ili mu je kazna zasterela ili oproštena). Takođe, potrebno je da je delo kažnjivo i po zakonu zemlje u kojoj je učinjeno,³¹ kao i da je u pitanju krivično delo za koje se po zakonu te zemlje može izreći zatvor u trajanju od pet godina ili teža kazna.³² I odmeravanje kazne je ograničeno pravom zemlje u kojoj je krivično delo učinjeno jer, po pravilu, domaći sud ne može da izrekne strožu kaznu od one koja je u toj zemlji za to delo propisana. U praksi se po pravilu vrši ekstradicija stranca ako su ispunjeni uslovi za nju, što uz brojne uslove za primenu univerzalnog principa, još više umanjuje njegov praktični značaj. Do primene krivičnog prava Srbije primenom (višestruko ograničenog) univerzalnog principa dolazi u slučajevima kada nijedna država ne zahteva ekstradiciju stranca, ili je ekstradicija stranca odbijena. Takođe, široka primena teritorijalnog kao osnovnog principa prostornog važenja,³³ uz predviđanje i realnog i personalnog principa, ostavlja dosta uzak prostor za primenu ovog ograničenog univerzalnog principa. To ne umanjuje značaj tog principa, jer on obezbeđuje da se prema učiniocu krivičnog dela uvek može primeniti krivična sankcija.³⁴ Naročito u slučaju kada je molba strane države za ekstradiciju odbijena, postoji potreba i opravdanje da se primeni domaće krivično pravo. To se može posmatrati kao obaveza države koja je odbila ekstradiciju, što je nekim međunarodnim ugovorima i izričito predviđeno (princip *aut dedere aut judicare*). Obavezu države da u slučaju odbijanja molbe strane države za ekstradiciju stranca sama sudi strancu, ne bi bilo moguće realizovati da nema univerzalnog principa koji u tom slučaju omogućava primenu domaćeg prava.

Kao što je rečeno, jedan od uslova za primenu univerzalnog principa jeste da se radi o krivičnom delu i prema stranom zakonu. U vezi sa tim postoji jedan izuzetak: ako je u pitanju delo koje se, u vreme kada je izvršeno, prema opštim pravnim načelima priznatim u međunarodnom pravu smatra krivičnim delom. U tom slučaju gonjenje se može preduzeti samo po odobrenju republičkog javnog tužioca (član 10. stav 3. KZ). Nije poznat ni jedan slučaj u sudskoj praksi u Srbiji (niti ranije u Jugoslaviji čije je krivično zakonodavstvo sadržalo istu odredbu) u kome je primenjena

- 31 Uobičajeno je da se taj uslov naziva principom identiteta norme. Vid. B. Zlatarić, *Krivično pravo, I svezak*, Zagreb, 1970, str. 103.
- 32 Identično rešenje u pogledu univerzalnog principa sadrži KZ Crne Gore (član 137 stav 2 i član 138 st. 3, 4 i 5) koji je, inače, donet pre KZ Srbije (u decembru 2003. godine). Krivičnom zakonu Srbije u tom pogledu nije kao model poslužio KZ Crne Gore, već to treba objasniti time da su oba krivična zakonika usvojila rešenje koje je postojalo u Krivičnom zakonu SRJ odnosno SFRJ. I KZ Makedonije sadrži isto rešenje (član 119 stav 2 i član 120 st. 2, 3, 4 i 5). Verovatno je iz istog razloga to rešenje usvojeno i u Krivičnom zakonu Republike Srpske (kako ranijem tako i u sada važećem donetom 2017. godine: član 13. stav 2. i član 14). To rešenje, formulisano na nešto drugačiji način, sadrži i u KZ BiH (član 9, st. 4. i 5), ali je univerzalni princip proširen odredbom da se krivično zakonodavstvo BiH primenjuje i prema svakome ko u inostranstvu učini neko krivično delo koje je BiH obavezna da kažnjava prema normama međunarodnog prava, međunarodnih ili međudržavnih ugovora (član 9 stav 1 tačka c).
- 33 Primenu domaćeg prava po teritorijalnom principu omogućava i široko određivanje pojma mesta izvršenja krivičnog dela. U Srbiji, kao i u većini zemalja, usvojena je teorija ubikviteta prema kojoj se mestom izvršenja krivičnog dela smatra kako mesto gde je preduzeta radnja izvršenja (makar jedan njen deo), tako i mesto gde je posledica nasupila (kod posledičnih krivičnih dela). Kod pokušaja krivičnog dela je pojam mesta izvršenja još šire određen.
- 34 Z. Stojanović, Dj. Ignjatović, V. Bajović, Serbia. In *International Encyclopaedia of Laws: Criminal Law*, Kluwer Law International, 2018, p. 60.

ova odredba. Nju bi bilo i vrlo teško primeniti jer se na osnovu „opštih pravnih načela”, po pravilu, ne može zaključiti da neko ponašanje predstavlja krivično delo.

Univerzalni princip se ne može primeniti u slučaju lakših krivičnih dela. Dodatni uslov za primenu univerzalnog principa jeste i da se radi o krivičnom delu za koje se prema zakonodavstvu zemlje u kojoj je delo učinjeno može izreći zatvor u trajanju od pet godina ili teža kazna. Prilikom odmeravanja kazne u skladu sa našim pravom, sud ne može izreći težu kaznu od kazne koju predviđa krivično zakonodavstvo zemlje u kojoj je delo učinjeno.

Univerzalni princip je prema rešenju iz KZ Srbije, kao i u većini stranih zakonodavstava, supsidijarnog karaktera. Gonjenje se neće preduzeti u istim slučajevima kao i kod (aktivnog) personalnog principa i supsidijarnog realnog principa, tj. ovaj princip se primenjuje pod posebnim uslovima iz člana 10. st. 1. i 2. KZ. Kada je krivično delo učinjeno u inostranstvu, daje se prednost stranom krivičnom pravu. Primena stranog krivičnog prava (osim kod primarnog realnog principa) isključuje mogućnost primene krivičnog prava Srbije. Prema odredbama stava 1 član 10. KZ univerzalni princip (kao i personalni i supsidijarni realni princip) neće biti primenjen i krivično gonjenje se neće preduzeti ako je: 1) učinilac potpuno izdržao kaznu na koju je u inostranstvu osuđen; 2) učinilac u inostranstvu pravnosnažnom presudom oslobođen ili mu je kazna zastarela ili oproštena; 3) prema neuračunljivom učiniocu u inostranstvu izvršena odgovarajuća mera bezbednosti; 4) za krivično delo po stranom zakonu za krivično gonjenje potreban zahtev oštećenog a takav zahtev nije podnesen. U navedena četiri slučaja nema razloga za primenu krivičnog zakonodavstva Srbije, tj. opravdano je uvažiti primenu stranog krivičnog zakonodavstva. Bilo bi i kriminalno-politički nepotrebno, a i nepravedno učinioca ponovo kažnjavati i pored toga što je u inostranstvu u potpunosti izdržao kaznu. Određeno opravdanje za primenu našeg prava i pored toga što je primenjeno strano pravo postoji samo kod teritorijalnog i primarnog realnog principa.

4. ZAKON O ORGANIZACIJI I NADLEŽNOSTI DRŽAVNIH ORGANA U POSTUPKU PROTIV UČINILACA RATNIH ZLOČINA I UNIVERZALNI PRINCIP

Odedba člana 3. Zakona o organizaciji i nadležnosti državnih organa u postupku protiv učinilaca ratnih zločina³⁵ (u daljem tekstu ZONDO) koja bi se mogla dovesti u vezu sa univerzalnim principom glasi: „Državni organi Republike Srbije određeni ovim zakonom nadležni su za vođenje postupka protiv učinilaca krivičnih dela iz člana 2 ovog zakona, koja su izvršena na teritoriji bivše Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, bez obzira na državljanstvo učinioca ili žrtve.” Pitanje koje se može postaviti jeste da li dopunski uslovi koji kod primene univerzalnog principa predviđa KZ važe i u slučajevima na koje upućuje odredba člana 3. ZONDO. To pitanje se ne ograničava samo na to da li važe dopunski uslovi za primenu univerzalnog principa koji mu daju supsidijarni karakter, već obuhvata i pitanje da li je potrebno da je ispunjen i centralni uslov koji KZ postavlja kod univerzalnog

35 „Službeni glasnik RS”, br. 67/03, 135/04, 61/05, 101 od 6/07, 104/09, 101/11, 6/15.

principa, a to je da se strani državljanin zatekao na teritoriji Srbije, a da nije izručen. U stvari, treba odgovoriti na pitanje da li se navedenim zakonom uopšte propisuje primena domaćeg krivičnog zakonodavstva na osnovu univerzalnog principa ili je njegova materija ograničena na ono što mu je predmet regulisanja, a kako glasi i sam njegov naziv.

Ti dodatni, ograničavajući uslovi svakako važe za univerzalni princip koji je propisan odredbama KZ. To proizlazi kako iz jezičkog tumačenja tako i iz činjenice da su principi prostornog važenja krivičnog zakonodavstva isključivo regulisani Krivičnim zakonikom dok su predmet regulisanja ZONDO organizaciona i neka procesna pitanja u krivičnom postupku za ratne zločine. KZ se kod ovih dopunskih uzlova izričito poziva na članove KZ kojima je regulisan univerzalni princip (kao i supsidijarni realni i personalni princip u KZ). Stav da je ZONDO u određenom smislu *lex specialis* te da bi stoga mogao da menja uslove predviđene u KZ u pogledu prostornog važenja krivičnog zakonodavstva nije prihvatljiv. Iako ZONDO polazi od univerzalnog principa i to samo za međunarodna krivična dela *stricto sensu* ograničavajući se na područje bivše Jugoslavije,³⁶ on ne reguliše pitanje prostornog važenja krivičnog zakonodavstva niti se pak određivanje nadležnosti za određena krivična dela „bez obzira na državljanstvo učinioca ili žrtve” može shvatiti kao proširivanje univerzalnog principa i derogiranje odredaba KZ.³⁷ ZONDO propisuje nadležnost državnih organa Srbije, a ne ulazi u pitanje da li će se primenjivati krivično zakonodavstvo Srbije (što i ne bi moglo da bude predmet regulisanja tog zakona). Samo posredno, i na prvi pogled, bez uzimanja u obzir odredaba KZ, moglo bi da se zaključi da ZONDO predviđa i neograničeni (apsolutni) univerzalni princip kada je u pitanju teritorija bivše Jugoslavije. Međutim, ta odredba ZONDO samo određuje nadležnost organa Srbije u onim slučajevima kada za to postoji osnov u materijalnopравnim odredbama. Ona polazi od pretpostavke da su u tim slučajevima ispunjeni uslovi za primenu domaćeg prava. Tako, na primer, ne bi se ničim mogao braniti stav da su ti organi nadležni i onda kada se stranac nalazi u inostranstvu, a osuđen je (ili oslobođen) od strane inostranog suda, bez obzira što je krivično delo učinio na teritoriji bivše SFRJ.

Međutim, jedno drugo pitanje u vezi sa odredbom člana 1. ZONDO je sporno. Prema toj odredbi državni organi Republike Srbije određeni tim zakonom nadležni su za vođenje postupka za krivična dela iz člana 2. tog zakona, koja su izvršena na

36 To je učinjeno po ugledu na Tribunal za bivšu Jugoslaviju koji bi u pogledu ovih slučajeva imao prednost prema svom Statutu, tj. Srbija bi na zahtev Tribunala morala da mu ustupi slučaj i onda ako je započela postupak, pa i onda kada bi se radilo o presuđenoj stvari. Međutim, to je iz više razloga, bio loš uzor a ovo rešenje je otvorilo i pitanje njegove usklađenosti sa krivičnim zakonodavstvom Srbije i ostavilo nerešenim pitanje koji su to organi nadležni u slučaju da je neko od međunarodnih krivičnih dela učinjeno van teritorije bivše SFRJ i to ne samo kada je učinilac stranac, već i onda kada je učinilac državljanin Srbije.

37 Argument da i zakonodavstvo Nemačke koje osim onoga što je predviđeno u KZ, predviđa i (neograničeni) univerzalni princip u VStGB za međunarodna krivična dela u užem smislu (osim agresije) koji nije uslovljen odredbama KZ ili ZKP ne bi mogao ovde da se analogno primeni. Naime VStGB sadrži materijalnopравne odredbe a ne organizacione i procesne odredbe kao ZONDO. Osim toga, u § 2 tog zakonika propisano je da u odnosu na međunarodna krivična dela predviđena u njemu važe opšte odredbe nemačkog KZ, osim ako tim posebnim zakonikom nije drugačije regulisano.

teritoriji bivše Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, *bez obzira na državljanstvo učinioca ili žrtve*. Naime, ako je državljanstvo učinioca i žrtve irelevantno, onda se to odnosi i na slučajeve kada je učinilac državljanin Srbije ili je žrtva državljanin Srbije. To znači da takva formulacija obuhvata kako realni i personalni princip, tako i univerzalni princip ali se nadležnost specijalizovanih organa ovde sužava samo na krivična dela učinjena na teritoriji bivše SFRJ. Takva odredba ima oslonac u KZ kada je u pitanju realni i personalni princip. To je slučaj i sa univerzalnim principom ukoliko su ispunjeni uslovi koje propisuje KZ. Između ostalog, kao što je već rečeno, to su i posebni uslovi koji ukazuju na supsidijarnost ovog principa. Štaviše, ta odredba obuhvata i teritorijalni princip, tj. i slučajeve u kojima je krivično delo učinjeno na teritoriji Srbije (jer, nema sumnje da je i teritorija Srbije deo teritorije bivše SFRJ). Znači, može se primeniti krivično pravo Srbije na bilo koga ko je krivično delo učinio na teritoriji bivše SFRJ pod uslovima koji su propisani Krivičnim zakonikom. Međutim, zašto samo na teritoriji bivše SFRJ? Ta odredba nije usaglašena sa materijalnopravnim odredbama jer sužava nadležnost specijalizovanih organa u odnosu na mogućnosti koje pruža KZ za primenu krivičnog prava Srbije. Prema odredbama KZ može se, pod određenim uslovima, primeniti krivično pravo Srbije na bilo kojeg stranca koji je krivično delo učinio u bilo kojoj drugoj zemlji osim Srbije (dakle ne samo na teritoriji bivše Jugoslavije), pa se postavlja pitanje da li su državni organi Srbije određeni u ZONDO nadležni za vođenje postupka u takvim slučajevima. Tako, koji organi su nadležni ako ratni zločin izvrši stranac na teritoriji neke strane zemlje (ali ne na teritoriji bivše SFRJ), zatekne se na teritoriji Srbije a ne bude izručen? Prema odredbama KZ, u tom slučaju primenjuje se krivično pravo Srbije. Ali, ZONDO ne propisuje nadležnost specijalizovanih državnih organa Srbije u tom slučaju već tu nadležnost ograničava samo na krivična dela učinjena na teritoriji bivše SFRJ. To je slučaj i sa personalnim principom (pa i realnim) ako je krivično delo učinjeno na teritoriji neke strane države koja se ne nalazi na teritoriji bivše SFRJ. Da li bi u tom slučaju bili nadležni redovni, a ne državni organi specijalizovani za ratne zločine? Izvesno je da ZONDO ne bi mogao da suzi primenu krivičnog zakonodavstva Srbije samo na teritoriju bivše SFRJ onda kada su ispunjeni uslovi iz KZ Srbije.

Nema sumnje da su državni organi nadležni i za primenu krivičnog prava Srbije i u postupku koji se vodi protiv stranca koji je u inostranstvu (na teritoriji bilo koje zemlje, a ne samo na teritoriji bivše SFRJ) na štetu strane države ili stranca izvršio neko krivično delo (u ovom slučaju i za krivična dela iz člana 2 ovog zakona), zatekao se na teritoriji Srbije a nije izručen. Da li bi u tom slučaju postupali redovni ili posebni organi određeni tim zakonom ostaje sporno s obzirom na odredbu člana 3. tog zakona. Postoje argumenti koji idu u prilog stavu da bi u tom slučaju bili nadležni opšti a ne specijalizovani državni organi. Pored jezičkog tumačenja eksplisite odredbe člana 3. ZONDO, tome u prilog ide i to što je i sam taj zakon donet zbog međunarodnih krivičnih dela učinjenih na teritoriji bivše Jugoslavije, što se on u praksi već specijalizovao samo za te slučajeve, što je za taj zakon kao model poslužio Tribunal za bivšu Jugoslaviju (ICTY), kao i to što su ti organi saradivali sa tim tribunalom u pokretanju i vođenju postupka za krivična dela iz nadležnosti tog tribunala učinjenih na teritoriji bivše Jugoslavije. S druge strane, reč je o organima

specijalizovanim za određenu oblast te nije logično da za genocid, ratne zločine i zločin protiv čovečnosti ne postupaju oni, već organi opšte nadležnosti i to samo zato što delo nije učinjeno na teritoriji bivše SFRJ.

5. ZAVRŠNA RAZMATRANJA

Univerzalni princip kod određivanja prostornog važenja krivičnog zakonodavstva opšte je prihvaćen u stranom zakonodavstvu. Značajne razlike postoje u pogledu uslova i domašaja primene tog principa. Dok su retke zemlje koje za određena krivična dela ne predviđaju nikakve dodatne uslove za primenu domaćeg prava i na slučajeve kada stranac učini krivično delo u inostranstvu na štetu dobara stranca ili strane države, sve evropske zemlje dozvoljavaju, pod određenim uslovima, primenu domaćeg prava i u tom slučaju. Postoje razlike u pogledu ograničavanja važenja univerzalnog principa, ali najčešće se u zakonodavstvu drugih zemalja sreću dva ograničenja koja predviđa i KZ Srbije. To su uslov da se stranac zatekao na teritoriji te države (*forum deprehensionis*) i načelo supsidijarnosti, tj. da će se primeniti domaće pravo samo ako već nije primenjeno pravo neke druge države u tom slučaju. Krivični zakonik Srbije usvaja u ovom pogledu standardno i uobičajeno rešenje. ZONDO ne znači derogiranje odredaba KZ Srbije u tom pogledu, tj. on i ne može da reguliše jedno takvo pitanje koje je materijalnopravnog karaktera. Samo na prvi pogled, moglo bi da se zaključi da taj zakon ulazi u pitanje primene domaćeg prava te da omogućava primenu tog prava i na slučajeve kada je delo učinjeno i van teritorije Srbije (ali na teritoriji bivše Jugoslavije) bez ikakvih dodatnih uslova. Međutim, reč je o zakonu koji, kako mu i sam naziv govori, reguliše određena organizaciona pitanja a delimično i procesnopravna pitanja, dok su za pitanja prostornog važenja srpskog krivičnog zakonodavstva relevantne isključivo odredbe Krivičnog zakonika Srbije.³⁸ Odredba člana 3. pomenutog zakona ipak ne sadrži prihvatljivo rešenje. Nadležnost posebnih organa za određena krivična dela ne treba ograničavati samo na ona koja su učinjena na teritoriji bivše SFRJ. Takođe, nije jasno šta su tvorci ovog zakona hteli kada su već (neopravdano) ograničivši nadležnost posebnih organa na dela učinjena na određenoj teritoriji uneli i uslov kojim se na određeni način zalazi u sferu prostornog važenja („bez obzira na državljanstvo učinioaca ili žrtve“) koje je, kao što je više puta rečeno, regulisano isključivo odredbama Krivičnog zakonika Srbije.³⁹

38 S obzirom da je pitanje tumačenja odredbe člana 3. ZONDO dobilo i političke dimenzije u odnosima Srbije i Hrvatske, treba konstatovati da krivično pravo Hrvatske dozvoljava mogućnost da se sudi državljanima Srbije za određena međunarodna krivična dela i onda kada je u Srbiji postupak okončan pravosnažnom odlukom, tj. kada je učiniocu suđeno u Srbiji. Prema rešenju u Hrvatskoj moguće je da se, ako nadležni hrvatski organ oceni da je suđenje bilo sprovedeno suprotno međunarodno priznatim standardima o pravičnom suđenju, ponovo sudi u Hrvatskoj i primeni hrvatsko krivično zakonodavstvo (član 18. stav 6. hrvatskog KZ). U obrnutoj situaciji, tj. ako je u pitanju državljanin Hrvatske a postoji pravosnažna odluka hrvatskog suda kojim je to lice pravosnažno osuđeno i u potpunosti izdržalo kaznu, ili je tom odlukom učinilac oslobođen ili mu je kazna zastarela ili oproštena, ne može se suditi u Srbiji i primeniti krivično pravo Srbije ni u slučaju da se učinilac nađe na teritoriji Srbije (član 10. stav 1. KZ Srbije). Vid. Z. Stojanović, Univerzalni princip prostornog važenja krivičnog zakonodavstva, *RKKP* 2–3, 2016, *Crimen* 3, 2016, str. 36.

39 Verovatno nije sada momenat da se pomenuta odredba menja jer bi se to moglo shvatiti kao prihvatanje pogrešnih i (neprijateljski) politički motivisanih razloga, konstrukcija i spekulacija koji se u vezi sa ovom odredbom ističu u Hrvatskoj, odnosno podleganje pritisku i ucenama vezanim

U pogledu rešenja koja sadrži KZ Srbije reč je o standardnom i uobičajenom rešenju na koje se već duže vreme nailazi u stranom zakonodavstvu. Može se postaviti pitanje opravdnosti korišćenja termina „univerzalni” jer je on značajno ograničen svojim supsidijarnim karakterom, kao i uslovom da je učinilac zatečen na teritoriji Srbije i da nije ekstradiran. Time on gubi na univerzalnosti, pa se može razmišljati i o korišćenju nekog drugog termina za njegovo označavanje (KZ Srbije propisujući ovaj princip ne određuje i njegov naziv).⁴⁰ Osim naziva ovog principa koji može da bude osporavan kao neadekvatan, sporna je opravdanost predviđanja mogućnosti da se u odnosu na određena (međunarodna) krivična dela predvidi istinski univerzalni princip, tj. univerzalni princip *stricto sensu*. To bi bila ona krivična dela kod kojih postoji međunarodnopravna obaveza jedne zemlje da primeni svoje krivično pravo i onda kada krivično delo nije učinjeno na njoj teritoriji (kao što to npr. predviđa zakonodavstvo Švajcarske, Slovenije pa i Finske). Iako bi to trebalo da bude zadatak Međunarodnog krivičnog suda kada su u pitanju krivična dela iz njegove nadležnosti, činjenica da ga nisu prihvatile najveće i najuticajnije zemlje, kao i njegova dosadašnja neefektivnost u radu, daje osnova za postavljanje pitanja da li nacionalnim krivičnim pravosuđima (za krivična dela iz nadležnosti tog Suda) dozvoliti mogućnost da preuzmu ulogu koju bi trebalo da ima međunarodni krivični sud. Primena domaćeg prava bi i u tom slučaju bila supsidijarna. Ipak, teško je obrazložiti potrebu i opravdanost proširivanja univerzalnog principa. Prvo, međunarodni ugovori ne predviđaju obavezu država da u konkretnim slučajevima primene svoje pravo (i to bez obzira na pravila koje ta država usvaja u pogledu prostornog važenja svog zakonodavstva), a pogotovo ne može biti reči o neposrednom inkriminisanju određenih ponašanja i o primeni tih ugovora od strane pojedinih država na konkretne slučajeve. Reč je samo o obavezi država da određeno ponašanje inkriminišu svojim pravom.⁴¹

Nije jasno ni za koja to krivična dela postoji izričita obaveza država da sude njihovim učiniocima i primenjuju svoje pravo.⁴² Čak i Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (član VI) predviđajući nadležnost suda zemlje na čijoj

za „pregovaračka poglavlja” u cilju eventualnog pristupanja Srbije EU. Kao ilustraciju onoga kako se u Hrvatskoj politički zloupotrebljava ovo (inače loše, ali iz drugih razloga) zakonsko rešenje vid. T. Galli, Zakon kojim se Srbija proglasila regionalnim hegemonom, Vijenac, 574, Matica hrvatska, 2016.

- 40 Odustajanje od tog naziva ipak nije nužno, iako se za potrebe analize može razlikovati pravi i nepravi, izvorni i izvedeni, u užem i u širem smislu, ograničeni i neograničeni univerzalni princip i sl. ni jedan od ovih termina ne bi mogao da obuhvati sve varijante univerzalnog principa. Ni princip svetskog prava, ili kosmopolitski princip nisu adekvatna zamena za termin „univerzalni princip”.
- 41 Mezzeti konstatuje da je odredba člana 7 stav 5 italijanskog KZ koja upućuje na primenu italijanskog zakona i u slučaju kada je stranac u inostranstvu učinio krivično delo ako je to utvrđeno međunarodnim ugovorom neprecizna, te da se kažnjivost ne može neposredno zasnivati na međunarodnom ugovoru već, u skladu sa načelom zakonitosti, samo na intervenciji domaćeg zakonodavca koji je svoju obavezu iz međunarodnog ugovora uneo u nacionalno pravo. Up. E. Mezzeti, *op. cit.*, p. 298–299.
- 42 Iako se pristalice univerzalne jurisdikcije i proširivanja univerzalnog principa često pozivaju na njih, tzv. Prinstonski principi niti daju ubedljive razloge za proširivanje univerzalnog principa niti pak daju upotrebljiv kriterijum za izbor tih krivičnih dela. Univerzalna jurisdikcija se, prema principu 1, zasniva samo na „prirodi krivičnog dela” (p. 28), i to za sedam teških međunarodnih krivičnih dela („serious crimes under international law”) koja se nabrajaju u okviru principa 2: piratstvo, ropstvo, ratni zločini, zločini protiv mira, zločini protiv čovečnosti, genocid i tortura. Up. *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, Princeton 2001, p. 28–29.

teritoriji je delo učinjeno (ili međunarodnog suda za one države koje budu priznale njegovu nadležnost) u stvari usvaja teritorijalni, a ne univerzalni princip prostornog važenja i ne ustanovljava nikakvu obavezu zemalja koje su tu konvenciju ratifikovale da primenjuju svoje pravo u odnosu na stranca koji je genocid učinio u inostranstvu prema licima koja nisu državljani te zemlje.⁴³ Obično se navodi piratstvo kao jedino krivično delo u pogledu kojeg nije sporno da postoji međunarodnopravna obaveza svake zemlje da goni učinioce i primeni svoje pravo.⁴⁴ Treba se složiti sa ocenom da se to krivično delo neopravdano uzima kao model za ustanovljavanje univerzalne jurisdikcije i u njemu traže opšti kriterijumi za proširivanje univerzalne jurisdikcije i na neka druga krivična dela.⁴⁵ Ne bi bilo opravdano ni predviđati neograničeni univerzalni princip samo za to jedno krivično delo za koje se i na drugi način može zasnovati jurisdikcija neke države.⁴⁶

Dok se o ovom pitanju možda i može voditi diskusija, korak dalje u pravcu proširivanja univerzalnog principa eksplicitnim odbacivanjem supsidijariteta tako što bi domaći organ prethodno stranu sudsku odluku proglasio protivnom međunarodno priznatim standardima pravičnog suđenja, ili bi ocenio da se „ne može očekivati sprovođenje pravičnog postupka pred sudom države u kojoj je krivično delo učinjeno, sudom države čiji je učinilac državljanin ili drugim sudom koji je nadležan za suđenje” (rešenje koje postoji u Hrvatskoj), ne samo da nema svoje opravdanje već bi mogao da ima i štetne posledice. Osim što to predstavlja grubo kršenje načela uzajamnog poverenja i solidarnosti između država u oblasti međunarodne saradnje u krivičnim stvarima, postavlja se pitanje da li jedna zemlja sebi može dati pravo da preispituje sudske odluke drugih zemalja, odnosno da ispolji takav stepen nepoverenja u pravosudni sistem druge zemlje,⁴⁷ polazeći od pretpostavke da njen pravosudni sistem uvek obezbeđuje pravično suđenje. Odustajanje od supsidijarne primene univerzalnog principa nije ničim opravdano niti za tim postoji potreba. Univerzalni princip može imati svoje puno opravdanje samo uz to i neka druga važna ograničenja, dok je ničim ograničeni univerzalni princip ne samo neprihvatljiva, već i opasna ideja.⁴⁸ Mada bi time taj princip dobio na uni-

43 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije*, 2. izdanje, Beograd, 1997, str. 163.

44 Becker, osim piratstva, smatra da međunarodno ugovorno pravo univerzalnu jurisdikciju predviđa samo još za aparthejd konstatujući da su promenom režima u Južnoj Africi praktični efekti univerzalne jurisdikcije za aparthejd minimalizovani. Up. S. W. Becker, *Universal Jurisdiction*, Global Report, *Revue internationale de droit pénal*, vol. 79, 1–2/2008, pp. 161, 163.

45 O tome detaljno E. Kontorovich, *The Piracy Analogy: Modern Universal Jurisdiction's Hollow Foundation*, *Harvard International Law Journal*, vol. 45, Number 1, 2004, p. 183–237.

46 Nije sasvim tačno da je razlog za prihvatanje univerzalne jurisdikcije kod piratstva to što je krivično delo izvršeno na *terra nullius*, tj. na otvorenom moru koje nije deo teritorije nijedne zemlje (tako S. W. Becker, *op. cit.*, p. 172). I u tom slučaju bi se mogao primeniti teritorijalni princip koji je proširen principom zastave broda, a došao bi u obzir i supsidijarni realni princip.

47 To se pravo, pod određenim uslovima i u sasvim izuzetnim situacijama, ipak ne može negirati. Čak i u okviru Evropske unije u kojoj se pravosudna saradnja u krivičnim stvarima zasniva na uzajamnom priznavanju odluka drugih zemalja članica, nedavno je došlo do toga da je jedna zemlja ispoljila nepoverenje prema pravosudnom sistemu druge zemlje članice (vid. nap. 19). Međutim, u tom slučaju konačnu odluku neće doneti pojedina država, već zajedničko telo zemalja članica EU (pre svega Evropski sud pravde).

48 Nije teško zaključiti da univerzalna jurisdikcija, naročito u odsustvu opšteprihvaćenih ograničenja, može imati štetne posledice. Vid. E. Kontorovich, *op. cit.* u nap. 45, p. 184.

verzalnosti, pitanje prostornog važenja krivičnog zakonodavstva postalo bi, umesto pravnog, pretežno političko pitanje. Umesto principa koji treba da čini sastavni deo tzv. kolizionih normi kojima je cilj da rešavaju pitanje eventualnog sukoba zakonodavstava pojedinih zemalja, takav neograničeni univerzalni princip postao bi sam glavni izvor tog sukoba.

Može se zapaziti izvesna crta stabilnosti u prihvatanju i određivanju granica univerzalnog principa. Nastojanje da se univerzalnom principu postave šire (ili nikakve) granice, pre svega u odnosu na teška međunarodna krivična dela, vodilo bi široj primeni nacionalnog krivičnog prava. Međutim, takvo nastojanje nije dovoljno utemeljeno a u malobrojnim državama koje su pokušale da ga realizuju pokazalo se i neuspešno, tako da teritorijalni princip i dalje ostaje osnovni, noseći princip prilikom određivanja granica represivne vlasti jedne države. Donekle je paradoksalno da neki trendovi kao što su internacionalizacija⁴⁹ i evropeizacija krivičnog prava, kao i razvoj međunarodnog krivičnog prava u poslednjih četvrt veka, nisu doveli do šire primene univerzalnog principa. Ni u zemljama članicama Evropske unije univerzalni princip nije dobio na značaju. Evropska unija je umesto proširivanja mogućnosti da jedna zemlja članica primeni svoje krivično pravo i na građane druge zemlje članice poslala drugim putem, a to je ustanovljavanje efikasnih mehanizama za pravosudnu saradnju u krivičnim stvarima koja se zasniva na uzajamnom poverenju i međusobnom priznavanju sudskih odluka. Čini se da je pri sadašnjem stanju u oblasti materijalnog krivičnog zakonodavstva to i opravdano. O nekom supranacionalnom evropskom (materijalnom) krivičnom pravu makar *in statu nascendi*, danas se ne bi moglo govoriti.⁵⁰ Postojanje brojnih i krupnih razlika u krivičnom zakonodavstvu pojedinih zemalja članica EU i pored izvesnog ujednačavanja u određenim oblastima, ne dozvoljava i ne opravdava široku primenu univerzalnog principa. To znači da ćemo i dalje, makar u bližoj budućnosti, morati imati u vidu da univerzalni princip zaslužuje taj naziv samo zato što mu je osnovni cilj da popuni eventualne praznine koje bi se pojavile u primeni ostalih principa prostornog važenja krivičnog zakonodavstva. Sam po sebi, bez tih ostalih principa, on je daleko od toga da obezbeđuje univerzalnu primenu krivičnog zakonodavstva neke zemlje. Univerzalni princip je princip koji u odnosu na druge principe važenja krivičnog zakonodavstva ima dopunski karakter i nema opravdanja širiti mu polje primene pre svega zato što bi to vodilo koliziji nacionalnog krivičnog zakonodavstva pojedinih zemalja što bi, svakako, imalo negativne posledice a neizvesno je da li bi se time bilo šta dobilo. Dosadašnja nastojanja malobrojnih zemalja pokazala su da se time ne izbegava nekažnjivost za teška međunarodna krivična dela.

Istinski univerzalni princip koji osim vrstom krivičnog dela ne bi bio ničim ograničen, skopčan je sa ozbiljnim teorijskim i praktičnim problemima pravne i političke prirode. Paradoks je da bi nastojanje da se ostvari univerzalna krivičnopravna zaštita određenih najviših dobara čovečanstva vodilo konfuziji u određivanju

49 Vid. H. J. Hirsch, *Internationalisierung des Strafrechts und Strafrechtswissenschaft*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 116. Band, 2004 Heft 4 p. 840.

50 Analizirajući postojeće stanje, a uzimajući u obzir i promene do kojih je došlo stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora, Frister konstatuje da je krivično pravo zemalja članica Evropske unije i dalje nacionalno pravo. Up. H. Frister, *op. cit.*, p. 10.

granica primene krivičnog prava pojedinih zemalja, pa i konfliktima između država, a da nije izvesno da bi se time nešto dobilo u pogledu efikasnije primene krivičnog prava. Posle pokušaja određenih zemalja devedesetih godina prošlog veka, neograničeni univerzalni princip je danas skoro napušten. S druge strane, ograničeni univerzalni princip koji odavno prihvataju skoro sve zemlje uglavnom ne stvara te probleme, ali gubi na svojoj univerzalnosti u meri da se postavlja pitanje da li zaslužuje to ime.

LITERATURA

- Alija Fernandez, R. A., The Reform of Universal Jurisdiction in Spain, From All to Nothing, *ZIS* 13/2014.
- Ambos, K., *Internationales Strafrecht*, 2. Auflage, München, 2008.
- Becker, S., Universal Jurisdiction, Global Report, *Revue internationale de Droit Penal*, vol. 79, 1–2/2008.
- Beken, T. V., Vermeulen, G., Ongena, T., Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle „ne bis in idem“, *Revue internationale de droit penal*, Vol. 73, 2002 (2004).
- Cassese, A., *International Criminal Law*, Oxford, 2003.
- Fabrizy, E.E., *Strafgesetzbuch, Kurzkomentar*, 8. Auflage, Wien, 2002.
- Frister, H., *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 7. Auflage, München, 2015.
- Garofoli, R., *Manuale di diritto penale*, Roma, 2009.
- Hecker, B., *Europäisches Strafrecht*, 3. Auflage, Berlin-Heidelberg, 2010.
- Hirsch, H. J., Internationalisierung des Strafrechts und Strafrechtswissenschaft, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 116. Band, 2004 Heft 4.
- Jescheck, H.-H., Weigend, Th., *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 5. Auflage, Berlin, 1996.
- Kaleck, W., Kroker, P., Syrian Torture Investigations in Germany and Beyond – Breathing New Life into Universal Jurisdiction in Europe? *Journal of International Criminal Justice*, 16, 2018.
- Kontorovich, E., The Piracy Analogy: Modern Universal Jurisdiction`s Hollow Foundation, *Harvard International Law Journal*, vol. 45, Number 1, 2004.
- Kontorovich, E., The Inefficiency of Universal Jurisdiction, *University of Illinois Law Review*, 1, 2008.
- Kreß, C., Universal Jurisdiction over International Crimes and the Institut de droit international, *Journal of International Criminal Justice* 4 2006.
- Mezzeti, E. in: *La lege penale – Fonti, tempo, spazio, persone* (opera diretta da M. Ronco), Zanichelli editore, 2006.
- Pavlović, Š., *Kazneni zakon*, 3. izdanje, Rijeka, 2015.
- The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, Princeton 2001.
- Rabinovitch, R., Universal Jurisdiction in Absentia, *Fordham International Law Journal*, 2 2004.
- Reydams, L., *The Rise and Fall of Universal Jurisdiction*, Katholieke Unibersitet Laveven, 2010.
- Stojanović, Z., Univerzalni princip prostornog važenja krivičnog zakonodavstva, *RKKP* 2–3, 2016, *Crimen* 3, 2016.
- Stojanović, Z., Ignjatović, Dj, Bajović, V., Serbia. National monogrpaph in *International Encyclopaedia of Laws: Criminal Law*, Kluwer Law International, 2018.

- Stojanović, Z., *Komentar Krivičnog zakona SR Jugoslavije*, 2. izdanje, Beograd, 1997.
Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar, 12. Auflage, Berlin, 2007.
Zlatarić, B., *Krivično pravo, I svezak*, Zagreb, 1970.
Živanović, T., *Osnovi krivičnog prava*, Opšti deo, Beograd, 1910.

ZAKONSKI TEKSTOVI

- Codice Penale 19/10/1930 n. 1398 (S.O. 26/10/1930 n. 251), Approvazione del testo definitivo del Codice penale, Aggiornato alla legge 1–10–2012 n. 172, Pubblicata nella Gazz. Uff. 8 ottobre 2012, n. 235 – in vigore dal 23 ottobre 2012.
- Kazenski zakonik, Uradni list Republike Slovenije št. 55/2008, 91/2011.
- Strafgesetzbuch – StGB vom 23. Jänner 1974, Fassung vom 14.12.2014.
- Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (Stand am 1. Juli 2013), Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft.
- The Criminal Code of Finland, 1889 (amendments up to 2008 included) Ministry of Justice, Unofficial translation.
- Völkerstrafgesetzbuch vom 26. Juni 2002 (BGBl. I S. 2254).
- Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa u postupku za ratne zločine („Službeni glasnik RS”, br. 67 od 1. jula 2003, 135/04, 61/05, 101 od 6/07, 104/09, 101/11 – dr. zakon, 6/15).

Zoran Stojanović

Faculty of Law, University of Belgrade

IMPORTANCE AND ROLE OF THE UNIVERSALITY PRINCIPLE IN CRIMINAL LAW

SUMMARY

What is commonly understood under the universal principle of applicability of criminal legislation is generally accepted in the legislation of European countries. However, there are significant differences in terms and conditions of application of this principle. The essential limitations of the application of this principle, as well as its prescribing as a complementary principle in addition to the other principles of territorial applicability of criminal law, call into question the use of the term “universal”. It can only be maintained because that term has become commonplace. However, there are substantial differences between the solutions under this name. Most European countries allow for the application of domestic law under such restrictive conditions which limit the scope of the universal principle to the extent that it may be questioned the adequacy of the use of that term. Although there are significant differences in terms of limiting the “universality” of the universal principle, the two constraints most often envisaged in the legislation of other countries are foreseen by the CC of Serbia too. This is a condition for a foreigner to be found in the territory of that state (*forum deprehensionis*) and the principle of subsidiarity, that is to say, domestic law will apply only if the law of another state has not already been applied. The author takes

the view that these limitations are justified and that attempts by some states to expand the domain of universal application do not have enough theoretical and practical justification and that could be even harmful. Since the Law of Serbia on Organization and Competence of State Authorities in the Procedures against War Criminals Act from 2003, defining the jurisdiction of courts and other state organs indirectly enters into the sphere of territorial validity, the author takes the view that its provisions can not derogate from the provisions of the CC of Serbia with regard to the universality principle.

Key words: universality principle, territorial applicability of criminal legislation, international criminal offense, subsidiarity of law enforcement.

Dorđe Ignjatović*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

STANDARDNA MINIMALNA PRAVILA UN ZA POSTUPANJE SA ZATVORENIM LICIMA (NELSON MANDELA PRAVILA)

Apstrakt. Nova Standardna minimalna pravila Ujedinjenih nacija o postupanju sa zatvorenicima iz 2015., što se Srbije tiče, kao da nisu ni doneta. Niti su prevedena, niti postoji inicijativa da se preispita koliko je naše krivično izvršno pravo usklađeno sa njima. Autor podseća na njihovu predistoriju oličenu u ranijim istoimenim dokumentima usvojenim u okviru Društva naroda (1934.) i Ujedinjenih nacija (1955). Zatim je prikazan postupak donošenja Mandela pravila, sa posebnim osvrtom na rezultate rada ekspertske grupe čija dokumentacija predstavlja izvanredan prikaz osnovnih stremljenja od kojih su pošli članovi sa željom da posle pola veka inoviraju sistem izvršenja u svetu.

Ukratko je ukazano i na osnovne novine koje sadrže Mandela pravila i zatim je pažnja usredsređena na pitanje da li usvajanje ovih Pravila može imati uticaj na sistem izvršenja koji postoji u našoj zemlji? Kao odgovor na njega ukazano je na konkretne zahvate koje je potrebno izvesti u tom sistemu kako bi se filozofija na kojoj on počiva prilagodila viziji koja dominira u Mandela pravilima.

Ključne reči: zatvorenici, postupanje, standardna pravila, UN, penitencijarni sistem, Srbija.

1. UVOD

Generalna skupština Ujedinjenih nacija (UN) usvojila je 17. decembra 2015. rezoluciju 70/175 kojom su posle šest decenija zamenjena *Standardna minimalna pravila UN za postupanje sa zatvorenicima* usvojena na I kongresu UN o prevenciji kriminaliteta i postupanju sa osuđenima koji je održan u Ženevi 1955.

U ovom radu ćemo se prvo ukratko osvrnuti na Minimalna pravila iz 1955 (SMP/55), a zatim ćemo se pozabaviti osnovnim rešenjima koja sadrže nova Standardna minimalna pravila¹, a naročito koje su novine u njima uvedene². Na kraju ćemo pokušati da ukažemo da li će biti potrebe da se i naše krivično izvršno zakonodavstvo menja kako bi se izašlo u susret rešenjima sadržanim u Mandela pravilima.

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

1 Čijem nazivu je u čast Nelsona Mandele, pokojnog predsednika Južne Afrike i ranijeg političkog zatvorenika koji je zbog borbe za ukidanja aparthejda u kazamatima te zemlje proveo 27 godina, dodato: *Mandela pravila*.

2 Kompletan tekst –v. UNODC: The United Nations Standard Minimal Rules for the Treatment of Prisoners (The Nelson Mandela Rules). Za prevod važnijih odredaba –v. Ignjatović /2018/.

2. PODSETNIK NA PREDISTORIJU I SISTEMATIKU STANDARDNIH MINIMALNIH PRAVILA UN IZ 1955.

Ova Pravila su rezultat nastojanja različitih međunarodnih subjekata da se usvoje standardi izvršenja kazne lišenja slobode. Prvo treba pomenuti Međunarodnu komisiju za krivično pravo i kaznene zavode³ koja je još pre Drugog svetskog rata preuzela zadatak da pomogne stvaranju međunarodnih normativa za izvršenja kazne zatvora. Zahvaljujući tome, Liga naroda je 1934. usvojila Standardna minimalna pravila o postupanju sa zatvorenicima (SMP) i preporučila vladama država članica da ih ugrade u svoj pravni sistem i popularišu u javnosti. Takođe je značajno da je generalni sekretar Lige naroda pozvao zavodske uprave i onih država koje nisu prihvatile SMP da primene bar osnovna načela sadržana u njima /Ignjatović, 2014/.

Opšta je ocena da navedeni naponi nisu urodili plodom. Čak se, kako primećuje Rodley /1987/, posle Drugog svetskog rata mogao zapaziti očigledan apsurd. Mnoge države koje su ratifikovale Ženevsku konvenciju o postupanju sa ratnim zarobljenicima iz 1949. garantovale su zarobljenim ratnim zločincima (među kojima je bilo i učinilaca zločina genocida) bolji tretman od onog koji su imala pritvorena i osuđena lica – učinioci konvencionalnih krivičnih dela na njihovoj teritoriji.

Sušтина problema bila je u oceni da je postupanje sa licima lišenim slobode u ogromnom broju država nezadovoljavajuće i zato su Ujedinjene nacije 1949. stvorile telo u čiji sastav su ušli pre svega penolozi. Njihov zadatak bio je da predlože reviziju SMP iz 1934. Rad se odvijao kroz više sednica na kojima je usvojen Nacrt novih Pravila koja su prvo razmotrena i usvojena na više regionalnih sastanaka u organizaciji UN. Zatim su na Prvom kongresu UN za sprečavanje kriminaliteta i postupanje sa prestupnicima pravila sadržana u Nacrtu pretočena u SMP/55.

Taj dokument podeljen je na tri celine. To su: Prethodne napomene; Deo prvi: Pravila opšte primene; i Deo drugi: Pravila koja se primenjuju na posebne kategorije. U vreme donošenja ona su opravdano smatrana za značajno dostignuće jer su njima promovisani standardi koji su predstavljali neku vrstu civilizacijskog dostignuća kome sve zemlje sveta treba da teže⁴.

Njihovo usvajanje imalo je snažnog odjeka u nekim delovima sveta, a posebno u Evropi. Tako je rezolucijom Komiteta ministara (56)13 stvoren Evropski komitet za pitanja kriminaliteta (CDPC). Godine 1978. Komitet je od UN pozvan da usvoji tekst o potrebi vođenja savremene kaznene politike, pa je formirana i grupa stručnjaka koji se bave problematikom kaznenih ustanova. Njen rad je krunisan 1973. kada su rezolucijom (73)5 Komiteta ministara usvojena evropska Standardna minimalna pravila za postupanje sa zatvorenicima, poznatija kao Evropska pravila o zatvaranju (EPZ).⁵

3 Osnovana je na kongresu u Londonu 1872. i održala je do 1950. više takvih skupova – poslednji u Hagu; problematiku kojom se ovo međunarodno telo bavilo od tada preuzima Komisija UN za socijalna pitanja /Atanacković, 1988/.

4 Srzentić /1956/. Upravo zbog različitog stanja penitencijarne prakse u različitim delovima sveta, ovaj dokument nije mogao da bude usvojen u formi obavezujućeg međunarodnopravnog akta jer bi u tom slučaju, kako se smatralo, bio ratifikovan od malog broja država.

5 O odnosu ove dve grupe Standardnih minimalnih pravila –v. Ignjatović /2014/.

3. MANDELA PRAVILA – POSTUPAK DONOŠENJA

Ubrzo posle donošenja SMP/55 primećeno je da mnoge države članice UN ne primenjuju u ovom dokumentu sadržana pravila, a na VI Kongresu UN koji je 1980. održan u Karakasu čule su se i ideje kako je potrebno osavremeniti ih. Međutim, u tom trenutku, takvi predlozi nisu imali posebnog odjeka. Tek početkom ovog veka počinje da sazreva svest o potrebi da se SMP/55 noveliraju.

3.1. Rezolucija Generalne skupštine UN i formiranje ekspertske grupe

Za nastanak Mandela pravila od ključnog značaja je rezolucija 65/230 Generalne skupštine UN koja je decembra 2010. od Komisije za prevenciju kriminaliteta i krivično pravosuđe (*Commission on Crime Prevention and Criminal Justice – CCPCJ*, poznatije kao „*Crime Commission*”) zatražila da formira međuvladinu ekspertsku grupu radi razmene informacija i najboljih iskustava i za reviziju SMP/55 kako bi odrazila napredak u nauci i korekcionoj praksi. Između 2011–2014. održana su četiri takva ekspertska skupa sa ciljem ukazivanja na najneophodnije izmene. Pri tome se imala u vidu i potreba za ekonomičnim korišćenjem postojećih resursa i zahtevi međunarodne zajednice.

Jedan od najvažnijih sastanaka Ekspertske grupe održan je krajem januara i početkom februara 2012. Na osnovu na njemu usvojenih zaključaka publikovanih u posebnom dokumentu⁶, CCPJC aprila 2012. ukazuje Ekonomskom i socijalnom svetu UN (ECOSOC) na potrebu da se u SMP/55 posebno dopune odredbe koje se odnose na:

- poštovanje zatvorenikovog urođenog dostojanstva i vrednosti koju ima kao i svako drugo ljudsko biće;
- medicinske i zdravstvene usluge;
- disciplinska dela i disciplinsko kažnjavanje, uključujući i ulogu medicinskog osoblja; o ćelijskoj izolaciji i redukovanju ishrane;
- istragu svih smrtnih slučajeva u zavodu, kao i svih znakova torture, nehumanog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja zatvorenika⁷;
- zaštitu i posebne potrebe ranjivih grupa lišenih slobode;
- pravo na dostupnost pravnog zastupnika;
- žalbe i nezavisnu istragu (o njima);
- zamenu prevaziđene terminologije;
- obuku odgovarajućeg dela zaposlenih radi primene ovih Pravila;
- uzimanje u obzir ‘zahteva i potreba zatvorenika sa smetnjama’⁸.

6 Pod nazivom *Report on the meeting of the Expert Group on the SMR...*, 2012.

7 U daljem tekstu ova sintagma biće, zbog ekonomisanja prostorom, zamenjena izrazom „tortura”.

8 Teško je naći bolji prevod za engleski izraz „*requirements and needs of prisoners with disabilities*” – dakle, ako se želi izbeći ranije korišćeni izraz „nesposobnih” i zameniti sa novospostavljenim, prevod bi glasio „zahteva i potreba zatvorenika sa posebnim potrebama”

Početak aprila 2012. u organizaciji Programa: zatvaranje, prava i socijalna pravda (*Detention, Rights and Social Justice Programme*) na britanskom Univerzitetu Eseks i Međunarodne kaznene reforme (e. *Penal Reform International*) održan je ekspertski skup čiji zadatak je bio da oceni koje norme SMP/55 su u vremenu po njihovom donošenju prevaziđene, koje bi trebalo na novi način tumačiti, a koje nisu u skladu sa u međuvremenu usvojenim normama i standardima. U svakom slučaju, pošlo se od stava da nijedna eventualna izmena ne bi smela da ide ispod postojećih standarda.⁹

Na skupu je predloženo da nova SMP počinju Preambulom koja sadrži sadržaj podsećanje na dostignuti nivo napretka u postupanju sa zatvorenicima koji je naveden u sporazumima, standardima i normama sadržanim u međunarodnoj i nacionalnoj legislativi.¹⁰

Predložen je zatim veliki broj izmena u SMP/55 od kojih se osnovne odnose na: pojašnjenje koja se lica smatraju lišenim slobode (pravilo – pr. 4), poštovanja dostojanstva i vrednosti zatvorenika kao ljudskog bića (pr. 6); medicinsku i zdravstvenu zaštitu (pr. 22–26); istragu o svim slučajevima smrti u zavodu i znacima torture (pr. 44); disciplinsku odgovornost i disciplinsko kažnjavanje (pr. 31–33, uključujući i novi član 32a koji se odnosi na pretresanje lica i prostorija u zavodu); zaštitu posebno ranjivih grupa zatvorenika; pravo na pravnog zastupnika (pr. 37 i 93); žalbe i nezavisna inspekcija (pr. 35–36 i 55); zahteve i potrebe lica sa smetnjama (pr. 82); obuku osoblja za primenu novih SMP.

Takođe, eksperti su ukazali na još neka pitanja koja zahtevaju novi pristup. U pitanju je status dece čiji roditelji su zatvoreni (predloženo novo Pravilo); zatvaranje dužnika, rad lica lišenih slobode; rodna neutralnost.¹¹

3.2. Drugi izveštaj ekspertske grupe

Marta 2014. u Beču je održana nova sesija međuvladine ekspertske grupe o SMP koja je rezultate dvodnevno rada rezimirala u Drugom izveštaju.¹² U njemu se uz pozivanje na već pomenuti Prvi izveštaj, rezultate diskusije na skupu održanom u Buenos Airesu decembru 2012.¹³ i Izveštaja sa 22 sesije CCPCJ iz decembra 2013.¹⁴ ukazuje na još neka pitanja koja bi trebalo imati u vidu pri donošenju novih SMP.

A. Kao prvo se ističe potreba da se posebna pažnja obrati na *sigurnost i ličnu bezbednost* zatvorenika, uključujući i upotrebu sile prema njima, pretresanje, zabranu torture. U tom sklopu pominje se i potreba zaštite zatvorenika i osoblja od rizika

9 Expert Meeting at the University of Essex on the SMR, Summary, November 2012. –v. UNODC/CCPCJ/EG.6/2012/1

10 Naveden je veliki broj međunarodnih dokumenata koji se odnose na postupanje sa prestupnicama, alternative zatvaranju, kriminalitetu i pravdi u 21. veku, osnovne principe za tretman zatvorenika, ...

11 Oličena u stalnom ponavljanju fraze „on ili ona”, „njegov ili njena” – u ovom tekstu izbeći ćemo ih pre svega iz razloga ekonomisanja prostorom, ali i zbog činjenice da je gro zatvorenih lica u svetu muškog pola.

12 UNODC/CCPCJ/EG.6/2014/NGO.7

13 UN Doc. E/CN.15/2013/23.

14 UN Doc. E/2013/30.

po njihovu sigurnost, uključujući i nasilje među zatvorenicima, samopovređivanje i samoubistva; takođe i od rizika koji nastaju zbog zanemarivanja obaveza zavodskog osoblja da preduzme mere za sprečavanje požara i poplave u ustanovi („princip brižljivosti”).¹⁵

Ovde se ukazuje koliko na sve ove aspekte nivoa sigurnosti u zavodima utiče prenaseljenost tih ustanova i ukazuje na Izveštaj generalnog sekretara UN iz avgusta 2015. u kome je navedeno da „prenaseljenost nesumnjivo negativno utiče na uslove u zavodima gde se nalaze lica lišena slobode jer vodi u ozbiljna kršenja ljudskih prava kakva su onemogućavanje uloge ili nedovoljna dostupnost medicinske i službe za rehabilitaciju, kao i nivoa ishrane, higijene i bezbednosti”¹⁶.

U svrhu rešavanja ovih problema, Ekspertska grupa predlaže izmenu Pravila 6 i uvođenje Pravila 6-bis o zaštiti od rizika, dinamičkoj bezbednosti, infrastrukturnoj sigurnosti i periodičnom preispitivanju nivoa bezbednosti u zavodu.

B. *Zatvorenici u stanju ranjivosti*. Pored predloga terminološke prirode, posebno se naglašava potreba da osoblje zavoda bude osposobljeno da utvrdi koja lica spadaju u ovu kategoriju, oceni rizike za njihovu bezbednost i spreči diskriminaciju, uz vođenje računa o posebnim potrebama koje ta lica imaju. U tom cilju, posebno se ukazuje na zatvorenike sa smetnjama, „ranjive kategorije lica” (prema kojima zbog stanja u kome se nalaze neke mere – npr. ćelijsku izolaciju – ne bi trebalo primenjivati) i na decu čiji su roditelji lišeni slobode.

C. *Upotreba sile i sredstava za vezivanje*. Ovde se ukazuje na zastarelost rešenja u pravilima 33 i 54 važećih SMP i navode neki od zahvata koji mogu da umanje potrebu za primenom navedenih mera: odgovarajuća konfiguracija i infrastruktura samog zavoda; dovoljan broj obučenog osoblja; efektivni sistem klasifikacije i odvajanja zatvorenika; pozitivan odnos osoblja prema licima lišenim slobode i njihovo predviđajuće i proaktivno suočavanje sa problemima; dinamična bezbednost i korišćenje sredstava za rešavanje konflikata kakva je medijacija. U tu svrhu iz Pravila 33 izbrisana su sredstva poput elektro-šoka, ubačena odredba da se prema ženama na radu, tokom trudnoće i neposredno po porođaju, po pravilu, ne mogu koristiti sredstva vezivanja. U Pravilu 55 ograničena je upotreba nasilja, vezivanja i oružja, a posebno ubistvene sile i oružja, uvedena je obaveza obuke osoblja tehnikama koje smanjuju upotrebu sile na minimum, kao i obaveza da se u nacionalnom zakonodavstvu reguliše kada je dozvoljena upotreba sile i oružja.

D. *Telesno pretresanje*. Preporučuje se da se ova procedura pravno uredi i da se koristi samo kada je neophodna radi obezbeđenja sigurnosti osoblja i zatvorenika; da je vrše obučena lica istog pola i da se, gde god je to moguće, koriste elektronska sredstva za skeniranje.

E. *Smrt i povrede zatvorenika*. Naglašava se neophodnost da se u ovakvim slučajevima, nezavisno od interne, sprovede nepristrasna istraga kompetentnih subjekata. U tom cilju, predlaže se izmena Pravila 44.

F. *Čuvanje i postupanje sa dokumentacijom slučaja*. U cilju dobrog upravljanja zavodima, sprečavanja torture, postupanja u slučaju nestanka zatvorenika i zbog

15 e. 'due diligence'.

16 UN Doc. A/68/261, para 49

strateškog planiranja i reforme zavodskog sistema, potrebno je na odgovarajući način ustrojiti, ažurirati i čuvati personalne dosijee, među kojima se posebno ističu oni medicinskog sadržaja. Zbog toga su predložene brojne izmene u Pravilu 7.

G. *Obuka osoblja*. Zaposlene u zavodima neophodno je na odgovarajući način osposobiti za: – davanje procena; – rešavanje konflikata; – postupanja u situacijama samopovređivanja i samoubistva; i – korišćenje sile i sredstava vezivanja.

U Zaključnim razmatranjima, članovi Ekspertske grupe su izrazili verovanje da će preporuke biti od koristi pri izradi završnog teksta novih SMP i naglasili da ona ne bi smela ići ispod nivoa postojećih standarda.

Čini se da za razumevanje duha i stavova sadržanih u Mandela pravilima od značaja može biti i navođenje nekih od ključnih stavova sadržanih u Drugom izveštaju Eseks ekspertske međuvladine grupe u kome su posebno istaknute intervencije u tekstu na kojima su insistirali njene članovi. One se odnose na:

- ◆ brojnost zavodske populacije u ustanovama i podseća da njihova prenaseljenost ima poguban uticaj na uslove života lica lišenih slobode i može voditi u ozbiljna kršenja njihovih ljudskih prava;

- ◆ obavezu zavodske uprave da uspostave razumnu i efektivnu kontrolu unutar ustanove koja traži alokaciju potrebnih resursa za delotvoran menadžment zavoda, uključujući i odgovarajući broj obučanih zaposlenih lica;

- ◆ bezbednost u zavodu – odgovorni u ustanovi će sa dužnom pažnjom utvrditi specifične potrebe i rizike za bezbednost i ličnu sigurnost svakog zatvorenika prilikom njegovog ulaska u zavod, a preispitivaće ovo pitanje i u redovnim vremenskim razmacima kako bi usvojili i primenili neophodne mere i zaštitu.

Pretpostavka za ovakvo postupanje je određivanje individualizovanog tretmana i uspostavljanje elastičnog sistema klasifikacije zatvorenika u tretmanske grupe, kao što je preporučljivo i da te grupe budu smeštene u različite ustanove prilagođene potrebama datog oblika postupanja. U tim zavodima će se bezbednost grupe takođe prilagođavati karakteristikama njenih članova. Otvorene ustanove pružaju, zbog karakteristika koje imaju, najbolje uslove za rehabilitaciju zatvorenika.

Kao primarna sredstva sprečavanja i odziva na rizike za bezbednost i ličnu sigurnost zatvorenika (uključujući i rizik od samoubistva ili samopovređivanja) i osoblja, uprava ustanove će obezbediti dinamičnu bezbednost, sistem ranog upozorenja i načine rešavanja sukoba (kakva je medijacija).

Kako se navodi u jednom dokumentu, još od sredine prošlog veka penitencijarna nauka kao način da se na efikasan način i u ranoj fazi obezbedi sigurnost u zavodu preporučuje stalan kontakt osoblja sa zatvorenicima i stvaranje pozitivne klime koja ohrabruje lica lišena slobode da sarađuju sa zaposlenima kako bi ovi bili spremni da predvide bilo koji bezbednosni incident i bolje se pripreme da efektivno reaguju u situacijama koje ugrožavaju sigurnost ustanove i njihovu ličnu bezbednost. Suština izraza „dinamična bezbednost” odnosi se na potrebu da zavodske službe uspostave dobre odnose sa zatvorenicima /UNODC, 2010:106/.

Jedan on najvećih poznavalaca ove problematike, bivši direktor Centra za zavodske studije (*Center for Prison Studies*) profesor Andrew Coyle ističe da je prvo pravilo koje moraju naučiti zaposleni u kaznionicama – da je sprečavanje bolje od suzbijanja.

Teško je zamisliti da ozbiljnijem incidentu ne prethodi najava u vidu tenzija na ličnom ili grupnom planu koje se manifestuju kroz stvaranje loše klime u odnosima. Zato je dinamično obezbeđenje važno. Ako zaposleni poznaju svakog od zatvorenika, lakše će identifikovati one koji su spremni da posegnu za nasiljem i sprečice ih da ga izvrše. A ako i ne odustanu od toga, teže će naći podršku kod ostalih „kolega” ako se zavodsko osoblje prema licima lišenim slobode odnosi korektno.¹⁷

Nadležni će usvojiti mere koje obezbeđuju infrastrukturnu sigurnost, koja uključuje i stanje imovine ustanove, zaštitu od požara, rizike od stvari koje se nalaze kod zatvorenika i preduzeće mere za uspostavljanje odgovarajuće procedure evakuacije. Zavodska vlast će periodično, a najmanje jednom godišnje detaljno obići celu ustanovu u cilju zaštite bezbednosti i sigurnosti zatvorenika i zaposlenih, reagujući hitno na svaki utvrđeni rizik.

Ovde se podseća da je Inter-američka komisija za ljudska prava (*Inter-American Commission for Human Rights*) ukazala kako se efektivna kontrola zavoda ne odnosi samo na zatvorenike i zaposlene, nego i na druga lica, poput posetilaca; takođe, ona se ne ograničava samo na prostor koji zauzima zavod, naročito u slučajevima kada vlast u ustanovi preuzmu zatvorenici. U takvim situacijama, sama lica lišena slobode su u stalnom riziku jer su izloženi nasilju unutar zavoda i zlostavljanju od strane snažnijih „kolega” ili kriminalnih grupa koje drže vlast.¹⁸

Poseban problem je očigledna činjenica da se za razliku od mnoštva inicijativa i mera usmerenih na sprečavanje torture od strane zaposlenih, u zavodima nedovoljna pažnja posvećuje sprečavanju nasilja među zatvorenima.¹⁹

◆ zatvorenici u stanju ranjivosti

Ovde Ekspertski tim podseća na Konvenciju UN o licima sa smetnjama (*UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*), ali ukazuju da to nije jedina kategorija ranjivih lica. „Ranjivost” se ne mora odnositi samo na urođene karakteristike lica. Zatvorenici se u tom položaju mogu naći i zbog diskriminacije, zlostavljanja od strane osoblja ili drugih zatvorenih i / ili propuštanja da naglase svoje posebne potrebe, kako uopšte – tako i one koje su povezane sa boravkom u ustanovi. Posebno se ukazuje na stav Evropskog komiteta za prevenciju torture koji ističe da se oni nikada ne smeju stavljati u životne („materijalne”) uslove gore od uobičajenih.²⁰ U tom smislu, posebno se apostrofira smeštanje lica u samicu.

◆ upotreba sile i sredstava za vezivanje

Članovi Ekspertske grupe posebno su naglasili da su ove odredbe u SMP/55 prevaziđene jer su u neskladu sa međunarodnim pravom i zbog toga ne daju odgovarajuća uputstva osoblju zavoda kako da postupa.²¹ Međunarodno pravo na početku XXI veka dozvoljava upotrebu sile u vrlo izuzetnim slučajevima u skladu sa načelima zakonitosti, nužnosti i proporcionalnosti, kada su iscrpljena sva druga

17 Coyle, 2002:70.

18 IACHR, Doc 64

19 Na to posebno ukazuje Specijalni izvestilac UN o torturi u svom izveštaju za 2013. –v. UN-Doc. A/68/261

20 UNODC/CCPCJ/EG.6/2014/NGO.7, p.10.

21 *Ibid.*, p.11.

sredstva i kada nema alternative. Uz to, podrazumeva se da su preduzete mere i postupci o kojima se govori u delu o bezbednosti u ustanovi.²² Jer, preterane mere obezbeđenja i kontrole mogu, u najgorem slučaju doprineti širenju osećanja nepravde i povećati rizik od gubljenja kontrole i nasilnih ponašanja i zloupotreba.

U tom cilju, u Pravilo 33 SMP/55 dodato je da se sila ne može primeniti prema ženama u određenim situacijama, a izbačeno je pominjanje „sprava za izazivanje elektro-šoka” – kao sredstva čija upotreba ne dolazi u obzir. Ovo može izazvati dilemu. S jedne strane, u Izveštaju se ukazuje na posledice korišćenja ovakvih sredstava,²³ a sa druge se ukazuje na postojanje razlike između aparata kojima se licu nanosi upozoravajući elektro-šok od oružja koje deluje na bazi električnog pražnjenja (e. *electric discharge weapons – EDW*), čija upotreba dovodi do ozbiljnih posledica. Iz toga bi se moglo zaključiti da bi upotreba bar ovih drugih mogla biti neprihvatljiva jer „mogu prouzrokovati akutan bol i biti zloupotrebljena”.²⁴

Međutim, na istom mestu navodi se mišljenje nekih od eksperata koji se saglašavaju sa stavom Evropskog komiteta za sprečavanje torture da su i EDW prihvatljiva kao alternativa primeni ubistvene sile u izuzetnim slučajevima (npr. uzimanje talaca), naravno pod uslovom da je primena jasno regulisana i da ih koriste posebno obučena lica.

Takođe, predlaže se da se iz Pravila 54 izbacila formulacija kako se sila može primeniti i u slučajevima aktivnog i pasivnog otpora kojim se krše naredbe koje su zasnovane na zakonu ili drugim važećim propisima.

Pre svega, smatraju da je odredba „aktivan i pasivan otpor” preširoka i zato predlažu njeno brisanje.²⁵ Zatim, trebalo bi preformulisati i deo o obuci za upotrebu sile. Predlaže se da se odredba „Zavodsko osoblje će imati poseban trening kako bi se osposobili da obuzdaju agresivne zatvorenike” zameni sa: „Osoblje koje ima neposredan kontakt sa zatvorenicima će se obučiti tehnikama primene minimalne sile u najkraćem mogućem vremenu kako bi se obuzdali agresivni zatvorenici”.

Ovaj predlog možda najbolje pokazuje jednu od osnovnih ideja izmena SMP/55: jasno isticanje ograničenja u korišćenju sredstava prinude čije upotreba – čak i prema nasilnim zatvorenicima – nije pravilo, već izuzetak.

Treba uvesti i obavezu da se u nacionalnom zakonodavstvu detaljno regulišu procedure i izveštavanje o upotrebi sile i vatrenog oružja koje uključuju: – vrstu sile, sredstava vezivanja i oružja koji mogu biti upotrebljeni; – okolnosti u kojima do toga može doći i to u odnosu na svako od pomenutih sredstava; – nivo ovlašćenja lica koje može dozvoliti upotrebu svakog od njih; – ko je od zaposlenih ovlašćen da upotrebi silu ili oružje; i – koji izveštaji se moraju sastaviti kada do upotrebe dođe.

Posebnu pažnju treba posvetiti regulisanju upotrebe ubilačke sile i tu se Ekspertski tim poziva na Principe najbolje prakse zaštite lica lišenih slobode u Americi

22 Naročito rešavanje konflikata mirnim putem, uključujući i medijaciju.

23 Navode se rezultati Istraživačke fondacije Omega (*Omega Research Foundation*) koji pokazuju da ona ne samo da izazivaju šokantnu patnju, nego kod lica izazivaju i utisak umiranja, slabost mišića, nevoljno uriniranje i defekaciju i poremećaj rada srca –v. Yoon /2003:385/.

24 *Ibid*, p. 13.

25 Kasnije ćemo videti sudbinu ovog predloga.

(u kojima je navedeno da je upotreba tih sredstava dozvoljena samo u slučaju da je nečiji život u opasnosti) i prof. Coyle-a koji navodi da je ona dozvoljena samo ako je trenutno i nedvosmisleno ugrožen nečiji život. Dakle, ne i ako zatvorenik beži.²⁶

◆ telesni pregled

Polazeći od stava da zloupotreba ovog postupka predstavlja oblik torture („nehumano i degradirajuće postupanje”) Ekspertska grupa nabraja kada će se raditi o ovakvom postupanju: ako se vrši na invazivan, ponižavajući ili napadan način, od strane lica suprotnog pola, ili kada se prema licu koje odbija da mu bude podvrgnuto primenjuje neki vid težeg kažnjavanja. Isto se odnosi i na pregled koji se izvodi pred grupom zaposlenih, ukoliko se obavlja protivno sanitarnim i higijenskim pravilima (pa dovede do infekcije), ako se preduzima prema detetu čiji je roditelj lišen slobode i ako se pretvori u sistematski vaginalni pregled zatvorenica.

◆ smrt i povređivanje u zavodu

Eksperti su insistirali da, bez obzira na internu istragu, direktor zavoda o povredi ili smrti zatvorenika odmah izvesti nezavisno telo koje će, sa svoje strane inicirati brzu, nepristrasnu i efektivnu istragu o uzrocima koji su doveli do smrtnog ishoda ili težeg povređivanja u ustanovi. Zavodsko osoblje je obavezno da saraduje sa istraživačkim timom i da mu omogući pristup svim dokazima koje zatraže.

Takođe, većina eksperata preporučila je da se jednom godišnje izvrši procena i analiza svih povreda i smrti u cilju određivanja činilaca ili sistemskih propusta. Podaci koji se analiziraju u ovom cilju trebalo bi da budu anonimni, ali bi cilj, metodologija i rezultati bili javno objavljeni.

Obrazloženje za ovakva rešenja nalazi se u činjenici da je od usvajanja SMP/55 došlo do jačanja svesti o obavezi države da obezbedi život i telesni integritet svakoga ko se odlukom njenih organa nalazi u ustanovi za smeštanje lišenih slobode. Otuda i njena obaveza da na ubedljiv i dovoljan način objasni smrt odn. telesno povređivanje ovih lica.²⁷ Međunarodno pravo, ističu oni, od države zahteva da istraži svaki slučaj sumnjive smrti (povrede) u zavodima u kome izgleda da su one „neprirodne, nasilne i nejasne”.²⁸

„Prirodna smrt” takođe traži istragu, čak i kada postoje medicinske indikacije da je lice bilo bolesno i da je oboljenje moglo dovesti do takvog ishoda. Jer, ovde treba imati u vidu ceo kauzalni niz odn. „šta je uzrok uzroka”. Na primer, zatvorenik je umro zbog srčanog udara, a medicinski je dokumentovano kako je imao srčane smetnje koje mogu dovesti do ovakvog ishoda. Ali, u praksi se događalo da je srčani napad namerno izazvan ekstremnom upotrebom sile, fizičkim zlostavljanjem, torturom ili lošim postupanjem. Takođe, nije dovoljno konstatovati da je zatvorenik bolovao od respiratornih poremećaja i time objasniti njegovu smrt jer je do gušenja moglo doći zbog upotrebe sile ili vezivanja; takođe, u oba prethodna slučaja do fatalnog ishoda je moglo doći i zbog nepažnje osoblja (neodazivanje na signal za alarmiranje) ili uskraćivanja medicinske pomoći.

26 Coyle, /2002:30/.

27 Ovde se pozivaju na odluku *Jordan v United Kingdom*, Application 24746/94, European Court of Human Rights (4 May 2001).

28 Ovo utoliko pre što je poseban postupak obavezan i kada se radi o na prvi pogled prirodnoj smrti.

Bitno je istražiti i način na koji je došlo do smrti: pored one „prirodne”, postoje još četiri mogućnosti: da do nje dođe zbog nesrećnog slučaja, samoubistva, ubistva i „pod nejasnim okolnostima”. O tome će se izjasniti nezavisni stručnjaci koji niti su zaposleni u ustanovi niti sa za nju obavljaju kakav posao. Oni će zadatak obaviti u dve faze: u prvoj, potrebno je otkloniti svaku sumnju u navode koje im dostavlja zavodska administracija; u drugoj, u obavezi su da dođu do podataka koje im mogu pružiti porodica ili treća lica koja sugerišu na sumnjive okolnosti.²⁹

Pored istrage o uzrocima pojedinačnih slučajeva, pažnju treba posvetiti i situacijama u kojima je došlo do velikog broja povreda i smrtnih ishoda uopšte, naročito kada se uzrok može nalaziti u funkcionisanju samog zavodskog sistema. U Dokumentu se posebno naglašava da posebni izvestilac UN za torturu (*UN Special Rapporteur on Torture*) preporučuje zavodskoj upravi da sistemski pronalazi i utvrđuje činioce koji mogu dovesti do smrti. Kao takvi bi se mogli pojaviti nebriga o zdravstvenom stanju zatvorenika, nedostaci na planu sanitarnih uslova, širenje zaraze ili opasnosti infrastrukture u ustanovi.³⁰

◆ čuvanje dokumentacije i postupanje sa njom

Naglašavajući da je vođenje potpune i uredne dokumentacije ključno za upravljanje zavodom, za sprečavanje torture, neosnovanog zadržavanja i nestanka zatvorenika, kao i za strateško planiranje i reformu penitencijarnog sistema (sprečavanje prenaseljenosti i kršenje prava) i pozivajući se na relevantna međunarodna dokumenta,³¹ eksperti u Pravilu 7. SMP/55 predlažu sledeće izmene: – izraz „registar” zamenjuju sa „knjiga za unošenje podataka”, čime naglašavaju da sadrži veći broj podataka no ranije. To su: – datum, vreme i mesto lišavanja slobode, prebacivanja iz pritvora u zavod za izdržavanje kazne, svaki transfer iz jedne ustanove u drugu, uključujući i dovođenje pred sud ili drugi organ vlasti; – identitet lica koje je postupalo kao predstavnik organa reda; – identitet onoga ko je odredio zadržavanje i onog ko je tu odluku odobrio; – precizan podatak o mestu na kome je lice lišeno slobode držano; kada se radi o roditeljima, neophodno je uneti podatke o imenima dece, uzrastu, mestu gde su smeštena (ovi podaci se smatraju poverljivim); – dan i čas otpusta iz zavoda ili, u slučaju smrti, okolnostima pod kojim se ona desila, uzroku i tome gde je leš upućen; – podaci o svim izrečenim disciplinskim merama, pretresima tela, upotrebi sile i sredstava vezivanja prema zatvorenom licu; – o predmetima koji mu pripadaju; – informacije o bliskim srodnicima; – lični i medicinski karton pratiće zatvorenog pri svakom transferu, a podaci o neophodnim medicinskim potrebama moraju biti jasno naznačeni medicinskoj službi ustanove u koju je upućen; – dokumenti moraju biti smešteni u obezbeđenom prostoru i dostupni samo ovlašćenim službenicima i tom licu u skladu sa zakonom; – podaci o kapacitetu zavoda, smrtnim slučajevima, žalbama na primenu torture biće prosleđeni centralnoj zavodskoj administraciji u pravilnim razmacima kako bi se sprečila prenatrpanost zavoda i mogle donositi sistemske odluke i vodila kaznena politika.

29 Evropski sud za ljudska prava u već navedenoj odluci *Jordan v United Kingdom* ukazuje na obavezu da se analiziraju i izjave članova porodice i onih koji vrše javni nadzor nad radom zavoda.

30 UNODC/CCPCJ/EG.6/2014/NGO.7, p. 19.

31 UN Convention on Enforced Disappearance; UNODC Handbook for Prison Leaders; UN Body of Principles for the Protection of All Prisoners under Any Form or Detention or Imprisonment.

◆ obuka osoblja

Eksperti smatraju da je stalna obuka zaposlenih u zavodima od ključnog značaja za primenu Minimalnih pravila i obezbeđenje sigurnosti kako zatvorenika, tako i personala ustanove. U tom cilju, posebnu pažnju treba posvetiti obuci za: 1) procenu rizika; 2) rešavanje konflikata; 3) sprečavanje samoubistava i samopovređivanja; 4) primenu sile; i 5) primenu sredstava za vezivanje.

◆ završna napomena

Eksperti naglašavaju da bilo koja izmena tada važećih SMP/55 ne sme ići ispod u njima dostignutih standarda.

4. MANDELA PRAVILA – SISTEMATIKA I OSNOVNE NOVINE

Rezolucijom Generalne skupštine UN usvojenom 17. decembra 2015.³² usvojena su nova Standardna minimalna pravila koja počinju sa četiri preliminarne napomene i sadrže dva osnovna dela od kojih se prvi odnosi na sva lica lišena slobode, a drugi na posebne kategorije zatvorenika. U daljem tekstu biće ukazano samo na načelne odredbe i sistematiku ovog dokumenta, a onda će biti ukazano na neke od najvažnijih novina u odnosu na SMP/55³³.

4.1. Osnovna načela

U ovom delu Pravila nalaze se četiri načela koja predstavljaju neki vrstu uvoda. Prvo je da dokument ne pretenduje da ponudi detaljan model sistema kaznenih ustanova i da teži da ustanovi dobre opšteusvojene principe i prakse u postupanju sa zatvorenicima i upravljanju zavodima.

Druga načelna napomena ukazuje da pravila predstavljaju minimalne uslove koji su od UN usvojeni kao prihvatljivi, ali i ostavljaju prostor za stalni razvoj u ovoj oblasti, uključujući i eksperimente i prakse koje su u skladu sa njihovim principima.

Treća se bavi sistematikom dokumenta: pravila u odeljku A odnose se na osuđeničke, ali i na ostala lica iz kategorija B, C i D, naravno ako to nije u suprotnosti sa posebnim, njima namenjenim pravilima i ako je to u njihovom interesu.

Četvrta načelna napomena ukazuje da Mandela pravila ne teže da uredi upravljanje u ustanovama u kojima su smeštena mlada lica.

4.2. Pravila od opšteg značaja

U ovom delu nalaze se 85 pravila razvrstanih u 22 celine: i) Osnovni principi; ii) Postupanje sa dosijeom osuđenika; iii) Razvrstavanje; iv) Smeštaj; v) Lična higijena; vi) Odeća i posteljina; vii) Ishrana; viii) Vežbanje i sport; ix) Zdravstvena

32 General Assembly resolution 70/17, annex, adopted 17 December 2015.

33 Ovakvo rešenje se čini odgovarajućim zato što je tekst SMP/55 preveden u 5. izdanju monografije *Pravo izvršenja krivičnih sankcija* (Ignjatović, 2014:38–50), a prevod Mandela pravila u 6. izdanju (Ignjatović, 2018:38–54).

služba; x) Ograničenja, disciplina i sankcionisanje; xi) Sredstva prinude; xii) Pretres zatvorenika i ćelija; xiii) Informisanje i pritužbe zatvorenika; xiv) Kontakti sa spoljnim svetom; xv) Knjige; xvi) Religija; xvii) Deponovanje osuđenikovih stvari; xviii) Obaveštavanje; xix) Nezavisna istraga; xx) Premeštanje osuđenika; xxi) Osoblje ustanove; xxii) Unutrašnja i spoljna kontrola.

Kako je već naglašeno, zadržaćemo se samo na onim odredbama koje su načelno značajne ili sadrže novine u odnosu na SMP/55.

i) Osnovni principi (pravila 1–5)

Pre svega, prema svim zatvorenicima mora se postupati uz poštovanje njihovog dostojanstva i vrednosti koju poseduju sva ljudska bića. Oni moraju biti zaštićeni od svih oblika *torture*³⁴ i nikakve okolnosti ne mogu opravdati takva postupanja od strane bilo koga od zavodske administracije, onih koji pružaju usluge ili posetilaca.

Ovo pravilo će biti primenjeno bez diskriminacije, bez obzira na rasu, boju kože, pol, jezik, religiozno, političko ili drugo opredeljenje, nacionalno ili društveno poreklo, rođenje ili bilo koji drugi status. U cilju primene principa nediskriminacije, zavodska administracija će uzeti u obzir individualne potrebe zatvorenika, posebno onih koji spadaju u ranjive kategorije u zavodskom okruženju. Takve mere namenjene zaštiti i promovisanju prava zatvorenika sa posebnim potrebama su neophodne i neće se smatrati diskriminatornim.

Zatvaranje i druge mere koje odvajaju lica od spoljnog sveta već su po sebi dovoljno teške zbog toga što im oduzimaju pravo na samoodređenje i lišavaju ih slobode. Zbog toga zavodski sistem nema opravdanja, osim u incidentnim situacijama, da u cilju održanja discipline izoluje ta lica pojačavajući njihove patnje na taj način.

Cilj osude na zatvaranje ili slične mere lišavanja slobode je pre svega namenjen zaštiti društva od zločina i smanjenju recidivizma. Ovi zadaci mogu se ostvariti samo ako je period zatvaranja toliko dug da osigurava, koliko je to moguće, reintegraciju tih lica u društvo po otpustu tako da mogu voditi samostalan život u skladu sa zakonom. U tom cilju će im zavodska administracija i druge nadležne vlasti ponuditi različite programe, aktivnosti i servise, sve u skladu sa potrebama individualnog tretmana zatvorenika.

Zavodski režim će nastojati da u najvećoj mogućoj meri smanji razliku između uslova života u ustanovi i na slobodi. Zavodska administracija će preduzeti sve razumne smeštajne i druge mere prilagođene licima sa fizičkim, mentalnim ili drugim nedostacima kako bi ona mogla u punoj meri učestvovati u životu u ustanovi na ravnopravnoj osnovi.

U daljem tekstu biće dat osvrt na neke od odredaba koje su inovirale sadržaj SMP/55, a biće navedene po redosledu u Mandela pravilima.

ii) Postupanje sa dosijeom osuđenika (pravila 6–10)

U ovom delu detaljno je regulisano ne samo da se na svakom mestu gde je neko lice zatvoreno mora nalaziti njegov standardizovani dosije u elektronskom ili papirnom obliku, sa numerisanim i potpisanim stranama. Uvode se posebne procedure kako bi se zaštitili podaci i sprečio neovlašćen pristup i menjanje unetih podataka.

34 ... „i drugih okrutnih i degradirajućih postupanja ili kažnjavanja”.

Ovde se navodi da nijedno lice neće biti primljeno u zavod bez validnog naloga za upućivanje. Za svako od tih lica biće u dosije uneti podaci o identitetu³⁵, osnov upućivanja u ustanovu, vreme prijema, stvarima koje poseduje u tom trenutku; sva eventualna premeštanja tokom trajanja zatvaranja i vreme otpusta; o povredama i pritužbama na postupanje pre stupanja u zavod; o članovima porodice – mesto stanovanja, imena, srodstvo, a kod dece i uzrast; ko su lica kojima se imaju javiti važni podaci o zatvorenom. Takođe ukazuje se koje još podatke sadrži dosije i kako se sa njim postupa i u koju svrhu³⁶.

ix) Zdravstvena služba (pravila 24–35)

U dokumentu se posebna pažnja posvećuje zaštiti zdravlja lica lišenih slobode, što se vidi već iz broja pravila koja su namenjena ovom pitanju. Osnovni principi su da se o njihovom zdravlju stara država; da je za njih besplatna; da ona imaju pravo da koriste isti standard zdravstvene zaštite kao i drugi građani i da u tom pogledu ne smeju biti diskriminirani zbog statusa u kome se nalaze. Njihova zdravstvena zaštita će biti organizovana u tesnoj saradnji sa opštom zdravstvenom službom kako bi bio obezbeđen kontinuitet tretmana i zaštite, uključujući i HIV, tuberkulozu i duge zarazne bolesti, kao i zavisnost od narkotika.

U daljem tekstu, navedeno je ko čini zdravstvenu službu, na koji način se uspostavlja i ažurira medicinska dokumentacija; kako se postupa u slučajevima kada je zatvoreniku neophodna hitna medicinska pomoć; na koje okolnosti angažovani u ovoj službi moraju obratiti pažnju u komunikaciji sa zatvorenim licem; kako se obezbeđuje poverljivost podataka, a kako autonomija lica lišenog slobode da odlučuje o svom zdravlju; njihovo učešće u kliničkim ispitivanjima; o okolnostima u kojima je zdravstveni radnik (lekar ili medicinski edukovano lice) obavezan da odmah obavesti upravnika zavoda i koje su dužnosti upravnika u tom slučaju; najzad, nabrojano je i šta su zdravstveni radnici dužni da kontrolišu u zavodu.³⁷

xi) Sredstva prinude (pravila 47–49)

Zabranjena je upotreba sredstava koja ponižavaju ili nanose bol (nabrajaju se: lanci, okovi i slična sredstva prinude). Ostala su dozvoljena samo u skladu sa zakonom i pod određenim uslovima³⁸, a o njihovoj primeni odmah će biti obavešten lekar i nadređeni organi zavodskog sistema.

Primena sredstava prinude (i kada je dozvoljena) ograničena je u skladu sa sledećim načelima: ako lakši oblici kontrole ne isključuju rizik od neželjenih posledica; – biće primenjen najblaži metod ograničavanja, imajući vidu nivo i prirodu rizika; – primena je ograničena na najkraći mogući period i biće ukinuta čim prestane rizik.

35 Koji uključuju i njihov stav o svom o rodnom opredeljenju (u originalu se pominje „precizan podatak o njegovom ili njenom jedinstvenom identitetu, uz uvažavanje njegovog ili njenog rodno samoodređenja”). Nije potpuno jasno šta ovaj dodatak znači i kako će se postupati sa licem koje svoje „rodno opredeljenje” vidi različito od pola kome pripada.

36 –v. detaljnije: Ignjatović, 2018.

37 –v. Ibid.

38 Radi sprečavanja bekstva tokom sprovođenja zatvorenika; po odluci rukovodioca zavoda i ako su druga sredstva nedelotvorna u sprečavanju zatvorenika da povredi sebe ili druge ili da uništi imovinu.

Sredstva vezivanja nikada neće biti primenjena prema ženi dok radi, kada je trudna i neposredno posle porođaja.

Zavodska administracija se obučava za upotrebu i kontrolu tehnika primene sredstava prinude kako bi prepoznala situacije kada da ih treba primeniti, uz što manji njihov intenzitet.

xii) Pretres zatvorenika i ćelija (pravila 50–53)

Ove aktivnosti moraju biti u skladu sa nekoliko rukovodećih principa: srazmernost, legalnost i nužnost. Svaka od njih biće dokumentovana; posebno su precizirana ograničenja u pogledu toga ko i na koji način može izvršiti pregled lica bez odeće i pretragu telesnih šupljina.³⁹

xiii) Informisanje i pritužbe zatvorenika (pravila 54–57)

Mandela pravila preciziraju koji će sve podaci biti dostupni (i to na jeziku koji poznaje) svakom zatvoreniku. On se u svakom trenutku može obratiti upravniku ustanove (ili licu koje on odredi da ga zastupa) sa zahtevom ili pritužbom. Takođe, svaki zatvorenik može se bez cenzurisanja, lično ili preko zastupnika, požaliti na tretman u ustanovi centralnom organu zavodskog sistema, sudu i drugim nadležnim organima. Na sve takve zahteve i pritužbe, mora se dogovoriti u najkraćem vremenu.

xix) Nezavisna istraga (pravila 71–72)

Uz pokretanje interne istrage, rukovodilac zavoda će, bez odlaganja, obavestiti o smrti, bekstvu ili težoj povredi zatvorenika sudsku ili drugu nadležnu vlast nezavisnu od administracije zavodskog sistema koja će pokrenutu hitnu, nepristrasnu i efektivnu istragu o okolnostima koje su dovele do navedenih ishoda; zavodska uprava će potpuno sarađivati obezbeđujući sve tražene dokaze. To će biti učinjeno u slučaju sumnje da je primenjena tortura, bez obzira na to da li je bilo pritužbe. Odmah će biti preduzete mere da se potencijalno involviranim licima onemogućiti kontakt sa svedocima, žrtvom i njenom porodicom.

U slučaju smrti zatvorenika, uprava zavoda odnosiće se prema njegovom telu sa poštovanjem i dostojanstveno. Telo će, posle sprovedene istrage, biti predato porodici ili licu koje je on odredio. U suprotnom, administracija ustanove će obezbediti odgovarajuću sahranu i dužna je čuva kompletnu dokumentaciju slučaja.

xxi) Osoblje ustanove (pravila 74–82)

Popunjavanje svih radnih mesta u ustanovi vrši se posle brižljive selekcije pri kojoj se posebno uzimaju u obzir izričito navedeni kvaliteti kandidata, a oni treba da se dobro vladaju, budu efikasni i u odgovarajućoj fizičkoj kondiciji. Njihovo ponašanje daje dobar primer zatvoreniciima i na taj način oni zadobijaju njihovo poštovanje.

Podrazumeva se da ta lica imaju odgovarajuću školsku spremu; pre stupanja na posao treba da prođu kroz trening za obavljanje opštih i specifičnih poslova, koji

39 –v. Ibid.

podrazumeva edukaciju iz krivičnih nauka, a tokom karijere da kontinuirano prolaze kurseve koji će podići njihov nivo znanja i osposobljenost za obavljanje poslova. Naveden je sadržaj kurseva⁴⁰ i posebnih obuka za postupanje sa određenim kategorijama lica lišenih slobode.

Upravnik zavoda mora imati adekvatnu kvalifikaciju za obavljanje takvog posla, administrativne sposobnosti, odgovarajuću obuku i iskustvo. On taj posao mora obavljati u punom radnom vremenu, a stanovaće ili u krugu zavoda ili u njegovoj neposrednoj blizini.

U zavodima u kojima su smeštena lica oba pola, delom u kome su smeštene žene rukovodi žena koja će imati ključeve od oba dela ustanove; u ženski deo ne sme ući zaposleni muškarac, izuzev u pratnju koleginice. Nadzor nad zatvorenicama vrše žene, ali to ne znači zabranu za zaposlene muškarce određenih profesija – posebno doktore i učitelje – da dužnosti obavljaju i u delu zavoda namenjenog smeštaju zatvorenica.

Zavodsko osoblje neće primenjivati silu prema zatvorenicima, osim u slučaju samoodbrane, pri pokušaju bekstva, ili radi suprotstavljanja aktivnom ili pasivnom **fizičkom** otporu zatvorenika. Sve to u skladu sa zakonom i drugim propisima koji regulišu tu materiju. Sila treba da bude najblaža neophodna i o njoj primeni se odmah mora obavestiti upravnik ustanove. Osoblje će proći poseban fizički trening kako bi bilo osposobljeno da se suprotstavi nasilnim zatvorenicima. Osim u posebnim prilikama, osoblje u kontaktu sa licima lišenim slobode neće biti naoružano. Takođe, ono će nositi oružje, samo kada se obučava za njegovo korišćenje.

xxii) Unutrašnja i spoljna kontrola (pravila 83–85)

Postoje dva oblika kontrole rada zavoda: – interna ili administrativna inspekcija koju uspostavlja centralna zavodska administracija; i – spoljna kontrola uspostavljena od tela nezavisnog od zavodske administracije; ona može uključiti kompetentna međunarodna ili regionalna tela.

Inspektori su ovlašćeni da: – traže pristup svim činjenicama koje se odnose na broj zatvorenika i tretman koji se primenjuje, kao i podatke o lokaciji gde su smešteni i uslovima koji u njima postoje; – slobodno izaberu koju ustanovu će posetiti, uključujući i nenajavljen dolazak; kao i da po svojoj volji izaberu koje zatvorenike će intervjuisati; – tokom posete obave lične i poverljive razgovore sa licima lišenim slobode i sa zavodskim osobljem; – izdaju uputstva zavodskoj administraciji i drugim nadležnim subjektima.

Timove zadužene za spoljnu kontrolu čine kvalifikovani iiskusni inspektori priznati od kompetentnih organa i u njihov sastav ulaze i profesionalci medicinske struke. Nastojće se da polna struktura tih timova bude balansirana.

Svaka kontrola će biti dokumentovana pismenim izveštajem koji se dostavlja nadležnim organima. Trebalo bi da oni budu javno publikovani, a zavodska administracija ili drugi nadležni organi će, po pravilu, u razumnom periodu ukazati kada će postupiti po preporukama koje su nastale na osnovu spoljašnje kontrole.

4.3. Pravila koja se odnose na posebne kategorije lica lišenih slobode

U ovoj celini sadržane su norme koje se odnose na: A) osuđenike; B) zatvorena lica sa mentalnim smetnjama ili u posebnom zdravstvenom stanju; C) pritvorenici; D) zatvorene po odluci građanskih sudova; D) zatvorena lica koja još nisu optužena.

A) Osuđenici

Materija je podeljena u nekoliko celina: i) Rukovodeći principi; ii) Tretman; iii) Klasifikacija i individualizacija; iv) Privilegije; v) Rad; vi) Obrazovanje i rekreacija; vii) Društveni kontakti i postepenalna pomoć.

i) Rukovodeći principi (pravila 86–90)

Ova pravila trebalo bi da ukažu na duh u kome se kaznenim ustanovama upravlja i ciljevi koje se pred njih postavljaju u skladu sa deklaracijom datom u Pravilu 1 ovog dokumenta.⁴¹

Posebna pažnja posvećena je postupku otpusta sa izdržavanja kazne, nadzoru (ne treba da ga sprovodi policija) koji treba da bude povezan sa delotvornom socijalnom pomoći.

Tretman osuđenika ne može biti usmeren na njegovo isključenje iz zajednice, već na kontinuiranom ukazivanju na to da su njen deo. Zavodski socijalni radnici trebalo bi da preuzmu obavezu da uspostave i ojačaju veze osuđenika sa njegovom porodicom i sa dragocanim socijalnim službama.

Sprovođenje ovih principa traži individualizovano postupanje i u tom cilju postoji elastičan sistem klasifikovanja osuđenika u grupe. Poželjno je da te grupe budu podeljene po različitim zavodima kako bi prema njima bio primenjen odgovarajući grupni tretman. I nivo obezbeđenja ustanove treba da bude prilagođen potrebama grupe. Otvorene ustanove, upravo zbog toga što nemaju fizičke prepreke za bekstvo i zasnivaju se na samodisciplini stanovnika, obezbeđuju najbolje uslove za rehabilitaciju pažljivo odabranih osuđenika.

Poželjno je da broj lica smeštenih u ustanove zatvorenog tipa ne bude toliko veliki da ometa sprovođenje individualizovanog tretmana. U nekim zemljama smatra se da broj lica smeštenih u zavodu ne treba da pređe 500. U otvorenim ustanovama populacija treba da bude najmanja moguća. Sa druge strane, nije poželjno ni da zavod bude toliko mali da ne obezbeđuje sve neophodne servise.

Zadatak društva ne prestaje sa otpustom osuđenika iz ustanove. Moraju postojati vladine i privatne agencije koje su u stanju da oslobođenom licu obezbede efikasnu postpenalnu pomoć usmerenu na umanjenje predrasuda o njima i potpomognu njihovu socijalnu rehabilitaciju.

B) Zatvorena lica sa mentalnim smetnjama ili u posebnom zdravstvenom stanju (pravila 109–110)

Lica koja nisu krivično odgovorna ili kojima su kasnije dijagnostikovani ozbiljna mentalna poremećenosti i / ili zdravstveni problemi, kojima bi zadržavanje u za-

41 Suština je da se prema svim licima lišenim slobode mora se postupati uz poštovanje njihovog dostojanstva i vrednosti kao ljudskih bića. Ni pod kojim uslovima ne smeju se izlagati torturi.

vodu pogoršalo stanje, neće tu ostati – što je pre moguće biće prebačeni u ustanove za smeštaj lica sa duševnim smetnjama.

Trebalo bi takvim licima obezbediti kontinuitet neophodnog psihijatrijskog tretmana posle otpusta i privremena socio-psihijatrijska postpenalna pomoć.

C) Pritvorena lica⁴² (pravila 111–120)

Lica lišena slobode koja još nisu optužena smatraju se nevinim i prema njima će se i postupati u skladu sa sledećim pravilima: – potrebno je da odmah budu obavještena zašto su lišena slobode i pod kojom su optužbom; imaju pravo na pravnog zastupnika; imaju pravo na da im se dostavi materijal za pisanje i neophodna dokumentacija radi pripremanja odbrane; smešteni su odvojeno od osuđenika, mlada lica od punoletnika; biće u principu smešteni u posebnim ustanovama; pritvorenici će spavati sami u odvojenim sobama.⁴³

Uz moguća ograničenja zbog održavanja reda u ustanovi, pritvorenici mogu, ako to žele i o svom trošku, konzumirati hranu koja im se isporučuje spolja ili je obezbeđuju rodbina i prijatelji; da nose svoju odeću; biće im uvek ponuđeno da rade, ali se to od njih ne može tražiti. Posebno se naglašava njihovo pravo da nabavljaju knjige, novine, sredstva za pisanje, kao i da koriste usluge svog doktora i zubara.

5. UMETO ZAKLJUČKA: OPŠTI OSVRT NA MANDELA PRAVILA I NJIHOV ZNAČAJ ZA RAZVOJ NAŠEG SISTEMA IZVRŠENJA

Kada se rezimiraju izmene izvršene u SMP/55, čini se da treba poći od dokumenta pod nazivom *Eseks papir 3*⁴⁴ sastavljen od eksperata od kojih je većina učestvovala u stvaranju Mandela pravila od prvog trenutka i zbog toga se mogu smatrati najpozvanijim da njihovu suštinu predstave upotrebom nekoliko ključnih pojmova. Evo kako su ih oni odredili i kojim redom su to učinili, zajedno sa detaljnijim popisom pitanja koja pod njih treba podvesti:

1) DOSTOJANSTVO: (tu spadaju sledeća pitanja) – zaokruživanje zahteva da se poštuje ljudsko dostojanstvo; – smanjivanje razlike između života u zavodima i na slobodi; – bezbednost i sigurnost; zabrana torture i ostalih loših postupanja; – princip nediskriminacije; – procedure u slučaju smrti zatvorenika; – pretres zatvorenika, ćelije i posetilaca; – zatvorenici sa smetnjama.

2) ZAVODSKI MENADŽMENT: – alokacija, klasifikacija i prijem; – informisanje; – postupanje sa dosijeima; – zavodsko osoblje; – inspekcija i eksterni nadzor;

3) KONTAKTI SA SPOLJNIM SVETOM: – sa porodicom i prijateljima; – dostupnost pravnog zastupnika; – premeštaj u drugu ustanovu; – zatvoreni stranci.

4) ZDRAVSTVENA POMOĆ: -- medicinska etika; -- zdravstveni tretman prilikom prijema; – medicinska pomoć u hitnim slučajevima; – izolacija i razdvajanje na osnovu medicinskih razloga; – telesno vežbanje u cilju održanja radne

42 e. „untried prisoners”

43 Uz rezervu zbog poštovanja lokalnih običaja i klimatskih prilika –v– Ignjatović, 2018.

44 *Essex paper 3*. Radi se materijalu koji je usvojen na ekspertskom sastanku održanom na Univerzitetu Esseks aprila 2016.

sposobnosti; – dnevni pristup zatvorenicima; – neučestvovanje medicinskog osoblja u održavanju discipline i kažnjavanju; – dokumentovanje slučajeva torture.

5) OGRANIČENJA, DISCIPLINA I SANKCIJE: – osnovni principi; – procesna prava u disciplinskom postupku; – vrste sankcija i ograničenja; – ćelijska izolacija; – ograničavanje negativnog uticaja sankcija i restrikcija; – čuvanje dokumentacije; – sredstva vezivanja; – uloga medicinskog osoblja.

6) UPRAVLJANJE INCIDENTIMA: – bezbednost i sigurnost; – šta znače i koji im je cilj; – upotreba sile i oružja; – žalbe; – istraga.

Ovaj dokument u kome su na 125 strana sadržana detaljna uputstva koja predstavljaju neku vrstu vodiča za tumačenje i primenu Mandela pravila počinje simbolično rečima čoveka po kome su Pravila nazvana:

Najveći doprinos koji naši zavodi mogu dati stalnom smanjivanju stope kriminaliteta u zemlji zavisi od načina na koji se u njima postupa sa zatvorenicima. Teško je dovoljno naglasiti značaj koji u tom pogledu imaju udruženi profesionalizam i poštovanje ljudskih prava.

(Nelson Mandela, govor održan Korekcionoj službi Južnoafričke Republike, 1989)

Naravno, mi ovde nećemo detaljno ulaziti u konkretna rešenja kod svake od navedenih celina. Umesto toga, pokušaćemo da odgovorimo na pitanje koliko će usvajanje ovih Pravila uticati na naše krivično izvršno pravo? Jer, kako ističe Katrin Tiroch /2016/ radi se o dokumentu čije odredbe postavljaju globalne minimalne standarde kao ključni element tretmana zatvorenih lica.

Ako se stvari budu odvijale na dosada praktikovani način – da se izmene vrše nevoljno, samo pod pritiskom spoljašnjih faktora i stvaranjem utiska da se stvari menjaju zato što je to neophodno „na našem evropskom putu” – ne treba očekivati neke značajnije zahvate u ovoj oblasti. Ne samo zbog toga što se ne radi o obavezujućem dokumentu, nego i zbog činjenice da naše zakonodavstvo u ovoj oblasti, na prvi pogled i gledano sa stanovišta normativnih rešenja ne odudara od onih koja su navedena u Mandela pravilima. Ono što je mnogo značajnije i što predstavlja razlog za ozbiljnu zabrinutost je to što ne samo normativna rešenja, nego još više praksa izvršenja krivičnih sankcija kod nas odudara od opšteg duha Mandela pravila. A taj duh se ogleda u mnoštvu odredaba:

a) na primer, prema ljudima lišenim slobode mora se postupati uz **poštovanje** njihovog **ljudskog dostojanstva** i to u mnogim aspektima koji se ne svode samo na to da sve prostorije u kojima borave moraju bezuslovno biti čiste, odeća pogodna, krevet zaseban i sa dovoljno posteljine, pijaća voda dostupna u svakom trenutku, hrana odgovarajuća, kao i sanitarni uslovi; da su nedopustivi primena torture i sličnih postupanja; da im se zaposleni moraju obraćati sa uvažavanjem (bez korišćenja izraza kao što su „kriminalac”, „osuđenik” i sličnih); da se pretresanje – kako lično, tako i ono koje se odnosi na prostorije u kojima su smešteni vrši samo u izuzetnim i opravdanim slučajevima, sve uz poštovanje prava ljudi na privatnost;

b) zahtev za **smanjivanjem razlike između života u zavodima i (onog) na slobodi** motivisan je sa jedne strane željom da se izbegne rutinizacija zavodskog života i predupredi institucionalizacija (prizonizam). One kod zatvorenika umanjuju

osećanje odgovornosti što onemogućava njihovu ponovnu integraciju u društvo po oslobođenju. Sa druge strane, ovaj zahtev za „normalizacijom života zatvorenika” neposredno je povezan sa zahtevom da se poštuje ljudsko dostojanstvo zatvorenika.

To što je neko lišen slobode ne daje zavodskom aparatu pravo da arbitrarno procenjuje koja prava će mu ograničiti. Kako se sa puno osnova naglašava⁴⁵, zatvaranje je samo po sebi kazna i niko nema pravo da dodatno sankcioniše lica samim tim što im je oduzeta sloboda. Evropski sud za ljudska prava u više navrata je takav stav potvrdio konstatujući da im se neka prava, kao ono na korespondenciju, da se obraća svom pravnom zastupniku i sudu, da kontaktira sa porodicom, da upražnjava religijske običaje, da se slobodno izražava, da stupi u brak ... ne mogu oduzeti.

Takođe, u ovom sklopu je i traženje da se zatvorenicima omogući standard života, zdravstvena zaštita, pravo na obrazovanje, na održavanje porodičnih odnosa i na rad. On ne može biti ignorisan sa obrazloženjem da ekonomske prilike u državi ne dozvoljavaju bolje životne uslove zatvorenika, a kao opravdanje se ne može istaći ni tvrdnja da „ni ljudi koji nisu dali državnim organima povod da ih liše slobode nemaju takve životne uslove”⁴⁶.

Naravno, realizacija ovog zahteva je takođe povezana sa potrebom resocijalizacije („rehabilitacije”) osuđenih lica i njihove pripreme da po otpuštanju preuzmu odgovornost koja se podrazumeva za članove društvene zajednice;

c) potrebno je preispitati odredbe o zadiranju u integritet lica lišenih slobode i rigorozna je kontrola (interna i eksterna) **primene sile i sredstava vezivanja** prema njima. Neophodno je normativno precizirati osnovni stav da se radi o izuzetnim merama koje imaju opravdanje samo u krajnjim situacijama. U tom smislu, potrebno je jasno odrediti ograničenja u njihovom korišćenju, ali i proceduru koja uključuje internu i spoljnu kontrolu korišćenja ovih sredstava, kao i obavezu da se o njihovoj primeni vodi evidencija koja može pokazati (na osnovu broja ovakvih postupaka i izjašnjavanja zatvorenog) da se možda radi o obliku torture, nehumanom i degradirajućem postupanju.

d) u ovom postupku, izuzetno je važna **uloga medicinskog osoblja** čije postupanje moraju regulisati pravila medicinske struke, a ne interesi zavodskog sistema;

e) najzad, **obuka osoblja** penitencijarnih ustanova treba da doživi temeljnu transformaciju. Umesto dosadašnje prevashodne usmerenosti na sprečavanje pobuna i bekstva zatvorenika sa naglaskom na oslanjanje na odvrćajuće delovanje moguće primene sile i sredstava prinude, potrebno je da se zaposleni, a pre svega stražarsko osoblje osposobe za stvaranje ambijenta u kome će naglasak biti na obezbeđenju tzv. „dinamičke bezbednosti” koja podrazumeva saradnju sa zatvorenicima i preduzimanje mera usmerenih na sprečavanje konflikata (uključujući i medijaciju).

Kada se sve navedeno ima u vidu, sa puno osnova se možemo zapitati da li će usvajanje Mandela pravila imati uticaja na naš sistem izvršenja krivičnih sankcija? Ako je suditi po činjenici da niko od nadležnih do sada nije obezbedio prevod Pravila i tako ga učinio dostupnim ne samo naučnoj i stručnoj javnosti, nego

45 –v. Essex paper 3, p. 9

46 Logika je sledeća: zatvorena lica su u neposrednoj nadležnosti države i odgovornost za njih snosi država, a ona je dužna da im obezbedi odgovarajuće uslove života.

i praktičarima i onima koji su lišeni slobode⁴⁷ – čini se da će nadležni opet čekati da neko iz EU zatraži da se u sklopu pristupnih pregovora u nekom poglavlju izvrši inoviranje odredaba našeg krivičnog izvršnog prava.

Ovakav ishod se može očekivati jer u literaturi ima stavova da će i Evropska pravila o zatvaranju⁴⁸ biti inovirana u skladu sa rešenjima iz Mandela pravila koja su naprednija (misli se na ona o postupanju sa zatvorenikovim dosijeom, njihovoj zdravstvenoj zaštiti, disciplinskom kažnjavanju i ograničenjima, ćelijskoj izolaciji i nadzorom nad radom zavoda /Huber, 2016/⁴⁹

Šteta je što se umesto čekanja na direktive iz Brisela, naša zemlja ne opredeljuje – pre svega u interesu svojih građana – da sama prilagodi svoje zakonodavstvo međunarodnim standardima. Onda bismo stranim savetnicima – od kojih mnogi, pre no što ovde dođu i ponove iste stvari unapred pripremljene za sve države kandidate, ne ulože ni minimalan napor da se upoznaju sa domaćim zakonodavstvom – sa puno osnova mogli reći da kucaju na otvorena vrata.

A osnovne orijentire u kom pravcu bi trebalo ići daju Mandela pravila u čijoj filozofiji je human tretman zatvorenih lica i poštovanje njihovih prava, njihovo uključivanje u stvaranje klime sigurnosti u ustanovi koju iniciraju zaposleni. Oni se od predstavnika državnog monopola sile vođenih retributivnom logikom po kojoj oni koji su izvršili nedozvoljena dela (ili se u to samo sumnja) treba da „dobiju ono što su zaslužili“, transformišu u stručnjake koji tim licima pomažu da se osposobe po izlasku iz ustanove vode samostalan život u skladu sa zakonom. Otuda umesto potčinjavanja, treba im ponuditi mogućnost da utiču na uslove u kojima žive.

Čini se da je u tom pogledu situacija u Srbiji decenijama iza nivoa dostignutog u mnogim, pre svega skandinavskim zemljama. U dve nedavno prevedene knjige čiji autori su velikani evropske kriminologije Nils Christie /2015/ i Thomas Matiesen /2016/⁵⁰ piše se o organizaciji Norveškog udruženja za kaznenu reformu KROM (*Norwegian Association for Penal Reform*)⁵¹ koja jednom godišnje u nekom od zimskih centara održava višednevne skupove u kojima učestvuju predstavnici Ministarstva pravde (najčešće predvođeni ministrom), zaposleni u kaznenim ustanovama, stručnjaci i naučnici koji se bave ovom materijom – i osuđenici koji na skup dolaze u pratnji obezbeđenja. Centralna tema svih skupova je: kako poboljšati položaj lica lišenih slobode u penitencijarnim ustanovama.

Ma koliko u ovom trenutku pomisao na mogućnost održavanja ovakvih skupova u Srbiji bila daleko od realnosti, jasno je kako je to mnogo bolji put od kopiranja uzora država koje svoje sisteme zasnivaju na odmazdi, rasnoj diskriminaciji, prepu-

47 Što je jedna od stvari na koju se računa pri donošenju međunarodnih instrumenata u ovoj oblasti.

48 Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules

49 Istina, Andrea Huber istovremeno naglašava i da su neka rešenja u Evropskim pravilima o zatvaranju otišla dalje od SMP (misli na pravila o klasifikaciji, planiranju izvršenja sankcije, rehabilitacionim programima i pripremi za otpuštanje). Ramin Farinpour, pak ističe da su Mandela pravila mnogo senzitivnija od Evropskih pravila u pogledu rodnog opredeljenja i da su našla mnogo bolji balans između interesa krivične pravde i poštovanja prava lica lišenih slobode.

50 Obe publikovane u Ediciji CRIMEN Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu (kao knjige br. 35 i 38).

51 Slične organizacije postoje i u ostalim nordijskim zemljama.

njenim kaznenim zavodima, njihovoj privatizaciji i iznalaženju novih sredstava za nanošenje patnji i potčinjavanje lica lišenih slobode. Srbija bi umesto traženja uzora u takvim zemljama, trebalo da mlade istraživače upućuje u skandinavske zemlje da se upoznaju sa stanjem u njima jer one prednjače ne samo u stvaranju humanih uslova u zavodskim ustanovama, nego imaju i jednu od nižih stopa kriminaliteta u razvijenom svetu.

A dok taj duh ne počne da se širi ovim prostorima, potrebno je preduzeti nekoliko konkretnih aktivnosti: pre svega, prilagoditi naše krivično izvršno pravo međunarodnim standardima oličenim u Mandela pravilima,⁵² i to u svim napred navedenim aspektima. U tom sklopu, ovaj autor će ukratko ukazati na neposredne zahvate koje je potrebno izvršiti u našem zavodskom sistemu (ponavljajući neke od predloga koje već godinama iznosi):

- pre svega, potrebno je izmeniti pravila koja se odnose na primenu sile, sredstava vezivanja, telesni pretres i srodne zahvate koji se preduzimaju prema licima lišenim slobode;
- ograničavanje ćelijske izolacije (koje dovodi u pitanje opstanak našeg modela izvršenja kazni zatvora izrečenih za naročito opasna ponašanja koje se na svode samo na dela iz domena organizovanog kriminaliteta);
- postupanje da licima koja imaju mentalne smetnje;⁵³
- vođenje dokumentacije prilagoditi navedenim minimalnim standardima;
- zdravstvenu službu vratiti u nadležnost Ministarstva zdravlja;⁵⁴
- preispitati broj i strukturu zaposlenih u Upravi za izvršenje krivičnih sankcija;
- temeljno reformisati sistem obuke zavodskog osoblja;⁵⁵
- formirati nezavisno ekspertsko telo koje bi se staralo o usklađivanju sistema izvršenja u Srbiji međunarodnim standardima; ono bi bilo zaduženo i za eksternu kontrolu rada ustanova i imalo bi zadatak da sprovodi istragu svih slučajeva telesnog povređivanja i smrti zatvorenih;
- najzad, krajnje je vreme da se na sajtu Uprave za izvršenje krivičnih sankcija nađu prevodi najvažnijih međunarodnih instrumenata kojima se reguliše materija izvršenja krivičnih sankcija i mera.

52 I ne samo u njima: potrebno je prilagoditi ih i dokumentima koji se odnose na izvršenje van-zavodskih sankcija i mera (kao što je Preporuka Komiteta ministara o Evropskim pravilima o sankcijama i merama u zajednici iz marta 2017. [CM/Rec (2017)3]) i o izvršenju sankcija i mera prema maloletnicima kakva je npr. Preporuka Komiteta ministara o Evropskim pravilima za maloletne učinioce kojima su izrečene sankcije ili mere CM/Rec(2008)11.

53 Anita Mackay /2017/ navodi ovo kao jednu od pet najvažnijih izmena koje će uticati na nacionalno zakonodavstvo Australije (uz nova rešenja koja se odnose na ćelijsku izolaciju, telesni pretres, sredstva za vezivanje i obezbeđenje ekvivalentne medicinske zaštite).

54 U jednom od najnovijih radova koji se odnose na delovanje medicinskog osoblja u zavodskim uslovima Jörg Pont i saradnici posebno ističu da Mandela pravila jasno naglašavaju nužnost da im se obezbedi nezavisnost u radu /Pont et al., 2018/.

55 U tom smislu, u pravu je Kasey McCall-Smith /2017/ kada tvrdi da se Mandela pravila ne odnose samo na zaštitu fundamentalnih prava lica lišenih slobode, nego i na minimalne uslove koje moraju zadovoljiti i oni koji u bili kom svojstvu učestvuju u njihovom tretmanu.

LITERATURA

Autorska dela

- Atanacković D. /1988/: *Penologija*, Beograd
- Coyle A. /2002/: *A Human Rights Approach to Prison Management: Handbook for Prison Staff*, London
- Farinpour R. /2016/: The evolving face of European criminal justice in an ever-changing world, *ERA Forum*, n° 3
- Huber A. /2016/: The relevance of the Mandela rules in Europe, *ERA Forum*, n° 3
- Ignjatović Đ. /2014/: *Pravo izvršenja krivičnih sankcija*, 5. ed., 2014
- Ignjatović Đ. /2018/: *Pravo izvršenja krivičnih sankcija*, 6. ed., 2018.
- Kristi N. /2015/: *Granice patnje*, Beograd (orig. Christie N. /1981/: *Limits od Pain*, Oslo)
- Matisen T. /2016/: *Zatvor na optuženičkoj klupi*, Beograd (orig. Mathiesen T. /1990/: *Prison on Trail*, London)
- McCall-Smith K. /2017/: UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (Nelson Mandela Rules), *International Legal Materials*, n° 6
- Mckay A. /2017/: The relevance of UN Mandela rules for Australian prisons, *Alternative Law Journal*, n° 4
- Pont J. et al. /2018/: Prison Health Care Governance: Guaranteeing Clinical Independence, *American Journal of Public Health (AJPH)*, April
- Rodley N. /1987/: *The Treatment of Prisoners Under International Law*, Paris– Oxford
- Srzić N. /1956/: Prvi kongres UN za suzbijanje kriminaliteta i postupanje sa osuđenicima, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, n° 4
- Tiroch K. /2016/: Modernising the Standard minimum rules for the treatment od prisoners – A human right perspective, *Max Planck Yearbook of UN Law Online*, vol. 19.
- Yoon P. /2003/: The „Stunning” truth: stun belts debilitatete, they prejudice and they may even kill, *Capital Defense Journal*, n° 2

Dokumenti

- Report on the meeting of the Expert Group on the SMR held in Vienna 31. Jan. to 2 Febr. 2012, UN Doc UNODC/CCPCJ/EG.6/2012/1
- Essex paper 3 – Initial guidance on the interpretation and implemntation of the UN Nelson Mandela Rules, London, 2017.
- Expert Meeting at the University of Essex on the SMR, Summary, November 2012 –preuzeto sa www.penalreform.org (05.03.2018).
- IACHR – Inter-American Commission of Human Rights, Report on the Human Rights of Persons Deprived of Liberty in the Americas, (31. December 2011), OAE/Ser.L/V/II. Doc. 64.
- UN-Doc. A/68/261 (UN Special Rapporteur on Torture, repport to the UN Generala Assembly: Human rights in the administration of justice: analysis of the international legal and institutional framework for the protection of all persons deprived of their liberty (5. August 2013).
- UNODC, Handbook for Prison Leaders, 2010, Vienna
- UNODC: The United Nations Standard Minimal Rules for the Treatment of Prisoners (The Nelson Mandela Rules), Vienna – preuzeto sa www.unodoc.org (07.03.2018).

UNODC/CCPCJ/EG.6/2012/1

UNODC/CCPCJ/EG.6/2014/NGO.7, March, 2014, Vienna

UN Doc. A/68/261

Dorđe Ignjatović

Faculty of Law, University of Belgrade

UNITED NATIONS STANDARD MINIMAL RULES FOR THE TREATMENT OF PRISONERS (THE NELSON MANDELA RULES)

SUMMARY

After recalling the history of the Standard Minimum Rules of 1934 and 1955 and the process of adopting the latest ones from 2015 named by Nelson Mandela, the author analyzes the text of the adopted Rules and documents created by the Expert Group and indicates that they are characterized by the tendency to bring in harmony the interests of criminal justice and respect for the fundamental rights of persons deprived of their liberty. In that sense, novelties can be reduced to several basic terms: respect for the dignity of prisoners and the normalization of the conditions of their lives; protection of their health; respecting the needs of specific categories of prisoners (like members of vulnerable groups); restrictions in the application of disciplinary sanctions, instruments of restraint and searches of prisoners and cells; dynamic security; and changes in the management of penitentiary institutions.

Having in mind the above, it is alleged that the criminal executive law and the entire penitentiary system in Serbia will have to undergo transformations, primarily in the sense of: – amendments to the rules on the use of force, instruments of restraint, body searches and related activities undertaken against persons deprived of liberty freedom; – restriction of solitary confinement (challenging the survival of prison sentences for particularly dangerous behavior in the field of organized crime); – new rules on the treatment of persons with mental disabilities; – the documentation must be adapted to the minimum standards specified; – to restore the health service to the competence of the Ministry of Health in place of the current positioning in the prison system; – review the number and structure of the employees of the Administration for the Execution of Criminal Sanctions and to thoroughly reform the system of their training; – to form an independent expert body that would take care of the harmonization of the enforcement system in Serbia with international standards (it would also be responsible for the external control of the work of penitentiary institutions and would have the task of investigating all cases of physical injury and death of detained persons).

Key words: persons deprived of liberty, treatment, standard rules, UN, penitentiary system, Serbia.

Milan Škulić*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu
Ustavni sud Republike Srbije

TEORIJSKA PODELA KRIVIČNIH DELA PROTIV POLNE SLOBODE I NJIHOVO MESTO U KRIVIČNOPRAVNOM SISTEMU SRBIJE

Apstrakt. Rad sadrži objašnjenje osnovnih elemenata ratio legis-a krivičnih dela protiv polne slobode. U tekstu se posebno objašnjavaju dva osnovna uporedno-pravna pristupa definisanju silovanja, kao osnovnog krivičnog dela protiv polne slobode. Autor potom objašnjava istorijsku komponentu krivičnih dela protiv polne slobode uopšte, te posebno u nekadašnjem jugoslovenskom i sadašnjem srpskom krivičnompravnom sistemu. Posebno se objašnjava teorijsko-sistemska podela krivičnih dela protiv polne slobode, te sa njima povezanih krivičnih dela u krivičnompravnom sistemu Srbije, a kao primer jednog širokog pristupa u definisanju „seksualnih krivičnih dela”, analizira se podela tih delikata u krivičnompravnom sistemu Sjedinjenih Američkih Država.

U radu se objašnjava da su krivična dela protiv polne slobode podobna za veoma složene teorijsko-sistemske podele u okviru krivičnompravnog sistema, a naročito kada se njima „pridodaju” i drugi „seksualni delikti”, te krivična dela koja imaju određenu seksualnu konotaciju, odnosno mogu se smatrati krivičnim delima koja su povezana sa krivičnim delima protiv polne slobode.

Autor posebno ističe važnost obraćanja posebne pažnje prilikom budućih i očekivanih novela u sferi krivičnih dela protiv polne slobode, da sve modifikacije u odnosu na ta krivična dela budu usklađene, kako međusobno, tako i u odnosu na druga krivična dela sadržana u krivičnompravnom sistemu Srbije.

Ključne reči: polna sloboda, krivična dela, seksualna krivična dela, silovanje, krivičnompravni sistem.

1. UVODNA RAZMATRANJA UZ OSVRT NA KRIMINOLOŠKO/KRIMINALISTIČKO/VIKTIMOLOŠKU KOMPONENTU SILOVANJA KAO OSNOVNOG KRIVIČNOG DELA PROTIV POLNE SLOBODE

Krivična dela protiv polne slobode, kao i druga krivična dela, koja imaju odgovarajuću „seksualnu komponentu” u krivičnom zakonodavstvu Srbije su, kako u krivičnompravnom smislu, tako i kriminološko-fenomenološkom, veoma interesantna vrsta krivičnih dela. Centralno pitanje je kod ovih krivičnih dela („za koja se obično koristi i termin seksualni delikti”), „dugo vremena” bilo „kako ih zakonom regulisati, odnosno gde postaviti granicu između dozvoljenog i kriminalnog.”¹

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

1 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, sedmo izmenjeno izdanje, „Službeni glasnik”, Beograd, 2018., str. 560 i Z. Stojanović, M. Škulić i V. Delibašić, *Osnovi krivičnog i krivičnog procesnog prava*, Advokatska komora Srbije, Beograd, 2018., str. 164–165.

U krivičnopravnom smislu su krivična dela protiv polne slobode, ali i drugi seksualni delikti, odnosno sa njima povezana krivična dela, veoma interesantna i podobna kako za složene teorijske analize, tako i za zauzimanje značajnih stavova pravne prakse, zbog izuzetno razvijene veze tih inkriminacija sa nizom opštih krivičnopравnih instituta, kao što su sila i pretnja, kao oblici prinude, stvarna zabluda, problem sticaja itd.

U kriminološko-fenomenološkom smislu su krivična dela protiv polne slobode, ali i drugi seksualni delikti, te sa njima povezana krivična dela izuzetno zanimljiv predmet analiziranja, kako zbog izražene „tamne brojke” kod ovih delikata,² tako i zbog specifičnih odnosa na relaciji „učinilac-žrtva”, ali i velikog uticaja feminističkih stavova na promenu dominantne društvene svesti, pre svega u odnosu na silovanje kao klasično/najklasičnije krivično delo protiv polne slobode, ali i na druga krivična dela iz „seksualne sfere”.

Silovanje se kako u kriminalistici, tako i u kriminologiji, smatra krivičnim delom koje po definiciji podrazumeva po pravilu, primenu visokog stepena agresije i nasilja,³ uz nepoštovanje slobode volje žrtve u pogledu veoma intimnog pitanja seksualnosti. Stoga je ovo krivično delo po tim svojim karakteristikama i sklonosti učinioca ka primeni nasilja, blisko krivičnim delima protiv života i tela, pa se iz tog razloga i u policijskom radu sva takva dela svrstavaju u istu kategoriju seksualnih i krvnih delikata. Kako kriminalistika, tako posebno i kriminologija, prilikom razmatranja problema krivičnih dela protiv polne slobode, posebnu pažnju poklanjaju pre svega, klasičnom i tipičnom krivičnom delu te vrste, a to je naravno, silovanje.

Kada su u pitanju punoletni učinioци, silovanja predstavljaju oko 0,30 % svih izvršenih krivičnih dela, a kada je reč o maloletnicima, ona čine oko 0,50 % svih izvršenih krivičnih dela od strane učinilaca te starosne kategorije.⁴ Ovde naravno, dolaze u obzir samo krivična dela učinjena od strane maloletnika, a ne i situacije kada deca čine krivična dela koja su protivpravna i zakonom propisana kao krivična dela. Naime, u krivičnopravnom smislu *dete* (lice koje u vreme izvršenja dela koje je protivpravno i zakonom propisano kao krivično delo nije imalo navršenih četrnaest godina), apsolutno nije sposobno da snosi krivicu (na izvestan način je objektivno i apsolutno krivično neodgovorno), pa zato delo koje dete učini, a koje je inače protivpravno i zakonom propisano kao krivično delo, ipak nije krivično delo, jer se *učiniocu (detetu) ne može pripisati u krivicu*.⁵ U tom smislu, a povezano sa nekim oblicima ne samo krivične i uopšte „kazneno/deliktne odgovornosti”, već i građansko-pravne odgovornosti za krivična dela, kao što je ovde posebno važno,

2 Više o tamnoj broji kriminaliteta i tzv. skrivenom kriminalitetu: Đ. Ignjatović, *Kriminologija*, dvanaesto izmenjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i „Dosiје”, Beograd, 2015., str. 56–57.

3 Više o tome: F. Bauer i dr., *Sexualität und Verbrechen*, Frankfurt am Mein und Hamburg, 1963, str. 84, (W. Hocheimer, *Das Sexualstrafrecht in psychologisch-anthropologischer Sicht*).

4 Više o tome: M. Škulić, *Delinkvencija dece i maloletnika – krivičnoprocesni i kriminalistički aspekti*, doktorska disertacija, odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, 24. marta 1999. godine, Beograd, 1999., str. 455–456.

5 Uporedi: M. Škulić, *Starosna granica sposobnosti za snošenje krivice u krivičnopravnom smislu*, „Crimen”, broj 2/2010., Beograd, 2010., str. 212–213.

odgovornosti za dela koja su protivpravna i zakonom propisana kao krivična dela, u literaturi se primećuje i da nekada „pokazujući humane tendencije prema deci, krivično pravo zanemaruje interese oštećenog.”⁶

Nezavisno od ovoga, učešće silovanja (*u relativnom smislu*) u ukupnoj masi krivičnih dela punoletnih lica, je inače, skoro duplo manje nego takvo učešće kada su u pitanju maloletnici. *Kako se to može objasniti?* Nama se čini da nema potrebe za traženjem nekih „dramatičnih objašnjenja”, već to proizlazi iz činjenice da u ukupnoj masi krivičnih dela punoletnih učinilaca, postoje i mnoga krivična dela koja maloletnici po pravilu ili ne vrše (kao na primer, krivična dela protiv radnih odnosa, ustavnog uređenja i bezbednosti, protiv privrede, protiv braka i porodice, itd.), ili se zbog njih veoma retko krivično gone, za šta su tipičan primer krivična dela protiv časti i ugleda. Kada bi eliminisali takva krivična dela punoletnih lica, stopa silovanja bi se približno izjednačila, ukoliko čak ne bi bila i nešto veća kod punoletnih lica. Učešće maloletnika u ukupnom broju izvršenih silovanja iznosi oko 6,20 %, što znači da je *svaki šesnaesti učinilac* krivičnog dela silovanja maloletnik.⁷

Pored toga, navedene brojke treba posmatrati i u svetlu *ukupne delinkventne populacije (relativno posmatranje)*, tako da ako imamo u vidu koliko je manji broj lica od 14 do 18 godina starosti u vreme izvršenja krivičnog dela, u odnosu na sve one koji su stariji, a relativno sposobni za vršenje krivičnih dela, a naročito kada znamo da silovanje po pravilu ne vrše mlađi maloletnici, onda možemo da konstatujemo da broj silovanja koja vrše maloletnici ni u kom slučaju nije zanemarljiv, te da je on čak značajno veći (u relativnom smislu), nego broj onih dela silovanja koja su izvršila punoletna lica. Moglo bi se eventualno raspravljati o tome da je „tamna brojka” nešto veća kod punoletnih učinilaca koji vrše silovanja, nego kod maloletnika, (mada i to nije sasvim izvesno), ali se ni time u suštini, iznesene konstatacije ne bi mogle u bitnoj meri osporavati.

Svakako se može prihvatiti da silovanje predstavlja krivično delo koje se odlikuje velikom *tamnom brojkom*,⁸ ali je veoma teško apriorno zaključivati o kojem se broju radi i mada se u teoriji često ističe da na jedno prijavljeno silovanje „dolazi” pet do šest ili čak više silovanja koja se ne prijavljuju,⁹ čini se da je nemoguće, (a u stvari neozbiljno), bez temeljnijih viktimoloških studija (baziranih na anonimnom anketiranju velikog broja potencijalnih žrtava), iznositi bilo kakve konkretnije podatke, osim uopštene konstatacije da je tamna brojka svakako veoma velika. Razlozi za neprijavljivanje silovanja i seksualnih delikata uopšte, se po pravilu svode na strah od nepovoljnog reagovanja okoline, bojazan od osvete izvršioca ili njemu bliskih lica i naročito, strah od predstojeće službene procedure i moguće stigmatizacije same žrtve, strepnja od pokušaja okrivljenog i njegovog branioca da moralno diskredituju žrtvu, strah od publikovanja slučaja u sredstvima javnog informisanja

6 V. Bajović, *Neokonzervativni pristup u borbi protiv maloletničke delinkvencije i odgovornost roditelja*, zbornik: „Kaznena reakcija Srbije, VII deo” (ur. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2017., str. 219.

7 M. Škulić (*Disertacija*), *op.cit.*, str. 455.

8 F. Bauer i dr., *op.cit.*, str. 11.

9 W. Lamont Marshall and Y. M. Fernandez, *Sourcebook of Treatment Programs for Sexual Offender*, Queens University, Ontario, Toronto, 1998., str. 9. str. 9.

itd. Tako se u SAD, prema jednoj proceni FBI-a, od deset izvršenih silovanja, policiji prijavljuje samo jedno.¹⁰ To u suštini ne proizlazi isključivo iz karaktera krivičnog dela silovanja i njegove u izvesnoj meri „sramotne konotacije” naročito u patrijarhalnijim sredinama, (čak i kada se ne može govoriti o bilo kakvom doprinosu žrtve), već i iz česte neefikasnosti službenih aktera krivične procedure i naročito samih pravila postupka, koja nisu dovoljno upodobljena potrebama zaštite žrtve, a što se po pravilu ispoljava redovnom *sekundarnom viktimizacijom*.¹¹ Znajući za to, mnoge žrtve se svesno odlučuju da ne prijave delo, jer smatraju da je „pošteđa” krivca od krivičnog gonjenja, za njih manje zlo, od onog koje bi pretrpele u dugotrajnom i mučnom krivičnom postupku, zarad sasvim neizvesne sudske satisfakcije, koja uz to, da nevolja bude veća, može vrlo lako da bude paralelno praćena i „moralnom diskvalifikacijom” žrtve silovanja.

Ovde, kada je reč o toj *viktimoškoj dimenziji* silovanja, ali i drugih krivičnih dela protiv polne slobode, treba imati u vidu i neke novije pomake na planu EU regulative, koja u izvesnoj meri „obavezuje” i „države kandidate” za članstvo u Evropskoj Uniji. Naime, Direktivom Parlamenta EU i Saveta Evrope 2012/29 od 25. oktobra 2012. godine, o uspostavljanju minimalnih standarda prava i zaštite žrtava krivičnih dela, za države članice EU utvrđen je niz obaveza koje se odnose na poboljšanje položaja žrtava krivičnih dela u krivičnom postupku. Deo tih pravila se svodi na elemente tzv. restorativnog pravosuđa.¹² Savremeni krivičnopravni sistemi i inače, načelno teže poboljšanju položaja oštećenog, odnosno žrtve krivičnog dela, što se posebno odnosi na one žrtve,¹³ koje se po logici stvari (to je posebno slučaj kada je reč o žrtvama krivičnih dela protiv polne slobode, naročito ako se radi o deci i maloletnim licima uopšte), smatraju „posebno ranjivim”. Još uvek su prisutne prilično velike razlike u odnosu na ovo pitanje između pojedinih krivičnopravnih sistema država članica EU i već sad se može konstatovati da je do predviđenog roka (član 27 stav 1 Direktive), a to je bio 16. oktobar 2015. godine, veoma mali broj država članica EU uspeo da u potpunosti uskladi svoje zakonodavstvo sa zahtevima iz Direktive. Doduše, taj rok je donekle „instruktivnog” karaktera, jer je u samoj Direktivi (član 28), propisano da će od 16. oktobra 2017. godine, države članice imati dužnost da Komisiju obaveste o preduzetim merama, te da će od tog datuma, svake tri godine, morati da podnose nove izveštaje o „napretku” u implementaciji pravila iz Direktive.¹⁴

10 Ž. Aleksić i M. Škulić, *Kriminalistika*, deveto izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016., str. 283.

11 Više o tome: M. Škulić, *National Report – Serbia*, in: F. Dünkel, J. Grzywa-Holten, P. Horsfield (Eds.), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters – A stock-taking of legal issues implementation strategies and outcomes in 36 European countries*, Vol. 2, Band 50/2 Forum Verlag Godesberg, Schriften zum Strafvollzug, Jugendstrafrecht und zur Kriminologie, Greifswald, 2015, str. 803 – 828.

12 Više o tome: M. Škulić, *National Report – Montenegro*, in: F. Dünkel, J. Grzywa-Holten, P. Horsfield (Ed.), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters – A stock-taking of legal issues implementation strategies and outcomes in 36 European countries*, Vol. 2, Band 50/2 Forum Verlag Godesberg, Schriften zum Strafvollzug, Jugendstrafrecht und zur Kriminologie, Greifswald, 2015, str. 529 – 530.

13 Više o tome: M. Žarković i T. Kesić, *Podrška žrtvama krivičnih dela*, „Pravni život”, broj 9, Beograd, 2006, str. 1151–1152.

14 Više o tome: M. Škulić, *Uloga policije u zaštiti prava oštećenog krivičnim delom*, međunarodna naučna konferencija, Kriminalističko-policijska akademija, Tara, 2017., tematski zbornik radova sa

Pravila sadržana u direktivama EU spadaju u tzv. „meko evropsko pravo”,¹⁵ kada je reč o pravnom prostoru van same EU,¹⁶ ali se u suštini iz političkih razloga i od država kandidata za članstvo u EU, očekuje da u doglednom periodu, te u skladu sa konkretnim akcionim planovima svoje zakonodavstvo usklade sa takvim pravilima. To se odnosi i na Srbiju, čiji pravni sistem, kao što je to i inače, prilično karakteristično za države koje baštine krivičnopravnu/krivičnoprocesnu tradiciju nekadašnje SFRJ i inače ispoljava tendenciju da ukazuje značajnu pažnju interesima zaštite oštećenih krivičnim delima. Direktiva EU 2012/29 je po definiciji „viktimoški” usmerena,¹⁷ što znači da se prema svom sadržaju uglavnom tiče jednog od suštinskih segmenata, odnosno zadataka viktimologije koji se odnosi na „stvranje sistema mera za redukovanje primarne i sekundarne viktimizacije”.¹⁸ Iako je to šira tema od predmeta ovog rada, čini se da odredbama Krivičnog zakonika nije uvek dovoljno diferencirana krivičnopravna zaštita određenih posebnih kategorija žrtava (pasivnih subjekata) krivičnih dela.¹⁹ Na primer, većina krivičnih dela protiv života i tela, kao i krivična dela protiv polne slobode,²⁰ ali i mnoga druga krivična dela, imaju teže oblike onda kada je osnovni oblik krivičnog dela izvršen prema maloletnom licu,²¹ ali bi bilo korisno da postoje još teži oblici ovih dela, kada se radi o deci ili posebni oblici ukoliko je krivično delo učinjeno prema bremenitoj ženi.²²

Prilikom definisanja silovanja, kao „klasičnog seksualnog krivičnog dela”, u savremenom krivičnom pravu, uočavaju se primarno dva osnovna pristupa:²³

naučno-stručnog skupa sa međunarodnim učešćem, Tara, maj, 2017, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2017., str. 41 – 43.

- 15 Više o tome: M. Fletcher and R. Löf with B. Gilmore, *EU Criminal Law and Justice*, „Elgar European Law”, Cheltenham UK, 2008, str. 58 – 59.
- 16 Radi se o tzv. sekundarnim (derivativnim) izvorima prava EU, gde spadaju akti koji su propisani članom 288. Ugovora o funkcionisanju EU.
- 17 Pod viktimoškim pristupom ili uopšte „viktimologijom”, se veoma sumarno objašnjeno, podrazumeva „proučavanje žrtava krivičnih dela, kao grupe koja je u prošlosti bila zanemarljiva od strane sistema krivičnog pravosuđa”. Više o tome: F. E. Hagan, *Introduction to Criminology – Theories, Methods and Criminal Behavior*, 6th Edition, „Sage Publications”, Thousand Oaks, 2008, str. 215.
- 18 Više o cilju i osnovnim zadacima viktimologije: Đ. Ignjatović i B. Simeunović-Patić, *Viktimologija – opšti deo*, edicija *Crimen*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015., str. 20.
- 19 Uporedi: D. Kolarić, *Dinamična faza krivičnog zakonodavstva Republike Srbije*, „Pravni život”, broj 9, tematski broj „Pravo i društveni imperativi”, Udruženje pravnik Srbije, Kopaonik, Beograd, 2016., str. 641–669
- 20 Više o tome: Z. Stojanović i N. Delić, *Krivično pravo – posebni deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i „Pravna knjiga”, Beograd, 2013., str. 71 – 73.
- 21 Više o tome: M. Škulić, *Maloletnici kao učinioci i kao žrtve krivičnih dela*, „Dosije”, Beograd, 2003., str. 367 – 370.
- 22 Više o mogućnostima posebne i pojačane krivičnopravne zaštite kako bremenite žene, tako i još nerođenog deteta: D. Kolarić, *Zaštita fetusa u krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije de lege ferenda*, „Revija za kriminologiju i krivično pravo”, Beograd: Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu i Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, broj 3/2009, Beograd, 2009., str. 303–317.
- 23 M. Škulić, *Krivično delo silovanja u krivičnom pravu Srbije – aktuelne izmene, neka sporna pitanja i moguće buduće modifikacije* posebno izdanje Crimena-a i Revije, broj 2–3/2017, Beograd, 2017., str. 396 – 397.

- 1) *tradicionalni pristup* silovanju, prilikom koga se silovanje uobičajeno definiše kao „obljuba žene na silu i protiv njene volje” i
- 2) *relativno novi(ji) pristup* zasnovan na „promenjenim kulturološkim stavovima u odnosu na seksualnost”, a koji je karakterističan za poslednjih nekoliko decenija 20. veka i čija su osnovna obeležja:
 1. upotreba rodno-neutralnih, odnosno rodno-univerzalnih termina, kako u odnosu na učinioca, tako i u pogledu pasivnog subjekta, odnosno žrtve (govori se o licu, a ne o muškarcu ili ženi);
 2. izbegavanje ili „relativizovanje” termina „obljuba”, umesto koga se u nekim krivičnim zakonodavstvima koriste izrazi veoma širokog značenja, a pre svega termin „seksualni odnos”, koji se ne ograničava samo na „prodiranje penisa u vaginu”, odnosno drugu vrstu penetracije muškog polnog organa, kao i uvođenje odgovarajućih alternativno propisanih radnji izvršenja silovanja, poput prinudne obljuje ili prinudnog sa obljubom izjednačenog čina, kao što je to na primer, učinjeno u KZ-u Srbije, a slično je na primer i u KZ-u Austrije; te
 3. termin seksualni odnos se u nekim krivičnim zakonodavstvima dodatno određuje atributom „protivpravni”, kojem se takođe nekada pripisuje i veoma široko značenje, te se i na takav način pojam *protivpravni seksualni odnos* izrazito proširuje.²⁴

Ovaj veoma širok pristup definisanju silovanja je u velikoj meri posledica znatno povećanog društvenog angažmana žena u drugoj polovini 20. veka, a posebno organizovanih napora raznih ženskih pokreta, pre svega u zemljama „zapada”, a posebno u SAD, gde se još osamdesetih godina zaključuje da „zločin silovanja postaje krivično delo o kome se u toj državi najviše diskutuje.”²⁵ Nesporno je da je i u tom pogledu bio izuzetno snažan i značaj uticaj nekih feminističkih pokreta u SAD, a onda potom i širom sveta.²⁶

Ipak, neki američki autori skloniji tradicionalnom krivičnopravnom rezonovanju, zaključuju da se u „novim zakonima” prilikom definisanja silovanja upotrebljava „frazu” *seksualni odnos* tj. „polno opštenje” (*sexual intercourse*), čime se zamenjuje ranije veoma uobičajeni jezički izraz, koji se odnosio na „prinudnu obljubu”, ali pri tom, neki od tih autora zaključuju da između tih termina i nema suštinske

24 R. J. Bonnie, A. M. Coughlin, J. C. Jefries, Jr., STR.W.Low, *Criminal Law*, „The Foundation Press”, Westbury, New York, 1997, str. 270 – 271.

25 J. N. Gilbert, *Criminal Investigation*, „Charles E.Merrill Publishing Company – A Bell & Howell Company”, Columbus, Toronto, London, Sydney, 1980, str. 256.

26 Smatra se da je u tom pogledu, tj. u odnosu na promenu dominante svesti u SAD, a potom i širom sveta u odnosu na *osnovni sadržaj silovanja, uloge učinioca i žrtve*, ali i suštinsku *etiologiju* ovog krivičnog dela, ključna bila jedna danas već čuvena, pa čak i legendarna knjiga *Susan Brownmiller*, društveno veoma angažovane američki novinarka i jedne od najistaknutijih feministkinja 20. veka, čija shvatanja, iako ona nije „školovani kriminolog”, danas predstavljaju obavezno „kriminološko štivo”, kada se radi o kriminološkom, posebno viktimoškom, a donekle i krivičnopravnom pogledu na seksualne delikte, a naročito njihove etiološke komponente. Više o tome: S. Brownmiller, *Gegen unseren Willen – Wergewaltigung und Männerherrschaft*, „Fischer Verlag”, Frankfurt am Mein, 1994., str. 16 – 17.

razlike, jer se penetracija zahteva u oba slučaja,²⁷ mada inače, saučesnik u silovanju može biti „oglašen krivim” i bez dokazivanja penetracije.²⁸

Inače, u savremenoj američkoj teoriji, a naročito onoj koja je kriminološki orijentisana, a posebno pod uticajem određenih feminističkih shvatanja, vrlo je dominantan stav, da čak ni svrstavanje silovanja u seksualne delikte, načelno nije dobro i adekvatno, jer „mada silovanje jeste seksualno krivično delo, ono je i mnogo više od toga, ono pripada zločinu nasilja i manifestovanju moći”.²⁹ Čini se da je ovo shvatanje, naročito u pogledu razmatranja etiološke komponente silovanja, odnosno seksualnih delikata uopšte,³⁰ kao i bez obzira što inače, nije sporno da kod silovanja agresija predstavlja veoma upadljivu i čak često dominantnu fenomenološku karakteristiku, ipak u terminološkom pogledu suviše jednostrano, iako inače, agresivni karakter silovanja nije sporan, već je po pravilu, jedna od njegovih osnovnih fenomenoloških osobenosti.³¹

Ključna teza *Susan Brownmiller* u odnosu na silovanje, izražena je u njenoj veoma poznatoj knjizi „Protiv naše volje, muškarci, žene i silovanje” (*Against our Will, Men, Women and Rape*), svodi se na definisanje suštine silovanja kao „čina moći”. Može se smatrati da je ta „kriminološko-etnološka” koncepcija ove izuzetno uticajne feministkinje, posredno ostvarila veoma značajan uticaj i na promene u krivičnom zakonodavstvu, pre svega u SAD, ali i širom sveta. Ova knjiga je potom često doživljala i sumarne verzije pod naslovom „Ne protiv naše volje” (*No against our Will*), te brzo postaje i svojevrsni *feministički manifest*, ali konačno, što je posebno očigledno u promenama u odnosu na definiciju silovanja u mnogim nacionalnim krivičnopravnim sistemima pod uticajem Istanbulske konvencije dobija i svoj neposredan *krivičnopravni ishod*.³²

Dakle, ta ključna teza *Susan Brownmiller* svodi se na striktan stav da se kod silovanja uopšte primarno ne radi o „seksualnom činu”, već je pre svega osnovni sadržaj silovanja (*fenomenološka komponenta*), ali i dominantni impuls za vršenje ovog krivičnog dela (*etiološka komponenta*) – zadobijanje i pokazivanje moći, pre svega „muškarca u odnosu na ženu”, te čak „držanje žena u vekovnoj potčinjenosti u odnosu na muškarce” (što je naravno jedna izrazito dalekosežna i veoma radikalna

27 Kao dokazi postojanja penetracije kod silovanja u jednom konkretnom slučaju iz američke krivičnopravne prakse, koji navodi citirani autor (*In Com. v. Coderre, 360 Mass. 869, 277 N.E.2d 677 (1971)*), tretirano je sledeće: 1) Žrtva je svedočila da je imala „odnos” sa okrivljenim koji joj je pretio nožem; 2) jedan svedok očevidac je svedočio da je okrivljeni bio na žrtvi; 3) drugi svedok očevidac je izjavio da je video okrivljenog koji ima odnose sa žrtvom; 4) vaginalnim ispitivanjem u kratkom vremenu nakon izvršenog dela, utvrđeno je postojanje spermatozoida.

28 J. R. Nolan, *Criminal Law*, „West Publishing CO”, St.Paul, Minn., 1976, str. 102 – 103.

29 F. Adler, O.w.Mueller and W. S. Laufer, *Criminal Law* „McGraw-Hill”, New Yorki, St. Louis etc., 1991, str. 239.

30 Više o tome: N. Lukić, *Etiologija seksualnog kriminaliteta i recidivizma njegovih učinilaca*, zbornik: „Kaznena reakcija u Srbiji”, Deo 3, (ur. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013., str. 280 – 294.

31 Tako se na primer, u američkoj krivičnopravnoj, ali pre svega, kriminološkoj literaturi, koja inače tradicionalno poklanja mnogo pažnje seksualnim deliktima, ističe: „Zločin koji najviše plaži žene je silovanje (*forcible rape*), a to delo u mnogim slučajevima podrazumeva torturu, kao i teške povrede žrtve.” S.T. Reid, *Crime and Criminology*, Ninth Edition, „Mc Graw Hill”, Boston, New York etc., 2000, str. 194.

32 S. Brownmiller, *op.cit.*, str. 16.

feministička koncepcija), u čemu se ogleda i vrlo značajna *viktimološka komponenta* silovanja, ali i inače, seksualnih delikata.³³

Takođe, ovde treba imati u vidu da pri tom, *Susan Brownmiller* i „homoseksualnu varijantu silovanja”, tj. silovanje muškarca, takođe tretira kao manifestaciju moći nekih muškaraca u odnosu na druge muškarce, tako da ona prinudne homoseksualne odnose ne posmatra kao prinudnu seksualnu aktivnost, već kao svojevrsni „čin moći” ili „dokaz moći” jednih muškaraca (učinioci) u odnosu na druge muškarce (žrtve).³⁴

2. SUMARNI OSVRT NA ISTORIJSKI RAZVOJ INKRIMINACIJE OSNOVNOG KRIVIČNOG DELA PROTIV POLNE SLOBODE (SILOVANJE) UOPŠTE I U JUGOSLOVENSKOM/SRPSKOM KRIVIČNOM PRAVU

Sam čin silovanja se na veoma različit način doživljavao od najranijih vremena, pa do savremene epohe, što bi se u kratkim crtama moglo svesti na sledeći sumarni *hronološki prikaz*:³⁵

Kod različitih *primitivnih naroda* silovanje se kažnjavalo samo kao akt koji je smanjio prodajnu vrednost devojke.

U srednjem veku se silovanjem prvenstveno napadala čast žene koja nije primarno pripadala njoj, već njenoj porodici, a osnovni uslov za kažnjavanje silovatelja je bio nevinost žrtve, tako da silovanje žene bez stalnog boravišta, kao i onih koje su bile na lošem glasu, nije bilo kažnjivo, a od silovane žene se zahtevalo da se odmah nakon događaja, raščupane kose i pocepane odeće, požali prvoj osobi koju sretno.

U doba prosvetiteljstva se vrlo ozbiljno sumnjalo u mogućnost da uopšte dođe do silovanja, ukoliko je žena pružila otpor, a akt silovanja se, shodno tome, kažnjavao jedino ako je u njemu učestvovalo više lica, ili ukoliko se žrtvi pretilo oružjem, odnosno ako je bila vezana.

Tek je *u XIX veku* eliminisan faktor nevinosti žrtve kao bitan momenat, tako da žrtva više nije morala biti isključivo devojka, udata žena ili udovica, odnosno ugledna žena, pa je stoga momenat diskriminacije žrtve potisnut u zadnji plan u odnosu na nasilno prodiranje u sferu tuđe volje.

U savremenim društvima i njihovim krivično-pravnim sistemima, žrtvom silovanja se smatra svaka žena prema kojoj je upotrebljeno nasilje te vrste, bez obzira na nevinost u polnom smislu, ili prethodno već stečeno seksualno iskustvo, dob i način života.

Pored toga, *u relativno novije vreme* inkriminacija silovanja u savremenim krivičnopravnim sistemima obuhvata i druge polne radnje, koje se izjednačuju sa obljubom (poput radnji koje su kod nas nekada bile radnje izvršenja ranije postojećeg krivičnog dela – protivprirodnog bluda), te silovanje u većini varijanti (što se u izvesnoj meri razlikuje i u nacionalnim krivičnopravnim sistemima, koji prihvataju širi pojam silovanja), može postojati nezavisno od pola žrtve, tj. pasivnog subjekta silovanja, kao i pola učinioca ovog krivičnog dela.

33 Ibidem.

34 Ibid., str. 17.

35 Ž. Aleksić i M. Škulić, *Kriminalistika*, deveto izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016., str. 283. Prema: L. Vier i dr. *Izmišljeno silovanje*, „Izbor”, br. 2–3/85, Zagreb, 1985., str. 229.

Krivično delo silovanja je u nekadašnjem jugoslovenskom krivičnom pravu bilo definisano na klasičan i „tradicionalan” način, kao *prinudna obljava* koju muškarac vrši prema ženi sa kojom nije u bračnoj zajednici.³⁶ To se ogledalo i u nekadašnjem članu 103. KZS, u okviru kojeg je silovanje sadržavalo sve bitne elemente ovog krivičnog dela, odavno manje-više uobičajene kod „tradicionalnog” zakonskog opisa silovanja.

U našoj krivičnopravnoj teoriji je i dugo pre suštinskih promena u pogledu normativne konstrukcije krivičnog dela silovanja, ukazivano na mogućnost i potrebu ozbiljnijih izmena u pogledu ovog krivičnog dela.³⁷ Prvu značajnu novinu u Srbiji, u pogledu bitnih modifikacija inkriminacije silovanja je uneo ZID KZ/02 proširujući ovo krivično delo i na silovanje žene sa kojom učinilac ne živi u bračnoj zajednici.³⁸

Radikalna promena zakonske definicije silovanja stupa na scenu sa novim Krivičnim zakonikom Srbije iz 2005. godine,³⁹ čija je primena započela 2006. godine.

Osnovne karakteristike relativno nove zakonske definicije silovanja u krivičnom pravu Srbiji, svode se na sledeće konstatacije:

1. Izvršilac silovanja je definisan na „polno-neutralan način”, te može biti kako muškarac, tako i žena;
2. Pasivni subjekt silovanja se takođe označava u „polno-neutralnom smislu”, te i on može da bude kako žena (klasično silovanje), tako i muškarac;
3. Ne zahteva se da između aktivnog i pasivnog subjekta silovanja ne sme postojati određena specifična formalno-pravna i istovremeno i faktička veza specifične vrste,⁴⁰ tj. nije više neophodno da se radi o licima koja ne žive u bračnoj zajednici;⁴¹

36 U krivičnopravnoj teoriji se i tada (a to je bilo prihvaćeno i u sudskoj praksi), isticalo da bračnu zajednicu treba razlikovati od braka, što znači da je i u vreme važenja takve inkriminacije, bilo moguće da učinilac izvrši silovanje „i prema ženskom licu sa kojim se formalno nalazi u braku – pod uslovom da sa tim licem ne živi u bračnoj zajednici.” Prama: D. Atanacković, *Krivično pravo – posebni deo*, „Privredna štampa”, Beograd, 1981., str. 267.

37 Više o tome: Z. Stojanović, *Seksualna krivična dela i predstojeća reforma krivičnog zakonodavstva*, zbornik radova sa međunarodnog simpozijuma: „Seksualnost, agresivnost, delinkventnost – medicinski, pravni i socijalni aspekti seksualne delinkvencije”, „Matica srpska”, Novi Sad, 1999., str. 87 – 93. i M. Cetinić, *Pogled na pitanje da li je potrebno preispitivanje inkriminacije silovanja*, „Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu”, broj 2/1995, Beograd, 1995., str. 80 – 91.

38 U vreme SFRJ, samo se jedno vreme u Krivičnom zakonu Slovenije nije zahtevalo da između učinioaca i pasivnog subjekta silovanja (isključivo muškarac kao izvršilaca i isključivo žena kao pasivni subjekt), ne postoji bračna zajednica.

39 „Sl. glasnik RS”, br. 85/2005.

40 Takva specifična veza, koja je u vreme važenja takve „klasične” definicije silovanja u našem krivičnom zakonodavstvu, isključivala mogućnost silovanja između muškarca i žene između kojih takva veza postoji, morala je ispunjavati određene uslove. To znači da je veza morala biti kumulativno – kako *formalno-pravna* (postojanje braka između muškarca i žene), tako i *faktička* (postojanje bračne zajednice). Iz ovoga proizlazi da samo po sebi, formalno egzistiranje braka (kada na primer, supružnici više uopšte ne žive zajedno u određenom relativno dužem vremenskom periodu, koji je *questio facti* u svakom konkretnom slučaju, a što se može, ali i ne mora manifestovati i mogućim pokretanjem postupka za razvod braka, nije bilo dovoljno za nemogućnost silovanja između lica u braku, odnosno silovanje žene od strane muža, ukoliko u isto vreme ne postoji i bračna zajednica, što podrazumeva odgovarajuću zajednicu života između supružnika, tj. muškarca i žene koji su u braku.

41 Kao što je prethodno već objašnjeno, ova novina nije unesena u naš krivičnopravni sistem tek novim Krivičnim zakonikom (koji je i sada, nakon brojnih novela na snazi i u primeni), već je ona prethodno bila sadržana u ZID KZ/02, kojim je noveliran tada važeći Krivični zakon Srbije.

4. Radnja izvršenja krivičnog dela silovanja definisana je kao određena prinudom iznuđena alternativna aktivnost: a) obljudba ili b) sa obljudbom izjednačen čin.

3. OSNOVNA TEORIJSKO/SISTEMSKA PODELA KRIVIČNIH DELA PROTIV POLNE SLOBODE PROPISANIH U KRIVIČNOM ZAKONIKU SRBIJE

Grupa krivičnih dela, danas imenovanih kao „krivična dela protiv polne slobode”, se u republičkim/pokrajinskim krivičnim zakonima nekadašnje SFRJ terminološki bitno drugačije označavala.

Radilo se o *krivičnim delima protiv dostojanstva ličnosti i morala*. Ovakav naziv nije bio opravdan i zakonodavac se u Srbiji (a slično je i u drugim državama nastalih na teritoriji nekadašnje SFRJ), pravilno opredelio za bolju, odnosno adekvatniju krivičnopravnu terminologiju.

To ipak ne znači da su zaista sva krivična dela svrstana u Glavu XVIII važećeg Krivičnog zakonika Srbije, suštinski krivična dela protiv polne slobode.

Naime, osnovnim krivičnim delom te vrste, a to je silovanje, svakako se najdirektnije povređuje pravo na polnu (seksualnu) slobodu, tako što se protivno volji pasivnog subjekta, on silom ili kvalifikovanom pretnjom prinuđava na obljudbu ili sa njom izjednačeni čin. Pored toga, pravo na polnu (seksualnu) slobodu se povređuje i nekim drugim krivičnim delima iz Glave XVIII KZ-a Srbije, što se čini na nešto drugačiji način, nego kada se radi o krivičnom delu silovanja.

Međutim, postoje i druga krivična dela koja se formalno smatraju inkriminacijama protiv polne slobode (svrstana u Glavu XVIII KZ-a Srbije), a kojima se u stvari, krivičnopravno ne štiti pravo na seksualnu slobodu, tj. slobodan izbor seksualnog partnera i konsensualno učešće u odgovarajućem seksualnom činu, već se takvim inkriminacijama krivičnopravno štite neke druge vrednosti.

Ova krivična dela su formalno, odnosno prema kriterijumu zakonske sistematike svrstana u grupu krivičnih dela protiv seksualne slobode, kako zbog njihove odgovarajuće sadržinske povezanosti sa klasičnim krivičnim delom protiv seksualne slobode, a to je pre svega, silovanje, tako i iz određenih pravno-tehničkih razloga, koji se svode na potrebu relativno jednostavnije zakonske sistematike, te nemogućnosti da formalni naslov konkretne glave Krivičnog zakonika, uvek u potpunosti odražava u potpunosti sadržaj svih krivičnih dela svrstanih u tu glavu.

Stoga se zakonodavac s pravom, opredelio da konkretna Glava XVIII Krivičnog zakonika Srbije, bude nazvana prema objektu zaštite dominantnog krivičnog dela te vrste, a to je silovanje, koje svakako predstavlja osnovno i najtipičnije krivično delo protiv polne slobode, što naravno ne isključuje mogućnost nešto drugačije teorijske podele krivičnih dela svrstanih u Glavu XVIII Krivičnog zakonika Srbije.

Krivična dela protiv polne slobode definisana u okviru Glave XVIII Krivičnog zakonika Srbije, mogu da se u teorijskom smislu, a prema kriterijumu objekta njihove zaštite, odnosno normama krivičnog prava zaštićenog objekta, tj. krivičnopravnim normama zaštićenog društvenog/društvene dobra/vrednosti, podele na nekoliko osnovnih kategorija:

- 1) Klasično (osnovno) krivično delo protiv polne slobode, a to je silovanje (član 178. KZ Srbije);
- 2) Krivična dela seksualnih zloupotreba, gde spadaju tri krivična dela:
 - a) obljava nad nemoćnim licem (član 179. KZ Srbije),⁴²
 - b) obljava sa detetom (član 180. KZ Srbije), kao i
 - c) obljava zloupotrebom položaja (član 181. KZ Srbije);
- 3) Kombinovano krivično delo, koje može biti, kako krivično delo protiv polne slobode, tako i krivično delo seksualne zloupotrebe, a to je krivično delo nedozvoljenih polnih radnji (član 182. KZ Srbije);
- 4) Krivično delo protiv dostojanstva ličnosti u polnoj (seksualnoj) sferi, a u tu kategoriju spada krivično delo polnog uznemiravanja (član 182a KZ Srbije);⁴³
- 5) Krivična dela protiv morala u polnoj (seksualnoj) sferi, gde spadaju tri krivična dela:
 - a) podvođenje i omogućavanje vršenja polnog odnosa (član 183. KZ Srbije),
 - b) posredovanje u vršenju prostitucije (član 184. KZ Srbije), kao i
 - c) prikazivanje, pribavljanje i posedovanje pornografskog materijala i iskorišćavanje maloletnog lica za pornografiju (član 185. KZ Srbije);
- 6) Krivično delo kojim se u sferi seksualnosti štiti duševni integritet dece, a tu spada krivično delo navođenja deteta na prisustvovanje polnim radnjama (član 185a KZ Srbije); te
- 7) Krivična dela kojima se inkriminisanjem odgovarajućih specifičnih pripremnih radnji, posebno štite maloletna lica u sferi polne slobode i dostojanstva ličnosti u polnoj (seksualnoj) sferi, kao i u odnosu na određene planirane seksualne zloupotrebe, gde spada krivično delo iskorišćavanja računarske mreže

42 Inače, u zakonskom nazivu ovog krivičnog dela (*zakonski naslov*), navodi se samo obljava „nad nemoćnim licem”, iako pasivni subjekt ovog krivičnog dela nije samo *nemoćno lice*, tj. osoba koja je u „nemoćnom stanju”, već i druge kategorije lica koje usled određenih okolnosti (poput duševnog oboljenja i zaostalog duševnog razvoja itd.), koje se na njih neposredno odnose, *nisu sposobna za otpor*. Naravno, iz razloga skraćivanja naslova krivičnog dela u Krivičnom zakoniku (član 179.), koristi se odgovarajuća opšta formulacija – „nemoćno lice”.

Ovde je od značaja i veoma interesantno i originalno teorijsko shvatanje D. Atanckovića, koji u okviru svoje doktrinarne podele krivičnih dela protiv dostojanstva ličnosti i morala (raniji zakonski naziv relevantne glave Krivičnog zakona Srbije), posebno razlikuje između ostalog, *krivična dela protiv slobode odlučivanja u polnom životu*, među koja svrstava krivična dela *iskorišćavanja stanja nesposobnosti za otpor*, gde to stanje deli na: 1) stanje psihofizičke nesposobnosti za pružanje otpora i 2) stanje čisto psihičke nesposobnosti za otpor.

Krivično delo obljuje nad nemoćnim licem se, prema ovog teorijskoj sistematici D. Atanckovića, svrstava u kategoriju *stanja psihofizičke nesposobnosti za pružanje otpora*, dok u drugu kategoriju „čisto psihičke nesposobnosti za otpor”, spadaju krivična dela „obljube ili protivprirodnog bluda sa licem koje nije navršilo četrnaest godina” (sadašnje krivično delo obljuje sa detetom) i krivično delo obljuje ili protivprirodnog bluda zloupotrebom položaja” (sadašnje krivično delo obljuje zloupotrebom položaja”). D. Atancković, *Krivično pravo – posebni deo*, treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, „Privredna štampa”, Beograd, 1981., str. 268.

43 U literaturi se ističe da se „pod seksualnim uznemiravanjem generalno podrazumeva neželjeno ponašanje sa seksualnom konotacijom vezano za pol, koje vređa dostojanstvo drugoga. I. Đokić, *Kriminalnopolitička opravdanost inkriminisanja polnog uznemiravanja u Republici Srbiji*, zajedničko izdanje „Crimen-a” i „Revije za kriminologiju i krivično pravo”, broj 2–3/2017, Beograd, 2017., str. 543.

ili komunikacije drugih tehničkim sredstvima za izvršenje krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnom licu (član 185b Krivičnog zakonika Srbije).

4. OSNOVNI ZAŠTIĆENI OBJEKT (OBJEKT KRIVIČNOPRAVNE ZAŠTITE) KRIVIČNIH DELA PROTIV POLNE SLOBODE IZ GLAVE XVIII KRIVIČNOG ZAKONIKA SRBIJE

Kao što je to i inače, uobičajeno prema zakonskoj sistematici, niz određenih krivičnih dela se svrstava u konkretnu *grupu* krivičnih dela, što se formalno i pravno-tehnički svodi na konkretnu „glavu” Krivičnog zakonika”. Osnovni kriterijum za takvo razvrstavanje inkriminacija je po pravilu, isti/istovrsni/slični zaštićeni objekt (objekt zaštite), krivičnih dela određene vrste. Takav je slučaj i sa krivičnim delima protiv polne slobode iz Glave XVIII Krivičnog zakonika Srbije. Naravno, ta krivična dela i inače, imaju niz zajedničkih normativnih karakteristika, bez obzira (što se može uočiti i u prethodno objašnjenjenu sistematici, odnosno podeli tih krivičnih dela), što čak ni zaštićeni objekt, nije uvek isti kod svih tih krivičnih dela.

Naime, zaštićeni objekt većine krivičnih dela *protiv polne slobode* je, kao što to očigledno proizlazi već iz samog naslova Glave XVIII Krivičnog zakonika Srbije, sama *polna sloboda*, odnosno pravo na polnu slobodu,⁴⁴ što pre svega, podrazumeva mogućnost izražavanja slobodne volje u pogledu (ne)stupanja u seksualne odnose.⁴⁵

Međutim neka krivična dela svrstana u Glavu XVIII Krivičnog zakonika Srbije, nemaju striktno polnu slobodu kao svoj zaštićeni objekt, već neke druge vrednosti ili se radi o kombinovanim zaštićenim objektima (objektima zaštite u krivičnopravnom smislu), a zbog određene povezanosti tih zaštićenih objekata sa polnom slobodom i ta su krivična dela svrstana u Glavu XVIII Krivičnog zakonika Srbije, koja je i po svom nazivu posvećena krivičnim delima protiv polne slobode.

5. DRUGA SEKSUALNA KRIVIČNA DELA I SA NJIMA POVEZANA KRIVIČNA DELA U KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU SRBIJE

Kao što je prethodno već objašnjeno, ne samo što krivična dela protiv polne slobode nisu jedina seksualna krivična dela propisana u srpskom krivičnom zakonodavstvu, već ni sve inkriminacije, koje su formalno svrstane u Glavu XVIII Krivičnog zakonika Srbije (krivična dela protiv polne slobode), ne spadaju suštinski u krivična dela protiv polne slobode, već se nekim od tih krivičnih dela štite neke druge vrednosti kao objekt zaštite, odnosno zaštićeni objekat tih inkriminacija.

U druga seksualna krivična dela spadaju dve vrste krivičnih dela:

44 Z. Stojanović i N. Delić, *Krivično pravo – posebni deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i „Pravna knjiga”, Beograd, 2013. str. 77.

45 Uporedi: Z. Stojanović i O. Perić, *Krivično pravo – posebni deo*, 14. izdanje, „Pravna knjiga”, Beograd, 2011., str. 81.

- u prvu grupu ovih krivičnih dela spadaju one inkriminacije koje u nekim svojim oblicima predstavljaju krivična dela protiv polne slobode ili imaju bitne karakteristike drugih seksualnih krivičnih dela;
- drugu grupu ovih krivičnih dela čine inkriminacije koje ne predstavljaju neposredno povređivanje prava na polnu slobodu, tj. nisu same po sebi seksualna krivična dela, ali u sadržinskom smislu, imaju određenu „seksualnu konotaciju”, što znači da po pravilu podrazumevaju ili omogućavaju i nevoljne/prinudne seksualne odnose.

U inkriminacije koje u nekim svojim oblicima predstavljaju krivična dela protiv polne slobode, ili sadrže bitna obeležja drugih striktno seksualnih inkriminacija, spadaju sledeća krivična dela:

- 1) ratni zločini – kada je njihov oblik neki od sledećih opciono navedenih seksualnih delikata: a) silovanje, b) seksualno porobljavanje, c) prinuda na prostituciju, d) izazivanje nasilne trudnoće na način definisan u vezi odgovarajućeg oblika zločina protiv čovečnosti, g) prinudna sterilizacija ili f) bilo koji drugi oblik seksualnog zlostavljanja, koji predstavlja tešku povredu Ženevskih konvencija;⁴⁶
- 2) zločin protiv čovečnosti – ukoliko je oblik takve inkriminacije seksualnog karaktera, što znači da radi o nekom od sledećih opciono navedenih seksualnih delikata, sadržanih u ovom međunarodnom krivičnom delu: a) silovanju, b) seksualnom porobljavanju, c) prisiljavanju na prostituisanje, d) nasilnoj trudnoći, ili f) bilo kojem drugom obliku seksualnog nasilja koji je slične prirode;⁴⁷
- 3) trgovina ljudima – kada se to krivično delo alternativno vrši: a) radi prostitucije ili druge vrste seksualne eksploatacije ili b) u pornografske svrhe.⁴⁸

U specifičnu inkriminaciju koja izolovano i kao takva, sama po sebi, ne predstavlja neposredan napad na pravo na slobodu, odnosno direktno povređivanje tog prava, te nije seksualno krivično delo po zakonskom opisu i u njemu sadržanim bitnim obeležjima, ali u sadržinskom smislu, ima određenu prilično očiglednu „esencijalnu seksualnu konotaciju” spada krivično delo prinudnog zaključenja braka,⁴⁹ jer se za supružnike, pa i one koji su to postali *prinudno*, podrazumevaju i seksualne relacije tokom trajanja bračnog odnosa. Dakle, ovde je od posebnog značaja, što prinudno nastali bračni odnos po logici stvari i po pravilu, podrazumeva ili omogućava i nevoljne/prinudne seksualne odnose.

46 Više o tome: M. Škulić, *Međunarodni krivični sud – nadležnost i postupak*, „Dosije”, Beograd, 2005., str. 281.

47 *Ibid.*, str., 261 – 264.

48 Više o tome: M. Škulić, *Organizovani kriminalitet – pojam, pojavni oblici, krivična dela i krivični postupak*, „Službeni glasnik”, 2. izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2018., str. 316 – 317.

49 Krivično delo prinudnog zaključenja braka je inače, u Krivični zakonik Srbije uneto formalnim prihvatanjem obaveza proizišlih iz Istanbulske konvencije, ali to suštinski i nije bilo neophodno, jer bi i bez postojanja takvog krivičnog dela, koje se odnosi na *specifično usmereno prinudu*, prinudavanje pasivnog subjekta na brak, svakako predstavljalo oduvek postojeće krivično delo prinude, sadržano u članu 135. Krivičnog zakonika Srbije.

Postoje i krivična dela koja ne spadaju u seksualne delikte, ni prema osnovnom formalnom kriterijumu, tako da su svrstana u grupu krivičnih dela protiv polne slobode (Glava XVIII Krivičnog zakonika Srbije), niti se prema svom sadržaju mogu smatrati seksualnim krivičnim delima, tako što bi imali oblike kojima se napada na pravo na polnu slobodu ili bi se neki njihovi oblici svodili na podrazumevanje/omogućavanje nevoljnih/prinudnih seksualnih odnosa, ali zahvaljujući svojim određenim karakteristikama i takve inkriminacije mogu da se smatraju krivičnim delima, koja su relevantno povezana sa seksualnim krivičnim delima. U ovu kategoriju spadaju sledeća krivična dela: proganjanje,⁵⁰ sakaćenje ženskog polnog organa,⁵¹ te nasilje u porodici.⁵²

50 Proganjanje samo po sebi, naravno, ne spada u seksualna krivična dela, ali ono u praksi, može imati određene relevantne veze sa seksualnim deliktima, To na primer, može biti slučaj kada su radnje proganjanja deo određenih pripremnih aktivnosti za kasnije vršenje nekog krivičnog dela protiv polne slobode. Kako pripremanje krivičnog dela protiv polne slobode samo po sebi, nije kažnjivo, ako su takvim radnjama ostvarena i bitna obeležja krivičnog dela proganjanja, tada bi postojalo to krivično delo.

Pored toga, pasivni subjekt se može proganjati radi ispunjavanja nekih seksualnih fantazija, nakon čega učinilac ovog krivičnog dela može prema žrtvi izvršiti i neko krivično delo protiv polne slobode i sl. To je svakako i bio razlog da se u Istanbulskoj konvenciji i propiše posebna obaveza država koja su ovu konvenciju prihvatile da u svoje zakonodavstvo unesu i takvu inkriminaciju, a iz čega je i proistekla novela u KZ-u Srbije iz novembra 2016. godine, kojom je u naše krivično zakonodavstvo uvršteno i ovo novo krivično delo. Više o tome: M. Škulić, *Proganjanje i polno uznemiravanje – ratio legis novih inkriminacija i neki mogući problemi u budućoj praksi*, „Tužilačka reč – glasilo Udruženja tužilaca Srbije, broj 31/2016., Beograd, 2016., str. 14 – 21.

51 Isto kao što važi i u pogledu krivičnog dela prinudnog zaključenja braka (kada bi i bez postojanja takvog posebnog krivičnog dela, prinuda na zaključenje braka, mogla da se podvede pod opšte krivično delo prinude iz člana 135 KZ-a) i krivično delo sakaćenja ženskih polnih organa je u Krivični zakonik Srbije uneto formalnim prihvatanjem obaveza proizišlih iz Istanbulske konvencije, ali bi i inače i bez postojanja takvog posebnog krivičnog dela, sakaćenje ženskih polnih organa svakako bilo, odnosno moglo biti kažnjivo, jer bi se moglo smatrati teškom telesnom povredom, propisanom u članu 121. Krivičnog zakonika Srbije.

Inače, masovne migracije poslednjih godina bi možda mogle dovesti i do sporadične pojave takve prakse i u evropskim državama, pa se i to u izvesnoj meri, smatra elementom *ratio legis*-a unošenja inkriminacije „sakaćenja ženskih polnih organa” u evropska krivična zakonodavstva, a to bi u nekoj svakako manjoj meri (mada je to poprilično nerealno), moglo imati značaja i u nekim situacijama primene univerzalnog principa važenja krivičnog zakonodavstva.

52 Nasilje u porodici ne spada u seksualna krivična dela, ni formalno, niti suštinski, ali s obzirom na određenu „širinu” jednog dela zakonske formulacije koja se odnosi na osnovni oblik ovog krivičnog dela (drsko i bezobzirno ponašanje, kojim se ugrožava spokojstvo člana svoje porodice), nije nemoguće zamisliti da bi i određeni seksualni delikti mogli biti sadržaj nasilja u porodica, mada bi se tada naravno, u krivičnopravnom smislu, javilo pitanje odnosa tih oblika ovog dela sa nekim krivičnim delima protiv polne slobode.

Ovde naravno, treba imati u vidu i veoma široku definiciju nasilja u porodici sadržanu u Porodičnom zakonu. Prema članu 197. stav 1. PZ, nasilje u porodici, u smislu tog zakona, jeste ponašanje kojim jedan član porodice ugrožava telesni integritet, duševno zdravlje ili spokojstvo drugog člana porodice, a kada se u članu 197. stav 2. Porodičnog zakona, navode radnje koje se naročito smatraju nasiljem u porodici, tu se svrstavaju i određeni seksualni delikti, gde spada: 1) prisiljavanje na seksualni odnos; 2) navođenje na seksualni odnos i/ili 3) seksualni odnos sa licem koje nije navršilo 14. godinu života ili nemoćnim licem. Više o tome: M. Škulić, *Krivično delo nasilja u porodici*, zbornik sa konferencije: „Nasilje u porodici”, međunarodni naučni skup; organizator: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu”, Beograd, 9. marta 2012., str. 71 – 107.

6. SEKSUALNA KRIVIČNA DELA U ŠIREM SMISLU SADRŽANA U KRIVIČNOM PRAVU SAD KAO INTERESANTAN PRIMER IZ UPOREDNOG KRIVIČNOG PRAVA

Širina u pogledu na „seksualna krivična dela u širem smislu”, odnosno bolje rečeno, svrstavanje u seksualna krivična dela, ne samo tipičnih krivičnih dela protiv polne slobode, već i niz drugih krivičnih dela, na izvestan način povezanih sa silovanjem i drugim „klasičnim” seksualnim krivičnim delima, je tipično za neke anglosaksonske krivičnopravne sisteme, a posebno je upadljivo u krivičnom pravu Sjedinjenih Američkih Država, pa će se stoga ovo posebno objasniti. Za 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,⁵³ s tim da su danas krivična dela i u Engleskoj pretežno zakonskog karaktera, a veoma su retko sadržana u *common law* izvoru prava.

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:⁵⁶ 1) većina krivičnopravnih odredbi je propisana zakonima (statutima) država, kao i zakonima (statutima) koji se donose na saveznom nivou; 2) krivično pravo je delom sadržano u trgovinskoj, sanitarnoj, zdravstvenoj, finansijskoj i poreskoj regulativi, koja se usvaja kako na saveznom, tako i na nivou država, odnosno regulatornih agencija; 3) jedan deo krivičnog prava izvire i neposredno iz Ustava SAD; te 4) krivično pravo se danas u retkim prilikama u nekim od država SAD 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*).⁵⁷ Tako su na primer, u

53 C. Graf von Bernstoff, *Einführung in das englische Recht*, „C.H.Beck`sche Verlagsbuchhandlung”, München, 2000, str. 247.

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 klasličnom *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 Više o tome: M. Škulić, *Načelo zakonitosti u krivičnom pravu*, „Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu”, broj 1/2010, Beograd, 2010., str. 81 – 84.

57 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.

državi Masschussets u SAD, „common law” krivična dela (zločini), kažnjivi čak i kada uopšte nisu propisani statutom.”⁵⁸

Termin seksualni delikti je uobičajen i u drugim zakonodavstvima, kako nekim kontinentalno-evropskim, tako posebno u krivičnopravnim sistemima anglosaksonske provenijencije,⁵⁹ a naročito u teorijskim razmatranjima.⁶⁰

Pod seksualnim krivičnim delima se u američkoj literaturi, odnosno mnogim udžbenicima krivičnog prava SAD, po pravilu, podrazumeva veoma široka skala delikata, pa tako u tu kategoriju opšteg tipa,⁶¹ spadaju sledeća krivična dela:⁶²

- 1) seksualno motivisani zločini (*Sexually motivated crimes*) prilikom kojih je upotrebljeno nasilje ili pretnja:
 - ubistvo povezano sa seksualnim perverzijama,
 - silovanje koje podrazumeva upotrebu sile odnosno nasilja,⁶³

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

59 Više o tome: B. Doolan, *Principles of Irish Law*, Fourth Edition, „Gill & MacMillan, Dublin, 1996, str. 140 – 143.

60 Kada su u pitanju anglosaksonska krivična zakonodavstva, ovi delikti kao i druga krivična dela, moraju da ispune dva osnovna uslova: 1) da je u pitanju kažnjiva radnja (*actus reus*) i 2) da se radi o umišljajnoj radnji ili u pogledu nekih krivičnih dela – radnji koja je nehatna (*mens rea*), s tim da ni u tim sistemima većina seksualnih delikata, naravno, ne može da ima nehatni karakter. Više o tome: C.G.von Bernstorf, *op.cit.*, str. 248. Tako je i inače, u većini drugih uporedno-pravnih sistema, gde su sva krivična dela protiv polne slobode isključivo *umišljajna krivična dela*, kada je reč o obliku krivice kod ovih krivičnih dela.

Inače, interesantno je da se u važećem Zakoniku o krivičnom postupku, implicitno „tvrđi” da *ipak postoje* i neka krivična dela protiv polne slobode koja se mogu izvršiti iz nehata. Tako se u članu 141. stav 2. tačka 2. Zakonika o krivičnom postupku, navodi da u odluci o izricanju krivične sankcije koja se sastoji u lišenju slobode, prvostepeni sud može po službenoj dužnosti odrediti da se uzorak za forenzičko-genetičku analizu, između ostalog, uzme i od – „okrivljenog koji je oglašen krivim za umišljajno krivično delo protiv polne slobode” (*sic*).

Kada ovde kao uslov navodi da se mora raditi o *umišljajnom krivičnom delu protiv polne slobode*, zakonodavac pravi grubu i skoro neverovatnu *laičku grešku*, jer su krivična dela protiv polne slobode u srpskom krivičnom zakonodavstvu po definiciji **isključivo umišljajna**.

Na primer, kada je reč o najtipičnijem (klasičnom) krivičnom delu protiv polne slobode, *nemoguće je zamisliti silovanje koje bi se izvršilo iz nehata*, bar ne u kontekstu pozitivnog krivičnog zakonodavstva Srbije. Uporedi: M. Škulić, *Krivično procesno pravo*, deseto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2017., str. 242. Više o tome u: M. Škulić i G. Ilić, *Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije – jedan korak napred, dva koraka nazad*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Pravni fakultet u Beogradu i Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2012. Adresa za preuzimanje teksta sa sajta: <http://www.uts.org.rs/images/stories/061212.novi.zakonik.o.krivicnom.postupku.pdf>.

61 Izraz *kategorija opšteg/najopštijeg tipa* označava da se ovde radi ne samo o klasičnim seksualnim deliktima, odnosno krivičnim delima protiv polne slobode, gde je najtipičnije silovanje, ali i razni drugi oblici seksualnih zloupotreba i sl., već i mnoga druga krivična dela koja su u određenoj vezi sa seksualnom sferom, najčešće na *motivaciono-uzročnom nivou*, pa se tu tako, svrstavaju čak i neka klasična krivična dela, poput krivičnih dela protiv života i tela, kao kada je reč o „seksualno motivisanom ubistvu”.

62 T. J. Gardner and V. Manian, *Criminal Law – Principles, Cases and Readings*, „West Publishing Company”, Second Edition, St. Paul, New York, Los Angeles, San Francisco, 1980, str. 435 – 436.

63 Ovde se ističe da je u pitanju „nasilno silovanje”, jer je u pitanju krivičnopravni sistem koji poznaje i tzv. statusno silovanje, kada se obljuba tretira kao silovanje („statutory rape”), mada je u pitanju dobrovoljan seksualni odnos, ali jedan njegov akter nema određenu starosnu dob.

- sadistički motivisana krivična dela kod kojih do seksualnog uzbuđenja učinioca dolazi prouzrokovanjem patnji ili povreda drugim ljudima,
 - kidnapovanje odnosno otmica prilikom koje je sila upotrebljena ili je njome (za)prećeno,⁶⁴
 - nasilni/nasilnički seksualni napadi na decu,
 - piromanija prilikom koje perzistentni impulsi za izazivanjem požara vode poreklo iz potrebe za seksualnim zadovoljstvom učinioca prilikom posmatranja zgrade u plamenu.
- 2) krivična dela protiv dece i lica zaostalih u duševnom razvoju ili uopšte „mentalno deficijentnih” odraslih osoba, a prilikom čijeg izvršenja nije upotrebljena prinuda (sila ili pretnja):
- „statusno silovanje” ili seksualni odnos sa detetom,
 - seksualni odnos sa osobom za koju je poznato da je psihički deficijentna ili mentalno oštećena,
 - incest prilikom koga sila ili pretnja upotrebom sile nije upotrebljena, ali je žrtva prema zakonskim propisima nesposobna da pristane na takav akt,
 - pedofilija – akt mentalno bolesnih osoba koja osećaju seksualnu žudnju prema deci,
- 3) krivična dela kojima se krši pravo na privatnost;
- „deliktno pipanje”, odnosno kažnjivo dodirivanje jednog lica od strane druge osobe,⁶⁵
 - „window peeping” (misli se na nedozvoljeno posmatranje drugih lica prilikom presvlačenja odnosno seksualnog odnosa, što u stvari predstavlja „voajerizam”),
- 4) „komercijalna krivična dela” koja su profitno orijentisana:
- prostitucija (muška i ženska),
 - podvođenje i posredovanje u prostituciji,
 - seksualne perverzije,
 - prodaja obscenog materijala ili prezentacija takvih radnji ili filmova koji imaju pornografski sadržaj,
- 5) krivična dela koja ne predstavljaju fizičku opasnost ali su upravljena protiv javnih interesa:
- oblici voajerizma,
 - javna golotinja ukoliko je ona zabranjena posebnim zakonskim pravilima ili podzakonskim aktima,

64 Mada se to i citiranom tekstu posebno ne ističe, iz celokupnog konteksta je očigledno je da se radi o pretnji nasiljem ili njegovoj primeni na seksualnoj osnovi, a prilikom izvršenja drugog krivičnog dela.

65 Ovo krivično delo je nastalo u američkoj krivičnopravnoj sudskoj praksi i ono u stvari predstavlja modalitet „bludnih radnji” (prema nekadašnjoj našoj krivičnopravnoj terminologiji), odnosno nedozvoljenih polnih radi u važećem krivičnom zakonodavstvu Srbije.

U jednom poznatom slučaju iz 1977. godine (*People v. Thomas*) postupak se vodio zbog postojanja sumnje da je optuženi koristeći dnevnu gužvu u njujorškom gradskom vozu pipkao odnosno namerno doticao stražnjicu jedne žene.

- seksualni odnos na javnom mestu,
 - razna druga dela poput obscenog ponašanja koje nije profitnog karaktera, javno izražavanje seksualnih nepristojnosti,
- 6) „privatna krivična dela” između odraslih lica koja se saglašavaju sa takvim aktivnostima:
- preljuba,
 - zavođenje (u državama koje ga definišu kao deliktno ponašanje),
 - bigamija,
 - incest (seksualni odnos između lica koja se zbog stepena srodstva ne bi mogla venčati, odnosno za koja je međusobni brak zabranjen),
 - zabranjeni homoseksualni odnosi.⁶⁶

Navedeni „spisak” delikata je dobra ilustracija zapažanja dela naše krivično-pravne teorije, u kojoj se načelno ističe da bi bilo suvišno nabrajati sve one inkriminacije u pojedinim zakonodavstvima koje bi se mogle svrstati u inkriminacije u sferi seksualnih odnosa, jer su njima obuhvaćena kako ponašanja društveno opasna u veoma malom stepenu, ili koja to uopšte nisu, tako i ona ponašanja koja izuzetno teško pogađaju pojedince i društvo, pa tako na primer, D. J. West, kao i mnogi drugi američki autori „ističu da inkriminisana seksualna ponašanja variraju” počev od „gledanja kroz prozor žene koja se svlači, pa sve do ubistva kao posledice seksualnog nasilja.”⁶⁷

U većini država SAD, postoji seksualni delikt koji svoje poreklo vodi iz *common law* krivičnogpravnog sistema, te danas postoji i u drugim anglosaksonskim pravnim

66 Mada SAD tradicionalno važe kao veoma liberalna zemlja u odnosu na homoseksualce, ne treba zaboraviti da su patrijarhalni elementi u toj velikoj državi često još uvek veoma snažni, što se ogleda i u nekim zakonskim rešenjima, naročito u „konzervativnim” južnim državama. Stoga je sodomija (pod kojom se podrazumevaju abnormalni seksualni odnosi, a posebno analni odnos između dva muška lica ili odnos sa životinjama), zabranjena u nekim državama SAD, te se tretira kao posebno krivično delo, iako u praksi zbog stavova Vrhovnog suda SAD, koji ovo smatra segmentom ljudskih prava, više nema krivičnog gonjenja za dobrovoljne seksualne odnose te vrste. Naime, odlukom Vrhovnog suda SAD od 26. juna 2003. godine, konsensualna „istopolna” seksualna aktivnost između punoletnih aktera takvog seksualnog odnosa, je postala „legalna”, odnosno zahvaljujući ovom *precedentu*, tj. konkretnoj odluci Vrhovnog suda SAD (*Lawrence v. Texas*), države u SAD, više nemaju pravo da inkriminišu kao krivična (kažnjiva) dela dobrovoljne homoseksualne odnose. Takođe je kao rezultat jedne druge odluke Vrhovnog suda SAD, od 26. juna 2015. godine (*Obergefel v. Hodges*), u svim američkim državama omogućeno davanje tzv. „državne licence” za istopolne brakove, te priznanje brakova zaključenih između osoba istog pola. Takođe, prema klasičnom krivičnompravnom rešenju, koje svoje poreklo vodi još iz *common law* krivičnogpravnog sistema (a u SAD je vekovima zahvaljujući veoma uticajnim „puritanskim shvaćanjima”, bilo veoma aktuelno), silovanje u nekim državama SAD, postoji samo ako je muškarac ostvario „normalan” (vaginalni) seksualni odnos sa ženom koristeći pri tom prinudu, stanje žrtve, njen uzrast, zloupotrebljavajući određene okolnosti itd., a ukoliko je sa ženom pod takvim okolnostima (prinuda itd.), ostvario oralni ili analni odnos, u pitanju je sodomija, koja se u nekim američkim državama kažnjavala (do prethodno citirane odluke Vrhovnog suda SAD iz 2003. godine) i kada je bila dobrovoljna, pa čak, iako je do nje došlo u braku. Više o tome: D. Hall, *Criminal Law and Procedure*, „Lawyers Cooperative Publishing” & „Delmar Publishers”, New York, 1992, str. 133 – 134.

67 Z. Stojanović, *Kriterijum određivanja inkriminacija – uopšte i u sferi seksualnih odnosa*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Ljubljani, Ljubljana, 1981., str. 146.

sistemima, a svodi se na prilično široku definiciju, kojom se u kriminalnu zonu svrstavaju određena ponašanja u sferi seksualnih odnosa, koja ispoljavaju određene značajne sličnosti sa krivičnim delom nedozvoljenih polnih radnji (nekadašnje bludne radnje) u našem krivičnom zakonodavstvu. U ovu kategoriju spada krivično delo koje se označava kao seksualna zloupotreba (*sexual abuse*), koja se još nekada, odnosno u nekim državama SAD, definiše u okviru „opšteg seksualnog krivičnog dela”, a to je seksualni napad (*sexual assault*), određenog stepena.⁶⁸

Kada je reč o seksualnoj zloupotrebi u SAD, to krivično delo se, bez obzira da li se u pojedinim državama definiše kao poseban delikt ili kao jedan od oblika seksualnog napada, posebno odnosi na krivičnopravnu zaštitu dece. U prvobitnom „common law” krivičnopravnom sistemu dodirivanje jedne osobe od druge radi ostvarivanja seksualnog kontakta bez pristanka te osobe, a kada pri tom ne postoji silovanje, nije bilo zakonski sankcionisano, ali je kasnije u SAD u mnogim državama uvedeno posebno krivično delo te vrste i to naročito ako se čini u odnosu na decu.⁶⁹ Tako na primer, u Krivičnom zakonu države Kentaki elementi krivičnog dela seksualne zloupotrebe predstavljaju određenu kombinaciju seksualnog odnosa sa detetom, što u većini država SAD predstavlja „statusno silovanje” i određenih drugih seksualnih zloupotreba, koje su sadržinski slične krivičnom delu nedozvoljenih polnih radnji u našem krivičnom zakonodavstvu. Sledeći elementi moraju postojati kumulativno da bi se radilo o ovom krivičnom delu: 1) osoba koja je učinila akt mora da je navršila sedamnaest godina; 2) učinilac je poveden seksualnim nagonom zloupotrebio telo deteta, 3) dete nije navršilo 15 godina; ili 1) učinilac je navršio 18 godina; 2) učinilac je dete koje nije navršilo 15 godina naveo, podveo ili sproveo određenju zabranu u odnosu na njega; 3) da bi tako na nemoralan i nedostojan način zadovoljio seksualnu želju u odnosu na sebe ili drugo lice.⁷⁰

Mada klasično krivično pravo u SAD silovanje definiše kao prinudnu obljubu, što je još uvek prisutno u mnogim državama SAD, u zakonodavstvima pojedinih država se opis krivičnog dela silovanja proširuje, tako da načelno obuhvata „svaki seksualni kontakt koji predstavlja kažnjivi prodor u intimnu sferu”.⁷¹

U nekim stranim krivičnim zakonodavstvima se obljuba sa licem koje nije navršilo određene godine starosti, a kada postoji pristanak tog lica na seksualni odnos, tretira kao određeni vid silovanja, tj. ne postoji posebno krivično delo, već se radi o jednoj vrsti silovanja. Ovakvo normativno rešenje je tipično za anglosaksonske krivičnopravne sisteme koji poznaju tzv. *statusno silovanje*, odnosno „zakonsko silovanje”. U stvari, time se terminološki implicira da radnja koja inače u suštinskom smislu ne bi predstavljala silovanje, jer ne postoji prinudna obljuba (žensko lice pristaje na obljubu, tj. nema otpora obljubi), ipak predstavlja silovanje, po samom „slovu zakona”.

Ratio legis takvog krivičnopravnog rešenja temelji se na zakonskoj koncepciji o nesposobnosti lica određenog uzrasta da uopšte poseduje slobodnu volju u pogledu

68 M. Škulić, *Maloletnici kao učinioci i kao žrtve krivičnih dela*, „Dosije”, Beograd, 2002, str. 400 – 403.

69 J. C. Klotter, *Criminal Law*, Sixth Edition, „Anderson Publishing Co”, Cincinnati, 2001, str. 150 – 151.

70 Ibid., str. 151.

71 Više o tome: P. Hay, *U.S.-amerikanisches Recht – ein Studienbuch*, „Verlag C.H.Beck”, München, 2000, str. 267 – 268.

pristajanja na seksualni odnos, tj. takva volja ukoliko izražava pristanak, apsolutno nije pravno relevantna.

U tom smislu se u nekim državama u SAD silovanje za razliku od njegovog opšteg određenja kao akta seksualnog odnosa sa ženom na silu ili protiv njene volje, definiše i kao seksualni odnos sa ženom koja nije navršila određene godine starosti, čak i ukoliko je ona pristala na seksualni čin.⁷²

Pozivanje učinioca da je postupao u zabludi se inače u ovom pogledu veoma restriktivno tumači. Takva koncepcija se u opštem smislu temelji na postavci po kojoj, za razliku od modernog evropskog zakonodavstva, subjektivni, psihički element krivičnog dela (*mens rea*) u anglosaksonskom krivičnom pravu nije uobičen u jedinstveno biće krivične odgovornosti kao opšti i nužan uslov sankcije, već se razlikuje i u praksi posebno utvrđuje, prema vrstama krivičnih dela.⁷³

Osnovni elementi silovanja prema tradicionalnoj definiciji u „common law” krivičnopravnom sistemu su: 1) protivpravnost, 2) seksualni odnos, 3) upotreba sile ili pretnje (izazivanje straha kod žrtve) i 4) odsustvo pristanka žene, odnosno izvršenje akta protiv njene volje.⁷⁴

Ovakvo silovanje se označava kao „nasilno silovanje”, što na prvi pogled predstavlja jednu terminološku nelogičnost, jer je silovanje, a što se vidi već iz njegovog etimološkog značenja, po definiciji nasilno, odnosno prinudnog karaktera, ali je takvo definisanje posledica, određivanja dobrovoljnog seksualnog odnosa sa licem koje nije navršilo određene godine života, takođe kao oblika silovanja, a ne kao posebnog krivičnog dela. U stvari, iz tih razloga bi se tzv. statusno silovanje koje postoji u anglosaksonskom krivičnom pravu, kao antipod „nasilnom silovanju”, moglo označiti kao „dobrovoljno silovanje”, mada se to naravno ne čini ni u teoriji niti u praksi, ali već sam atribut „statusno” odnosno „zakonsko”, uz ovakvo delo, ukazuje da se takvo delo, koje inače nije silovanje, samim zakonskim propisom obeležava kao takvo.

U ranom engleskom pravu (slučajevima iz tog prava – „early English cases”), nije postojalo silovanje ako je neko imao seksualni odnos sa ženskim detetom, uz njen pristanak, ali je kasnije u Engleskoj predviđeno da žensko lice ispod 12 godina nije sposobno da da pristanak, tako da se seksualni odnos sa takvim licem tretirao kao silovanje, dok u SAD u svim državama postoji takvo starosno ograničenje, s tim da je starosna granica određena u nekim na 14 godina, u drugim na 16, dok u nekim državama ona iznosi 18 godina.⁷⁵

6.1. Osnovne normativne karakteristike seksualnih krivičnih dela u užem smislu u krivičnom pravu Sjedinjenih Američkih Država

Silovanje i druga seksualna krivična dela u SAD, kao inače i druge inkriminacije u krivičnom zakonodavstvu Sjedinjenih Američkih Država, postoje samo kada su ispunjeni svi potrebni uslovi koji proizlaze iz opšteg pojma krivičnog dela u krivičnom pravu SAD, što se pre svega, odnosi na:

72 J. N. Gilbert, *op.cit.*, str. 256.

73 R. Vasić i K. Čavoški, *Uvod pravo II*, „Draganić”, Beograd, 1997., str. 59.

74 J. C. Klotter, *op.cit.*, str. 126.

75 *Ibid.*, str. 131.

- 1) ispunjenost uslova koji se odnose na sve objektivne elemente konkretnog krivičnog dela – *actus reus*,
- 2) postojanje odgovarajućeg subjektivnog elementa krivičnog dela – *mens rea*, kao i
- 3) nepostojanje/neprihvatanje određene „odbrane”, koja bi isključila postojanje krivičnog dela (opravdavala bi ili izvinjavala krivično delo) ili bi isključivala krivičnu odgovornost.

6.1.1. Objektivni element – *actus reus* krivičnih dela protiv polne slobode u krivičnom pravu Sjedinjenih Američkih Država

Actus reus je objektivni segment krivičnog dela u anglosaksonskom krivičnom pravu uopšte, pa i u krivičnom pravu Sjedinjenih Američkih Država. Pod njim se podrazumeva odgovarajući akt, koji je inače protivpravan, odnosno konkretnim propisom zabranjen, što može biti u vidu određenog činjenja, nečinjenja, odnosno propuštanja ili stvaranje nekog relevantnog stanja, pri čemu se zahteva da ne postoje određene okolnosti koje deluju „opravdavajuće” ili „izvinjavajuće”, te da takve okolnosti nisu u isto vreme i elementi subjektivnog segmenta krivičnog dela – *mens rea*.⁷⁶ Sam akt ili čin, kao suština *actus reus-a*, je u stvari određena radnja, koja slično kao i u srpskom krivičnom pravu, može da predstavlja određeno činjenje ili u nekim slučajevima i nečinjenje, onda kada se propušta odgovarajuća dužnost činjenja.⁷⁷ Naravno, propuštanje ne dolazi u obzir kao radnja izvršenja, kada se radi o seksualnim krivičnim delima.

Uobičajeno se u novijoj američkoj literaturi navodi da je „verovatno najkompletnija definicija „akta”, ona koja je sadržana u Modelu Krivičnog zakonika SAD (Odeljak 1 § 1.13(2)),⁷⁸ prema kojoj se akt u smislu zahteva *actus reus-a*, definiše na sledeći veoma jednostavan način: „telesni pokret, bez obzira da li je dobrovoljan ili prinudan”, pri čemu se međutim, drugim odredbama, poput one sadržane u § 2.01(1) Modela KZ-a SAD utvrđuje da lice nije krivo za delo učinjeno van opsega njegove odgovornosti, kao i kada se radi o nevoljnom aktu.⁷⁹ To znači da se *actus reus*

76 Više o tome: R. Heaton, *Criminal Law*, „Blackstone`s Study Packs”, Nottingham Law School, Nottingham, 2001, str. 14.

77 M. Škulić, *Opšti pojam krivičnog dela u Sjedinjenim Američkim Državama – sličnosti i razlike u odnosu na srpsko krivično pravo*, tematska monografija: „Kaznena reakcija u Srbiji”, V deo, (ur. Đ. Ignjatović), Beograd, 2015., str. 57.

78 *Model Krivičnog zakonika SAD*, koji iako nikada nije postao formalni izvor krivičnog prava SAD, ostvaruje značajan uticaj na pozitivno krivično pravo Sjedinjenih Američkih Država. Više o tome: M. Škulić, *Načelo zakonitosti u krivičnom pravu*, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, broj 1/2010, Beograd, 2010., str. 78 – 79. Tako se u literaturi ističe i 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.

79 J. M. Sheb and J. M. Sheb, *Criminal Law and Procedure*, Wadsworth, Belmont, CA, 2011, str. 78 – 79.

shvata potpuno objektivno, ali sam protivpravni akt koji inače, predstavlja radnju krivičnog dela, nije sam po sebi dovoljan, već se zahteva i da je ispunjena odgovarajuća *subjektivna komponenta* u odnosu na relevantno činjenje ili propuštanje. To, u stvari, znači da se primarno zahteva *voljni akt*, čime se praktično zalazi u domen onoga što je subjektivna komponenta opšteg pojma krivičnog dela – *mens rea*. Kao što će se to detaljnije objašnjavati u daljem tekstu, kada se radi o seksualnim krivičnim delima u krivičnom pravu SAD, nečinjenje ne može biti radnja izvršenja takvih delikata, a sami akti koji predstavljaju radnju izvršenja silovanja, odnosno „seksualnih napada“, ne mogu biti nevoljnog karaktera, odnosno ne dolaze u obzir „nevoljni akti“, koji inače, nekada u pogledu drugih inkriminacija, mogu biti radnja izvršenja.

Actus reus kod silovanja je odgovarajući *seksualni čin*, što je nekada u klasičnom američkom krivičnom pravu, bio isključivo obluba, te imao daleko uže značenje nego u novijem krivičnom pravu SAD. Naime, u relativno novije vreme, došlo do velikog proširenja značenja seksualnog čina, koji sada u većini država SAD, obuhvata osim klasične oblube i sve druge varijante „seksualne penetracije“, poput oralnog i analnog seksualnog odnosa. To je naročito tipično u državama čija krivična prava više uopšte ni ne koriste izraz „silovanje“, već inkriminišu „seksualni napad“, koji se prema svojim osobenostima, kao i prema „ozbiljnosti“, deli na različite „stepene“.

Takođe se među vrste „seksualnih napada“ u tim državama svrstava i čitav niz drugih radnji tzv. seksualnih zloupotreba, poput aktivnosti koje se u srpskom krivičnom pravu smatraju oblicima nedozvoljenih polnih radnji (nekadašnje „bludne radnje“), te čak i određenih oblika seksualnog uznemiravanja (*Sexual Harassment*).

6.1.2. Subjektivni element – *mens rea* krivičnih dela protiv polne slobode u krivičnom pravu Sjedinjenih Američkih Država

Još je u klasičnom *common law* krivičnopravnom sistemu engleskog prava,⁸⁰ od kojeg izvorno i potiče krivično pravo SAD, ustanovljen *princip krivice* čija je suština u zahtevu da krivično delo osim svoje objektivne komponente koja predstavlja njegov *actus reus*, ima i odgovarajući subjektivni element – *mens rea* („guilty mind“), što podrazumeva da „nema krivičnog dela bez kriminalne namere“,⁸¹ pri čemu je klasičan *common law* pristup podrazumevao dve vrste kriminalne namere: 1) opšta (*General intent*) i specifična (*Specific intent*).⁸² Opšta namera podrazumeva preduzimanje određene radnje, bez uslovljavanja da se njome svakako mora postići određeni cilj, odnosno da ona mora biti svrsishodna. Specifična namera obrnuto, podrazumeva da se radnja vrši baš radi ostvarenja određenog cilja koji je krivično-pravno relevantan.

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

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

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

Common law sistem u krivičnom pravu SAD je vremenom razvio određene klasifikacije *mens rea* elementa, odnosno „kriminalne namere” u sudskoj praksi, ali su postojale izuzetno velike razlike od suda do suda, odnosno od države do države, te je postojala jedna suviše velika skala brojnih subjektivnih elemenata, odnosno određenih „atributa” uz konkretnu radnju koja je *actus reus* krivičnog dela poput: deliktno, zlovoljno, umišljajno, bezobzirno, nemarno, nehatno, predumišljajno, sa kažnjivim nehatom, sa velikim nemarom itd.⁸³

Većina država SAD je vremenom prihvatila definicije iz Modela Krivičnog zakonika,⁸⁴ koji poznaje četiri vrste kriminalne namere, odnosno oblika krivice:⁸⁵

- 1) Namerno (*Intentionally/Purposefully*) – učinilac namerno preduzima radnju da bi njome ostvario određeni cilj ili vrši radnju koja je propisana kao radnja izvršenja krivičnog dela, kada je osnovna ili jedina svrha takve radnje da prouzrokuje određeni rezultat ili da učinilac bude uključen u takvu radnju.⁸⁶
- 2) Svesno (*Knowingly*) – učinilac deluje na ovaj način (sa znanjem), kada je svestan prirode svoje radnje, kao i drugih okolnosti koje postoje, kao i kada je gotovo izvesno da će njegovo ponašanje dovesti do posledice, ili je svestan sa velikom verovatnoćom da je njegovo ponašanje zabranjeno odnosno svestan je sa velikom verovatnoćom da postoje bitne okolnosti u odnosu na njegovo zabranjeno ponašanje.
- 3) Bezobzirno/nemotreno (*Recklessly*) – učinilac svesno zanemaruje znatan i neopravdan rizik da će njegovo ponašanje koje je zabranjeno prouzrokovati određenu posledicu.
- 4) Kriminalno nehatno/nemarno (*Negligently*) – učinilac deluje suprotno onome što se očekuje od „razumnog” čoveka, koji nije bio svestan, iako je trebalo/mogao da bude svestan suštinskog neopravdanog rizika svog ponašanja kao i njegove zabranjene prirode.

Kada je reč o seksualnim krivičnim delima, u SAD dolaze u obzir kao oblici takvih delikata, zavisno od njihove vrste,⁸⁷ dve osnovne vrste tzv. kriminalne na-

83 Ibid., str. 83 – 84.

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

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

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

87 To je slučaj na primer, kada se radi o različitim „stepenima” seksualnog napada u nekim državama SAD.

mere: 1) namerno (*Intentionally/Purposefully*) i 2) svesno, odnosno sa znanjem (*Knowingly*).

Tipična seksualna krivična dela, poput klasičnog silovanja (bez obzira što se u većini američkih država više ni ne koristi izraz silovanje, već tzv. nasilno silovanje predstavlja oblik (stepen) seksualnog napada), podrazumevaju *namerno* postupanje izvršioca, što je i inače, karakteristika seksualnih krivičnih dela i u drugim zakonodavstvima,⁸⁸ dok neki seksualni delikti podrazumevaju i postojanje odgovarajuće svesti, odnosno (sa)znanja izvršioca, poput neophodnosti da izvršilac bude svestan da lice sa kojim ima dobrovoljni seksualni odnos (*voluntary sexual intercourse*), nema odgovarajući uzrast, što je tipično za tzv. statusno silovanje, odnosno (dobrovoljni) seksualni odnos sa detetom.⁸⁹

U odnosu na neke oblike seksualnog napada (u onim državama SAD, koje izrazom „seksualni napad”, zamenjuju „tradicionalni termin” *silovanje*), a slično je i u državama koje još uvek koriste izraz „silovanje”, onda kada se radi o težim posledicama proizišlim iz krivičnog dela (nastupele telesne povrede kod žrtve, trudnoća pasivnog subjekta usled silovanja itd.), dolaze u obzir i ostale osnovne vrste „kriminalne namere”, odnosno „*mens rea* stepeni”, a to su: 1) bezobzirno/nemotreno (*Recklessly*) i 2) kriminalno nehatno/nemarno (*Negligently*). Ovde treba imati u vidu i da se u većini država SAD, onda kada su nastupile dodatne teže posledice usled silovanja (seksualnog napada), smatra da tada „paralelno” sa silovanjem postoje i druga krivična dela u sticaju (poput napada na telesni integritet), što znači da se takvom učiniocu u pravno-tehničkom smislu ne pripisuje neki teži oblik seksualnog napada (silovanja), već se smatra da je učinio više krivičnih dela u sticaju.

6.1.3. Osnovne i tipične odbrane (*defences*) u krivičnom pravu SAD u pogledu seksualnih krivičnih dela

U tzv. „Common law” krivičnopravnom sistemu, koji se, kao što je već objašnjeno i inače, smatra više procesno orijentisanim, svako se krivično delo sastoji iz dve osnovne normativne komponente: s jedne strane, to su sve okolnosti na kojima se zasniva krivičnopravna odgovornost, a te okolnosti predstavljaju spoljašnje osobine kod svakog krivičnog dela (*actus reus*) ili potiču iz unutrašnje strane (tzv. *mens rea*); s druge strane, postoji pojam tzv. „odbrana” (*defences*), koji obuhvata sve osnove isključenja krivične odgovornosti i pri tom je takođe povezan sa određenim

88 Tako su na primer, u Srbiji, kao i u većini drugih kontinentalno-evropskih država, ali i inače u uporednom pravu, silovanje i druga seksualna krivična dela, isključivo umišljajnog karaktera, a kao što je prethodno već objašnjeno, namera u anglosaksonskom pravu inače, kao i u pravu SAD, se najčešće u ovom smislu, može poistovetiti sa umišljajem u krivičnom pravu Srbije.

89 Tzv. statusno silovanje svoje poreklo vodi još iz *common law* krivičnopravnog sistema, kao kolevke anglosaksonskih krivičnopravnih sistema, pa između ostalog i modernog krivičnog prava Sjedinjenih Američkih Država. U ranom engleskom pravu (slučajevima iz tog prava – „early English cases”), nije postojalo silovanje ako je neko imao seksualni odnos sa ženskim detetom, uz njen pristanak, ali je kasnije u Engleskoj predviđeno da žensko lice ispod 12 godina nije sposobno da da pristanak, tako da se seksualni odnos sa takvim licem tretirao kao silovanje, dok u SAD u svim državama postoji takvo starosno ograničenje, s tim da je starosna granica određena u nekim na 14 godina, u drugim na 16, dok ona u nekim državama iznosi 18 godina. Prema: J. N. Gilbert, *op.cit.*, str. 256 – 257.

procesnim preprekama za krivično gonjenje,⁹⁰ kao što je to na primer, zastarelost, tako da krivično delo postoji samo ako ne egzistira neki od tih isključujućih osnova.⁹¹

U odnosu na krivično delo, odnosno delo koje bi inače (da nema tih osnova), bilo krivično delo mogu se ispoljiti određeni osnovi koji isključuju njegovo postojanje. Ti osnovi koji isključuju postojanje krivičnog dela, odnosno krivičnu odgovornost ili krivično gonjenje konkretnog lica, odnosno potencijalnog učinioca krivičnog dela, se nazivaju „odbrane“ (*defenses*) i postoje u nekoliko oblika, teorijski podeljenih prema određenim kategorijama:⁹²

1) odbrane zasnovane na nedostatku kapaciteta da se učini krivično delo, gde spadaju: a) dečiji uzrast (*infancy*), b) intoksikacija, pri čemu se razlikuju dobrovoljna intoksikacija, kada se postupa slično kao što je to kod nas slučaj sa institutom skrivljene neuračunljivosti (*actiones libere in causa*), te neskrivljena intoksikacija koja ima značaj koji je sličan, odnosno identičan neuračunljivosti; c) neuračunljivost učinioca u vreme izvršenja krivičnog dela (*insanity*);

2) odbrane koje isključuju krivicu za delo (izvinjavaju ga) ili opravdavaju činjenje takvog dela koje bi inače bilo krivično, gde spadaju: a) prinuda, b) krajnja nužda, c) pristanak povređenog, d) pravna zabluda u nekim slučajevima,⁹³ f) stvarna zabluda pod određenim okolnostima, g) postojanje alibija okrivljenog;

3) odbrane koje opravdavaju upotrebu sile, gde spadaju: a) samoodbrana, b) odbrana drugih lica, c) odbrana određenih materijalnih vrednosti, odnosno dobara, gde se posebno ističu – odbrana kuće, odnosno „doma“, te odbrana imovine;

4) odbrane zasnovane na ustavnim ili zakonskim propisima, gde spadaju: a) ustavni imunitet koji poseduju određena lica, b) druge forme imuniteta, c) delovanje načela *ne bis in idem*, te d) zastarelost krivičnog dela;⁹⁴ kao i

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

91 H. Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, „Nomos“, Baden-Baden, 2005, str. 177.

92 J. M. Scheb and J. M. I. Scheb, *op.cit.*, str. 338.

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

94 Inače, u mnogim državama SAD postoji i pravilo po kojem je propisano nezastarevanje seksualnih krivičnih dela, učinjenih na štetu maloletnih lica. Više o tome: M.Škulić, *Pravna priroda i krivičnopravni (materijalni i procesni) efekti zastarelosti krivičnog gonjenja* – Prvi deo, „Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, broj 2/2016., Beograd, 2016., str. 7 – 29. Tako na primer, u Alabami, osim ubistva, paljevine, falsifikovanja, krivičnih dela nasilja i teške telesne povrede, ne zastarevaju ni seksualna krivična dela učinjena protiv lica koje nije navršilo 16 godina, dok u Vermontu, Vašingtonu, Džordžiji, kao i u nekim državama SAD i krivično gonjenje za takve delikte zastareva, ali rok zastarelosti počinje da teče tek od momenta kada je žrtva navršila

5) odbrane zasnovane na prethodnom nelegalnom delovanju nadležnih organa, gde spadaju: a) zabranjeno provociranje na krivično delo, te b) krivično gonjenje zasnovano na nekom diskriminatorском kriterijumu u odnosu na okrivljenog.

Kao što i iz samog termina (*odbrane*), proizlazi, reč je o osnovu koji ne samo da „zvuči” kao da je više *krivičnoprocesnog*, nego *krivično-materijalnog* karaktera, već odbrane zaista, kako teorijski, tako i praktično, imaju izuzetno naglašenu procesnu komponentu. To se posebno ogleda u vezi između *odbrana* i mehanizma *tereta dokazivanja* u krivičnom postupku SAD, što je povezano i sa načinom konkretne realizacije prava na odbranu okrivljenog u krivičnom postupku, tj. konkretnim „pravcem” njegovog iskazivanja u odnosu na optužbu, odnosno krivično delo koje mu se optužbom stavlja na teret.

Kada se *okrivljeni izjasni da nije kriv* za krivično delo koje je predmet optužbe protiv njega, to se ponekad u SAD smatra *pozitivnom odbranom*, dok se onda kada se poziva na postojanje neke od *odbrana*, to tretira kao *negativna odbrana*. U stvari, ovo nije sasvim logično, jer se neke od „odbrana” svode na isključenje postojanja krivičnog dela, bilo u pogledu njegovog objektivnog elementa – *actus reus-a*, bilo (što je češće, s obzirom na broj odbrana koje se tog elementa tiču), u odnosu na subjektivni element – *mens rea*. Iz ove koncepcije proizlazi da kada se okrivljeni izjasni da nije kriv za krivično delo u pogledu kojeg se optužuje, to zavisno od vrsta „odbrane” na koju se poziva, može i da isključuje postojanje takvog krivičnog dela, pa nije logično da se takva izjava tretira kao „negativna odbrana”, tj. kao opozit „pozitivnoj” odbrani koja bi postojala onda kada se okrivljeni prosto izjasnio da nije kriv, ali bez pozivanja na neki konkretan razlog koji bi u vidu određene „odbrane” *opravdao* ili *izvinjavao* njegovu radnju koja je inače propisana kao krivično delo.

Načelno, sve „odbrane” koje su i inače u krivičnom pravu SAD moguće u pogledu krivičnog dela bilo koje vrste, tj. kao opšti krivičnopravni institut, mogu naravno, da postoje i kada se radi o seksualnim krivičnim delima, ali su u pogledu te vrste delikata, neke „odbrane”, posebno karakteristične.⁹⁵ Tu spadaju:

1. pristanak lica na seksualni odnos;
2. neuračunljivost učinioca u vreme izvršenja dela;
3. intoksikacija učinioca u vreme izvršenja dela;
4. delovanje načela *ne bis in idem*;
5. opravdana (neskrivljena) stvarna zabluda – kada se radi o tzv. statusnom silovanju.

Pristanak lica na seksualni odnos je osnovna karakteristika normalnog dobrovoljnog seksualnog čina i tada naravno, ne postoji bilo koje krivično delo protiv polne slobode. Kao i inače, što je više problematika dokaznog prava, pa i kriminalistike, nego krivičnog materijalnog prava, i u SAD je veoma česta odbrana okrivljenog da se radilo o dobrovoljnom seksualnom odnosu, tj. da je „žrtva” svojom

određene godine starosti (obično 18, a u nekim državama 16 godina) ili od dana kada je žrtva prijavila krivično delo, zavisno od toga do čega je pre došlo, tj. koji je momenat pre nastupio. Prema: D.Hall, *op.cit.*, стр. 272.

95 Izvor: <https://www.shouselaw.com/date-rape.html>, dostupno 4. maja u 10,15 h.

slobodnom voljom pristala na seksualni čin. I ovakva odbrana se u krivičnom pravu SAD, koje je i inače više procesno orijentisano nego većina kontinentalno-evropskih krivičnih prava, smatra vrstom „odbrane” u materijalnom krivičnopravnom smislu, a ona se u izvesnoj meri povezuje i sa „pristankom povređenog”, koji i inače, isključuje postojanje krivičnog dela.

Neuračunljivost (*insanity*), u većini država SAD i inače, može isključiti postojanje krivičnog dela, pa se to odnosi i na krivična dela protiv polne slobode (silovanje i seksualni napadi), a licima koja su delo koje je protivpravno i važećim pravom propisano kao krivično delo (ispunjenost *actus reus* elementa krivičnog dela), ali koje je učinjeno bez krivice (izostanak *mens rea* elementa krivičnog dela), mogu se izreći mere koje se svode na mentalno lečenje, slično merama bezbednosti medicinskog karaktera u krivičnom pravu Srbije. Međutim, postoje i države u SAD, koje neuračunljivost čak uopšte i apriorno ne priznaju kao „odbranu”, odnosno osnov isključenja postojanja krivičnog dela, tj. njegove subjektivne komponente (*mens rea* element krivičnog dela), što se u tim državama odnosi i na krivična dela protiv polne slobode, te je u tim krivičnopravnim sistemima u okviru SAD, moguće da se i neuračunljivim licima izreknu kazne.⁹⁶

Dobrovoljna intoksikacija učinioca krivičnog dela u većini država SAD ne omogućava oslobođenje od krivične odgovornosti, odnosno ne podrazumeva nepostojanje krivičnog dela, što se odnosi i na seksualna krivična dela. Ukoliko je do intoksikacije alkoholom ili opojnim drogama došlo slučajno ili uopšte, na način, koji se ne smatra „dobrovoljnom intoksikacijom”, tada se to pitanje rešava prema pravilima koja se odnose na neuračunljivost učinioca u vreme izvršenja dela.

Zabrana dvostrukog kažnjavanja (*prohibition of double jeopardy*), odnosno delovanje načela *ne bis in idem* i inače u krivičnom pravu SAD, podleže mnogim izuzecima, od kojih su najupadljiviji oni koji se tiču mogućnosti „paralelnog/prethodnog/naknadnog” krivičnog gonjenja za krivična dela koja su istovremeno kažnjiva kako na nivou države, tako i na saveznom nivou,⁹⁷ što inače, nije tipično kada se radi o seksualnim krivičnim delima, osim kada se radi o otmici (kidnapovanje), prilikom koje se izvrši i silovanje (seksualni napad), jer je otmica jednog od tipičnih krivičnih dela propisanih kako zakonima država u SAD, tako i federalnim propisima, kada uvek u SAD postoji i paralelna nadležnost krivičnih sudova, kako na državnom, tako i na saveznom nivou. Takođe, neki oblici seksualnih delikata se u SAD mogu podvesti i pod neka druga krivična dela, gde se u američkoj krivičnopravnoj literaturi ovo pre svega, ilustruje primerima „konkurencije” takvih deliktih oblika sa nekim telesnim povredama, odnosno napadima na telesni integritet. U takvim situacijama „odbrana” pozivanjem na zabranu dvostrukog kažnjavanja, može imati određeni smisao.

96 M. Škulić, *Neuračunljivost i intoksikacija u krivičnom pravu SAD – sličnosti i razlike sa neuračunljivošću i skrivljenom neuračunljivošću u srpskom krivičnom pravu*, „NBP – nauka, bezbednost policija – žurnal za kriminalistiku i pravo”, „Kriminalističko-policijska akademija”, broj 2/2015, Beograd, 2015, str. 1–25.

97 M. Škulić, *Osnovni uporednopravni mehanizmi odmeravanja kazni i uslovni otpust*, „Makedonska revija za kazneno pravo i kriminologija”, broj 1/2017, Skopje, 2017, str. 57–58.

Jedna od tipičnih „odbrana” kada se radi o tzv. statusnom silovanju jeste pozivanje na neskrivljenu (opravdanu) stvarnu zabludu u pogledu uzrasta lica sa kojim je ostvaren dobrovoljni seksualni odnos. U krivičnopravnim sistemima nekih američkih država se ovakva „odbrana” apriorno odbija, a u nekim državama je ona moguća, a tada je u praksi od posebnog značaja dokazivanje da je maloletno lice u suštini delovalo/izgledalo kao da je punoletno, te da osoba osumnjčena da je sa takvim licem ostvarila seksualni kontakt i tako izvršila tzv. statusno silovanje, objektivno nije imala razloga za bilo kakvu razumnu sumnju u pogledu stvarnog uzrasta osobe koja je bila akter dobrovoljnog seksualnog odnosa.

U veoma specifičnu „odbranu” u pogledu „optužbi” za silovanje spada i nedovoljan starosni uzrast okrivljenog, koji ga čini „nesposobnim za ostvarenje seksualnog akta” ili impotencija okrivljenog. Naime, u nekim američkim državama se načelno smatra da osoba koja nije navršila četrnaest godina života, nije uopšte sposobna za seksualni odnos.

Takođe, isticanje okrivljenog da je impotentan je česta odbrana od optužbi za silovanje u SAD, ali u praksi, a naročito u novije vreme kada je u većini država SAD definicija silovanja veoma proširena, ona nema velike šanse na uspeh, ne samo zbog mogućnosti dokazivanja da je okrivljeni ipak sposoban za seksualni akt u smislu klasične obljube, odnosno analnog ili oralnog seksualnog akta, već i stoga, što se seksualni napad može izvršiti na niz različitih načina, koji uopšte ne podrazumevaju sposobnost za „normalan” seksualni čin. Pored toga, u krivičnopravnoj teoriji SAD se ističe i da praksa prihvata i „sasvim malu ili neznatnu penetraciju”, koja je moguća i kada se radi o većini slučajeva impotencije.

Konačno, u krivičnom pravu SAD se u jednom više istorijskom kontekstu (jer je danas u većini država SAD moguće i „silovanje u braku”), kao odbrana spominje i „status supružnika”. Takođe je u savremenoj krivičnopravnoj praksi, mnogo izgubila na značaju odbrana koja se temelji na isticanju „lošeg karaktera žrtve”, odnosno tzv. nečasnosti ili „poročnosti” (*unchastity*) osobe koja tvrdi da je silovana,⁹⁸ mada inače u praksi postoje brojni primeri da je i takvo dokazivanje u konkretnom krivičnom postupku bilo dozvoljeno, te da su zahvaljujući uspešnom dokazivanju odbrane da je „žrtva nečasna”, te „sklona poročnom ponašanju”, odnosno da ne poseduje potreban *kredibilitet*, dolazilo do oslobađajućih presuda.⁹⁹

Krivičnopravni sistemi pojedinih država SAD razlikuju različite oblike i pravno-tehničke modalitete seksualnih inkriminacija, a osnovna podela je na one koje još uvek koriste termin *silovanje (Rape)*, kao što je to na primer, slučaju u krivičnom

98 J. M. Scheb and J. M. I. Scheb, *op.cit.*, str. 338.

99 *State v. Coleman*, 270 N.C. 357 (N.C. 1967), *Territory v. Silva*, 27 Haw. 270 (Haw. 1923), *Graham v. Commonwealth*, 250 Va. 487 (Va. 1995), *State v. Tafoya*, 2010 NMCA 10 (N.M. Ct. App. 2009), *Chism v. State*, 42 Fla. 232 (Fla. 1900), *Hall v. State*, 40 Neb. 320 (Neb. 1894), *Witherspoon v. State*, 671 S.W.2d 143 (Tex. App. Houston 1st Dist. 1984), *Frank v. State*, 6 Md. App. 332 (Md. Ct. Spec. App. 1969), *State v. Fox*, 72 S.D. 119 (S.D. 1948), *Morrow v. State*, 13 Ga. App. 189 (Ga. Ct. App. 1913), *State v. Sayre*, 183 W. Va. 376 (W. Va. 1990), *People v. Burnham*, 176 Cal. App. 3d 1134 (Cal. App. 5th Dist. 1986), *State v. Anthony*, 133 N.C. App. 573 (N.C. Ct. App. 1999), *In re Lewis*, 67 Kan. 562 (Kan. 1903). Izvor: <https://rape.uslegal.com/trial/defenses/>, dostupno 9. maja 2018. godine u 14,42 h.

zakonodavstvu Kalifornije i druge, koje danas preovlađuju čiji krivičnopravni sistemi uopšte formalno ne poznaju izraz silovanje (mada naravno, faktički postoji takvo „klasično” krivično delo protiv polne slobode), već su se opredelili za jedan specifičan „opšti” termin, a to je *seksualni napad* (*Sexual Assault*). Takva se terminologija na primer, koristi u krivičnom pravu Teksasa.

Pored toga, u nekim američkim državama se kao opšti termin za seksualno krivično delo koristi izraz *seksualna zloupotreba* (*Sexual Abuse*), kao što je to na primer, slučaj u Njujorku.

U daljem tekstu će se prikazati osnovna normativna rešenja u odnosu na seksualna krivična dela u tri američke države:

- 1) U Kaliforniji, čije krivično zakonodavstvo koristi izraz *silovanje*,
- 2) u Teksasu, gde se u krivičnom pravu upotrebljava termin *seksualni napad*, kao i
- 3) u Njujorku, čije krivično pravo koristi izraz *seksualna zloupotreba*.

6.1.4. *Seksualna krivična dela u krivičnom zakonodavstvu Kalifornije*

U krivičnom zakonodavstvu Kalifornije silovanje se smatra oblikom jedne šire kategorije krivičnih dela, koja se smatraju *seksualnim krivičnim delima*, što pre svega, podrazumeva da se radi o ostvarivanju seksualnih odnosa protivno volji pasivnog subjekta ili se radi o dobrovoljnom seksualnom odnosu sa osobom koja nema određeni starosni uzrast (tzv. statusno silovanje). Dakle, u Kaliforniji se, što već postaje relativno retko u većini drugih država u SAD (u čijim se zakonodavstvima radije koristi „opšti” termin – seksualni napad), još uvek upotrebljava „klasičan” izraz – silovanje, koje naravno predstavlja osnovno seksualno krivično delo.

U osnovi se, kada je reč o krivičnom zakonodavstvu Kalifornije, svi oblici seksualnih krivičnih dela, svode na sledeće osnovne varijante:¹⁰⁰

- Optuženi je koristio fizičku silu, zastrašivanje, prinude ili pretnju;¹⁰¹
- Žrtva je reagovala usled straha od neposredne telesne povrede ili povrede drugog lica;
- Žrtva nije posedovala potreban kapacitet za pristanak na seksualni odnos, zbog zaostalog duševnog razvoja, fizičke onesposobljenosti, intoksikacije alkoholom ili drogama i sl.;
- Žrtva je bila nesvesna, nalazila se u dubokom snu ili iz drugih relevantnih razloga nije bila svesna da se u odnosu na nju ostvaruje seksualni čin;

¹⁰⁰ Izvor: <https://statelaws.findlaw.com/california-law/california-rape-laws.html>. Dostupno 4. maja 2018. godine u 10 h.

¹⁰¹ Ovdje naravno, treba imati u vidu, da se u krivičnom pravu SAD, kako u zakonskim izvorima, tako i u teoriji i inače, kako zbog velike ne samo faktičke, već i formalne povezanosti krivičnog materijalnog i krivičnog procesnog prava u SAD, tako i zbog zakonskih pravila koja se odnose na paralelan kako materijalni, tako i krivičnoprocesni značaj „odbrana” (*defences*) u krivičnom pravu SAD često više i sasvim rutinski upotrebljava inače *procesni izraz* – „optuženi” ili čak „osumnjicheni”, nego tipičan materijalni krivičnopravni termin – učinilac krivičnog dela.

- Optuženi je stimulisao žrtvu na seksualni odnos tako što se lažno predstavio, te kod žrtve izazvao (proizveo) zabludu u pogledu svog pravoeg identiteta.
- Žrtva nije imala odgovarajući „starosni kapacitet“ da ostvari seksualni odnos, što se svodi i na odgovarajući odnos između uzrasta (godina starosti), aktivnog i pasivnog aktera seksualnog odnosa, tj. učinioca i žrtve.

U formalnom smislu, odnosno u skladu sa relevantnim zakonskim odredbama, postoji nekoliko tipičnih oblika silovanja u krivičnom pravu Kalifornije, zavisno od načina izvršenja krivičnog dela, oblika delovanja na svest i volju žrtve od strane učinioca, formalnog statusa učinioca i žrtve (da li su u braku ili se ne radi o supružnicima), relevantne starosne granice, odnosno uzrasta, kako pre svega žrtve, ali i učinioca, kao i s obzirom na niz drugih, najčešće taksativno i na kazuistički način nabrojanih okolnosti. Radi se o sledećim osnovnim oblicima silovanja: 1) silovanje osobe sa kojom učinilac nije u braku, 2) silovanje supružnika, te 3) silovanje lica koje nema odgovarajući starosni uzrast (tzv. statusno silovanje, tj. seksualni odnos sa detetom/maloletnim licem).

6.1.4.1. Generalna definicija silovanja u krivičnom pravu Kalifornije (silovanje osobe u odnosu na koju ne postoji bračni odnos)

Silovanje osobe sa kojom se nije u braku predstavlja tzv. generalnu definiciju silovanja (član 261 Krivičnog zakona Kalifornije). Silovanje se definiše kao čin seksualnog odnosa ostvaren sa osobom koja nije supružnik učinioca, kada postoji neka od sledećih opciono nabrojanih okolnosti:¹⁰²

(1) okolnosti koje utiču na *nesposobnost slobodnog pristanka žrtve na seksualni odnos* – ako je osoba u odnosu na koju se vrši seksualni akt nesposobna da se saglasi sa seksualnim aktom, zbog duševnog poremećaja, zaostalog duševnog razvoja ili fizičke onesposobljenosti, a to je poznato ili se razumno može smatrati da bi trebalo da bude poznato učiniocu. Kao što je to i inače, veoma tipično za krivično pravo SAD i ovde se već u materijalnim krivičnopravnim odredbama, rešavaju određena krivičnoprocesna, tj. dokazna pitanja (*onus probandi*), pa je tako propisano da će u ovom slučaju silovanja teret dokazivanja relevantnih okolnosti koje žrtvu čine nesposobnom za pristanak na seksualni odnos, snositi tužilac. Tužilac u konkretnom slučaju mora dokazati postojanje relevantnog elementa krivičnog dela, što se svodi na dokazivanje da je mentalni poremećaj ili razvojna ili fizička onesposobljenost onemogućila žrtvu da slobodnom voljom pristane na seksualni odnos, odnosno da takve okolnosti utiču na nesposobnost žrtve da se saglasi sa seksualnim činom.

(2) okolnosti koje utiču na *slamanje ili modifikovanje volje žrtve*, a koje prema etiološkom kriterijumu, imaju dva vida:

- a) klasična *prinuda* – kada je do seksualnog čina došlo protiv volje žrtve, zahvaljujući primeni sile, drugog oblika nasilja, prinude, pretnje ili postojanja straha kod žrtve od neposrednog nanošenja nezakonite telesne povrede žrtve ili drugom licu, a koja ima i svoj poseban oblik kada se radi o „pretnji budućim zlom“, što znači ako je delo izvršeno protiv volje žrtve, tako što joj se pretilo njenim budućim povređivanjem ili povređivanjem neke druge

¹⁰² Izvor: <https://codes.findlaw.com/ca/penal-code/pen-sect-261.html>, dostupno 4. maja u 10,30 h.

osobe, koja je bliska žrtvi, a pri tom, postoji realna mogućnost da učinilac realizuje takvu pretnju,¹⁰³ te

- b) *intoksikacija* žrtve – kada je žrtva onemogućena u pružanju otpora u odnosu na seksualni čin, zahvaljujući primeni opojne droge, ili neke anestetičke supstance, odnosno bilo koje psihoaktivne supstance, a učiniocu je pri tom, bilo poznato ili se razumno može smatrati da je trebalo/moralo da mu bude poznato da se žrtva nalazi u takvom stanju intoksikacije, koje je čini nespobnom za otpor.

(3) okolnosti koje se tiču *nedostatka slobodne volje kod žrtve* – kada lice sa kojim je ostvaren seksualni odnos tokom izvršenja dela, nije imalo svest o prirodi seksualnog čina, što je bilo poznato učiniocu. Smatra se da je žrtva bila nesvesna prirode dela, te da nije posedovala sposobnost pružanja otpora, kada se radi o sledećim situacijama: (a) žrtva nije bila pri svesti ili je bila u snu, (b) žrtva nije uopšte bila svesna da je došlo do seksualnog čina, (c) žrtva je od strane učinioca bila dovedena u zabludu (prevarena), te zbog toga nije bila svesna suštinskih karakteristika dela.

(4) okolnosti koje se odnose na *zabludu o identitetu učinioca* – kada učinilac radnjama „prikriivanja ili pretvaranja”, žrtvu dovede u zabludu u pogledu svog pravo identiteta, tako da je žrtva verovala da je on neko drugo lice sa kojim bi pasivni subjekt, inače slobodno pristao na seksualni odnos.

(5) okolnosti koje se tiču *službenog statusa učinioca* – kada je delo izvršeno protiv volje žrtve, zloupotrebom određenih službenih ovlašćenja javnog službenika, koja se inače odnose na mogućnost hapšenja, drugog oblika lišenja slobode (zatvaranja) ili deportovanja žrtve ili drugog lica, a žrtva je imala razumno uverenje da je učinilac zaista javni službenik.¹⁰⁴

Jedna izrazita i veoma upadljiva, pa i naglašena „kazuistička usmerenost” kalifornijskog zakonodavca (što je inače, veoma tipična karakteristika i drugih krivičnopornih sistema u SAD), ogleda se i u tome što se u samoj inkriminaciji silovanja, definišu i neki, inače opšti krivičnopornih instituti, pa se tako posebno naglašava da izraz „prinuda” koji se u Krivičnom zakonu označava u odeljku koji se tiče silovanja, označava direktnu ili impliciranu opasnost od sile, nasilja, druge vrste opasnosti ili odmazde, što je dovoljna da primora lice, koje se smatra razumnim da pristane na radnju, koju inače ne bi prihvatilo ili da izvrši delo koje inače ne bi izvršilo, a pri tom prilikom procene postojanja prinude treba uzeti u obzir sve okolnosti, što uključuje starost žrtve i njen odnos prema okrivljenom. Takođe se u kazuističkom ma-

103 U Krivičnom zakonu Kalifornije se i posebno definišu osnovne karakteristike ovakve „osvetničke pretnje”, tako što se označava da se ona može odnositi na buduću otmicu žrtve ili njeno protivpravno lišavanje slobode, nanošenje ekstremnih bolova, ozbiljnih telesnih povreda, ili prouzrokovanja smrti.

104 U samom Krivičnom zakonu Kalifornije se određuje da izraz „javni funkcioner” označava osobu koja je zaposlena u nekoj „vladinoj agenciji”, odnosno koja je „državni službenik”, koji kao deo svog službenog položaja, poseduje ovlašćenje da lišava slobode, hapsi ili deportuje drugu osobu, a kada je reč o ovom obliku silovanja, može se raditi i o „obliku prevare” (prouzrokovanja zablude kod žrtve), jer učinilac u stvari, uopšte ni ne mora zaista imati status javnog službenika te vrste, već je dovoljno da svojim ponašanjem kod žrtve stvori „razumno uverenje” da on to zaista jeste, te da onda takvo verovanje žrtve iskoristi da bi je prinudio na seksualni odnos.

niru u samom Krivičnom zakonu Kalifornije striktno definiše i pretnja u kontekstu silovanja, tako što se navodi da taj izraz označava svaku pretnju, izjavu ili čin koji pokazuje nameru da se drugom licu nanese povreda.

6.1.4. 2. Statusno silovanje u krivičnom zakonodavstvu Kalifornije

U nekim stranim krivičnim zakonodavstvima se obljuba sa licem koje nije navršilo određene godine starosti, a kada postoji pristanak tog lica na seksualni odnos, tretira kao određeni vid silovanja, tj. ne postoji posebno krivično delo, već se radi o jednoj vrsti silovanja. Ovakvo normativno rešenje je tipično za anglosaksonske krivičnopravne sisteme koji poznaju tzv. *statusno silovanje*, odnosno „zakonsko silovanje”.¹⁰⁵ U stvari, time se terminološki implicira da radnja koja inače u suštinskom smislu ne bi predstavljala silovanje, jer ne postoji prinudna obljuba (žensko lice pristaje na obljubu, tj. nema otpora obljudi), ipak predstavlja silovanje, po samom „slovu zakona”. *Ratio legis* takvog krivičnopravnog rešenja se temelji na zakonskoj koncepciji o nesposobnosti lica određenog uzrasta da uopšte poseduje slobodnu volju u pogledu pristajanja na seksualni odnos, tj. takva volja ukoliko izražava pristanak, apsolutno nije pravno relevantna.

Statusno silovanje se u Krivičnom zakonu Kalifornije (član 261.5), kao što je to i inače tipično za krivično pravo SAD, svodi na seksualni odnos sa licem koje nije navršilo određeni starosni uzrast, prilikom čega nije ispoljena prinuda, niti postoji bilo koji drugi element „klasičnog silovanja”, poput na primer, odnosa sa licem koje nije u stanju da izrazi svoju slobodnu saglasnost na stupanje u seksualni odnos (nemoćno lice). To drugim rečima objašnjeno, znači da se radi o „dobrovoljnom” seksualnom odnosu.

Prema odredbi člana 261.5. KZ-a Kalifornije, smatra se da postoji „protivpravni seksualni odnos”, kada je seksualni čin ostvaren sa licem u pogledu kojeg su kumulativno ispunjena dva uslova: 1) lice nije supružnik učinioca, tj. osobe koja u odnosu na to lice ostvaruje seksualni odnos, te 2) radi se o maloletnom licu, a u samoj ovoj odredbi KZ-a Kalifornije se označava da se „za potrebe odeljka” KZ-a koji se odnosi na seksualna krivična dela, maloletnim licem smatra osoba mlađa od osamnaest godina, dok se „odraslom osobom”, smatra lice koja ima već navršenih najmanje osamnaest godina života.

Prilikom propisivanja kazni za „statusno silovanje”, razlikuje se nekoliko oblika, gde je osnovni kriterijum vezan za godine samog učinioca, odnosno „veličinu” razlike u godinama učinioca i pasivnog subjekta, što praktično znači da su propisane teže kazne, kada je učinilac znatno stariji od pasivnog subjekta ovog krivičnog dela.

6.1.4.3. Silovanje supružnika u krivičnom zakonodavstvu Kalifornije

Silovanje osobe sa kojom se živi u braku (supružničko silovanje) propisano je kao poseban oblik silovanja u članu 263 KZ Kalifornije, pri čemu se i ovde ispoljava jedan izrazito kazuistički pristup prilikom definisanja uslova, koji moraju kumulativno postojati da bi se moglo smatrati da je izvršeno „silovanje supružnika”.

105 M.Škulić, *Maloletnici kao učinioci i kao žrtve krivičnih dela*, „Dosije”, Beograd, 2002., str. 436.

Osnovni uslov je definisan kumulativno, tako što se s jedne strane, radi o pasivnom subjektu koji je u bračnom odnosu sa učiniocem krivičnog dela, te da s druge strane, između supružnika postoji seksualni odnos, a pri tom se kao dodatni kumulativno formulisani uslov, zahteva da postoji još bilo koja od alternativno propisanih okolnosti, koje su potpuno isto formulisane, kao i one okolnosti čije je postojanje i inače, bitan element silovanja u KZ-u Kalifornije, poput vršenja seksualnog čina u odnosu na supružnika, protiv njegove volje, korišćenjem sile, pretnje, drugog oblika prinude, izazivanja straha od neposredne „protivpravne” telesne povrede pasivnog subjekta ili drugog lica, pretnje smrću, sprečavanja otpora pasivnog subjekta korišćenjem sredstava za anesteziju ili slamanje svesti i volje pasivnog subjekta upotrebom narkotika, odnosno sredstvima intoksikacije itd.

Praktično se u Krivičnom zakonu (*Statutu*) Kalifornije, prilikom definisanja „silovanja supružnika”, samo na odgovarajući način „ponavljaju” ili donekle parafraziraju isti elementi, koji i inače, predstavljaju bitne elemente klasičnog silovanja, odnosno prema krivičnopravnoj terminologiji u Kaliforniji, silovanja osobe sa kojom se nije u braku, što je u osnovi veoma uobičajen kazuistički „pravno-tehnički „manir” krivičnog prava SAD.

6.1. 5. Seksualni napad u krivičnom zakonodavstvu Teksasa

U krivičnom zakonodavstvu Teksasa, se slično kao što je to u relativno novije vreme i u većini država SAD,¹⁰⁶ u „zakonskoj terminologiji”, više uopšte ni ne koristi termin „silovanje”, već se kako samo silovanje (još uvek u praksi veoma zastupljen izraz, gde se tradicionalno govori o „nasilnom silovanju” – *Forcible Rape*),¹⁰⁷ kao „klasično seksualno krivično delo”, tako i niz drugih seksualnih delikata, definiše kao seksualni napad (*Sexual Assault*), koji zavisno od vrste „napada”, ima više oblika.¹⁰⁸

6.1.5.1 Osnovni oblik seksualnog napada u krivičnom zakonodavstvu Teksasa

Osnovni oblik seksualnog napada se, prema teksaškom zakonodavstvu svodi na radnje koje u suštini predstavljaju silovanje, koje je definisano na jedan prilično ekstenzivan način, tako da uključuje, kako prinudnu obljudu, tako i druge seksualne akte, do čega dolazi usled prinude ili određenih zloupotreba, odnosno

106 Generalno se u SAD, države na istoku („atlantska obala”), uglavnom smatraju sklonije „modernijim zakonskim rešenjima”, isto kao što se one i inače, smatraju načelno „liberalnijim”, nego zapadne države („paciifička obala”), što je delimično povezano i sa nekim istorijskim razlozima, poput nekadašnjeg osvajanja „divljeg zapada”, a posebno kao jedna od posledica građanskog rata između „severa i juga”, ali kada je reč o zakonskoj terminologiji u odnosu na seksualna krivična dela, takvog pravila nema, već se izvestan „konzervativizam” juga i zapada SAD, odnosno država koje su bile članice nekadašnje „južne konfederacije”, više ogledaju u znatno strožijoj kaznenoj politici, a naročito u pogledu mogućnosti izricanja smrtne kazne.

107 I inače je u SAD, tzv. nasilno silovanje (što praktično znači „tipično silovanje” ili „klasično” silovanje), odgovarajući antipod „statusnom silovanju”, koje podrazumeva „dobrovoljni seksualni odnos sa detetom”, odnosno licem koje nije navršilo određeni starosni uzrast u vreme kada je došlo do seksualnog čina.

108 Izvor: http://coastalbend.edu/uploadedFiles/CBC/Content/Administrative_Services/Human_Resources/Title_IX/Legal%20Definitions%20of%20Sexual%20Assault.pdf. Dostupno 21. maja, 2018. godine u 11,15 h.

korišćenjem okolnosti koje to omogućavaju, a protiv volje žrtve.¹⁰⁹ Suština je u *nedobrovoljnosti*, odnosno ostvarivanju tzv. nekonsenzualnog seksualnog odnosa, što znači da se radi o seksualnom činu na koji žrtva ne pristaje.

Osnovni oblik seksualnog napada svodi se na različite oblike „seksualne penetracije”, pri čemu ona postoji u dva osnovna vida: 1) kao aktivna, kada izvršilac seksualno penetrira u žrtvu ili pasivnog subjekta primorava da izvrši seksualnu penetraciju u odnosu na drugo lice i 2) pasivna, kada izvršilac primorava ili navodi žrtvu da seksualno penetrira u njega.

Seksualni napad prema teksaskom krivičnom zakonodavstvu postoji kada učinilac namerno ili svesno izvrši penetraciju svojim polnim organom u anus ili seksualni organ druge osobe na bilo koji način, bez saglasnosti žrtve (analni ili vaginalni seksualni odnos), ili izvrši penetraciju svojim polnim organom u usta druge osobe a bez njen saglasnosti (oralni seksualni odnos). Takođe će postojati seksualni napad i kada se drugo lice primora ili navede bez svoje saglasnosti da izvrši penetraciju u usta, anus ili seksualni organ drugog lica, uključujući i samog izvršioca seksualnog napada.

U krivičnom zakonu Teksasa se posebno definiše kada postoji klasičan oblik seksualnog napada, gde je osnovni uslov da žrtva nije izrazila relevantnu saglasnost u pogledu seksualnog odnosa, a do čega dolazi usled sledećih opciono navedenih okolnosti:

- (1) primenom fizičke sile ili „drugog oblika nasilja”;
- (2) tako što se žrtva primorava na seksualni odnos pretnjom učinioca da će protiv nje, ili u odnosu na drugo lice koristiti silu ili drugo nasilje, a pri tom, lice kojem se takva pretnja upućuje, osnovano smatra da učinilac poseduje mogućnost realizacije svoje pretnje;
- (3) kada žrtva ne pristaje na seksualni odnos, a učinilac zna da je ta osoba u stanju nesvesti ili je usled određenih fizičkih nedostataka realno nesposobna da se odupre seksualnom činu, kao i kada učinilac zna da usled mentalne bolesti ili drugog „defekta”, lice u odnosu na koje ostvaruje seksualni napad nije u stanju da proceni prirodu dela ili da mu se suprotstavi;
- (5) ukoliko žrtva nije pristala na seksualni odnos, a učinilac zna da to lice, odnosno osoba sa kojom realizuje seksualni akt, uopšte nije svesna da se seksualni napad dešava;
- (6) ako je učinilac delujući svesno i voljno, odnosno sa „specifičnom namerom”¹¹⁰ korišćenjem opojne droge, odnosno odgovarajuće psihoaktivne supstance, bez saznanja žrtve o tome, oslabio njenu sposobnost da proceni ili kontroliše svoje ponašanje;

109 Izvor: <https://codes.findlaw.com/tx/penal-code/penal-sect-22-02.html>. Dostupno 21. maja, 2018. godine u 11,31 h.

110 Ovde se radi o nameri kao *mens rea* komponenti ovakvog oblika seksualnog napada (*subjektivni element krivičnog dela*), što obuhvata, kako nameru učinioca da se žrtva davanjem odgovarajuće psihoaktivne supstance dovede u stanje nesposobnosti pružanja otpora seksualnom odnosu, tj. u stanje koje lice sprečava da efektivno izrazi svoje protivljenje seksualnom činu, tako i nameru da se zahvaljujući tako izazvanom stanju svesti i volje žrtve, sa njom potom, ostvari seksualni odnos.

- (7) ukoliko je učinilac javni službenik koji zloupotrebom svojih javnih ovlašćenja prisili žrtvu na seksualni odnos sa njim;
- (9) ako je učinilac lice koje se bavi lečenjem, bilo u oblasti mentalnog zdravlja ili inače, pruža zdravstvenu zaštitu (gde se taksativno i kazuistički nabroja čitav niz lica, počev od licenciranih lekara, pa do kiropraktičara, medicinskih tehničara, stomatologa, fizioterapeuta itd.), pa onda, korišćenjem takvog svog položaja ili iskorišćavanjem emocionalne zavisnosti žrtve, sa njom ostvari seksualni odnos; kao i
- (10) kada je učinilac sveštenik ili druga vrsta „duhovnika“, koji seksualni odnos ostvari sa žrtvom, tako što koristi njenu emocionalnu zavisnost od njega.

6.1.5.2. Seksualni napad u odnosu na dete prema krivičnom zakonodavstvu Teksasa

Iste varijante, odnosno moguće radnje (aktivni i pasivni vidovi penetracije) seksualnog napada u za krivično pravo SAD, veoma tipičnom „kazuističkom maniru“, postoje i kada se radi o „dobrovoljnom“ seksualnom odnosu sa detetom, gde se takođe kao *mens rea* element, zahteva da se radi o *namernom* ili *svesnom* postupanju učinioca.

U krivičnom pravu Teksasa se kada je reč o seksualnom odnosu sa detetom (lice koje u vreme izvršenja dela nije navršilo sedamnaest godina života), definiše i posebna „odbrana“ učinioca, poznata pod nazivom – „tri godine“ (*three years defense*). Naime, učinilac se može braniti da između njega i maloletnog lica (definisano kao dete prema teksaškom krivičnom pravu), nije postojala relevantna starosna granica, a ona iznosi maksimalno tri godine.¹¹¹

6.1.5.3. Težak slučaj seksualnog napada u krivičnom zakonodavstvu Teksasa

Kada su ispunjeni svi uslovi za postojanje „običnog“ seksualnog napada, postojaće težak seksualni napad (*Aggravated Sexual Assault*), onda kada postoji neka od sledećih opciono navedenih okolnosti:¹¹²

- 1) Ako je žrtva seksualnog napada dete, što znači da se ne radi o dobrovoljnom seksualnom odnosu sa detetom (u smislu inkriminacije seksualnog napada u krivičnom zakonodavstvu Teksasa je to osoba koja nije navršila sedamnaest godina života), već je u odnosu na dete primenjena sila, pretnja, seksualni odnos ostvaren određenim vidom zloupotrebe itd., a ako žrtva seksualnog napada nije imala navršenih četrnaest godina života, onda postoji naročito težak oblik teškog seksualnog napada;
- 2) Ako je seksualni napad izveden pod naročito otežavajućim okolnostima, kao kada je žrtva teško ponižavana, izložena naročito brutalnom postupanju i sl.;

¹¹¹ Izvor: <https://www.flanarylawfirm.com/criminal-defense/sex-offenses/sexual-assault/>. Dostupno 21. maja, 2018. godine u 11,54 h.

¹¹² Izvor: <https://www.hg.org/article.asp?id=24885>. Dostupno 21. maja, 2018. godine u 13,06 h.

- 3) ukoliko je žrtva seksualnog napada doživela teške telesne povrede usled napada i seksualnog odnosa kojem je bila izložena; te
- 4) ako je usled seksualnog napada došlo do smrti žrtve takvog napada, kada je prema pravilima krivičnog zakona Teksasa, moguće izricanje i smrtne kazne učinocu.

6.1.6. *Krivično delo seksualne zloupotrebe u krivičnom zakonodavstvu Njujorka kao „opšte seksualno krivično delo”*

U Krivičnom zakonu Njujorka se kao opšti termin za sve oblike seksualnih krivičnih dela, koristi izraz *seksualna zloupotreba* (*Sexual Abuse*), koja se potom prema zakonskoj sistematici deli prema određenim kriterijuma, što se svodi na podelu prema stepenu težine (ozbiljnosti) krivičnog dela. To znači da se seksualne zloupotrebe u njujorškom krivičnom pravu definišu „stepenovano”, tako što se propisuju seksualne zloupotrebe određenog, tj. različitog stepena.¹¹³

Seksualna zloupotreba je jedno *opšte seksualno krivično delo* u krivičnom zakonodavstvu Njujorka, što predstavlja specifično normativno zakonsko rešenje i u samim SAD, gde je relativno noviji zakonodavni „trend” da se seksualna krivična dela definišu kao „seksualni napadi”, a neka zakonodavstva još uvek koriste i termin „silovanje”.

Veoma širok spektar seksualnih radnji je prema krivičnom zakonodavstvu Njujorka definisan kao seksualna zloupotreba, koja se u opštem smislu definiše kao izlaganje jedne osobe seksualnom kontaktu od strane drugog lica. Takav seksualni kontakt obuhvata veliki broj mogućih seksualnih radnji, počev od bilo kakvog dodirivanja u cilju zadovoljenja seksualne pohote, odnosno seksualne želje, bilo da se to čini preko odeće, ili u odnosu na „gole delove tela”, pa do raznovrsnih oblika seksualnog zlostavljanja i radnji koje se svode na teške seksualne delikte, koji inače, u drugim zakonodavstvima predstavljaju silovanje. Ovo je tipičan primer izvesnog normativnog „ublažavanja/razvodnjavanja klasičnog silovanja”, jer se ono kao jedan od oblika *seksualnog zlostavljanja*, praktično „utapa” u čitav niz drugih seksualnih radnji, poput onih koje su u našem zakonodavstvu nedozvoljene polne radnje (nekadašnje bludne radnje).

Ratio legis ovakvog normativnog rešenja, odnosno formulisanja jednog „opšteg seksualnog krivičnog dela”, nije u suštini težnja ka nekakvoj „devalvaciji” klasičnog silovanja, odnosno drugih prinudno ostvarenih teških seksualnih delikata, već je naprotiv, osnovna ideja zakonodavca da se praktično svaka seksualna aktivnost koja se ostvaruje u odnosu na lice koje se sa time nije saglasilo (protiv volje žrtve), inkriminiše kao *jedinstveno krivično delo*, što je u Njujorku *seksualna zloupotreba*. Međutim, čini se da time oni najteži seksualni delikti, na izvestan način ipak gube na značaju, jer su oni tako u pravno-tehničkom smislu postali samo oblik seksualne zloupotrebe kao nekog generalnog i „jedinstvenog seksualnog krivičnog dela”, bez obzira što se seksualna zloupotreba stepenuje prema težini.

113 Izvor: <https://statelaws.findlaw.com/new-york-law/new-york-sexual-assault-laws.html>. Dostupno 23. maja, 2018. godine u 12,04 h.

Najteži stepen seksualne zlopotrebe prema krivičnom zakonodavstvu Njujorka se svodi na različite forme „penetracije” u telo žrtve, odnosno u zakonu taksativno navedene „organe i delove tela”, što učinilac postiže bilo obljubom, odnosno „klasičnim seksualnim odnosom”, bilo analnim ili oralnim seksualnim kontaktom, bilo „ubacivanjem” drugih „predmeta” u delove tela žrtve, odnosno u vaginu, uretru, penis ili rektum druge osobe, odnosno žrtve. U samom zakonu se koristi izraz „strani predmet” koji se „ubacuje” u bilo koji „relevantni telesni otvor žrtve”. Ovo takođe predstavlja jedno prilično izrazito širenje „osnovnog” seksualnog delikta.

Osnovni oblik seksualne zlopotrebe se svodi na podvrgavanje druge osobe na seksualni kontakt bez njene saglasnosti, a određene okolnosti kojima se ostvaruje konkretno „podvrgavanje”, *podizhu stepen* seksualne zlopotrebe, te ga čine ozbiljnijim, što je naravno, praćeno i propisivanjem teže kazne za takve oblike seksualne zlopotrebe.

Najniži stepen seksualne zlopotrebe se svodi na radnje poput onih koje su nedozvoljene polne radnje u Krivičnom zakoniku Srbije (nekadašnje bludne radnje), što je u Krivičnom zakonu Njujorka definisano kao nedozvoljeno dodirivanje (pipkanje), protiv volje žrtve. Ukoliko se radi o osobi koja nije navršila određeni starosni uzrast, onda već postoji viši stepen seksualne zlopotrebe. Već kada se radi o osobi koja nije navršila sedamnaest godina života, seksualni odnos sa njom predstavlja seksualnu zlopotrebu, bez obzira što je konsensualan, a ako se radi o još mlađim licima, onda postoji seksualna zlopotreba težeg stepena, što postoji u dve osnovne varijante: 1) kada lice sa kojim se ostvaruje seksualni odnos nema navršenih jedanaest godina života i 2) kada osoba u pogledu koje se ostvaruje seksualni čin nema navršenih trinaest godina života, a učinilac je pri tom, navršio dvadeset i jednu godinu ili je stariji.

Bilo koji oblik seksualne zlopotrebe postaje teži, odnosno dobija „viši stepen”, uvek kada je primenjena prinuda, bilo u obliku fizičke sile ili pretnje neposrednim lišavanjem života, nanošenjem telesnih povreda ili otmicom. Prinuda će postojati i kada lice nije sposobno da izrazi saglasnost na seksualni odnos, zbog fizičkog ili psihičkog stanja u kojem se nalazi.

Poseban oblik seksualne zlopotrebe, predstavlja „trajna seksualna zlopotreba”, koja po svojoj konstrukciji asocira na produženo krivično delo, koje kao opšti krivičnopravni institut, postoji u mnogim kontinentalno-evropskim krivičnim zakonodavstvima.

Trajno seksualno zlostavljanje načelno predstavlja teži oblik seksualnog zlostavljanja prema pravilima krivičnog prava Njujorka, odnosno *tešku/otežanu seksualnu zlopotrebu* (*Aggravated Sexual Abuse*), što je takođe propisano i kada se radi nastupanju određenih težih posledica kod žrtve seksualnog zlostavljanja, poput teške telesne povrede, težeg narušavanja zdravlja ili smrti, mada se, kada je reč o smrti žrtve, tada najčešće u praksi ovo tretira kao sticaj seksualne zlopotrebe i ubistva određenog stepena, zavisno od konkretnih okolnosti (pre svega, vezanih za *mens rea* komponentu krivičnog dela), usled kojih je žrtva izgubila život, te pored toga, i konkretan doprinos učinioca (*actus reus* komponenta krivičnog dela), nastupanju smrti žrtve seksualne zlopotrebe.

7. OSNOVNI RAZLOZI ZA NOVELE U SFERI KRIVIČNIH DELA PROTIV POLNE SLOBODE U KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU SRBIJE

Smatra se da je „dugo vremena, centralno pitanje kod krivičnih dela protiv polne slobode (za koja se obično koristi i termin seksualni delikti/seksualna krivična dela), bilo kako ih zakonom regulisati, odnosno gde postaviti granicu između dozvoljenog i kriminalnog.“¹¹⁴ Ovaj problem je očigledno veoma aktuelan i u odnosu na krivično zakonodavstvo Srbije, koje već niz poslednjih godina i inače ispoljava jednu izrazitu „dinamičnost“, za šta ipak nema uvek potpunog opravdanja, iako inače, načelno nije sporno da se krivično zakonodavstvo, radi prilagođavanja važnim društvenim promenama, potrebi reagovanja na nove oblike kriminaliteta s njima povezanih i sl., mora s vremena na vreme, a nekada i relativno često, modifikovati, u određenoj meri

Veliki broj „novih“ odredbi sadržanih u novelama Krivičnog zakonika iz novembra 2016. godine, odnosi se na neka potpuno nova krivična dela u sferi zaštite polne slobode, poput polnog uznemiravanja, kao i još neka krivična dela suštinski povezana sa krivičnim delima protiv polne slobode, koja su naravno, proistekla iz dejstva Istanbulske konvencije, gde spadaju sakaćenje ženskih polnih organa i prinudno zaključenje braka.

U našoj krivičnopravnoj teoriji, se načelno i inače, ističe da bi bilo suvišno nabrajati sve one inkriminacije u pojedinim zakonodavstvima koje bi se mogle svrstati u inkriminacije u sferi seksualnih odnosa, jer su njima obuhvaćena kako ponašanja društveno opasna u veoma malom stepenu, ili koja to uopšte nisu, tako i ona ponašanja koja izuzetno teško pogađaju pojedince i društvo, pa tako na primer, D.J. West, kao i mnogi drugi američki autori „ističu da inkriminisana seksualna ponašanja variraju“ počev od „gledanja kroz prozor žene koja se svlači, pa sve do ubistva kao posledice seksualnog nasilja.“¹¹⁵ Samo silovanje može biti i oblik izvršenja nekih drugih krivičnih dela, poput zločina protiv čovečnosti, kada do silovanja dođe u okviru „šireg ili sistematskog napada usmerenog protiv bilo kog civilnog stanovništva“.¹¹⁶

U Nacrtu Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, pa i kasnije u samom Predlogu Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz kojeg su proistekle novele Krivičnog zakonika iz novembra 2016. godine, bio je propisan i jedan sasvim novi i za našu praksu, a donekle i krivičnopravnu nauku, prilično neuobičajeni oblik silovanja, a to je – *obljuba ili sa obljubom izjednačen čin protiv volje pasivnog subjekta, ali bez primenjene prinude*.¹¹⁷

Ovaj oblik silovanja je trebalo da bude propisan u članu 178. stav 2. Krivičnog zakonika, koji je trebalo da bude izmenjen u cilju usklađivanja sa Istanbulskom

114 Z. Stojanović, *Krivično pravo*, „CID“, Podgorica, 2009., str. 442.

115 Z. Stojanović, *Kriterijum određivanja inkriminacija – uopšte i u sferi seksualnih odnosa*, doktorska disertacija, „Pravni fakultet Univerziteta u Ljubljani“, Ljubljana, 1981., str. 146.

116 Z. Stojanović, *Međunarodno krivično pravo*, „Pravna knjiga“, Beograd, 2017., str. 108.

117 M.Škulić, *Silovanje bez prinude, proganjanje i polno uznemiravanje – nove buduće inkriminacije*, „Bilten Višeg suda u Beogradu“, broj 87/2016., Beograd, 2016., str. 102–103.

konvencijom,¹¹⁸ čime bi bilo propisano krivično delo silovanje u bitno redefinisanim vidu (član 10. Nacrta zakona), a od čega se u međuvremenu odustalo, što naravno, ne znači da u nekom predstojećem periodu naš zakonodavac neće ipak i na ovaj način dodatno modifikovati sadašnju inkriminaciju silovanja.¹¹⁹

Pored toga, u pravno-tehničkom smislu je i normativna konstrukcija ovog oblika silovanja, bitno drugačija u odnosu na klasično silovanje, jer se ovde više ne radi (kao kod tipičnog silovanja), o odgovarajućem „spoju” obljuje ili sa obljubom izjednačenog čina sa prinudom, što se svodi na prinudnu obljubu ili sa njom izjednačen čin, već je kod ovog oblika silovanja dovoljno da ne postoji adekvatan pristanak pasivnog subjekta na obljubu ili sa njom izjednačen čin.

Tako bi prema novoj odredbi (član 178. stav 2 KZ-a), koja je svojevremeno bila propisana Nacrtom Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika /iz kojeg

118 I inače je poslednjih decenija veoma upadljiv uticaj određenih međunarodnih izvora prava na sferu seksualnosti i slične oblasti, naročito u pogledu posebne i intenzivnije zaštite dece i žena, gde nekada, iako načelno nije sporno da te kategorije stanovništva/građana, iz lako razumljivih razloga treba pojačano krivičnopravno štiti, što je posebno važno kada se radi o deci i maloletnim licima uopšte, dolazi i do nekih ozbiljnih neusaglašenosti, pa i nelogičnosti u okvirima domaćeg krivičnopravnog sistema. U Srbiji je to posebno upadljivo kod krivičnog dela tzv. dečije pornografije (član 185 KZ), gde je u izvornom zakonskom tekstu, pasivni subjekt krivičnog dela *prikazivanja, pribavljanja i posedovanja pornografskog materijala i iskorišćavanja maloletnog lica za pornografiju*, bilo **dete** (osoba koja još nije navršila 14 godina života), a onda je naknadnim izmenama Krivičnog zakonika, radi usaglašavanja sa bezrezervno prihvaćenim međunarodnim obavezama, pasivni subjekt ovog krivičnog dela, definisan kao **maloletnik** (lice koje još nema navršenih 18 godina života), što je pomalo čudno u srpskom krivičnopravnom sistemu, ne samo zbog korišćenja termina „maloletnik”, umesto „maloletno lice”, što bi bilo daleko više u skladu sa našom krivičnopravnom terminologijom, već i iz drugih suštinskih i načelnih razloga.

Tako se na primer, u srpskom krivičnom zakonodavstvu još uvek (isto kao što je to i u Nemačkoj i u mnogim drugim evropskim državama), dobrovoljan seksualni odnos inkriminiše kao krivično delo, samo kada se radi o takvom odnosu (obljuba ili sa njom izjednačen čin), sa licem koje još nema navršenih 14 godina života, tj. samo ako je u pitanju *dete* (član 180 KZ – krivično delo obljuje sa detetom), što se, potom u kontekstu „upoređivanja” te inkriminacije sa nekim drugim krivičnim delima čiji je pasivni subjekt maloletno lice, svodi na izrazitu nelogičnost.

Naime, kada se ima u vidu novo zakonsko rešenje iz člana 185 KZ-a Srbije, potencijalno dolazi do jedne apsurdne situacije, jer iz ovoga proizlazi da je veći „greh” posedovanje pornografskog sadržaja koji se odnosi na maloletno lice, koje je već navršilo 14 godina života, te se stoga, ne radi o detetu u krivičnopravnom smislu, nego sa tim istim maloletnim licem ostvariti dobrovoljan seksualni odnos. Više uopšte o problematici dečije pornografije i uticaju međunarodnih izvora prava u: I.Vuković, *Dečja pornografija i krivično pravo – međunarodni ugovori i član 185 Krivičnog zakonika*, zbornik: „Međunarodna krivična dela”, Udruženje za međunarodno krivično pravo i „Intermex” Tara, 2015., str. 513–528.

119 Izmenjeni stav 2. člana 178. Krivičnog zakonika, bi kao što je to svojevremeno bilo propisano u Nacrtu Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, inkriminisao obljubu bez pristanka kao poseban oblik silovanja, mada je u pravnotehničkom smislu bilo moguće, a možda i adekvatnije, da se formuliše posebno krivično delo ove vrste, tim pre što je ovaj oblik silovanja prema rešenju iz Nacrta bio zaprećen blažom kaznom u odnosu na osnovni oblik silovanja.

Drugo, a u striktno pravno-tehničkom smislu, čini se adekvatnije rešenje, bi bilo i da takva „nedobrovoljna obljuba” bude *osnovni oblik silovanja*, a da jedan od *težih oblika* ovog krivičnog dela, postoji ako je do obljuje došlo zahvaljujući prinudi, tj. silom ili kvalifikovanom pretnjom. S druge strane, ovakvo rešenje bi se u terminološkom smislu, a možda i suštinski, kosilo i sa samim pojmom silovanja, u čijem korenu je naravno, reč *sila*, iz čega proizlazi da silovanje u nekom svom osnovnom kriminološko-fenomenološkom smislu, svakako spada u „delikte sa elementima nasilja.”

su potom, proizišle novele KZ-a Srbije iz novembra 2016. godine), bio propisan poseban oblik silovanja koji bi postojao kada učinilac nad drugim izvrši obljubu ili sa njom izjednačen čin i pored jasno izraženog protivljenja, a pod uslovom da time nisu ostvarena obeležja „klasičnog silovanja”, kao krivičnog dela koje se sastoji u prinudi pasivnog subjekta na obljubu ili sa njom izjednačen čin, upotrebom sile ili pretnjom da će se neposredno napasti na život ili telo tog ili njemu bliskog lica tj. dela koje je propisano u članu 178. stav 1. Krivičnog zakonika.¹²⁰

Osim formalnog razloga da odredbe Istanbulske konvencije zahtevaju značajno redefinisane silovanja ili uvođenje posebnog krivičnog dela (obljuba ili sa njom izjednačen čin bez pristanka žrtve), osnovni *ratio legis* nove definicije silovanja, odnosno uvođenja jednog posebnog oblika ovog krivičnog dela, je u sferi nekih mogućih praktičnih problema, koji su čini nam se, ipak prilično retki i uglavnom, teško zamislivi, a da to zvuči iole realno.

Naime, i u obrazloženju Nacrta Zakona o izmenama i dopunama konstatuje se da „postojeće rešenje kod ovog krivičnog dela ne može da se primeni na sve slučajeve u kojima je izostao pristanak, odnosno onda kada nema konsensualnog seksualnog odnosa.” Druga je stvar naravno, što će u praksi biti veoma teško dokazati da je došlo do obljube ili sa njom izjednačenog čina protivno jasno izraženoj volji pasivnog subjekta, odnosno da se ne radi o „konsensualnom odnosu” (tada bi se nekada eventualno moglo raspravljati i o postojanju (ne)skriviljene, odnosno (ne) otklonjive stvarne zablude ali bez ikakve relevantne prinude).

Bez jasnog obrazloženja, od predviđenog novog oblika silovanja se „u finišu” usvajanja novela Krivičnog zakonika Srbija, ipak odustalo,¹²¹ što u kontekstu očekivanih dokaznih teškoća, ali i s obzirom na već postojeću praksu, suštinski može imati smisla, mada ostaje činjenica da odredbe Istanbulske konvencije, formalno zahtevaju da u našem krivičnim zakonodavstvu, postoje i takve odredbe, odnosno takva „varijanta” krivičnog dela silovanja. Stoga svakako treba očekivati da u nekom narednom periodu, Krivični zakonik Srbije bude „obogaćen” i za takvu novu inkriminaciju, odnosno novu varijantu silovanja, bilo u pravno-tehničkom smislu kao posebno krivično delo (nedobrovoljna obljuba ili obljuba protivno volji pasivnog subjekta), bilo kao poseban oblik već postojeće inkriminacije silovanja.

Izmene koje se odnose na krivična dela protiv polne slobode, ali i u pogledu drugih zaštićenih objekata (objekata zaštite), kao kada je reč o proganjanju, utemeljene su na odredbama Istanbulske konvencije, kao multilateralno potvrđenog međunarodnog ugovora, što formalno obavezuje Srbiju, pa su stoga, u Krivični zakonik Srbije, između ostalog, uvedena i sledeća potpuno nova dela: 1) sakaćenje ženskog polnog organa (član 121a KZ); 2) polno uznemiravanje (član 182A KZ) i 3) prinudno zaključenje braka (član 187a KZ).

120 Za taj novi oblik „silovanja” bila je u Nacrtu Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika Srbije, predviđena kazna zatvora od šest meseci do pet godina.

121 Prema nekim objašnjenjima, Republičko javno tužilaštvo se protivilo uvođenju novog oblika silovanja, smatrajući da bi to u kontekstu postojeće sudske prakse, u stvari, vodilo do ublažavanja kaznene politike u odnosu na ovo krivično delo, jer bi sudovi u dilemi (koja je očigledno problem u praksi), u odnosu na (ne)primenjenu prinudu u pogledu obljube ili sa obljubom izjednačenog čina, bili skloni(ji), rezonovanju da prinude nije bilo, odnosno da se ona ne može efektivno dokazati, ali da nije bilo ni saglasnosti pasivnog subjekta, što bi se svelo na lakši oblik silovanja, koji je bio propisan Nacrtu Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika (član 178. stav 2. KZ).

8. ZAKLJUČAK

Krivična dela protiv polne slobode su podobna za veoma složene teorijsko-sistemske podele u okviru krivičnog sistema, a naročito kada se njima „pridodaju” („prikluče”) i drugi „seksualni delikti”, te krivična dela koja imaju određenu seksualnu konotaciju, odnosno mogu se dominantno ili u bitnoj, odnosno određenoj meri, smatrati krivičnim delima koja su povezana sa krivičnim delima protiv polne slobode. Takve analize imaju ne samo čisto teorijski značaj, već mogu doprineti i skladnijim zakonskim rešenjima kada se radi o mestu krivičnih dela protiv polne slobode, kao i sa njima povezanih krivičnih dela u krivičnom sistemu Srbije.

Tako bi se moglo zaključiti da ako se silovanje u našem krivičnom zakonodavstvu nekim budućim novelama definiše tako da obuhvati ne samo prinudnu obljudu ili prinudni sa njom izjednačen čin, već svaku takvu radnju protivno volji pasivnog subjekta (što je zahtev sadržan u Istanbulskoj konvenciji),¹²² to će svakako dovesti i do potrebe za odgovarajućim redefinisanjem i nekih drugih inkriminacija protiv polne slobode, poput na primer, izmena u domenu krivičnog dela obljudbe nad nemoćnim licem. Kod ovog krivičnog dela bi tada bilo potrebno da se pasivni subjekt definiše alternativno: 1) bilo kao lice koje je nesposobno za otpor (kao što je to i sada u članu 179. stav 1. KZ-a), 2) bilo kao lice koje zbog stanja u kojem se nalazi, ne može da izrazi svoje nepristajanje na obljudu ili sa njom izjednačen čin. U vezi sa ovim, interesantno je da se i sada, u kontekstu važećeg zakonskog rešenja u članu 179. KZ-a Srbije, bez obzira što se u zakonskom opisu krivičnog dela obljudbe nad nemoćnim licem, pasivni subjekt definiše samo kao lice koje nije sposobno za otpor, prihvata da u kategoriju nemoćnog lica pre svega, spadaju osobe koje zbog stanja u kojem se nalaze, nisu sposobne da se relevantno saglase sa obljudbom/sa obljudbom izjednačenim činom.

Definicija prisutna u sada važećem zakonskom rešenju, je u suštini „korelativna” definiciji silovanja kao prinudne obljudbe/prinudnog sa obljudbom izjednačenog čina. Inače, u delu teorije, kao i u praksi, prihvata se da je suštinska osobenost obljudbe nad nemoćnim licem u mnogim situacijama u praksi, da pasivni subjekt koji je u stanju nesposobnosti za otpor, zbog stanja u kojem se nalazi, nije u mogućnosti da izrazi relevantan pristanak na obljudu ili sa obljudbom izjednačeni čin, odnosno *ne pristaje* na obljudu ili sa njom izjednačen čin.

Uvođenje novog i vrlo specifičnog oblika silovanja (što je bilo predviđeno u Zakonu o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, a od čega se u međuvremenu odustalo), a koje bi postojalo kada je izvršena obljudba ili sa obljudbom izjednačeni čin, bez postojanja relevantno izražene saglasnosti pasivnog subjekta (nekonsensualni seksualni odnos), ali i bez prinude, koja je inače tipična/neophodna za klasično silovanje, može imati određeni *ratio legis* i nezavisno od Istanbulske konvencije čije su odredbe bile formalni osnov za svojevremenu ideju za takvu izmenu/dopunu inkriminacije silovanja u našem Krivičnom zakoniku. Sasvim je izvesno da će takva

122 Ovdje nije od značaja da li će se raditi o novoj/modifikovanoj definiciji silovanja, tako što će se ovakva inkriminacija svesti na jedan poseban oblik krivičnog dela silovanja ili će se raditi o novom posebnom krivičnom delu protiv polne slobode. To pitanje je relevantno samo u pravno-tehničkom smislu i u sa stanovišta zakonske sistematike, ali ne i suštinski sa stanovišta zahteva iz Istanbulske konvencije, koji se u ovom pogledu svode na inkriminisanje svakog vida nedobrovoljnog seksualnog čina.

definicija silovanja, tj. u tom smislu i pravcu „redefinisanje” silovanja, pre ili kasnije, naći svoje mesto u krivičnom zakonodavstvu Srbije.

Zakonodavstva koja već relativno duže vreme poznaju krivično delo silovanja bez prinude a protivno volji pasivnog subjekta, omogućavaju rešavanje i nekih u praksi značajnih slučajeva, te i krivičnopravna teorija tih država daje svoj doprinos rešavanju mnogih aktuelnih pitanja u odnosu na takvo prilično specifično krivično delo.

Međutim, ipak ne može biti sporno da bi, ako bi se u budućnosti naš zakonodavac odlučio za usvajanje takve novele, to potencijalno u manjoj ili većoj meri, ponekad dovodilo i do određenih dokaznih problema u praksi.

Stoga je veoma potrebno obratiti pažnju prilikom budućih i očekivanih novela u sferi krivičnih dela protiv polne slobode važnom problemu međusobne normativne usklađenosti. To znači da je potrebno da sve modifikacije našeg krivičnog zakonodavstva u odnosu na ta krivična dela budu pažljivo usklađene, kako međusobno, tako i u odnosu na druga krivična dela sadržana u krivičnopravnom sistemu Srbije.

LITERATURA

- Adler, F., Mueller, O.w. and Laufer, W.S., *Criminal Law*, „McGraw-Hill”, New York, St. Louis etc., 1991.
- Aleksić, Ž. i Škulić, M., *Kriminalistika*, deveto izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016.
- Atanacković, D., *Krivično pravo – posebni deo*, treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, „Privredna štampa”, Beograd, 1981
- Bajović, V., *Sporazum o priznanju krivice*, „Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu”, Beograd, 2009.
- Bajović, V., *Neokonzervativni pristup u borbi protiv maloletničke delinkvencije i odgovornost roditelja*, zbornik: „Kaznena reakcija Srbiji, VII deo (ur. Đ.Ignjatović)”, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2017.
- Bauer, F. i dr., *Sexualität und Verbrechen*, Frankfurt am Mein und Hamburg, 1963.
- Bernstorf, von, C.G., *Einführung in das englische Recht*, „C.H.Beck`sche Verlagsbuchhandlung”, München, 2000.
- Brownmiller, S., *Gegen unseren Willen – Wergewaltigung und Männerherrschaft*, „Fischer Verlag”, Frankfurt am Mein, 1994.
- Bonnie, R.J., Coughlin, A. M., Jefries, Jr. J.C., STR.W.Low, *Criminal Law*, „The Foundation Press”, Westbury, New York, 1997.
- Vasić R. i Čavoški, K., *Uvod u Pravo II*, „Draganić”, Beograd, 1997.
- Vier, L. i dr. *Izmišljeno silovanje*, „Izbor”, br. 2–3/85, Zagreb, 1985.
- Vuković, I., *Dečja pornografija i krivično pravo – međunarodni ugovori i član 185 Krivičnog zakonika*, zbornik: „Međunarodna krivična dela”, Udruženje za međunarodno krivično pravo i „Intermex” Tara, 2015.
- Gardner, T.J. and Mainan, V., *Criminal Law – Principles, Cases and Readings*, „West Publishing Company”, St. Paul, New York, Los Angeles, San Francisco, 1980.
- Gilbert, J.N., *Criminal Investigation*, „Charles E.Merrill Publishing Company – A Bell & Howell Company”, Columbus, Toronto, London, Sydney, 1980.
- Doolan, B., *Principles of Irish Law*, Fourth Edition, „Gill & MacMillan, Dublin, 1996.
- Đokić, I., *Umišljaj u engleskom krivičnom pravu*, „Pravni život”, broj 9/2014., Beograd, 2014.

- Đokić, I., *Kriminalnopolitička opravdanost inkriminisanja polnog uznemiravanja u Republici Srbiji*, zajedničko izdanje „Crimen-a” i „Revije za kriminologiju i krivično pravo”, broj 2–3/2017, Beograd, 2017.
- Žarković, M., i Kesić, T., *Podrška žrtvama krivičnih dela*, „Pravni život”, broj 9, Beograd, 2006.
- Ignjatović, Đ. i Simeunović-Patić, B., *Viktimologija – opšti deo*, edicija *Crimen*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015.
- Ignjatović, Đ., *Kriminologija*, dvanaesto izmenjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i „Dosije”, Beograd, 2015.
- Klotter, J.C., *Criminal Law*, Sixth Edition, „Anderson Publishing Co”, Cincinnati, 2001.
- Kolarić, D., *Dinamična faza krivičnog zakonodavstva Republike Srbije*, „Pravni život”, broj 9, tematski broj „Pravo i društveni imperative”, Udruženje pravnik Srbije, Kopaonik, Beograd, 2016.
- Kolarić, D., *Zaštita fetusa u krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije de lege ferenda*, „Revija za kriminologiju i krivično pravo”, Beograd: Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu i Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, broj 3/2009, Beograd, 2009.
- Nolan, J.R., *Criminal Law*, „West Publishing CO”, St.Paul, Minn., 1976.
- Lamont Marshall, W. and Fernandez, Y.M., *Sourcebook of Treatment Programs for Sexual Offender*, „Quens University”, Ontario, Toronto, 1998.
- Lyll, F., *An Introduction to British law*, „Nomos Verlagsgesellschaft”, Baden-Baden, 2000.
- Lukić, N., *Etiologija seksualnog kriminaliteta i recidivizma njegovih učinilaca*, zbornik: „Kaznena reakcija u Srbiji, Deo 3.”, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013.
- Reid S.T., *Crime and Criminology*, Ninth Edition, „Mc Graw Hill”, Boston, New York etc., 2000.
- Satzger, H., *Internationales und Europäisches Strafrecht*, „Nomos”, Baden-Baden, 2005.
- Stojanović, Z., *Kriterijum određivanja inkriminacija – uopšte i u sferi seksualnih odnosa*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Ljubljani, Ljubljana, 1981.
- Stojanović, Z., *Seksualna krivična dela i predstojeća reforma krivičnog zakonodavstva*, zbornik radova sa međunarodnog simpozijuma: „Seksualnost, agresivnost, delinkventnost – medicinski, pravni i socijalni aspekti seksualne delinkvencije”, „Matica srpska”, Novi Sad, 1999.
- Stojanović, Z., *Krivično pravo*, „CID”, Podgorica, 2009.
- Stojanović Z. i Perić, O., *Krivično pravo – posebni deo*, 14. izdanje, „Pravna knjiga”, Beograd, 2011.
- Stojanović, Z. i Delić, N., *Krivično pravo – posebni deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i „Pravna knjiga”, Beograd, 2013.
- Z.Stojanović, *Međunarodno krivično pravo*, „Pravna knjiga”, Beograd, 2017.
- Stojanović, Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, sedmo izmenjeno izdanje, „Službeni glasnik”, Beograd, 2018.
- Stojanović, Z., Škulić, M. i Delibašić, V., *Osnovi krivičnog i krivičnog procesnog prava*, Advokatska komora Srbije, Beograd, 2018.
- Sheb, J. M. and Sheb, J. M., Jr., *Criminal Law and Procedure*, Wadsworth, Belmont, CA, 2011.
- Fletcher, M. and Löf, R. with Gilmore, B., *EU Criminal Law and Justice*, „Elgar European Law”, Cheltenham UK, 2008.
- Hall, D., *Criminal Law and Procedure*, „Lawyers Cooperative Publishing” & „Delmar Publishers”, New York, 1992.
- Hagan, F. E., *Introduction to Criminology – Theories, Methods and Criminal Behavior*, 6th Edition, „Sage Publications”, Thousand Oaks, 2008.

- Hay, P., *U.S – amerikanisches Recht*, „Verlag C. H. Beck”, München, 2000.
- Heaton, R., *Criminal Law*, „Blackstone’s Study Packs”, Nottingham Law School, Nottingham, 2001.
- Cetinić, M., *Pogled na pitanje da li je potrebno preispitivanje inkriminacije silovanja*, „Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu”, broj 2/1995, Beograd, 1995.
- Čirić, J., *Objektivna odgovornost u krivičnom pravu*, „Institut za uporedno pravo”, Beograd, 2008.
- Škulić, M., *Delinkvencija dece i maloletnika – krivičnoprocesni i kriminalistički aspekti*, doktorska disertacija, Beograd, 1999.
- Škulić, M., *Maloletnici kao učinioci i kao žrtve krivičnih dela*, „Dosije”, Beograd, 2002.
- Škulić, M., *Međunarodni krivični sud – nadležnost i postupak*, „Dosije”, Beograd, 2005.
- Škulić, M., *Starosna granica sposobnosti za snošenje krivice u krivičnompravnom smislu*, „Crimen”, broj 2/2010, Beograd, 2010.
- Škulić, M., *Načelo zakonitosti u krivičnom pravu*, „Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu”, broj 1/2010, Beograd, 2010.
- Škulić, M. i Ilić, G., *Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije – jedan korak napred, dva koraka nazad*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Pravni fakultet u Beogradu i Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2012. Adresa za preuzimanje teksta sa sajta: <http://www.uts.org.rs/images/stories/061212.novi.zakonik.o.krivicnom.postupku.pdf>.
- Škulić, M., *Krivično delo nasilja u porodici*, zbornik sa konferencije: „Nasilje u porodici”, međunarodni naučni skup; organizator: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 9. marta 2012.
- Škulić, M., *National Report – Serbia*, in: F. Dünkel, J. Grzywa-Holten, P. Horsfield (Eds.), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters – A stock-taking of legal issues implementation strategies and outcomes in 36 European countries*, Vol. 2, Band 50/2 Forum Verlag Godesberg, Schriften zum Strafvollzug, Jugendstrafrecht und zur Kriminologie, Greifswald, 2015.
- Škulić, M., *National Report – Montenegro*, in: F. Dünkel, J. Grzywa-Holten, P. Horsfield (Eds.), *Restorative Justice and Mediation in Penal Matters – A stock-taking of legal issues implementation strategies and outcomes in 36 European countries*, Vol. 2, Band 50/2 Forum Verlag Godesberg, Schriften zum Strafvollzug, Jugendstrafrecht und zur Kriminologie, Greifswald, 2015.
- Škulić, M., *Opšti pojam krivičnog dela u Sjedinjenim Američkim Državama – sličnosti i razlike u odnosu na srpsko krivično pravo*, tematska monografija: „Kaznena reakcija u Srbiji”, V deo, (ur. Đ. Ignjatović), Beograd, 2015.
- Škulić, M., *Neuračunljivost i intoksikacija u krivičnom pravu SAD – sličnosti i razlike sa neuračunljivošću i skrivljenom neuračunljivošću u srpskom krivičnom pravu*, „NBP – nauka, bezbednost policija – žurnal za kriminalistiku i pravo”, „Kriminalističko-policijska akademija”, broj 2/2015, Beograd, 2015.
- Škulić, M., *Pravna priroda i krivičnopravni (materijalni i procesni) efekti zastarelosti krivičnog gonjenja – Prvi deo*, „Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu”, broj 2/2016., Beograd, 2016.
- Škulić, M., *Proganjanje i polno uznemiravanje – ratio legis novih inkriminacija i neki moguć problemi u budućoj praksi*, „Tužilačka reč – glasilo Udruženja tužilaca Srbije”, broj 31/2016., Beograd, 2016.
- Škulić, M., *Silovanje bez prinude, proganjanje i polno uznemiravanje – nove buduće inkriminacije*, „Bilten Višeg suda u Beogradu”, broj 87/2016., Beograd, 2016.

- Škulić, M., *Uloga policije u zaštiti prava oštećenog krivičnim delom*, međunarodna naučna konferencija, Kriminalističko-policijska akademija, Tara, 2017., tematski zbornik radova sa naučno-stručnog skupa sa međunarodnim učešćem, Tara, maj, 2017, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2017.
- Škulić, M., *Krivično procesno pravo*, deseto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2017.
- Škulić, M., *Osnovni uporednopravni mehanizmi odmeravanja kazni i uslovni otpust*, „Makedonska revija za kazneno pravo i kriminologija”, broj 1/2017, Skopje, 2017.
- Škulić, M., *Krivično delo silovanja u krivičnom pravu Srbije – aktuelne izmene, neka sporna pitanja i moguće buduće modifikacije*, posebno izdanje „Crimena-a i „Revije za kriminologiju i krivično pravo”, broj 2–3/2017, Beograd, 2017.
- Škulić, M., *Organizovani kriminalitet – pojam, pojavni oblici, krivična dela i krivični postupak*, „Službeni glasnik”, 2. izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2018.

Milan Škulić

Faculty of Law, University of Belgrade
Constitutional Court of Serbia

THE THEORETICAL DIVISION OF CRIMINAL OFFENSES AGAINST SEXUAL FREEDOM AND THEIR PLACE IN THE CRIMINAL LAW SYSTEM OF SERBIA

SUMMARY

In the article is contained an explanation of the basic elements of the ratio legis of criminal offenses against sexual freedom. The author explains especially and in particular the two basic comparative and legal approaches to defining rape as the fundamental (capital) criminal offense against sexual freedom. The author then explains the historical component of criminal offenses against sexual freedom in general, and especially in the former Yugoslav and present Serbian criminal law system. The theoretical and systematic division of criminal offenses against sexual freedom and related criminal offenses in the criminal justice system of Serbia is explicitly explained, and as an example of a broad approach in defining „sexual offenses”, the division of these delicts into the criminal justice system of the United States is analyzed too.

In the article is explained too, that criminal offenses against sexual freedom are similar to very complex theoretical and systemic divisions within the criminal justice system, and especially when they are “added” to other “sexual delicts” and crimes that have a certain sexual connotation, shall be deemed to be criminal offenses related to criminal offenses against sexual freedom.

The author particularly emphasizes the importance of paying particular attention in the connected to the expected changes in the field of criminal offenses against sexual freedom, that all modifications in relation to these crimes should be harmonized, both with each other and in relation to other criminal offenses contained in the Serbian criminal justice, i.e. criminal law system.

Key words: Sexual Freedom, Criminal Offenses, Sexual Crimes, Rape, Criminal Law System.

Boris Begović*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

OPTIMALNI OPSEG KRIVIČNOPRAVNE ZAŠTITE: SKICA PRAVNOEKONOMSKOG PRISTUPA¹

Apstrakt: Cilj rada je da iz ekonomskog ugla posmatranja ponudi skicu konzistentnog analitičkog okvira unutar koga se može odgovoriti na pitanje da li određeno ponašanje treba da u zakonu bude predviđeno kao krivično delo. Taj analitički okvir se gradi na osnovu teorije eksternih efekata, čijom primenom se dolazi do uvida da svako protivpravno ponašanje izaziva negativne eksterne efekte, koji se poistovećuju sa štetom, iskazanom kao gubitak individualnog blagostanja. Maksimizacija društvenog blagostanja podrazumeva da svi negativni eksterni efekti proizašli iz protivpravnih ponašanja budu u potpunosti internalizovani. Poredeći različita protivpravna ponašanja, zaključuje se da ona značajno razlikuju po iznosu štete i stepenu njene disperzije. Imajući u vidu da, pre svega zbog njenih visokih troškova, krivičnopravna zaštita ne treba da se koristi u slučaju svih protivpravnih ponašanja, na osnovu nalaza o karakteru štete, formulisane su smernice koje sadrže dva potrebna uslova, uslova koja je potrebno kumulativno ispuniti da bi određeno protivpravno ponašanje bilo inkriminalizovano: (1) ukupan iznos štete koju snosi druga i treća strana treba da bude visok; i (2) šteta mora da bude disperzovana. Primena navedenih kriterijuma formira polaznu osnovu za normativno razmatranje da li određeno protivpravno ponašanje treba da bude inkriminirano, ali za sveobuhvatan i relevantan odgovor na to pitanje potrebne su i dodatne analize.

Ključne reči: inkriminalizacija, društveno blagostanje, negativni eksterni efekti, iznos štete, disperzija štete.

1. UVOD

Zbog čega su neka ponašanja okarakterisana kao krivična dela, a neka druga, iako predstavljaju povredu prava, odnosno kršenje zakona, nisu? Zbog čega su upravo ta ponašanja, činjenja ili nečinjenja, eksplicitno navedena u krivičnom zakonu, pa su predmet krivičnopravne zaštite, a neka druga ponašanja, iako protivpravna, nisu? Na osnovu čega se određeno društvo, svojim konkretnim odlukama, odlučuje da određena ponašanja okarakteriše kao krivična dela, da ih inkriminalizuje, a da neka druga ponašanja dekriminalizuje? Zbog čega se te odluke razlikuju između društava (nešto je inkriminalizovano u jednom pravnom sistemu, a nije u nekom drugom) i menjaju u vremenu (neko ponašanje prestaje ili postaje da bude krivično delo u istom društvu)?

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

1 Zahvaljujem se Đorđu Ignjatoviću, Goranu Iliću, Nikoli Iliću, Aleksandri Jovanović, Mariji Karanikić Mirić, Zoranu Mirkoviću, Ani Odorović, Marku Paunoviću, Dušanu Popoviću i Igoru Vukoviću na komentarima i korisnim sugestijama. Naravno, niko od njih ne snosi nikakvu odgovornost za eventualne preostale greške i ne deli neminovno iznesene vrednosne sudove.

Ekonomska nauka, preciznije njena disciplina ekonomska analiza prava, dosad se ipak samo ovlaš bavila odgovorima na ovo pitanje. Pre nešto više od tri decenije Posner (1985) je utvrdio da nema sveobuhvatnog i konzistentnog teorijskog okvira, uobličene doktrine, koji bi omogućio da se konzistentno odgovori na navedena pitanja.² Od tada se nije mnogo promenilo, iako je bilo usamljenih, mada prilično uspešnih pokušaja na tom planu (Bowels *et al.*, 2008). No, to ne znači da je ekonomska analiza prava u potpunosti zaobilazila ovo pitanje, mada se rasprava svodila na uporednu analizu, najčešće normativnu, o relativnim pogodnostima koje nude javno i privatno ostvarivanje prava, odnosno javnopravna i privatnopravna zaštita (Shavell, 1985).

Imajući sve to u vidu, cilj ovog rada nije da pruži sveobuhvatne odgovore na ova pitanja, već da iz ekonomskog ugla posmatranja ponudi skicu konzistentnog analitičkog okvira unutar koga se može odgovoriti na pitanje da li određeno ponašanje treba da bude inkriminalizovano, tj. da u zakonu bude predviđeno kao krivično delo. Iako takav analitički okvir može da se koristi za pozitivnu, vrednosno neutralnu analizu (za odgovor na pitanje zbog čega je nešto krivično delo) ovaj rad je potpunosti okrenut ka normativnoj analizi – ka odgovoru na pitanje da li neko ponašanje treba da u zakonu bude predviđeno kao krivično delo. Serija odgovora na ovo pitanje zapravo daje odgovor na pitanje iz naslova ovog rada – pitanje optimalnog opsega krivičnopravne zaštite. Normativna analiza u ovom radu zasniva se, u skladu sa uobičajenim pristupom pravnoekonomske analize, na pretpostavci da je cilj društva maksimizacija efikasnosti, što se svodi na maksimizaciju društvenog blagostanja,³ pri čemu se društveno blagostanje posmatra isključivo kao suma individualnih blagostanja svih koji čine posmatrano društvo, tj. suma individualne korisnosti koju oni uživaju.⁴

- 2 Ne zalazeći u razmatranje opravdanosti ovog nalaza, on makar na prvi pogled, zvuči paradoksalno u svetlu tvrdnje da je krivično prvo zapravo prirodna oblast ekonomske analize prava (Kahan, 2004). Ovaj autor smatra da nijedna oblast prava nije „više osvetljena zračenjem ekonomske logike” (str. 643). Ipak, tvrdnja o krivičnom pravu kao oblasti u kojoj je pravnoekonomska analiza dostigla najviše domete nije detaljnije argumentovana, a samo pominjanje ekonomske analize prava konkurencije, na primer, pospešuje sumnju u navedeni stav. Čak ni stav da je ekonomska analiza prava nastala kao ekonomska analiza krivičnog prava (Fisher, 2014) ne potvrđuje superiornost ekonomske analize krivičnog prava kao najvišeg dometa pravnoekonomske analize. Navodni paradoks treba posmatrati i u svetlu činjenice da je ekonomska analiza krivičnog prava bila usredsređena na neke druge stvari, poput modela racionalnog ponašanja prestupnika ili definisanja optimalne kazne, a ne na formiranje normativne doktrine kojom određena ponašanja treba da se inkriminalizuju.
- 3 Kriterijum maksimizacije društvenog blagostanja može se sresti i u ravnjoj literaturi koja se bavi poželjnim opsegom krivičnopravne zaštite, s tim što se upotrebljava termin „životni standard” (von Hirsch i Jareborg, 1991).
- 4 Ovim se zadovoljava kriterijum velferizma da argumenti funkcije društvenog blagostanja mogu da budu samo individualna blagostanja (korisnosti) onih koji čine jedno društvo. Funkcija društvenog blagostanja koja predstavlja sumu individualnih blagostanja svih koji čine određeno društvo označava se utilitaristička, zasniva se na pretpostavci da je individualno blagostanje svakog pojedinca podjednako važno i uobičajena je u makroekonomskoj analizi. Ipak, ponekad se, pre svega u pravnoj literaturi javlja skepsa spram ovakvog pristupa, pa se smatra da je opravdano da se da korisnost koja je proizašla iz činjenja krivičnog dela ne uključuje u obračun društvenog blagostanja (Dau-Schmidt, 1990). Argumenti protiv ovakvo formulisane funkcije društvenog blagostanja izneti su na drugom mestu (Begović, 2015), a treba ukazati na to da promena ove vrste

Osnovno teorijsko oruđe koje se koristi u analizi koja sledi jeste teorija eksternih efekata, a osnovna radna pretpostavka na kojoj se razmatranje zasniva jeste da je društvena šteta do koje dolazi povredom prava, iskazana kao gubitak društvenog blagostanja na toj osnovi, jednaka ukupnim negativnim eksternim efektima. To je u skladu sa pravnoekonomskim pristupom da se šteta koju trpi pojedinac iskazuje kao gubitak njegovog individualnog blagostanja, to jest kao umanjenje nivoa korisnosti koji on trpi.⁵ Shodno tome, ukupna društvena šteta iskazuje se, shodno prihvaćenom obluku funkcije društvenog blagostanja, kao gubitak društvenog blagostanja.

Navedeni cilj i analitičko opredeljenje uslovili su i strukturu rada koji sledi. Prvo se razmatraju osnovni nalazi teorije eksternih efekata i mogućnost da se posledice svakog protivpravnog ponašanja iskažu u okviru te teorije. Potom se razmatra heterogenost protivpravnih ponašanja i to na osnovu karakteristika negativnih eksternih efekata koje ona stvaraju. Sledi uporedna analiza karakteristika i efekata građanskopravne i krivičnopravne zaštite, da bi se na osnovu rezultata analize rezultata dobijenih u ovom i prethodnom odeljku, pristupilo normativnoj analizi usmerenoj na formulisanje smernica za inkriminalizaciju različitih protivpravnih ponašanja. Drugim rečima, rad se ne bavi odgovorom na pitanje da li određeno ponašanje treba da se okarakteriše kao protivpravno, već isključivo da li neko protivpravno ponašanje treba da bude inkriminalizovano.⁶ Sve to prati zaključak.

2. TEORIJA EKSTERNIH EFEKATA I PROTIVPRAVNO ČINJENJE

Teorija eksternih efekata predstavlja dobro razvijeni i uobičajeni segment mikroekonomske teorije, i uspešno se koristi u mnogim disciplinama ekonomske nauke. Ona se obilato i uspešno koristi u pravnoekonomskim razmatranjima, tj. u ekonomskoj analizi prava, pravnih instituta i fenomena, i to upravo tako što se posledice protivpravnog ponašanja posmatraju kao negativni eksterni efekti. Drugim rečima, svako protivpravno ponašanje stvara negativne eksterne efekte.⁷

dovodi i do promene iznosa optimalne kazne (Shavell, 1985), budući da dovodi do umanjenja optimalnog nivoa kriminala u određenom društvu.

- 5 Ova, pravnoekonomska definicija štete ne mora da odgovara pravnoj definiciji štete, još manje njenoj zakonskoj definiciji. Shodno tome, naknada štete u pravnoekonomskom smislu znači da je uspostavljen onaj nivo individualnog blagostanja oštećenog koji je postojao pre nastanka štete.
- 6 Osnovni motiv za ovakav pristup je jednostavnost analize. Međutim, metodologija primenjena u ovom radu omogućava i dvostepenu analizu u kojoj bi se, u prvom stepenu, odgovorilo na pitanje da li neko ponašanje treba da se okarakteriše kao protivpravno, pa bi se potom, u drugom stepenu, ukoliko je odgovor na prvostepeno pitanje pozitivan, odgovorilo na pitanje da li to ponašanje treba da bude okarakterisano kao krivično delo. Takav postupak, međutim, može se primeniti u nekom drugom radu. Efekat ovakvog pristupa bi bio taj što bi se pored odgovora na pitanje o optimalnom opsegu krivičnopravne zaštite, dobio i odgovor na pitanje o optimalnom obimu protivpravnosti.
- 7 Obrnuto ne važi – nisu svi negativni eksterni efekti posledica protivpravnih ponašanja. Ovim se zalazi u pitanje određivanja definisanja protivpravnosti određenog ponašanja. Iako ovo nije predmet rada, treba ukazati na to da je verovatni kriterijum, u smislu potrebnog uslova, za ovakvo definisanje iznos negativnih eksternih efekata. Nivo negativnih eksternih efekata, odnosno štete (u ekonomskom smislu) koji oni stvaraju, ispod određenog praga navodi na to da takva ponašanja ne treba da budu protivpravna.

Sledeći savremenu makroekonomsku literaturu, pre svega doprinose u oblasti ekonomije blagostanja (Ng, 1983), može se zaključiti da su eksterni efekti situacija u kojoj jedna strana svojim činjenjem stvara efekte drugoj strani, što znači da utiče na blagostanje druge strane (pojedince), tj. na korisnost koju ta strana uživa, pa stoga i na društveno blagostanje. Osnovna podela jeste ona na pozitivne i negativne eksternne efekte, pri čemu je ta razlika lako razumljiva: pozitivni eksterni efekti uvećavaju blagostanje onih na koje deluju, a negativni to blagostanje umanjuju. Shodno tome, u ovom radu, kao i u pravnoekonomskom razmatranju efekata protivpravnog ponašanja uopšte, koriste se, gotovo isključivo, negativni eksterni efekti.

Eksterni efekti su kategorija koja ima nekoliko karakteristika, odnosno komponenti, pa je svaki od njih potreban uslov da određena činjenja spadaju u eksternne efekte. Prvo, oni treba da budu efekti, tj. da utiču na individualno blagostanje (korisnost koju uživa pojedinac), pa time, neminovno, i na društveno blagostanje. Shodno tome, činjenje jedne strane koje ne utiče na korisnost koju prisvaja druga strana, odnosno njegovo individualno blagostanje, bez obzira na to što je, nesporno, činjenje, nije eksterni efekat.⁸

Pri tome, za postojanje eksternih efekata nije bitno ko je njihov direktan primalac, što znači da nije neminovno da to bude fizičko lice. Na primer, negativni eksterni efekti koji uvećavaju troškove poslovanja određenog pravnog lica, privrednog društva, umanjuju njegov profit, što dovodi do umanjenja dividendi, tj. dohotka od kapitala vlasnika tog preduzeća, a to umanjenje dohotka umanjuje korisnost koju oni uživaju – obara nivo njihovog individualnog blagostanja. Iako ta fizička lica nisu direktno pogođena eksternim efektima, ona, na opisani način, osećaju njihovo dejstvo.

Drugi potreban uslov da se neko činjenje, odnosno njegov efekat, klasifikuje kao eksterni jeste da je pri uspostavljanju odnosa između te dve strane, one koja emituje i one koji prima eksternne efekte, zaobiđeno tržište. To znači da ne postoji dobrovoljnost stupanja u međusobni odnos. Stoga niti jedan efekat slobodne razmene na tržištu ne spada u eksternne efekte, iako nesporno utiče na blagostanje i jedne i druge strane u razmeni. Budući da je razmena na tržištu dobrovoljna, do nje dolazi isključivo ukoliko se simultano uvećava blagostanje i jedne i druge strane, a najmanje, kao granični slučaj, uvećava blagostanje jedne, a istovremeno ne umanjuje blagostanje druge strane. Shodno tome, svaka razmena na tržištu neminovno je dobrovoljna razmena, a to znači da neizostavno predstavlja poboljšanje u Paretovom smislu, što označava da se uvećava društveno blagostanje.⁹ Stoga se, sledeći Posnera

8 Individualno blagostanje, nivo korisnosti koju uživa pojedinac, razlikuje od bogatstva. Bogatstvo je samo jedan od (uobičajenih) argumenata funkcije korisnosti, a budući da je korisnost subjektivna kategorija, svaka individualna funkcija korisnosti ima specifičan oblik i argumente. Poštovanje moralnih vrednosti i te kako predstavlja argument funkcije korisnosti mnogih pojedinaca, tako da protivpravna činjenja, koja najčešće predstavljaju podiranje moralnih vrednosti, umanjuju korisnost koju prisvaja pojedinac i, stoga, umanjuju društveno blagostanje. Ovaj nalaz, stoga, relativizuje kritiku da ekonomska analiza krivičnog prava nema odgovarajuću teoriju vrednosti iza sebe (Kahan, 2004).

9 S obzirom na to da je društveno blagostanje definisano kao funkcija čiji su argumenti isključivo individualna blagostanja svih onih pojedinaca koji čine jedno društvo (fusnota 4), i to tako da je društveno blagostanje suma individualnih, poboljšanje u Paretovom smislu je dovoljan, ali ne potreban uslov za uvećanje društvenog blagostanja. Na primer, do uvećanja društvenog blagostanja

(1985), može zaključiti da je društveno poželjno da se mogućnost tržišne transakcije primeni na što veći broj zamislivih slučajeva razmene između ljudi.¹⁰

Treći mogući dodatan, ali nikako ne neizostavan potreban uslov koji se nekada pojavljuje u literaturi (Mishan, 1971) jeste da su eksterni efekti takvi da nisu „primarni ili željeni” za onu stranu koja ih emituje. Oko ovog uslova ne postoji saglasnost u savremenoj ekonomskoj teoriji, ali ipak dominira stav da ovaj uslov ne treba da bude potreban uslov. Verovatno da je jedan od razloga za napuštanje ovog uslova to što u njegovoj primeni ima dosta arbitrarnosti, naročito u pogledu određivanja da li su neki efekti primarni ili željeni (Heller i Starrett, 1976). Stoga se ovaj uslov, sledeći dominantan odnos savremene mikroekonomske teorije prema njemu, isključuje iz dalje analize, već se definicija eksternih efekata svodi na dva prva potrebna uslova, pri čemu je drugi od ključne važnosti.

Na osnovu takve, dvokomponentne definicije eksternih efekata, pod pretpostavkom da efekat uopšte postoji, može se zaključiti da svako protivpravno ponašanje neminovno dovodi do negativnih eksternih efekata, odnosno do štete, iskazane kao gubitak korisnosti, koju trpi makar jedna strana. Na primer, ukoliko dužnik, koji je zaključio ugovor o kreditu i na osnovu njega primio glavnicu tog kredita, prestane sa urednim ispunjavanjem svojih ugovornih obaveza (vraćanjem glavnice i plaćanjem kamate), poverilac neminovno trpi štetu. Ukoliko se radi o ugovornom odnosu dva fizička lica, ovakva šteta je direktna, što znači da se direktno umanjuje blagostanje pojedinca-poverioca, budući da se umanjuje njegov dohodak, odnosno bogatstvo, a da on na to nije pristao. Ništa se u ovoj analizi ne menja ukoliko je poverilac banka, budući da se umanjuje njena profitabilnost, što umanjuje dividende, tj. dohotak od kapitala, pa time i individualno blagostanje vlasnika kapitala banke, a da oni na to nisu pristali. Budući da činjenje onoga koji je doneo odluku da ne servisira svoje obaveze definisane ugovorom o kreditu dovodi do direktnog umanjenja korisnosti poverioca, može se reći da se radi o direktnim negativnim eksternim efektima, a štetu u ovom slučaju ne snosi nijedno treće, nego samo drugo lice. Veoma je bitno ukazati na to da je navedena odluka bila jednostrana, tj. da nije postojala saglasnost poverioca za tako nešto – ne radi se o uzajamnoj dobrovoljnosti. Da su se dužnik i poverilac dogovorili da se promene uslovi servisiranja ugovorne obaveze, da dođe do njenog reprogramiranja, na primer, onda ne bi ni došlo do povrede prava – takvo činjenje, zaključivanjem aneksa ugovora, postaje deo tržišne, dobrovoljne transakcije.

dolazi i sa promenom koja je u skladu sa Hiks-Kaldorovim kriterijumom, koji zadovoljava ona promena blagostanja pri kojoj je uvećanje blagostanja onih koji tom promenom dobijaju veće od umanjenja blagostanja onih kojih koji njome gube. Više o tome videti u: Johansson (1991).

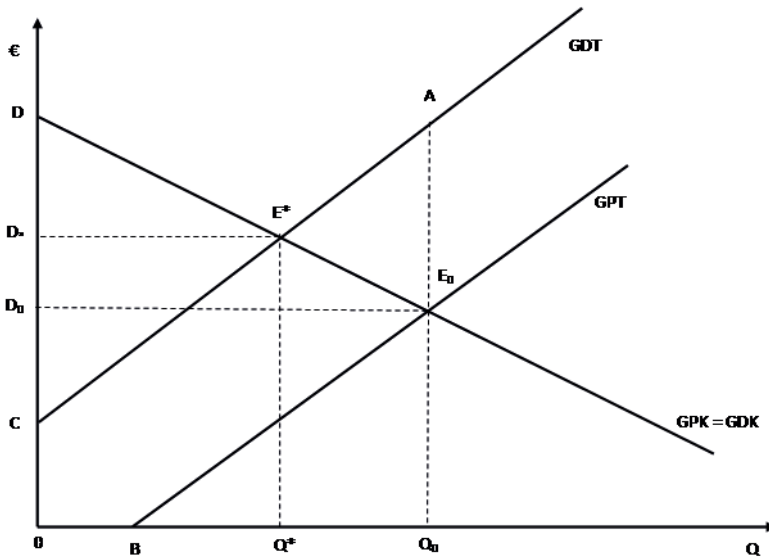
- 10 Nekoliko napomena. Prvo, sama mogućnost da dođe do tržišne transakcije ne znači da će do nje u stvarnosti zaista doći – do nje dolazi jedino ukoliko promena do koje ona dovodi predstavlja poboljšanje u Paretovom smislu. Drugo, u primeni ovog načela postoje određena ograničenja. Jedno od njih je ono u pogledu toga da li sama tržišna transakcija dovodi do negativnih eksternih efekata, odnosno do štete koju snose treća lica. Ukoliko takva šteta postoji, poželjnost takve tržišne transakcije treba sagledati u svetlu relativne veličine eksternih efekata – relativne u odnosu na uvećanje korisnosti koje uživaju strane u tržišnoj transakciji. Nadalje, Calabresi i Melamed (1972) ukazuju na to da određene tržišne transakcije ne treba da budu dozvoljene zbog toga što postoje stvari koje ne treba da budu otuđive, poput, na primer, slobodne trgovine ljudskim organima.

Šteta, naravno, može biti i vanugovorna, pa se isti analitički okvir može primeniti na slučaj takve štete. Slučaj kada je, na primer, usled nedovoljne pažnje vlasnika psa – recimo, pas, pit bul terijer, nije bio na povocu – nastala šteta. Pas je neisprovocirano napao slučajnog prolaznika i naneo mu telesne povrede. Individualno blagostanje tog prolaznika umanjeno je na nekoliko načina. Prvo, sama bol koju je osetio tokom napada i u određenom vremenu posle njega dovodi do umanjenja njegove korisnosti. Drugo, posledica tog napada jeste oštećenje tkiva koje je dovelo do privremene, a u težim slučajevima i trajne umanjene funkcionalnosti, na primer, lakće kretanja. To samo po sebi predstavlja umanjenje korisnosti, ali tome treba dodati i moguće umanjenje novčanih priliva usled umanjenje radne sposobnosti. Treće, umanjenje korisnosti žrtve ogleda se i u novčanim odlivima vezanim za lečenje, tj. za otklanjanje posledica napada, nezavisno od vrste zdravstvenog osiguranja koje eventualno postoji. Konačno, strah koji dovodi do promene ponašanja svaki sledeći put kada oštećeni na ulici vidi psa, naročito pit bul terijera, takođe dovodi do umanjenja njegove korisnosti.¹¹ Dakle, nesporno je netrivialno i višestruko umanjenje individualnog blagostanja oštećenog.

Već korišćeni analitički okvir može da se primeni na slučaj (uspešne) provalne krađe kao protivpravnog ponašanja. Šteta koju trpi oštećeni je jasna: umanjeno je njegovo blagostanje na najmanje tri načina. Prvo, umanjeno je njegovo bogatstvo, budući da je ukraden deo njegove ukupne imovine (na primer umetnička slika), a osim toga uništen je deo njegove imovine (razvaljena vrata, polomljeni prozori, oštećen nameštaj). Budući da je osnovna i veoma razborita pretpostavka ekonomske analize pozitivna granična korisnost bogatstva, umanjenje bogatstva dovodi do smanjenja individualnog blagostanja oštećenog. Nadalje, može se pretpostaviti da ovakva provalna krađa dovodi do opšteg osećaja poniženosti i nesigurnosti, što samo po sebi dovodi do umanjenja korisnosti žrtve. Sve to prate materijalni izdaci za bolje obezbeđenje stana ili kuće, posledica povećanja nivoa predostrožnosti, odnosno nesigurnosti, što dodatno umanjuje dohodak, pa time i nivo individualnog blagostanja. Nesporna je netrivialna, znatna i višestruka šteta koju snosi žrtva provalne krađe, iskazana kao umanjenje njenog individualnog blagostanja.

Dakle, iako se radi o bitno različitim protivpravnim činjenjima, izvesno je da sva ona, bez obzira na sve uočene razlike, generišu negativne eksterne efekte. Budući da je ovim ustanovljeno da, barem načelno posmatrano, svako protivpravno ponašanje generiše negativne eksterne efekte, postavlja se pitanje kako društvo treba da se odnosi prema njima. Da bi se došlo do odgovora na to pitanje, treba, u okvirima jednostavnog modela, razmotriti ravnotežu do koje dolazi pri emitovanju negativnih eksternih efekata, kao i posledice koja ta ravnoteža ima na društveno blagostanje. Rezultati razmatranja primenom takvog modela na slučaj protivpravnog ponašanja mogu se jasno videti na Slici 1.

11 Termini „oštećeni” i „štetnik” se u ovom radu upotrebljavaju u najširem smislu, i označavaju onog koji snosi i koji je izazvao štetu, a nikako ne prejudiciraju da se radi o građanskoj odgovornosti.



Slika 1

Horizontalna osa predstavlja obim protivpravnih činjenja u posmatranom društvu (Q), dakle sumu svih pojedinačnih protivpravnih ponašanja. Ta ponašanja dovode do uvećanja korisnosti onih koji ih čine, dakle do uvećanja njihove privatne korisnosti. Stoga se može identifikovati granična privatna korisnost od svakog pojedinačnog protivpravnog ponašanja (kriva GPK), kao ona veličina koja predstavlja uvećanje privatne korisnosti onih koji se protivpravno ponašaju do koje dovodi dodatna povreda prava. To je korisnost koju uživa neko od onih koji se ponašaju na taj način i karakteristika te krive je da se poklapa sa krivom granične društvene korisnosti (kriva GDK), budući da, osim onih koji se protivpravno ponašaju, niko drugi ne crpi korisnost iz takvog ponašanja. Pretpostavka modela jeste da se prvo čine ona protivpravna dela koja generišu najveću korisnost, pa se tek onda prelazi na ona protivpravna dela koja generišu manju korisnost – negativan nagib krive GPK ukazuje na postojane opadajuće granične korisnosti od protivpravnih ponašanja.¹² Nasuprot tome, kriva GPT predstavlja krivu graničnih privatnih troškova koje snose oni koji se protivpravno ponašaju – pretpostavlja se da neka od tih ponašanja ne stvaraju nikakve troškove, a neka, poput krivičnih dela, neminovno generišu određene troškove onima koji ih čine. Jednostavno, to su svi oni troškovi protivpravnih ponašanja koje snose oni koji ih čine, a definišu se kao oportunitetni troškovi svih onih resursa koji su tom prilikom angažovani.¹³ Zbog toga kriva GPT ne polazi iz koordinatnog početka, nego iz neke tačke B na horizontalnoj osi, tačke koja pokazuje pri kom nivou protivpravnog ponašanja dolazi do graničnih privatnih troškova koji su veći od nule.

12 Jasno je da ova pretpostavka modela predstavlja odstupanje od stvarnosti, budući da izvršenje krivičnog dela može biti situaciono. Međutim, ni promena oblika i nagiba krive, pa čak i napuštanje pretpostavke o monotonosti funkcije n dovodi do promene rezultata modela.

13 Više o tim troškovima i načinu njihovog evidentiranja i obračunavanja u slučaju krivičnih dela videti u: Anderson (1999) i Begović (2016).

Odluke o svom eventualnom protivpravnom ponašanju donose pojedinci i to racionalno se ponašajući – maksimizujući korisnost koju uživaju. U uslovima slobodnih i nesputanih odluka pojedinaca, u kojima nema nikakvog ograničenja emitovanju negativnih eksternih efekata, rezultat tih odluka je ravnotežni nivo protivpravnog ponašanja Q_0 , pri kome su izjednačene dve granične veličine, granična privatna korisnost i granični privatni troškovi, što znači da je neto korisnost koju privajaju oni koji krše pravo maksimizovana. Ukupna neto korisnost koja proizlazi iz protivpravnog ponašanja, a koju privajaju oni koji krše pravo, odgovara površini nepravilnog četvorougla $D0BE_0$. Pri postignutoj ravnoteži, opisanoj tačkom E_0 , ne postoji podsticaj da se dalje krši pravo, budući da je korist od dodatne povrede prava za one koji to čine manja od privatnih troškova koje oni snose.

Međutim, pored troškova koje snose oni koji povređuju pravo, svako protivpravno činjenje, kao što se već pokazalo, generiše troškove za sve one koji snose štetu. To su negativni eksterni efekti, tj. troškovi koji su bez njihovog pristanka nametnuti drugim i trećim licima. Kada se ti eksterni troškovi (vertikalno) saberu sa privatnim, dobijaju se granični društveni troškovi (kriva GDT). Za svako postojanje negativnih eksternih efekata, za svako postojanje protivpravnog ponašanja kriva GDT nalazi se iznad krive GPT, što znači da su društveni troškovi, kako ukupni, tako i granični, uvek iznad privatnih troškova. Štaviše, kriva GDT ne polazi iz koordinatnog početka već iz vertikalne ose, iz tačke C, budući da se pretpostavlja da svako protivpravno ponašanje dovodi do negativnih eksternih efekata, onih troškova koje snose oštećeni, ali ih ne snosi onaj koji krši pravo. Pri ravnotežnom nivo protivpravnog ponašanja Q_0 , ukupni društveni troškovi protivpravnog ponašanja odgovaraju površini nepravilnog četvorougla $C0Q_0A$.

Društveno optimalan obim kršenja prava jeste onaj koji označava tačka Q^* . To je onaj obim protivpravnog ponašanja pri kome su izjednačeni granična društvena korisnost (koja je jednaka sa graničnom privatnom korisnosti) i granični društveni troškovi. Dalje umanjeње obima protivpravnog ponašanja ne bi bilo poželjno, budući da bi umanjeње društvene korisnosti bilo veće od umanjeња društvenih troškova, što bi umanjilo ukupan iznos neto društvene korisnosti (ukupna društvena korisnost umanjeња za ukupne društvene troškove), koja je pri optimalnom obimu protivpravnog ponašanja označena površinom trougla DCE^* .

Bitno je ukazati na dva nalaza obe analize. Prvi je da optimalni obim protivpravnih činjenja (Q^*) veći od nule – tačka Q^* je udaljena od koordinatnog početka. To je neminovna posledica činjenice da protivpravno ponašanje stvara određenu privatnu, pa time, na osnovu pretpostavke o karakteru i obliku funkcije društvenog blagostanja, neminovno i društvenu korisnost. Drugi je da je optimalni obim protivpravnih činjenja (Q^*) manji od onog do koga dolazi na osnovu slobodnih, ničim sputanih odluka pojedinaca da se protivpravno ponašaju (Q_0). Ukratko, klasičan rezultat analize posledica negativnih eksternih efekata na društveno blagostanje – bez ikakve intervencije, bez ikakvog sputavanja pojedinaca, on stvara, tj. emituje isuviše mnogo eksternih efekata, što znači da je obim određenih činjenja (proizvodnje ili potrošnje sa negativnim eksternim efektima, protivpravnih činjenja itd.) isuviše velik.

Ekonomska teorija je odavno (Pigou, 1920) predložila normativno rešenje ova-
kve situacije – puna internalizacija eksternih efekata, tj. situacija u kojoj oni koji
emituju negativne eksterne efekte u potpunosti snose troškove koje izazivaju svima
– i drugoj, a tamo gde postoji, i trećoj strani. Stoga se u ekonomskoj teoriji govori
o porezima u Piguovom smislu – porezima koje plaćaju oni koji emituju negativne
eksterne efekte, a u iznosu ukupne štete koju su naneli drugima. Takva internalizaci-
ja bi dovela do izjednačavanja graničnih privatnih i graničnih društvenih troškova,
kriva GPT bi se poklopila sa krivom GDT, a na osnovu Slike 1 jasno je da bi to, slo-
bodnim odlukama pojedinaca koji maksimizuju korisnost koju uživaju, dovelo do
ishoda koji je društveno optimalan – do obima protivpravnog ponašanja od Q^* .¹⁴

Osnovna pitanja na koje svako društvo treba da odgovori jesu ona o punoj in-
ternalizaciji negativnih eksternih efekata. Kako izvršiti tu internalizaciju i da li ona
treba da se izvrši na isti način u slučaju svih protivpravnih ponašanja? Pre nego što
se pristupi razmatranju mogućnosti za odgovore na ova dva pitanja, potrebno je
razmotriti heterogenost protivpravnih ponašanja i iz ekonomskog ugla spoznati da
li postoji neka ključna razlika između njih. Preciznije rečeno: da li negativni ekster-
ni efekti jedne vrste protivpravnih ponašanja imaju neke druge, specifične karakte-
ristike u odnosu na ostala protivpravna ponašanja?

3. HETEROGENOST PROTIVPRAVNIH PONAŠANJA: ANALIZA NJIHOVIH NEGATIVNIH EKSTERNIH EFEKATA

Prvo pitanje koje se postavlja pri analizi negativnih eksternih efekata različitih
protivpravnih ponašanja odnosi se na njihovu distribuciju: da li su koncentrisani ili
disperzovani? Shodno tome, relevantno je, za uspostavljanje početne tačke za sagle-
davanje različitih vrsta heterogenih protivpravnih ponašanja i njihovo eventualno
grupisanje u nešto homogenije grupe, postaviti pitanje da li u prvom razmotrenom
slučaju povrede prava, slučaju neizvršenja ugovorne obaveze prema poveriocu po-
stoje treća lica koja trpe štetu, odnosno da li su negativni eksterni efekti koncentri-
sani isključivo na drugu (ugovornu) stranu. Očigledno je da celokupnu štetu usled u
ovom slučaju opisanog protivpravnog ponašanja dužnika snosi poverilac – radi se o
bilateralnom odnosu. Dakle, bitno je da ne postoji nikakav gubitak blagostanja tre-
ćih lica, onih koji nisu ugovorne strane. Šteta nastala usled protivpravnog ponašanja
je, dakle, koncentrisana na ugovorne strane.¹⁵

14 Ova analiza se zasniva na eksplicitnoj pretpostavci o egzogenosti preferencija pojedinaca koji sa-
mostalno donose odluke, pa se stoga društvena, odnosno pravna reakcija svodi na stvaranje od-
govarajućih podsticaja koji bi doveli do društveno optimalnog rešenja. No, ukoliko se pretpostavi
da su preferencije endogene, što znači da ih određena pravna reakcija može menjati, onda se
postavlja pitanje optimalne kombinacije delovanja – stvaranje podsticaja i uticaj na preferencije.
Dok ekonomska teorija još uvek prilično čvrsto stoji na tome da su preferencije egzogene, ovakav
pristup se može sresti u pravnoj teoriji. Više o navedenoj kombinaciji u slučaju krivičnog prava
videti u: Dau-Schmidt (1990).

15 Mogući argument da ovakvo ponašanje dužnika i porast problematičnih plasmana banke dovodi
do rasta kamatne stope za nove korisnike kredita, pa da su stoga oštećena treća lica, jednostavno
ne stoji, budući da ta treća lica stupaju u dobrovoljni, ugovorni odnos sa bankom, pa stoga to
nikako ne može da se smatra negativnim eksternim efektima prema trećim licima.

Nije sporno da je u drugom razmotrenom slučaju – slučaju vanugovorne štete koja je nastala usled nepažnje vlasnika psa, a koja je dovela do njegovog napada na slučajnog prolaznika – štetu pretrpela druga strana. No, postavlja se pitanje da li u ovom slučaju postoje negativni eksterni efekti koje snose treća lica. Ukoliko su saznala za napad tog psa, treća lica postaju svesna da mogu da postanu žrtve takvog ponovljenog napada, odnosno napada nekog drugog psa, usled nepažnje njegovog vlasnika. Izvesno je da to saznanje može da bude izvor nelagodnosti, i na toj osnovi umanjena korisnosti trećih lica, ali je isto tako izvesno da je velika verovatnoća da taj efekat bude trivijalan, bar u slučaju najvećeg broja pojedinaca. Takođe, treća lica mogu da prilagode svoje ponašanje, ali se u najvećoj meri to prilagođavanje svodi na izbegavanje mesta na kojima vlasnici šetaju svoje pse ili povećanim nivoom predostrožnosti ukoliko je neki pas, naročito opasne pasmine, u blizini. I u ovom slučaju negativni efekti, iako postoje, trivijalni su, tj. umanjene nivoa korisnosti trećih lica, iako postoji, nije značajno. Štaviše, negativni eksterni efekti su lokalni, odnose se isključivo na određena mesta, ona na kojima vlasnici šetaju svoje pse, odnosno bave se njima na različite načine. Ta mesta, na primer, namenski delovi gradskih parkova, jasno su očiljiva i lako se izbegavaju. Konačno, ne postoji nikakva posebna oprema za odbranu od napada psa na javnim prostorima, pa stoga i ne postoje materijalni izdaci trećih lica, tj. potencijalnih žrtava ovakvog napada za takvu opremu, što znači da nema umanjena njihove korisnosti na toj osnovi.

Međutim, u trećem razmotrenom slučaju povrede prava, slučaju provalne krađe, žrtva ovog protivpravnog ponašanja nikako nije jedini oštećeni. Postoje brojna i disperzovana treća lica, koja samo na osnovu informacije da se ovakvo protivpravno ponašanje dogodilo i da se, stoga, može ponoviti, postaju potencijalne žrtve takvog protivpravnog ponašanja.¹⁶ Već samo očekivanje ovakvog mogućeg ishoda dovodi do umanjena korisnosti usled osećaja nesigurnosti, pa time i nelagodnosti. Nadalje, taj osećaj može da dovede do odluka o promeni ponašanja pojedinaca, na primer menjanja dnevne rutine, povećanje vremena koje se provodi u osmatranju aktivnosti oko sopstvenog doma i u sličnim merama predostrožnosti, ali i eventualno preseljenje u drugu vrstu zgrade ili u drugi deo grada za koji se iz nekog razloga procenjuje da je sigurniji, uz odgovarajuće umanjene korisnosti, do koga ne bi došlo u njihovom kvartu da nije učinjeno ovakvo protivpravno ponašanje. Konačno, šteta koju trpe sve potencijalne žrtve ovakvog protivpravnog ponašanja sastoji se u njihovim izdacima u nabavku opreme za koju procenjuju da ih može zaštititi od ovakvog protivpravnog ponašanja, poput sigurnosnih vrata i prozora, sistema nadgledanja i alarmnih sistema, pa čak i kupovine neke vrste oružja. Konačno, te izdatke mogu da čine i oni koji nastaju angažovanjem specijalizovanih privatnih kompanija za fizičku zaštitu objekta, što takođe umanjuje korisnost potencijalnih žrtva u odnosu na onu kakva bi bila da nije došlo do protivpravnog ponašanja ove vrste, budući da im takvi izdaci umanjuju raspoloživi dohodak, pa stoga i nivo individualnog blagostanja. Konačno i veoma bitno – svi navedeni negativni eksterni efekti provalne krađe koje trpe treća lica nisu lokalni. Provalnici su mobilni, lako se, privučeni potencijalnim plenom, kreću, tako da serija provalnih krađa u jednom delu grada ili gradu može

16 Štaviše, veća je verovatnoća da će treća lica saznati o tome da se odigrala provalna krađa, nego da se dogodila neka vanugovorna šteta, poput napada psa. Bez informacije o tom događaju, nema ni negativnih eksternih efekata, čime se, verovatno, može objasniti izraz „blaženo neznanje”.

lako da se nastavi u drugom delu grada ili u drugom gradu, tako da navedeni eksterni efekti pogađaju praktično sve stanovnike jedne zemlje.

Dakle, izvesno je da velika disperzija negativnih eksternih efekata određenog protivpravnog ponašanja predstavlja osnovu za sagledavanje karaktera protivpravnih ponašanja i razlikovanje jedne vrste tih ponašanja od ostalih. Disperzovanost negativnih eksternih efekata može da se sagleda relativnim brojem trećih lica na koja deluju navedeni negativni eksterni efekti, pri čemu je, pored brojnosti tih lica, koja trpe štetu (kojima se umanjuje individualno blagostranje), bitno i to da ona nije trivijalna i da nije lokalna. Štaviše, postoje određena protivpravna ponašanja u čijem slučaju ne postoje neposredne žrtve, pa se ona u kriminološkoj literaturi nazivaju „deliktima bez žrtve” (Ignjatović, 2011). Činjenica da ne postoje neposredne žrtve, znači da ne postoji druga strana, ali postoje treća lica koja snose štetu ovakvih protivpravnih ponašanja – svi pojedinci koji pripadaju jednom društvu postaju (posredne) žrtve. Na primer, u slučaju krivičnog dela falsifikovanja novca, u kome, doduše može da bude neposrednih žrtava, svi pojedinci koji čine jedno društvo neminovno postaju žrtve, budući da se, bez znanja i učešća monetarnih vlasti, povećava količina novca u opticaju, što dovodi do umanjenja kupovne moći raspoloživog dohotka.¹⁷ Isto tako, korupcija kojom se izigravaju javne nabavke, na primer, dovodi do povećanja javnih rashoda, onog njihovog dela namenjenog za realizaciju tih nabavki, čime se uvećava poresko opterećenje, pa se otud umanjuje raspoloživ dohodak svih poreskih obveznika. Upravo su ovakva protivpravna ponašanja primer apsolutne disperzije štete – negativnih eksternih efekata – koja nastaje određenim protivpravnim ponašanjem.

Shodno celokupnoj prethodnoj analizi, mogu se identifikovati dve grupe protivpravnih ponašanja: one koje dovode do koncentrisanih i one koje dovode do disperzovanih (difuznih) negativnih eksternih efekata.

Drugi bitan element za sagledavanje karaktera protivpravnih ponašanja, jeste veličina ukupne štete do koje ona dovode. Ukoliko se poredi tri već navedena protivpravna ponašanja, neispunjavanje ugovorne obaveze prema poveriocu, napad psa usled nepažnje vlasnika i provalna krađa, *ex ante* nije izvesno da li je veća šteta u jednom, drugom, ili u trećem slučaju. Naime, ukoliko se u slučaju neizvršenja ugovorne obaveze radi o velikom iznosu novca, dakle o velikoj šteti za poverioca, ili teškim povredama koje su posledica napada psa, s jedne strane, a o relativno maloj vrednosti ukradene imovine i o relativno maloj graničnoj šteti načinjenoj trećim licima, može da se dogodi da je manja relativna šteta onog protivpravnog ponašanja koje stvara disperzovane negativne eksterne efekte.

Ipak, može se zaključiti da postoje ona tipična teška protivpravna ponašanja koja žrtvama i trećim licima pričinjavaju izuzetno veliku štetu, poput ubistava, silovanja, oružanih pljački i tome slično. Ta ponašanja, makar u proseku, stvaraju štetu koja je značajno veća od one koju izazivaju ostala protivpravna ponašanja, ona koja se zasnivaju na neispunjavanju ugovornih obaveza ili nepažnji. Dakle, mogu se identifikovati dve grupe protivpravnih ponašanja: one koje dovode do umerenih i do znatnih negativnih eksternih efekata, što znači do umerene ili znatne štete.

17 Efekat ekspanzivne monetarne politike, primarne emisije koja prevazilazi rast bruto domaćeg proizvoda, tzv. štampanja novca, identičan je – umanjenje kupovne moći usled inflacije. Ovo postupanje, međutim, u skladu je sa zakonom, a korist od ovakvog postupanja imaju budžetski korisnici, budući da se budžetski deficit, pa time i deo rashoda finansira primarnom emisijom.

Navedena dva kriterijuma, radi preciznosti analize, treba kombinovati i to tako da oba budu samo potrebni, a da niti jedan sam za sebe nije dovoljan uslov da bi se određeno ponašanje klasifikovalo u posebnu grupu društveno štetnog ponašanja. Drugim rečima, nužno je da oba uslova, i znatni, i disperzovani negativni eksterni efekti, kumulativno budu ispunjena da bi se određeno protivpravno ponašanje svrstalo u posebnu grupu protivpravnih ponašanja – ponašanja koja simultano stvaraju znatne i disperzovane negativne eksterne efekte. Stoga ispunjenost samo jednog od ta dva potrebna uslova ne vodi svrstavanju nekog protivpravnog ponašanja u tu grupu. Na primer, vrednost neispunjene ugovorne obaveze prema poveriocu, što znači šteta koju on trpi može, u pojedinim slučajevima da bude znatna, ali to ne treba da znači da se radi o krivičnom delu, budući da je ta šteta koncentrisana samo na drugu stranu, a treća lica od toga protivpravnog ponašanja ne trpe nikakvu štetu. Štaviše, šteta koju je pretrpeo oštećeni u slučaju napada psa usled nepažnje vlasnika takođe može da bude veoma velika, naročito ukoliko je, na primer, umanjena radna sposobnost oštećenog, ali je trivijalna i lokalizovana eventualna šteta koju od toga napada psa trpe treća lica – negativni eksterni efekti koji na njih deluju nisu značajni.

Iz drugog ugla posmatrano, disperzovanost neke štete sama po sebi ne treba da znači da se radi o krivičnom delu. Ukoliko neki vlasnik motornog vozila koristi svoje vozilo koje nije prošlo kontrolu koju nameće tehnički pregled, a kao posledicu toga emituje zagađenje u atmosferu, efekti pogađaju veliki broj (trećih) lica, toliko da se može govoriti o deliktu bez žrtve, ali ti negativni eksterni efekti, iako postoje, nisu znatni, lokalizovani su na blizinu tog vozila, pa stoga takvo ponašanje, iako je protivpravno, ne spada u protivpravna ponašanja sa znatnim i disperzovanim eksternim efektima.

Rezultati navedene analize pokazuju znatnu heterogenost protivpravnih ponašanja sa stanovišta karaktera negativnih eksternih efekata. Takođe, pokazuju da se mogu identifikovati dve vrste protivpravnih ponašanja. Jednu čine ona protivpravna ponašanja koja stvaraju znatne i disperzovane negativne eksterne efekte, a druga su protivpravna ponašanja koja stvaraju umerene i koncentrisane negativne eksterne efekte. Prihvatajući ovu analizu kao polaznu osnovu za definisanje optimalnog opsega krivičnopravne zaštite, u daljem toku rada, sve do normativne analize, koristi se ova podela protivpravnih ponašanja.

Negativni eksterni efekti koje snose treća lica protivpravnih ponašanja koja stvaraju znatne i disperzovane negativne eksterne efekte nisu trivijalni. Međutim, može se primetiti da u tim slučajevima postoji regularnost u pogledu razlika između (veće) štete koju trpi žrtva i (manje) štete koju trpe treća lica, ona koja su samo potencijalne žrtve takvog protivpravnog ponašanja. Naročito je pri višem nivou takvih ponašanja, velika razlika između graničnih vrednosti štete od dodatnog protivpravnog ponašanja te vrste – koju snose žrtve i koju snose treća lica. Dok je granična šteta koju snosi sama žrtva znatna, granična šteta koju snose treća lica, potencijalne žrtve, iako nije trivijalna, ne mora da bude velika.¹⁸ Ova razlika, iako nije bitna za definisanje, odnosno razgraničavanje protivpravnih ponašanja koja stvaraju

18 Ovo je, između ostalog, posledica opadanja granične štete od (dodatnog) pojedinačnog krivičnog dela. Dok prvo krivično delo stvara znatne negativne eksterne efekte, pri visokom nivou kriminala, dodatni negativni eksterni efekti do kojih dovodi dodatno krivično delo nisu baš veliki.

znatne i disperzovane negativne eksterne efekte u odnosu na ostala protivpravna ponašanja, ona ima bitne posledice na razmatranje optimalne vrste pravne zaštite od takvih protivpravnih ponašanja, što će videti u odeljku koji sledi.

Pošto je, korišćenjem teorije eksternih efekata, napravljena distinkcija između različitih vrsta protivpravnih ponašanja, postavlja se pitanje koji je najbolji način koji društvu stoji na raspolaganju za internalizaciju nastalih eksternih efekata, praktično internalizaciju načinjene štete u slučaju protivpravnih ponašanja koje izazivaju znatne i disperzovane negativne eksterne efekte. Odgovor na ovo pitanje podrazumeva razmatranja različitih (mogućih) oblika pravne zaštite od takvih ponašanja, a to se u ovom radu svodi na uporedno razmatranje građanskopravne i krivičnopravne zaštite.¹⁹

4. UPOREDNA ANALIZA EFEKATA GRAĐANSKOPRAVNE I KRIVIČNOPRAVNE ZAŠTITE

Kao što je već napomenuto, ekonomski posmatrano, cilj pravne zaštite treba da bude puna internalizacija negativnih eksternih efekata koji nastaju usled protivpravnog ponašanja, bilo ono krivično delo ili ne. Sa stanovišta maksimizacije društvenog blagostanja, optimalno je da se internalizuju svi negativni eksterni efekti, da niti jedan ne izostane, da bude internalizovana celokupna šteta koja je izazvana, nezavisno od toga kome, ali i da štetnik ne bude opterećen troškovima koje nije načinio, odnosno da troškovi kojima je internalizacijom opterećen ne prevazilaze štetu koju je izazvao.²⁰ Kriminološkim jezikom rečeno, potrebno je da specijalna i generalna prevencija, tj. odvracanje (*deterrence*) ne bude nedovoljno (*underdeterrence*), ali i da ne bude prekomerno (*overdeterrence*).²¹

Nadalje, protivpravna ponašanja se dešavaju u uslovima neizvesnosti, budući da je neizvesno da li će doći do otkrivanja i opozivanja u smislu Pigua onih koji su emitovali negativne eksterne efekte – štetnika ili prestupnika. Doduše, u slučaju protivpravnih ponašanja koja izazivaju umerene i koncentrisane negativne eksterne

19 U razmatranju koje sledi ove dve vrste pravne zaštite razmatraju se, jednostavnosti radi, kao alternativa. Njihovo kumulativno dejstvo se zanemaruje. Ovakvo analitičko opredeljenje ne dovodi do promene rezultata na planu optimalnog opsega krivičnopravne zaštite, ali može da dovede do promene u pogledu optimalnog iznosa kazne. Budući da zanemarivanje naknade štete u parnici koja prati krivični postupak može da dovede do prekomerne generalne prevencije.

20 Puna internalizacija eksternih efekata relevantna je za alokaciju resursa u pogledu ponašanja potencijalnog štetnika/prestupnika. Dakle, bitno je da on, u vidu poreza u Puguovim smislu, plati punu cenu svog ponašanja. Ko će ostvariti prihode na osnovu plaćanja te pune cene irelevantno je sa stanovišta ponašanja potencijalnog štetnika/prestupnika, budući da je on indiferentan prema tome. Međutim, različiti aranžmani raspodele sredstava prikupljenih na ovaj način mogu da stvaraju snažne i za društveno blagostanje ne uvek poželjne podsticaje (potencijalnim) oštećenima. Više o tome videti u: Baumol i Oates (1988).

21 Termin odvracanje (*deterrence*) preuzet je iz kriminološke i ekonomske literature na engleskom jeziku, u kojoj se ne pravi razlika između specijalne i generalne prevencije, nego se one skupno posmatraju kao odvracanje. Begović (2015) ovaj terminološki problem rešava tako što pod generalnom prevencijom podrazumeva i specijalnu. Nadalje, pretpostavlja se da je tako shvaćena generalna prevencija jedina svrha krivičnopravne zaštite. Dakle, ne uzimaju se u obzir efekti koje krivičnopravna sankcija može imati u vidu onesposobljavanja i retribucije.

efekte, poput dva koja su navedena u ovom radu, verovatnoća otkrivanja štetnika bliska je jedinici, ali neizvesnost postoji u pogledu toga da li će biti izrečena sankcija kojom će se izvršiti puna internalizacija negativnih eksternih efekata. U slučaju protivpravnih ponašanja koja izazivaju znatne i disperzovane negativne eksterne efekte, verovatnoća otkrivanja i verovatnoća kažnjavanja otkrivenog prestupnika uvek je manja od jedan.²² Stoga je, pored već navedenog informacionog problema (nedovoljna ili prekomerna internalizacija štete), neizvesna je i sama internalizacija negativnih eksternih efekata, pa je u analizu potrebno uneti kategoriju očekivane vrednosti internalizovanih negativnih eksternih efekata, a to je (računski) proizvod verovatnoće da će načinjena šteta biti internalizovana i iznos štete koja će s tom verovatnoćom biti internalizovana. Da bi očekivana vrednost internalizovane štete bila jednaka načinjenoj šteti, a to je uslov da u uslovima neizvesnosti negativni eksterni efekti budu u potpunosti internalizovani, stvara šteta mora da se multiplikuje i to multiplikatorom koji je uvek već u jedan a dobija se kao rešenje razlomka u kome je brojilac jedinica a imenilac verovatnoća internalizacije (Dau-Schmidt, 1990). Očekivana vrednost internalizovanih eksternih efekata sa stanovišta onog koji ih emituje ima isti efekat kao veličina koju ekonomska analiza kriminala naziva očekivanom vrednošću kazne (Becker, 1968).

Stoga se postavlja pitanje kakvi su efekti građanskopravne i krivičnopravne zaštite na ovom planu, što se svodi na pitanje koja od ove dve vrste zaštite omogućava da očekivana vrednost internalizovanih eksternih efekata odgovara punom iznosu načinjene štete.

Prvi problem koji se u tom pogledu javlja jeste problem otkrivanja štetnika i pokretanje pravnog postupka protiv njega.

4.1. Problem otkrivanja i podnošenja tužbe/optužnice protiv štetnika

U slučaju građanskopravne zaštite, pravni postupak pokreće oštećeni. Takvo rešenje, u uslovima umerene i koncentrisane štete, sasvim je na mestu. Parnicom se obezbeđuje puna internalizacija negativnih eksternih efekata, čime se postiže optimalan odgovor društva na protivpravno ponašanje. Međutim, u slučaju protivpravnih ponašanja koja stvaraju znatne i disperzovane negativne eksterne efekte, parnica se pokazuje kao pravni mehanizam koji ne može da obezbedi punu internalizaciju negativnih eksternih efekata. Prva grupa razloga može se naći u postupku otkrivanja prestupnika/štetnika i pokretanju pravnog procesa protiv njega.²³

22 Verovatnoća otkrivanja prestupnika vezana je za informacioni problem u čije rešavanje treba uložiti odgovarajuće resurse, kao i za činjenicu da prestupnik ima podsticaje da uložiti resurse i prilagodi svoje ponašanje tako da se umanjuje verovatnoća njegovog otkrivanja. Verovatnoća kažnjavanja otkrivenog prestupnika zavisi od sudskih grešaka. Greška tipa II (lažno negativan nalaz) direktno dovodi do umanjenja verovatnoće kažnjavanja, ali to čini i greška tipa I (lažno pozitivan nalaz), budući da je u slučaju te greške pravi prestupnik oslobođen kazne. Više o ovom kontraintuitivnom, ali tačnom nalazu videti u: Posner (1997), Lando (2006) i Persson i Siven (2007). Pri tome, Lando (2006) ukazuje na moguće različite efekte na generalnu prevenciju u zavisnosti od toga da li je u pitanju greška identiteta ili greška specifikacije, budući da greška specifikacije utiče na očekivanu vrednost marginalne kazne. Više o marginalnoj kazni i njenim efektima videti u: Begović (2015).

23 Grupisanje je preuzeto iz: Bowles *et al.* (2008). Razlike u njihovom i pristupu koji sledi, međutim, višestruke su, budući da se razlikuju elementi koji se razmatraju i argumenti koji se koriste, neki od izvornih su odbačeni, neki su modifikovani, a dodati su i novi argumenti.

Parnicu, u načelu, može da pokrene samo oštećeni, a oni veoma često nemaju podsticaje da pokrenu parnicu, budući da troškovi parnice mogu da budu viši od očekivane vrednosti naknade štete koja bi se dobila.²⁴ Ovo se naročito odnosi na treća lica,²⁵ dakle na potencijalne žrtve protivpravnog ponašanja, budući da, kao što je već navedeno, postoji znatna razlika između nivoa štete koju trpi druga strana i treća lica od pojedinačnog protivpravnog ponašanja. Ukratko, oštećeni se racionalno ponašaju i neće pokrenuti tužbu za naknadu štete sve dok su (očekivani) troškovi te tužbe veći od (očekivane) naknade štete.²⁶ Nadasve, budući da je šteta u ovom slučaju veoma disperzovana, javlja se i problem kolektivne akcije, tj. oštećeni imaju podsticaj da primenjuju strategiju slepog putnika, što znači da čekaju da neko drugi od oštećenih pokrene parnicu kojoj bi se ostali eventualno pridružili.²⁷ Budući da komunikacija između trećih lica veoma otežana (troškovi komunikacije su veoma visoki), opravdano je pretpostaviti da mnogi ne znaju jedni za druge, pa je problem slepog putnika očigledno zaoštren, naročito ukoliko je šteta, odnosno očekivani iznos naknade štete relativno mali.

Sledeći problem je, po svojoj prirodi, informacioni. Reč je o tome da u slučaju protivpravnih ponašanja koja stvaraju znatne i disperzovane negativne eksterne efekte oštećeni veoma često nema nikakve informacije o tome ko je štetnik, odnosno ne zna protiv koga da pokrene parnicu za naknadu štete. To se još više odnosi na treća lica, ona koja nisu (neposredne) žrtve, već zbog tog zabeleženog protivpravnog ponašanja postaju njegove potencijalne žrtve, što na već opisani način dovodi do štete po njih, odnosno do umanjavanja njihove korisnosti. Ovaj nalaz važi nezavisno od toga da li neki pravni sistem dopušta trećim licima, potencijalnim žrtvama, da pokrenu parnicu za naknadu štete. Reč je o tome da do tog umanjavanja korisnosti dovode svi štetnici, odnosno sva protivpravna ponašanja koja su oni učinili, budući da sve te radnje umanjuju korisnost svim njihovim potencijalnim žrtvama – svim pojedincima koji čine jedno društvo ili, ipak češće, lokalnu zajednicu. Dakle, pred

- 24 Jedini motiv oštećenog za podnošenje tužbe jeste naknada štete. Kako s pravom navodi Shavell (1997), oštećenog ne interesuju eksterni efekti koje on tom tužbom stvara. Najznačajniji pozitivni eksterni efekat te tužbe čini generalna prevencija koju ona, zajedno sa ishodom parnice u korist tužitelja stvaraju i to kao nenameravanu posledicu tužitelja. U tom slučaju, shodno teoriji eksternih efekata, broj parnica će biti nedovoljan, odnosno stvorice se isuviše mala generalna prevencija. Stoga se i, načelno, razmatra mogućnost subvencionisanja u ovom slučaju (Shavell, 1997) – tipična državna mera u slučaju pozitivnih eksternih efekata.
- 25 U ovom radu se polazi od pretpostavke da, načelno posmatrano, i treća lica mogu da pokrenu parnicu u kome će tražiti naknadu štete koju trpe. To se čini zbog toga da se ukaže da sve probleme koji postoje u pogledu pune internalizacije negativnih eksternih efekata izazvanih tipičnim krivičnim delom putem parnice. Time se sledi modelski pristup koji su primenili Shavel (1997), Bowles *et al.* (2008) i Svatikova (2008). Ukoliko se, napuštajući modelski pristup, u analizi situacije u nekom konkretnom pravnom sistemu u kome parnica ove vrste nije dozvoljena, onda se, jednostavno, bez ikakve pravnoekonomske analize, može zaključiti da *de lege lata* parnica nije pravni institut kojim se mogu u potpunosti internalizovati negativni eksterni efekti koji su disperzovani, odnosno da građanskopravna zaštita u tom pogledu nije delotvorna, budući da se u tom pravnom sistemu ne mogu internalizovati negativni eksterni efekti koje snose treća lica.
- 26 Više o ovom problemu videti u: Polinsky (1980). Rešenje ovog problema nalazi se u javnopravnoj sferi, odnosno u tome da odluku o pokretanju pravnog postupka protiv prestupnika/štetnika donose ona tela koja ne maksimizuju korisnost, odnosno profit, poput javnog tužilaštva.
- 27 Više o tome videti u: Shavell (1997).

svakim oštećenim, stvarnom ili potencijalnom žrtvom, ležao bi zadatak da otkrije sve štetnike na posmatranom području, kako bi svakog od njih tužio za naknadu štete nezavisno da li je u konkretnom pravnom sistemu takva tužba dopuštena. Informacioni problem koji bi, da bi se to dogodilo, morao da se prevaziđe takve je veličine da je opravdano pretpostaviti da su troškovi njegovog prevazilaženja, koji čine transakcije, troškove parnica u ovim slučajju, čak i u slučaju eventualne kolektivne tužbe, veći od očekivane koristi, pa je stoga racionalno ponašanje oštećenog da se ne bavi otkrivanjem svih onih koju su mu naneli štetu. Stoga se i ne pokreće parnica, što onemogućava potpunu internalizaciju negativnih eksternih efekata.

Navedeni informacioni problem relativno lako rešava krivičnopravna zaštita, budući da policija, organizacija koja se u tom slučaju bavi otkrivanjem štetnika, daleko bolje rešava navedene probleme. Prvo, budući da se radi o specijalizovanoj organizaciji, ona raspolaže primerenom tehnologijom koju koristi pri otkrivanju štetnika, a pri tome deluje i ekonomija obima, koja dodatno obara troškove prevazilaženja informacionog problema, odnosno umanjuje prosečne troškove otkrivanja štetnika.²⁸ Drugo, cilj te organizacije nije maksimizacija profita, što bi dovelo do otkrivanja samo onih prestupnika čiji su granični troškovi otkrivanja veći od graničnih prihoda, već je, unutar datog budžetskog ograničenja organizacije, cilj otkrivanje što većeg broja prestupnika.²⁹

No, sve da i ne postoji navedeni informacioni problem u pogledu otkrivanja štetnika, to ne znači da bi nestali drugi znatni transakcioni troškovi parnice kao mehanizma internalizacije negativnih eksternih efekata krivičnih dela. Na primer, troškovi tužbe pojedinačnog oštećenog protiv pojedinačnog štetnika. Maksimalan broj takvih tužbi odgovarao bi proizvodu (u računskom smislu) broja (otkrivenih) prestupnika i broja oštećenih, a zbog disperzije negativnih eksternih efekata koje stvaraju protivpravna ponašanja koja stvaraju znatne i disperzovane negativne eksterne efekte, taj broj bi mogao u krajnjem slučaju da bude jednak broju stanovnika zemlje, odnosno određenog područja.³⁰ Očigledno je da bi transakcioni troškovi parnica, tj. oportunitetni troškovi angažovanja suda, pre svega oportunitetni troškovi radnog vremena sudija i sudskog osoblja, kao i oportunitetni troškovi angažovanja pravnih zastupnika, bili izuzetno veliki i da bi navedeno rešenje bilo nepovoljno

28 Shavell (1997, str. 600). Treba voditi računa o tome da ekonomska nauka pod terminom „tehnologija” podrazumeva sveukupne karakteristike proizvodnog procesa, odnosno način na koji se transformacijom utroška (inputa) dobija željeni proizvod (output), a ne isključivo opredmećena tehnologija. Možda se argumentu specijalizacije i, stoga, odgovarajuće tehnologije, može suprotstaviti argument da oštećeni za pronalaženje štetnika mogu angažovati privatne detektivske agencije. No, iako specijalizovane, ekonomija obima radi protiv njih i to na tri načina. Prvo usled malog obima posla (proizvodnje), takve agencije ne mogu da izvrše onoliko duboku specijalizaciju kakvu može policija, što znači da u tom smislu ne mogu da računaju na efikasnost na osnovu specijalizacije. Drugo, mali obim posla onemogućava uvođenje određenih tehnologija zbog nedeljivosti, odnosno njihovih visokih fiksnih troškova. Treće, nezavisno od dve već navedene ograde, čak i da su one prevaziđene, ekonomija obima dovodi do obaranja troškova otkrivanja štetnika, budući da uvećanje obima posla dovodi do umanjenja prosečnih fiksnih troškova, tj. fiksnih troškova po štetniku.

29 Naravno, konkretna ponašanja policijske službe mogu da odstupaju od ovog ideala. Videti: Begović (2014).

30 Mogućnost kolektivne tužbe, barem teorijski posmatrano, umanjuje taj broj.

sa stanovišta društvenog blagostanja. Praktično posmatrano, a imajući u vidu uočene transakcione troškove, bilo koje drugo rešenje u pogledu internalizacije negativnih eksternih efekata predstavlja poboljšanje u Paretovom smislu.

Informacioni problemi vezani za parnice se nastavljaju, budući da mnoge žrtve ne spoznaju, odnosno ne mogu da spoznaju čak ni to da su žrtve.³¹ To se naročito odnosi na delikte bez žrtve, već opisana protivpravna ponašanja pri kojima ne postoji druga strana, već samo veliki skup trećih lica koja snose negativne eksterne efekte stvorene takvim ponašanjem. Ne samo da u ovom slučaju u pogledu građanskopravne zaštite postoji informacioni problem identifikacije štetnika (koga tužiti za naknadu štete), nego i u pogledu identifikacije štete – koja, odnosno kolika šteta je u pitanju? Stoga je jasno da parnica u ovom slučaju ne može da bude delotvoran mehanizam internalizacije negativnih eksternih efekata.³²

Konačno, kako navodi Shavell (1997, s. 600), strah od osvete štetnika može biti razlog zbog kojeg oštećeni neće pokrenuti parnicu za naknadu štete nastale usled protivpravnog ponašanja, što znači da se umanjuje deo ukupne nanete štete koji neće biti nadoknađen, odnosno uvećava se deo negativnih eksternih efekata koji će biti internalizovan.³³ Specijalizovane organizacije koje se bave krivičnopravnom zaštitom, poput policije ili tužilaštva, nisu izložene ovakvim podsticajima, pa ne treba očekivati da će strah od osvete biti faktor koji utiče na odluke o krivičnom gonjenju koje one donose.

Svi navedeni argumenti zasnovani na razmatranju nesavršene informisanosti koja se javlja u slučaju građanskopravne zaštite govori u prilog krivičnopravne zaštite u slučaju onih protivpravnih ponašanja koja generišu znatne i disperzovane negativne eksterne efekte. No, problemi u primeni građanskopravne zaštite u tim slučajevima ne iscrpljuju se nesavršenom informisanošću. Parnice kao mehanizam internalizacije negativnih eksternih efekata ukoliko su oni znatni i disperzovani nisu delotvorne i iz dodatnih razloga, u osnovu onih koji su vezani za prirodu sankcije u građanskopravnoj zaštiti.

4.2. Problem verovatnoće primene sankcije

U slučaju kršenja ugovorne obaveze, poput one iz ranije navedenih primera, neispunjavanja ugovorne obaveze ili ujeda psa usled nepažnje vlasnika, verovatnoća da će strana koja je povredila pravo biti otkrivena bliska je jedinici. Dakle, ne postoje problemi otkrivanja štetnika u ovom slučaju – on svojim ponašanjem otkriva sam sebe. Drugo je pitanje kolika će biti verovatnoća da će u parničnom postupku štetnik biti proglašen odgovornim, ali pravni standard koji se primenjuje u građanskom pravu omogućava da i ta verovatnoća bude relativno velika. Budući da je verovatnoća primene sankcije kompozitna verovatnoća, može se zaključiti da je ta verovatnoća u slučaju građanskopravne zaštite relativno velika.

31 Više o tome videti u: Shavell (1997, str. 599). Pitanje jeste da li je nivo umanjenja individualnog blagostanja toliko mali ili žrtve to umanjenje nivoa blagostanja ne pripisuju određenom krivičnom delu.

32 Epstein (1996) u ovome vidi najveću slabost građanskopravne zaštite u slučajevima protivpravnih ponašanja koja izazivaju negativne eksterne efekte koji su izuzetno disperzovani.

33 Što je veći iznos štete, što je teže protivpravno ponašanje u pitanju, snažniji su podsticaji štetniku da oštećenom stavi do znanja da postoji mogućnost osvete i da prilagodi (zaoštri) sadržaj te osvete.

Nasuprot tome, vjerovatnoća primene sankcije u slučaju krivičnopravne zaštite uvek je značajno manja od jedan. I to čak i ukoliko je otkrivanje prestupnika i njegovo kažnjavanje prepušteno specijalizovanim organizacijama, poput policije i pravosuđa. Reč je o tome da prestupnici, imajući u vidu visinu kazne, odnosno znatno umanjene nivoa korisnosti do kojeg ona dovodi, imaju snažne podsticaje da ulože resurse u izbegavanje te kazne, što znači da je vjerovatnoća njihovog otkrivanja znatno niža od jedinice. Nadalje, primena strožeg pravnog standarda za dokazivanje odgovornosti u krivičnopravnom postupku, kako bi se u uslovima visoke zaprećene kazne umanjila vjerovatnoća greške tipa I, umanjuje vjerovatnoću da će otkriveni prestupnik biti pravosnažno osuđen. Sve navedeno znatno umanjuje kompozitnu vjerovatnoću primene sankcije u slučaju krivičnopravne zaštite u odnosu na građanskopravnu zaštitu.

Vjerovatnoću primene sankcije treba posmatrati u svetlu činjenica da građanskopravna zaštita omogućava jedino naknadu štete, tj. povratak u prethodno stanje. Drugim rečima, naknada štete, iznos kojim se umanjuje bogatstvo, odnosno, na taj način, blagostanje štetnika ne može da bude veći od same štete. Budući da je vjerovatnoća primene sankcije u slučaju protivpravnih ponašanja znatnih i disperzovanih negativnih eksternih efekata uvek znatno manja od jedan, može se reći da naknada štete ne omogućava punu internalizaciju negativnih eksternih efekata. Reč je o tome da, u uslovima neizvesnosti puna internalizacija negativnih eksternih efekata od protivpravnog ponašanja podrazumeva da očekivana vrednost troškova koje treba da snosi štetnik treba da bude jednaka iznosu negativnih eksternih efekata koje je izazvao. Uz vjerovatnoću znatno manju od jedan i iznos naknade koji ne može da bude veći od iznosa štete, tj. samog iznosa negativnih eksternih efekata, navedeni uslov nikako ne može da bude ispunjen. Stoga je neminovno da u parnici, za svaku vjerovatnoću naknade štete manju od jedan, dolazi do samo delimične internalizacije negativnih eksternih efekata. To, sa svoje strane, dovodi do nedovoljne specijalne i generalne prevencije.

Imajući sve to u vodu i vodeći računa da postoje snažne barijere uvećanju vjerovatnoće primene sankcija u delima sa znatnim i disperzovanim negativnim eksternim efektima jedina mogućnost za punu internalizaciju tih leži u (zaprećenoj) kazni čiji je iznos, iskazan gubitkom korisnosti štetnika, znatno iznad iznosa štete, odnosno njene naknade. Jedino krivičnopravna zaštita nudi mogućnost takve sankcije, pa je to još jedan argument protiv građanskopravne zaštite u slučaju dela sa znatnim i disperzovanim negativnim eksternim efektima.

Dodatni problem, međutim, nastaje kada je potrebno da se odredi visina te sankcije.

4.3. Problem visine sankcije

Problem visine sankcije vraća celu raspravu na iznos troškova koje treba da snosi onaj ko emituje negativne eksterne efekte kako bi se oni u potpunosti internalizovali. Reč je o tome da je šteta koju prestupnik izaziva činjenjem tipičnog krivičnog dela veoma velika. Ukoliko bi se parnicom tražila naknada štete izazvane na taj način, može doći do situacije u kojoj ne bi mogla da se naplati naknada štete od

štetnika usled izraženog gotovinskog ograničenja. Naime, može da se dogodi, a kod dela koja izazivaju veliku štetu, tj. znatne i disperzovane eksterne efekte, vrlo je verovatno da će se dogoditi, da je bogatstvo prestupnika manje od iznosa naknade štete, pa se stoga ta šteta, odnosno negativni eksterni efekti koje je prestupnik izazvao ne mogu u potpunosti internalizovati u postupku naknade štete. Ovo je još jedan od razloga zbog kojih parnica ne može uspešno da internalizuje negativne eksterne efekte do kojih dovodi protivpravno činjenje koje generiše znatne i disperzovane eksterne efekte.

Pravnoekonomska teorija je ovaj fenomen razmotrila prilikom razmatranja novčane kazne kao efikasne kazne u krivičnom pravu. Naime, unutar pretpostavke o neutralnosti prestupnika, stvarnih i potencijalnih, prema riziku, sa stanovišta društva je poželjno da se optimalni iznos očekivane vrednosti kazne, onaj kojim se omogućava puna internalizacija negativnih eksternih efekata, uspostavi maksimalnom zaprećenom novčanom kaznom i odgovarajućom verovatnoćom kažnjavanja. Praktična primena ovog načela, međutim, dovodi do brojnih problema, a dobar deo njih proizlazi upravo iz ograničenog bogatstva prestupnika i činjenice da novčana kazna nikako ne može da bude veća od njegovog bogatstva.³⁴ Upravo u tome pravnoekonomska analiza nalazi opravdanje za nenovčane kazne, pre svega za zatvorsku kaznu.

Svi ovi problemi, odnosno uočena ograničenja, i to u njihovom zaoštrenom obliku, postoje i u slučaju parnice za naknadu štete. Dodatni problem leži u tome što se verovatnoća primene sankcije ne može podići iznad određenog nivoa, odnosno takvo rešenje nije društveno poželjno, budući da resursi koji se koriste za uvećanje verovatnoće primene sankcije imaju svoje oportunitetne troškove, a i uvećava se verovatnoća greške tipa I, što je suprotno preferencijama medijanskog birača.³⁵ Stoga je od ključne važnosti da se obezbedi odgovarajući iznos zaprećene sankcije. Zbog svega navedenog, u slučaju protivpravnih ponašanja koja stvaraju znatnu i disperzovanu štetu, građanskopravna zaštita, odnosno parnica ne može da omogućiti punu internalizaciju negativnih eksternih efekata, pa ne predstavlja odgovarajuće rešenje, tj. ne dovodi do maksimizacije društvenog blagostanja.

Postoji još jedan problem vezan za parnicu kao mehanizam internalizacije negativnih eksternih efekata u slučaju krivičnih dela. Reč je o tome da je pravni standard dokazivanja u parnici znatno blaži nego odgovarajući standard u slučaju krivičnog dela, odnosno u krivičnom procesnom pravu. To uvećava verovatnoću greške tipa I, lažno pozitivan nalaz, što znači da sankciju trpi onaj koji se nije protivpravno ponašao. Imajući u vidu visoke iznose naknade štete načinjene krivičnim delima, budući da je i šteta velika, izvesno je da parnice mogu da dovedu do znatne

34 Lako je razumljivo da novčana kazna, odnosno naknada štete ne može da bude veća od ukupnog bogatstva prestupnika, ali postoje brojni razlozi zbog čega u stvarnosti ona mora da bude manja od njega. O tim razlozima videti u: Begović (2010).

35 Modeli političke ekonomije krivičnopravne zaštite jasno su pokazali da su zbog malog broja ljudi koji razmatraju mogućnost da učine krivično delo, odnosno velikog broja ljudi koji poštuju krivični zakon i ne čine krivina dela, preferencije medijanskog birača takve da preferira umanjeno verovatnoće greške tipa I, što bi značilo da on, iako je nevin, bude osuđen, u odnosu na uvećanje verovatnoće greške tipa II. Upravo se takvim mehanizmima objašnjava postojanje visokih standarda dokazivanja u krivičnom pravu, čime se umanjuje verovatnoća greške tipa I. Više o tome videti u: Begović (2015).

dodatne štete ukoliko dođe do greške tipa I, do dodatnih negativnih eksternih efekata. Visoki standard dokazivanja u krivičnom pravu predstavlja osigurač od ovakvih ishoda, a upravo je težina sankcije u krivičnom pravu, uz već navedene preferencije medijskog birača, uzrokovala visoki standard dokazivanja zbog potrebe da se minimizuje greška tipa I.

5. NORMATIVNA ANALIZA: SMERNICE ZA INKRIMINACIJU PROTIVPRAVNIH PONAŠANJA

Normativna analiza koja sledi se zasniva, kao što je još u uvodu napomenuto, na kriterijumu efikasnosti, koji se svodi na maksimizaciju društvenog blagostanja. Cilj normativne analize jeste da pokaže, koristeći pomenuti kriterijum, koja je optimalna vrsta pravnog odgovora na različita protivpravna ponašanja.³⁶ Reč je o tome što i pravni odgovor, reakcija društva na protivpravna ponašanja ima svoje različite troškove. Nesporno je da građanskopravna zaštita generiše znatno niže troškove od krivičnopravne zaštite. Iako u slučaju građanskopravne zaštite nesumnjivo postoje oportunitetni troškovi resursa angažovanih u parnici, kako sudstva, tako i pravnih zastupnika, nesporno je da su ti troškovi daleko viši u slučaju krivičnopravne zaštite (Posner, 1985). Oni proizlaze iz oportunitetnih troškova onih resursa koji se uopšte ne pojavljuju u slučaju građanskopravne zaštite, poput policije, tužilaštva i zavoda za izvršenje krivičnih sankcija, ali i usled većeg angažovanja sudstva i pravnih zastupnika zbog višeg standarda dokazivanja.

U tom smislu, sledeći Posnera (1985), može se konstatovati da su razlike u troškovima građanskopravne i krivičnopravne zaštite unapred poznate, znatne i nepromenljive, pa da stoga pojedina protivpravna ponašanja treba „alocirati” na jednu ili drugu vrstu pravne zaštite. Imajući u vidu znatno više troškove krivičnopravne zaštite, potrebno je krivično pravo koristiti isključivo kao „krajnju meru” – *ultima ratio* (Husak, 2004), što se svodi na odgovor na pitanje da li se puna internalizacija negativnih eksternih efekata nekog protivpravnog ponašanja može ostvariti nekom drugom vrstom pravne zaštite osim krivičnopravne.³⁷ Krivičnopravna zaštita u tom smislu postaje svojevrsna rezidualna zaštita – ona treba da deluje kada ni jedna druga ne može da deluje. Stoga je optimalno rešenje u pogledu inkriminacije upravo to da u krivičnom pravu budu inkriminisana samo

36 Ova normativna analiza se, kao što je još na početku rada napomenuto, na bavi pitanjem koja to ponašanja treba da budu proglašena za protivpravna, odnosno zabranjena, već se opseg protivpravnih ponašanja tretira kao egzogen. Takođe, pretpostavlja se da opseg protivpravnosti ne utiče na relativni opseg krivičnopravne zaštite, već da se promenom opsega protivpravnosti proporcionalno menja relativni opseg krivičnopravne zaštite. Nasuprot ovoj pretpostavci, Epstein (1996) postavlja pitanje opsega protivpravnosti i primećuje da je u SAD u poslednjim decenijama XX veka znatno povećan opseg protivpravnosti, a da je to dovelo i do apsolutnog i do relativnog rasta opsega krivičnopravne zaštite. Razlozi za ovakvu tendenciju traže se, unutar modela političke ekonomije, u specifičnim podsticajima zakonodavnoj vlasti, odnosno pojedincima koji je čine.

37 Husak (2004) razmatra isključivo sprečavanje određenom protivpravnog ponašanja (što se može uporediti sa punom internalizacijom negativnih eksternih efekata), pa zaključuje da, ukoliko bila koja druga vrsta pravne zaštite taj cilj ostvaruju u istoj meri ili bolje, onda ne treba koristiti krivičnopravnu zaštitu.

ona protivpravna ponašanja čiji negativni eksterni efekti ne mogu da se uspešno internalizuju na neki drugi način.

Kao u slučaju svakog drugog optimalnog rešenja, otvara se problem odstupanja od njega. Dve vrste opasnosti postoje u ovom slučaju. Jedna je nedovoljna inkriminalizacija, što znači da nisu inkriminalizovana sva ona ponašanja koja treba da budu inkriminalizovana. To dovodi do nedovoljne internalizacije negativnih eksternih efekata i, time, do nedovoljne specijalne i generalne prevencije. Druga je prekomerna inkriminalizacija, što znači da su inkriminalizovana i ona protivpravna ponašanja koje ne treba da budu inkriminalizovana, što dovodi do prekomerne internalizacije negativnih eksternih efekata, što znači da štetnik snosi one troškove koje nije generisao, a to dovodi do prekomerne specijalne i generalne prevencije.

Analiza u prethodnom poglavlju pokazala je da se nesporno mogu identifikovati dve vrste protivpravnih ponašanja. Jednu čine ona protivpravna ponašanja koja stvaraju znatne i disperzovane negativne eksterne efekte, a druga su protivpravna ponašanja koja stvaraju umerene i koncentrisane negativne eksterne efekte. Rezultati ove analize su polazna osnova za definisanje optimalnog opsega krivičnogpravnog zaštite, i to tako da je krivičnogpravna zaštita primerena isključivo u slučaju onih protivpravnih ponašanja koja stvaraju znatne i disperzovane negativne eksterne efekte.

Shodno tome, a na osnovu rezultata dosadašnje analize, mogu se ponuditi smernice za normativno određivanje krivičnog dela. Te smernice se sastoje od dva potrebna (kumulativna) uslova:

- Iznos štete (negativnih eksternih efekata);
- Disperzija štete (negativnih eksternih efekata).

Pri odgovoru na prvo pitanje treba voditi računa o tome da je reč o ukupnom iznosu štete, dakle o sumi štete koju snose svi oni koji snose negativne eksterne efekte – i druga i treća strana. Pri odgovoru na drugo pitanje treba voditi računa o tome da negativni efekti nisu trivijalni, ni lokalni, jer se jedino pri ispunjenosti ta dva potreba uslova može govoriti o njihovoj disperzivnosti. Navedene smernice ne protivreče pravnoj doktrini društvene opasnosti kao osnove za definisanje koja ponašanja treba u zakonu da budu predviđena kao krivična dela (Stojanović, 2007), već joj, naprotiv, daju dodatni sadržaj.

Ove smernice mogu da se koriste za određivanje obuhvata krivičnogpravnog zaštite, odnosno dometa inkriminacije. One su univerzalne, dakle predstavljaju pitanja koja se mogu postaviti u slučaju svakog protivpravnog ponašanja, pa se na konzistentan način može doći do odgovora na pitanje da li neko ponašanje treba da bude predviđeno kao krivično delo. Koristeći tri primera sa početka ovog rada, može se lako doći do jednoznačnih odgovora. Sa stanovišta maksimizacije efikasnosti, pa time i društvenog blagostanja, u prva dva slučaja primerena je građanskopravna, a u trećem slučaju krivičnogpravna zaštita. Shodno tome, od sva tri protivpravna ponašanja u obrađenim hipotetičkim slučajevima, jedino provalna krađa treba da bude inkriminisana kao krivično delo.

6. ZAKLJUČAK

Razlozi zbog kojih određena protivpravna ponašanja treba u zakonu da budu predviđena kao krivična dela treba sagledati u tome što se u njihovom slučaju pokazalo da krivičnopravna zaštita pruža najveće mogućnosti za odgovarajuću reakciju društva. Onu kojom se postiže društveno optimalno rešenje, a to je ono koje podrazumeva punu internalizaciju negativnih eksternih efekata koji takva ponašanja stvaraju. Smernice izložene u ovom radu predstavljaju rezultat ekonomske analize primerene vrste zaštite od različitih protivpravnih ponašanja. Optimalni opseg krivičnopravne zaštite posmatra se kao najmanji opseg kojim su obuhvaćena sva ona protivpravna ponašanja za koja, sa stanovišta efikasnosti, ne postoji superiorna vrsta pravne zaštite. To je u skladu sa shvatanjem krivičnopravne zaštite kao poslednje mere koja stoji na raspolaganju jednom društvu.

Veliki broj krivičnih dela spada u „tradicionalna” krivična dela, ona koja su kao takva predviđena u zakonima velikog broja, gotovo svih jurisdikcija. Takođe, ta predviđenost se ne menja u vremenu. Značaj izloženih smernica za ta krivična dela leži u pozitivnoj analizi, u mogućnosti za objašnjenje zbog čega su ona postala i ostala krivična dela. Takva analiza može da bude i pravnoistorijska, u istraživanjima zbog čega su u nekim jurisdikcijama, na primer, u određenim trenucima neka ponašanja prestala da budu krivična dela.

Međutim, značaj navedenih smernica za normativnu analizu može da bude veliki u slučaju nekih ponašanja koja se nalaze na samoj ivici krivičnopravne zaštite. U takva ponašanja spadaju, na primer, uvreda i kleveta, povrede prava konkurencije, mnoga ponašanja u privredi, ali i ponašanja koja su vezana za korišćenje i promet opojnih droga. Primena navedenih smernica može da pomogne pri donošenju odluke o eventualnoj inkriminalizaciji ili dekriminalizaciji u slučaju određenih protivpravnih ponašanja koja su na granici između krivičnih dela i druge vrste protivpravnog ponašanja. To se, pored navedenih oblasti, odnosi na slučajeve tzv. bagatelnog kriminala (Ignjatović, 2011).

Treba očekivati da svaka konkretna analiza određenog pravnog ponašanja u cilju donošenja normativnog zaključka – da li ono treba da bude inkriminisano – bude daleko složenija nego jednostavni odgovori na pitanja koja čine smernice predložene u ovom radu. Na primer, u slučaju prava konkurencije, postavlja se pitanje da li su krivična odeljenja sudova u određenoj zemlji osposobljena da kompetentno odlučuju o složenoj, specijalnoj materiji. Ipak, predložene smernice treba da budu početni i neizostavni deo takve normativne analize.

LITERATURA

- Anderson, D.A. (1999). The aggregate burden of crime, *Journal of Law and Economics*, Vol. 42(4), 611–642.
- Baumol, W.J. i W.E. Oates. (1988). *The Theory of Environmental Policy*, 2nd edition, Cambridge: Cambridge University Press.
- Becker, G.S. (1968). Crime and punishment: An economic approach, *Journal of Political Economy*, Vol. 76(2): 443–478.

- Begović, B. (2010). Ekonomska teorija generalne prevencije, *Crimen – časopis za krivične nauke*, godina I, br. 1, 50–65.
- Begović, B. (2014). Policijska zaštita i kriminal: ekonomska analiza, u: Ignjatović, Đ. (ur.): *Kaznena reakcija u Srbiji, IV deo*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 98–116.
- Begović, B. (2015). *Ekonomska analiza generalne prevencije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd.
- Begović, B. (2016). Merenje društvenih troškova kriminala: osnovna metodološka pitanja, Ignjatović, Đ. (ur.). *Kaznena reakcija u Srbiji, VI deo*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 130–154.
- Bowels, R., M. Faure i N. Garoupa. (2008). The scope of criminal law and criminal sanctions: An Economic view and policy implications, *Journal of Law and Society*, Vol. 35(3), 389–416.
- Calabresi, G. i A.D. Melamed. (1972). Property rules, liability rules and inalienability: One view of the Cathedral, *Harvard Law Review*, Vol. 85(6), 1089–1128.
- Dau-Schmidt, K. (1990). An economic analysis of the criminal law as a preference-shaping policy, *Duke Law Journal*, Vol. 39(1), 1–38.
- Epstein, R.A. (1996). The tort/crime distinction: A generation later, *Boston University Law Review*, Vol. 76(1), 1–21.
- Fisher, T. (2014). Economic analysis of criminal law, u: Dubber, M. i T. Hoerle. (eds.). *Oxford University Handbook of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, 38–59.
- von Hirsch, A. i N. Jareborg. (1991). Gauging criminal harm: A living-standard analysis, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 11(1), 1–38.
- Heller, W.P. i D.A. Starrett. (1976). On the nature of externalities, u: Lin, S.A. (ed.). *Theory and Measurement of Externalities*, New York: Academic Press, 67–91.
- Husak, D. (2004). The criminal law as last resort, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 11(1), 1–38.
- Ignjatović, Đ. (2011), *Kriminologija*, 11. izdanje, Beograd: Dosije studio.
- Johannson, P.O. (1991). *An Introduction to Modern Welfare Economics*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Kahan, D.M. (2004). The theory of value dilemma: A critique of the economic analysis of criminal law, *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 1, 643–651.
- Lando, H. (2006). Does wrongful convictions lower deterrence?, *Journal of Legal Studies*, Vol. 35(2), 327–337.
- Mishan, E.J. (1971). The postwar literature on externalities: An interpretive essay, *Journal of Economic Literature*, Vol. 9(1), 1–28.
- Ng, Y.K. (1983). *Welfare Economics: Introduction and Development of Basic Concepts*, London: Macmillan Education Ltd.
- Persson, M. i C.H. Siven. (2007), The Becker paradox and type I versus Type II errors in the economics of crime, *International Economics Review*, Vol. 48(2), 211–233.
- Polinsky, A.M. (1980). Private versus public enforcement of fines, *Journal of Legal Studies*, Vol. 9(1), 105–127.
- Posner, R.A. (1985). An Economic theory of the criminal law, *Columbia Law Review*, Vol. 85(6), 1193–1231.
- Posner, R.A. (1997), An Economic Approach to the Law of Evidence, *Stanford Law Review*, Vol. 51 (6), 1477–1546.

- Shavell, S. (1985). Criminal law and the optimal use of nonmonetary sanctions as a deterrent, *Columbia Law Review*, Vol. 85(6), 1232–1262.
- Shavell, S. (1997). The fundamental divergence between the private and social motive to use legal system, *Journal of Legal Studies*, Vol. 26(S2), 575–612.
- Stojanović, Z. (2007), *Krivično pravo: opšti deo*, XIV izdanje, Beograd: Pravna knjiga.
- Svatikova, K. (2008). Economic criteria for criminalization: Why do we need the criminal law?, *RILE Working Paper Series* No. 2008/12, Rotterdam: Rotterdam Institute of Law and Economics.

Boris Begović

Faculty of Law, University of Belgrade

OPTIMAL SCOPE OF CRIMINAL LAW: A SKETCH OF LAW AND ECONOMICS APPROACH

SUMMARY

The aim of the paper is to, for the economic standpoint, offer a sketch of a consistent analytical framework for answering the question whether some behaviour should be stipulated in law as a criminal offence. That analytical framework is developed on the theory of externalities on which the insight is built that every law-breaching behaviour generates negative externalities, that are considered to be equal to harm, considered as the loss of individual welfare. For maximisation of social welfare all negative externalities created by law-breaching behaviours must be fully internalised. Comparison of various law-breaching behaviours enabled the conclusion that they are distinctive to each other in the level of harm and its dispersion. Taking into account that, due to its high costs, criminal law should not be used in the case of all law-breaching behaviours, and based on the insight of the character of harm, a guidelines have been formulated for the criminalisation, based on the two necessary conditions, condition that must be cumulatively fulfilled: (1) the harm to the second and third side must be substantial; and (2) the harm must be dispersed. The application of the criteria creates the ground for normative consideration whether a specific law-breaching behaviour should be criminalised, but for thorough and relevant answer to this question, further analysis are needed.

Key words: criminalisation, social welfare, negative externalities, harm magnitude, harm dispersion.

KRIVIČNO DELO POLNOG UZNEMIRAVANJA

Apstrakt. Krivično delo polnog uznemiravanja predstavlja novinu u našem krivičnom zakonodavstvu. Uvedeno je u naš Krivični zakonik Zakonom o izmenama i dopunama KZ iz 2016, s tim što je odredba o ovom krivičnom delu stupila na snagu 1. juna 2017. godine. Osnovni razlog za njegovo uvođenje u naše krivično zakonodavstvo bio je usklađivanje našeg KZ sa međunarodnim obavezama koje proizlaze iz Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, donete u Istanbulu 2011. godine, koju je naša zemlja ratifikovala 2013. godine. Odredba o ovom krivičnom delu u našem KZ gotovo u celini je preuzeta iz člana 40. Konvencije pa se sa sigurnošću može reći da je naša obaveza iz Konvencije u potpunosti ispunjena. Međutim, vezano za ovo krivično delo opravdano se mogu postaviti mnoga pitanja, počevši od toga da li se obaveza iz Konvencije mogla ispuniti i na neki drugi način, pa do toga da li ovako široko određena inkriminacija može predstavljati problem kod razgraničenja ovog od drugih krivičnih dela iz našeg KZ, naročito kad su u pitanju uvreda, ugrožavanje sigurnosti i nedozvoljene polne radnje.

Gljučne reči: polno uznemiravanje, nasilje nad ženama, nasilje u porodici, nove inkriminacije, krivično delo, Krivični zakonik.

1. UVOD

Novembra meseca 2016. usvojen je Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika (u daljem tekstu ZID KZ)¹ kojim je uneto niz novina u naše krivično zakonodavstvo. Među njima su svakako najvažnije one koje se odnose na nove inkriminacije. Najbrojnije su novine u grupi krivičnih dela protiv privrede, ali novih inkriminacija ima i u grupi krivičnih dela protiv života i tela, protiv sloboda i prava čoveka i građanina, protiv polnog morala, protiv braka i porodice, protiv pravosuđa i protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom.

Jedna od novih inkriminacija jeste i krivično delo polnog uznemiravanja (član 182a KZ) koje je uneto u glavu krivičnih dela protiv polnog morala. Odredba o ovom krivičnom delu stupila je na snagu 1. juna 2017. godine. Većina pomenutih novih inkriminacija unete su u naš Krivični zakonik (u daljem tekstu KZ) u cilju njegovog usklađivanja sa pojedinim međunarodnim dokumentima, kao izraz poštovanja obaveza naše zemlje proizašlih iz ratifikacije tih dokumenata ili usaglašavanja našeg zakonodavstva u procesu evropskih integracija. Tako i odredba o krivičnom delu polnog uznemiravanja predstavlja realizaciju obaveze nastale pristupanjem naše zemlje Konvenciji Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici² (u daljem tekstu Konvencija), donetoj u Istanbulu 11. maja 2011. godine, koju je naša zemlja ratifikovala 2013. godine.³

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

1 Službeni glasnik RS, br. 94/2016.

2 www.overa.rs, pregledano 12.4.2018.

3 Službeni glasnik RS, međunarodni ugovori, br. 12/2013.

Izmene ove vrste poslednjih godina su česte u našem KZ.⁴ Prilikom njihovog donošenja najviše se raspravlja o tome koje sve obaveze za naše krivično zakonodavstvo proizlaze iz prihvaćenih međunarodnih dokumenata, šta od tih obaveza naše zakonodavstvo već sadrži i da li su i u kojoj meri predloženim izmenama u KZ te obaveze ispunjene. Čini se da se daleko manje pažnje obraća na to koliko su te nove odredbe usklađene sa samim KZ, odnosno koliko se uklapaju u njegovu postojeću strukturu i sistem, kakav je njihov odnos sa već postojećim krivičnim delima⁵ i sl. Međutim, upravo činjenica da mnoge nove inkriminacije nisu u dovoljnoj meri usklađene sa ostalim odredbama našeg KZ može predstavljati daleko veći problem i stvoriti značajne poteškoće prilikom njihove praktične primene. Stoga se opravdano konstatuje da ovo usklađivanje nije ni najmanje jednostavan zadatak.⁶

Ponekad se u ovom procesu stiče utisak kao da se zakonodavac u strahu da nešto od prihvaćenih međunarodnih obaveza ne ostane nepokriveno u Zakoniku radije opredeljuje da u sumnji ponovi nešto što je Zakonikom već predviđeno nego da nešto eventualno ispusti.⁷ Međutim, ta sumnja je često potpuno neopravdana i posledica je nedovoljno dobrog poznavanja našeg zakonodavstva. Iz istih razloga često se pribegava doslovnom preuzimanju pojedinih odredbi iz međunarodnih dokumenata, čak i onda kada one po načinu formulisanja i terminološki ne odgovaraju duhu našeg zakonodavstva. Nešto slično učinjeno je i kada je u pitanju krivično delo polnog uznemiravanja.

2. POJAM KRIVIČNOG DELA POLNOG UZNEMIRAVANJA

Kao što je rečeno, ovo krivično delo uvedeno je u naše krivično zakonodavstvo Zakonom o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz 2016, a pod uticajem Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, donete u Istanbulu 11. maja 2011. godine.

Radnja ovog krivičnog dela sastoji se u polnom uznemiravanju drugog lica. Sam pojam polnog uznemiravanja dat je u posebnoj odredbi istog člana kojim je određeno ovo krivično delo (čl. 182a, st. 3. KZ).⁸ Svakako je bilo bolje da je odredba o pojmu polnog uznemiravanja data u članu 112. KZ, u glavi „Značenje izraza u

4 D. Kolarić: Evropske integracije i krivično materijalno zakonodavstvo Republike Srbije, u „*Evropske integracije i kazneno zakonodavstvo (poglavlje 23 – norma, praksa i mere harmonizacije)*”, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, ur. S. Bejatović, Zlatibor, 2016, str. 16–23.

5 V. Delibašić: Usklađivanje krivičnog zakonodavstva sa Istambulskom konvencijom, u „*Evropske integracije i kazneno zakonodavstvo (poglavlje 23 – norma, praksa i mere integracije)*”, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu (ur. S. Bejatović), Zlatibor, 2016, str.183.

6 Z. Stojanović: Usaglašavanje KZ Srbije sa Istambulskom konvencijom, u „*Dominantni pravci razvoja krivičnog zakonodavstva*” (ur. G. Ilić), Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Kopaonik, 2016, str. 10.

7 Đ. Đorđević: Nove inkriminacije i njihova usklađenost sa ostalim odredbama Krivičnog zakonika Srbije, u publikaciji „*Reformski procesi i poglavlje 23 (godinu dana posle) – krivičnopravni aspekt*”, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu (ur. S. Bejatović), Zlatibor, 2017, str. 130.

8 J. Lazarević, M. Škulić: Nove inkriminacije protiv polne slobode u Krivičnom zakoniku Srbije, *Bilten Vrhovnog kasacionog suda*, br. 2/2017, str. 138.

ovom zakoniku”, jer nije uobičajeno da se odredbe ove vrste daju u samom članu kojim se određuje krivično delo.⁹

Pod polnim uznemiravanjem, prema pomenutoj odredbi KZ, podrazumeva se „svako verbalno, neverbalno ili fizičko ponašanje koje ima za cilj ili predstavlja povredu dostojanstva lica u sferi polnog života, a koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje”. Ova odredba gotovo je u celini preuzeta iz člana 40. Konvencije koji obavezuju potpisnice „da preuzmu neophodne zakonodavne ili druge mere i obezbede da svaki oblik neželjenog verbalnog, neverbalnog ili fizičkog ponašanja seksualne prirode u svrhu ili uz ishod povrede dostojanstva lica, posebno kada se stvara zastrašujuća, neprijateljska, degradirajuća, ponižavajuća, odnosno uvredljiva atmosfera bude predmet krivične ili druge pravne sankcije.”

Određivanje radnje kao svakog verbalnog, neverbalnog ili fizičkog ponašanja koje ima određeni cilj u najmanju ruku je vrlo neodređeno pa čak i logički i jezički besmisleno jer svako ponašanje može biti ili verbalno ili neverbalno (treće je logički nemoguće). Ovo definisanje polnog uznemiravanja verovatno je trebalo da bude slično kao uobičajeno određivanje pojma uvrede kao izjave omalovažavanja koja može da bude verbalna, realna ili simbolička.¹⁰ Ovako je upotreba prideva „verbalno, neverbalno ili fizičko” uz „ponašanje” nepotrebno jer ne znači praktično ništa, pa je dovoljno bilo reći „svako ponašanje koje ima za posledicu...” što bi bio uobičajen način posledičnog određivanja radnje krivičnog dela. Upotreba trajnog glagola „ko uznemirava” govori da je u pitanju krivično delo sa indiferentnim brojem radnji izvršenja i posledica, što znači da broj ponovljenih radnji nije od značaja za postojanje dela, ali može biti za odmeravanje kazne.¹¹

Posledica dela je povreda dostojanstva lica u sferi polnog života, izazivanje straha i stvaranje neprijateljskog, ponižavajućeg ili uvredljivog okruženja. Prve dve posledice ne stvaraju previše problema jer su u pitanju izrazi kojima se označavaju posledice i drugih krivičnih dela i oko čije sadržine nema naročitih dilema. Međutim, treća navedena posledica, „stvaranje neprijateljskog, ponižavajućeg ili uvredljivog okruženja” otvara brojne dileme. Ovi pojmovi su nejasni, nedovoljno precizno određeni i mogu stvoriti probleme prilikom njihovog tumačenja. Ima mišljenja da je do korišćenja ovako nepreciznih pojmova došlo zbog „teškoća u prevodu engleskog teksta Konvencije,”¹² što se, iako pomalo neobično, čini vrlo mogućim imajući u vidu da je deo teksta Konvencije gotovo doslovno prenet u ovu odredbu KZ.

Teži oblik dela će postojati ako je pasivni subjekt ovog dela maloletno lice, dakle lice do 18 godina starosti.

I učinilac i pasivni subjekt mogu biti bilo koje lice muškog ili ženskog pola. Delo može biti učinjeno samo sa umišljajem, koji kod težeg oblika mora da obuhvata i svest o starosti pasivnog subjekta.¹³

9 D. Kolarić: Dinamična faza krivičnog zakonodavstva Srbije, *Pravni život*, br. 9/2016, str. 665.

10 N. Mrvić-Petrović: *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 2011, str. 116.

11 M. Đorđević, Đ. Đorđević: *Krivično pravo*, Projuris, Beograd, 2017, str. 151.

12 Z. Stojanović: *Komentar krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2018, str. 589.

13 M. Đorđević, Đ. Đorđević: *Krivično pravo*, Projuris, Beograd, 2017, str. 151.

Kazna za osnovni oblik dela je novčana kazna ili zatvor do šest meseci, a za teži oblik zatvor od tri meseca do tri godine.

Ovakvo krivično delo postoji u mnogim krivičnim zakonicima kao što su, na primer, KZ Francuske (čl. 222–33), KZ Švajcarske (čl. 198), KZ Rumunije (čl. 223), KZ Turske (čl. 105), KZ Španije (čl. 184), dok KZ Nemačke (čl. 183a) i KZ Ruske federacije (čl. 135/1), predviđaju slična krivična dela.¹⁴ Ove inkriminacije su uglavnom novijeg datuma i najčešće su uvedene pod uticajem Istambulske konvencije. I krivični zakonici nekih bivših jugoslovenskih republika, kao na primer, KZ Hrvatske (čl. 156),¹⁵ i KZ Republike Srpske (čl. 170)¹⁶ takođe su pod uticajem Istambulske konvencije uveli ovakvo krivično delo.¹⁷ Međutim, za razliku od našeg KZ, po KZ Hrvatske i KZ Republike Srpske pasivni subjekt ovog krivičnog dela može biti samo „lice koje se prema njemu (učiniocu) nalazi u odnosu podređenosti ili zavisnosti ili koje je posebno ranjivo zbog uzrasta, bolesti, invaliditeta, zavisnosti, trudnoće, teške tjelesne ili duševne smetnje”. Na taj način je krug lica prema kojima se može učiniti ovo krivično delo znatno sužen u odnosu na inkriminaciju iz našeg KZ po kojoj to može biti svako lice. Čini nam se da je rešenje iz pomenutih zakona logičnije i realnije jer kao moguće pasivne subjekte označava samo ona lica koja bi ovakvim radnjama mogla biti jače ugrožena zbog svog odnosa prema učiniocu ili nemogućnosti da mu se adekvatno suprotstave. Istambulska konvencija, doduše, po pitanju polnog uznemiravanja ne govori o posebnim kategorijama lica na koja bi se ovakvo uznemiravanje moglo odnositi, ali se stiče utisak da se na ovaj način krivičnoppravna reakcija na ovakva ponašanja stavlja u realnije okvire imajući u vidu da Konvencija ostavlja mogućnost primene i drugih pravnih mera, a ne samo krivičnih sankcija (o čemu će kasnije biti više reči).

Treba napomenuti da ovo krivično delo jeste novo u našem krivičnom zakonodavstvu, ali da je krivično delo pod sličnim nazivom „seksualno zlostavljanje”, čija se sadržina jednim delom poklapa sa polnim uznemiravanjem, već postojalo u našem krivičnom zakonodavstvu, doduše kratko vreme (2003–2005. god). Uneto je u tadašnji Krivični zakon Srbije njegovim izmenama i dopunama 2003. god,¹⁸ a ukinuto donošenjem Krivičnog zakonika 2005. godine. Radnja tog krivičnog dela sastojala se u seksualnom zlostavljanju ili na drugi način gruboj povredi dostojanstva ličnosti u polnoj sferi, a kod težeg oblika potrebno je bilo da je to učinjeno zloupotrebom službenog položaja ili prema pasivnom subjektu koji se prema učiniocu nalazi u odnosu kakve podređenosti ili zavisnosti¹⁹ (slično kao kod inkriminacije polnog uznemiravanja u pomenutim KZ Hrvatske i KZ Republike Srpske). Iako je i ovde radnja krivičnog dela određena dosta široko čini se da je to učinjeno mnogo jasnije nego u aktuelnoj inkriminaciji. Takođe se uočava da je, iako već po samom nazivu,

14 www.legislationline.org, pregledano 12.4.2018.

15 www.zakon.hr, pregledano 12.4.2018.

16 www.mup.vladars.net, pregledano 12.4.2018.

17 Više o uporednopravnim rešenjima vidi u: I. Đokić: Kriminalnopolitička opravdanost inkriminisanja polnog uznemiravanja u Republici Srbiji, *Crimen*, br. 3/2017, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 2–3/2017, str. 543–549.

18 Službeni glasnik RS”, broj 39/2003.

19 I. Đokić: Kriminalnopolitička opravdanost inkriminisanja polnog uznemiravanja u Republici Srbiji, *Crimen*, br. 3/2017, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 2–3/2017, str. 551.

„seksualno zlostavljanje” deluje kao mnogo teže delo od „polnog uznemiravanja” zaprećene kazne za osnovni oblik dela su iste. Tako se stiče utisak da je unošenjem ove nove inkriminacije učinjeno ne samo vraćanje na staro, jednom već odbačeno rešenje, već i da je u odnosu na njega učinjen i korak unazad.

3. RAZGRANIČENJE SA DRUGIM KRIVIČNIM DELIMA

Ovim krivičnim delom obuhvaćen je dosta širok krug veoma različitih ponašanja kojima je zajedničko da se njima vređa dostojanstvo ličnosti u oblasti polnog života, izaziva strah kod žrtve ili osećanje poniženosti.²⁰ Ono dakle predstavlja neku kombinaciju krivičnog dela protiv časti i ugleda, protiv slobode i prava čoveka i građanina i protiv polnog morala. Zakonodavac ga je ipak svrstao u ovu poslednju grupu smatrajući da je taj zaštitni objekt od pretežnijeg značaja, što je svakako ispravno jer su i osećanje straha i poniženosti kod ovog dela tesno vezani za polnu slobodu. Ipak taj višestruki zaštitni objekat doprinosi da se ovo krivično delo jednim delom preklapa sa krivičnim delima ugrožavanja sigurnosti, uvredom i pre svega nedozvoljenim polnim radnjama. Stoga je moguće da dođe do problema u razgraničenju ovog krivičnog dela sa pomenutim krivičnim delima, a naročito sa krivičnim delom nedozvoljenih polnih radnji.

Najmanje problema pravi razgraničenje sa krivičnim delom ugrožavanja sigurnosti jer se za ovo delo traži da se pretnja odnosi na napad na život ili telo i da se posledica ogleđa u osećanju straha i nesigurnosti kod pasivnog subjekta, što nijedno ne mora (ali može) da bude element polnog uznemiravanja. Treba imati u vidu da je ugrožavanje sigurnosti teže delo, pa će u slučaju da postoje elementi i jednog i drugog dela postojati samo ugrožavanje sigurnosti.

Odnos krivičnog dela uvrede i polnog uznemiravanja u osnovi je odnos opšteg i posebnog, jer svaki pojavni oblik polnog uznemiravanja ujedno predstavlja i uvredu, odnosno izjavu omalovažavanja (verbalnu, realnu ili simboličku) pasivnog subjekta, ali može predstavljati i nešto više ako takvo ponašanje pored povrede časti i ugleda izaziva i povredu dostojanstva u polnoj sferi, straha i teške poniženosti, što nisu posledice krivičnog dela uvrede. Polno uznemiravanje se dakle pojavljuje kao poseban, teži oblik uvrede, sa kojim se nalazi u odnosu specijaliteta,²¹ i za koji je propisana i stroža kazna. Sticaj između ova dva dela nije moguć, odnosno postojaće prividan idealni sticaj.

Kao najslabijiji se pojavljuje odnos sa krivičnim delom nedozvoljene polne radnje.²² I u sistematici KZ polno uznemiravanje je stavljeno odmah iza ovog krivičnog dela u glavi krivičnih dela protiv polne slobode. Međutim, nedozvoljene

20 S. Dujaković, I. Milovanović: Implementacija Istambulske konvencije u pravni sistem Republike Srbije, u „Policija i pravosudni organi kao garant slobode i bezbednosti u pravnoj državi, tom 1”, (ur. B. Simeunović-Patić), Kriminalističko-policijska akademija, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, fondacija „Hans Zajdel”, Beograd, 2017, str. 283.

21 Z. Stojanović: *Komentar krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2018, str. 588.

22 Z. Stojanović: Usaglašavanje KZ Srbije sa Istambulskom konvencijom, u „Dominantni pravci razvoja krivičnog zakonodavstva” (ur. G. Ilić), Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Kopaonik, 2016, str. 28.

polne radnje su svakako teže krivično delo za čije postojanje se traži ili da je došlo do primene sile i pretnje, ili da je pasivni subjekt nemoćno lice ili dete (kod težeg oblika) ili da je radnja izvršena zloupotrebom službenog položaja, što sve ne mora da bude slučaj kod polnog uznemiravanja. Osim toga pojam nedozvoljene polne radnje užu je od pojma radnje kod polnog uznemiravanja, mada njome mogu biti obuhvaćene i neke nedozvoljene polne radnje.²³ Tako se polno uznemiravanje pojavljuje kao lakši oblik krivičnog dela nedozvoljenih polnih radnji,²⁴ zbog čega je i u ovom slučaju sticaj nemoguć. Zbog ovako određenih radnji ova dva krivična dela koje se međusobno delimično preklapaju u praksi će se sigurno pojavljivati problemi oko njihovog razgraničavanja.

Iako je očigledno bilo moguće ovo krivično delo odrediti i samo kao lakši oblik nedozvoljenih polnih radnji, zakonodavac je izgleda želeo da u KZ ima i posebno krivično delo pod ovim nazivom (kao manifestacija usklađivanja sa Istambulskom konvencijom). Imajući u vidu pomenuta slična krivična dela propisane kazne se pojavljuju kao adekvatno odmerene i usklađene sa drugim krivičnim delima.

4. ODNOS SA POJEDINIM PREKRŠAJIMA

Problem sa ovim krivičnim delom između ostalog je u tome što su širokim određivanjem radnje njime inkriminisana i neka relativno bezazlena ponašanja, koja bi se pre mogla okarakterisati kao nepristojna i neukusna, nego kao kriminalna.²⁵ Ovakva ponašanja nije uvek lako prepoznati i odvojiti od dozvoljenih, a još teže dokazati. Ona svakako nisu društveno prihvatljiva, ali svojim značajem i težinom ipak ne zaslužuju da budu krivično delo.²⁶ Tu granicu nije lako povući i ona sigurno nije ista sa stanovišta svakog pasivnog subjekta. Takvo, nazovimo ga „prestrogo” određivanje krivičnog dela može da dovede do dodatnog opterećivanja sudova relativno bagatelnim kriminalitetom. Stiče se utisak da se mnoge takve situacije mogu rešavati i putem prekršajnepravne intervencije, pogotovu imajući u vidu i odredbu same Istambulske konvencije koja nalaže zemljama potpisnicama da obezbede da ovakva ponašanja „budu predmet krivične ili druge pravne sankcije”.²⁷

Postojeća prekršajnepravna regulativa omogućava da ovakva ponašanja na javnom mestu budu kvalifikovana kao prekršaj iz člana 8. Zakona o javnom redu i miru²⁸ pod nazivom „Nepristojno, drsko i bezobzirno ponašanje”. Pod ovim poj-

23 Z. Stojanović: *Komentar krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2018, str. 588.

24 V. Delibašić: Usklađivanje krivičnog zakonodavstva sa Istambulskom konvencijom, u „*Evropske integracije i kazneno zakonodavstvo (poglavlje 23 – norma, praksa i mere integracije)*”, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu (ur. S. Bejatović), Zlatibor, 2016, str. 184.

25 J. Lazarević, M. Škulić: Nove inkriminacije protiv polne slobode u Krivičnom zakoniku Srbije, *Bilten Vrhovnog kasacionog suda*, br. 2/2017, str. 139.

26 Z. Stojanović: Proganjanje – novo krivično delo u Krivičnom zakoniku Srbije, u „*Kaznena reakcija u Srbiji VII deo*” (ur. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2017, str. 4.

27 G. Gasmi: Komentar Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, u „*Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici*”, Uprava za rodnu ravnopravnost, Ministarstvo rada i socijalne politike, Beograd, 2012, str. 54.

28 Službeni glasnik RS, br. 6/2016.

mom Zakon o javnom redu i miru podrazumeva „ponašanje lica ili preduzimanje radnji na javnom mestu, kojima se ugrožava sigurnost građana ili narušava javni red i mir, vređa moral građana, uništava ili oštećuje imovina” (član 3, stav 1, tačka 12. Zakona), što bi svakako moglo da obuhvati veći deo mogućih radnji izvršenja (pogotovu onih lakših) krivičnog dela polnog uznemiravanja. S obzirom da Zakon o javnom redu i miru veoma široko određuje pojam javnog mesta kao „prostor dostupan neodređenom broju lica čiji identitet nije unapred određen, pod istim uslovima ili bez posebnih uslova” (član 3, stav 1. tačka 2. Zakona), dodajući pri tome da će se smatrati „da je prekršaj ili krivično delo iz ovog zakona izvršeno na javnom mestu i kad je radnja izvršena na mestu koje se u smislu stava 1. tačka 2) ovog člana ne smatra javnim mestom, ako je to mesto dostupno pogledu ili čujnosti sa javnog mesta ili je posledica nastupila na javnom mestu” (član 3, stav. 2. Zakona), sigurno je da bi značajan broj krivičnih dela polnog uznemiravanja mogao da se podvede pod ovaj prekršaj i kada se uzme u obzir mesto izvršenja.

U ovom kontekstu treba pomenuti i Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu.²⁹ Ovaj zakon se bavi problematikom zaštite zaposlenih od različitih vidova zlostavljanja na radu u koje mogu da spadaju i neki oblici seksualnog uznemiravanja. Interesantno je da je sam pojam zlostavljanja u zakonu određen na sličan način kao pojam polnog uznemiravanja u KZ, s tim što je ovaj pojam s jedne strane širi jer obuhvata i zlostavljanja koja nemaju seksualni karakter, a s druge strane uži jer se odnosi samo na ponašanja prema zaposlenom licu na radnom mestu u procesu rada. Zlostavljanje, u smislu ovog zakona, jeste „svako aktivno ili pasivno ponašanje prema zaposlenom ili grupi zaposlenih kod poslodavca koje se ponavlja, a koje za cilj ima ili predstavlja povredu dostojanstva, ugleda, ličnog i profesionalnog integriteta, zdravlja, položaja zaposlenog i koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje, pogoršava uslove rada ili dovodi do toga da se zaposleni izoluje ili navede da na sopstvenu inicijativu raskine radni odnos ili otkáže ugovor o radu ili drugi ugovor” (član 6. Zakona). Izvršiocem zlostavljanja smatra se poslodavac sa svojstvom fizičkog lica ili odgovorno lice kod poslodavca sa svojstvom pravnog lica, zaposleni ili grupa zaposlenih kod poslodavca, koji vrši zlostavljanje. Međutim, prekršajnom odgovornošću obuhvaćeni su samo poslodavac sa svojstvom pravnog lica, odgovorno lice u pravnom licu i preduzetnik. Ovim zakonom predviđen je posebni postupak za zaštitu od zlostavljanja kod poslodavca.

5. POLNO UZNEMIRAVANJE I „MARIJIN ZAKON”

Kao što je već rečeno teži oblik ovog krivičnog dela postoji ako je delo učinjeno prema maloletnom licu, dakle licu koje nije navršilo 18 godina. Ova lica u našem krivičnom zakonodavstvu uživaju pojačanu krivičnopravnu zaštitu koja se, kad su u pitanju krivična dela protiv polne slobode, manifestuje ne samo kroz postojanje posebnih krivičnih dela ili posebnih težih oblika nekih krivičnih dela kod kojih se kao pasivni subjekti pojavljuju ova lica, već i kroz primenu posebnog zakona, Zakona o posebnim merama za sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode

29 Službeni glasnik br. 36/2010.

prema maloletnim licima (tzv. „Marijin zakon”) iz 2013. godine.³⁰ Ovim zakonom uspostavlja se poseban krivičnopravni režim koji se primenjuje samo kad su u pitanju krivična dela protiv polne slobode, i to samo ako su učinjena protiv maloletnih lica.³¹ Ovaj režim podrazumeva da se na izvršioce ovih krivičnih dela prema maloletnim licima ne mogu primeniti pojedini instituti opšteg dela KZ, kao što su ublažavanje kazne, uslovni otpust i zastarelost, kao i da izvršenje nekog od ovih krivičnih dela povlači nastupanje određenih pravnih posledica osude, primenu posebnih mera prema izvršiocu i vođenje propisanih evidencija izvršilaca ovih krivičnih dela.³² Međutim, članom 3. ovog zakona taksativno su nabrojana sva krivična dela na koja se zakon odnosi, a to su sva krivična dela protiv polne slobode protiv maloletnih lica koja su u trenutku donošenja ovog zakona postojala u KZ. Unošenjem polnog uznemiravanja kao novog krivičnog dela u ovu grupu, čiji se teži oblik (čl. 182a, st. 2. KZ) takođe vrši protiv maloletnih lica, opravdano se može postaviti pitanje da li bi odredbe Zakona o posebnim merama za sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima trebalo da se odnose i na ovo krivično delo. To trenutno nije slučaj, jer posle usvajanja ZID KZ iz 2016. godine pomenuti zakon nije menjan pa novo krivično delo nije ušlo u krug taksativno nabrojanih krivičnih dela na koja se zakon odnosi, ali je jasno da bi, da je postojalo u KZ u trenutku njegovog donošenja, ono sigurno bilo obuhvaćeno njegovom primenom. Po svojoj prirodi i po svojstvu pasivnog subjekta delo očigledno pripada ovoj grupi krivičnih dela, a po zaprećenoj kazni je teže od nekih drugih dela koja su obuhvaćena ovim zakonom (na pr, za krivično delo iz čl. 185, st. 1 zaprećena je novčana kazna ili zatvor do šest meseci). Stoga se, bez obzira na brojne primedbe koje se od strane teoretičara upućuju ovom zakonu,³³ čini da bi bilo logično u njemu izvršiti neophodne izmene u cilju unošenja i ovog krivičnog dela.

6. ZAKLJUČAK

Na osnovu iznetog može se zaključiti da je osnovni motiv zakonodavca za unošenje ovog krivičnog dela u naš KZ bila želja da se ispuni obaveza naše zemlje kao potpisnice Istambulske konvencije. Pritom se nije u dovoljnoj meri vodilo računa o tome na koji način će se ta obaveza ispuniti, nego je učinjeno ono što je bilo najlakše – odredba iz Konvencije je gotovo doslovno preuzeta. Zanemarena je činjenica da Konvencija nalaže da se obezbedi da ovakva ponašanja „budu predmet krivične ili druge pravne sankcije”, dakle ne obavezno krivične, kao i da su neke radnje ovog

30 Đ Ignjatović, B Simeunović-Patić: *Viktimologija, opšti deo*, Pravni fakultet, Beograd, 2015, str. 98.

31 Đ. Đorđević: Krivičnopravna zaštita maloletnih lica u oblasti seksualnih odnosa u našem krivičnom zakonodavstvu, u tematskoj monografiji „*Kaznena reakcija u Srbiji VI deo*”, Pravni fakultet u Beogradu (ur. Đ. Ignjatović), Beograd, 2016, str. 157.

32 Đ. Đorđević: *Krivično pravo, posebni deo*, Kriminolističko-policijska akademija, Beograd, 2014, str. 67.

33 Vidi: B. Ristivojević: „Punitivni populizam” srpskog zakonodavca – kritička analiza tzv. Marijinog zakona, u publikaciji *Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu (ur. S. Bejatović), Zlatibor, 2013, str. 330–336; Đ. Đorđević: Krivičnopravna zaštita maloletnih lica u oblasti seksualnih odnosa u našem krivičnom zakonodavstvu, u tematskoj monografiji „*Kaznena reakcija u Srbiji VI deo*”, Pravni fakultet u Beogradu, (ur. Đ. Ignjatović), Beograd, 2016, str. 159–164.

krivičnog dela bile kažnjive po nekom drugom osnovu i pre njegovog uvođenja.³⁴ Stoga se stiče se utisak da je osnovni cilj uvođenja ovog krivičnog dela čisto deklarativno izvršenje obaveze iz pomenute konvencije (koja bi mogla da bude zadovoljena i na neki drugi način), a ne neka pojačana zaštita polne slobode, zbog čega se i nije vodilo dovoljno računa o detaljima i usklađenosti ove inkriminacije sa drugim, sličnim krivičnim delima iz KZ.

Na taj način naše krivično zakonodavstvo je dobilo još jednu inkriminaciju kojom je ispunjena međunarodna obaveza, ali je ostalo pitanje njene kriminalnopolitičke opravdanosti i nužnosti,³⁵ kao i mogućih problema koji se oko njene primene u praksi tek mogu pojaviti.

LITERATURA

- G. Gasmi: Komentar Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, u „*Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici*”, Uprava za rodnu ravnopravnost, Ministarstvo rada i socijalne politike, Beograd, 2012.
- V. Delibašić: Usklađivanje krivičnog zakonodavstva sa Istambulskom konvencijom, u „*Evropske integracije i kazneno zakonodavstvo (poglavlje 23 – norma, praksa i mere integracije)*”, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu (ur. S. Bejatović), Zlatibor, 2016.
- S. Dujaković, I. Milovanović: Implementacija Istambulske konvencije u pravni sistem Republike Srbije, u „*Policija i pravosudni organi kao garanti slobode i bezbednosti u pravnoj državi, tom 1*”, (ur. B. Simeunović-Patić), Kriminalističko-policijska akademija, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, fondacija „Hans Zajdel”, Beograd, 2017.
- I. Đokić: Kriminalnopolitička opravdanost inkriminisanja polnog uznemiravanja u Republici Srbiji, *Crimen*, br. 3/2017, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 2–3/2017.
- Đ. Đorđević: *Krivično pravo, posebni deo*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2014.
- Đ. Đorđević: Krivičnopravna zaštita maloletnih lica u oblasti seksualnih odnosa u našem krivičnom zakonodavstvu, u „*Kaznena reakcija u Srbiji VI deo*”, Pravni fakultet u Beogradu (ur. Đ. Ignjatović), Beograd, 2016,
- Đ. Đorđević: Nove inkriminacije i njihova usklađenost sa ostalim odredbama Krivičnog zakonika Srbije, u „*Reformski procesi i poglavlje 23 (godinu dana posle) – krivičnopravni aspekt*”, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu (ur. S. Bejatović), Zlatibor, 2017.
- M. Đorđević, Đ. Đorđević: *Krivično pravo*, Projuris, Beograd, 2017.
- Đ Ignjatović, B Simeunović-Patić: *Viktimologija, opšti deo*, Pravni fakultet, Beograd, 2015
- D. Kolarić: Dinamična faza krivičnog zakonodavstva Srbije, *Pravni život*, br. 9/2016.
- D. Kolarić: 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.
- J. Lazarević, M. Škulić: Nove inkriminacije protiv polne slobode u Krivičnom zakoniku Srbije, *Bilten Vrhovnog kasacionog suda*, br. 2/2017.

34 D. Kolarić: Dinamična faza krivičnog zakonodavstva Srbije, *Pravni život*, br. 9/2016, str. 665.

35 Z. Stojanović: *Komentar krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2018, str. 588; I. Đokić: Kriminalnopolitička opravdanost inkriminisanja polnog uznemiravanja u Republici Srbiji, *Crimen*, br. 3/2017, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 2–3/2017, str. 556.

- N. Mrvić-Petrović: *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 2011.
- B. Ristivojević: „Punitivni populizam” srpskog zakonodavca – kritička analiza tzv. Marijinog zakona, u „*Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*”, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu (ur. S. Bejatović), Zlatibor, 2013.
- Z. Stojanović: *Komentar krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2018.
- Z. Stojanović: Proganjanje – novo krivično delo u Krivičnom zakoniku Srbije, u „*Kaznena reakcija u Srbiji VII deo*” (ur. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2017.
- Z. Stojanović: Usaglašavanje KZ Srbije sa Istambulskom konvencijom, u „*Dominantni pravci razvoja krivičnog zakonodavstva*” (ur. G. Ilić), Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Kopaonik, 2016.

Djordje Djordjević

Academy Of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

THE CRIMINAL OFFENCE OF SEXUAL HARASSMENT

SUMMARY

The criminal offence of sexual harassment presents a novelty in our criminal legislation. It has been introduced into our Criminal Code by the Law on Changes and Supplements of the Criminal Code from 2016, with the provision of this criminal offence coming into power on 1st June 2017. The main objective of its introduction into our criminal legislation was to harmonize our CC with international obligations, arising from the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence, adopted in Istanbul on May 11th 2011 and ratified by our country in 2013. The provision on this criminal offence in our Criminal Code is almost entirely taken from the Article 40 of the Convention, so it can be said that our duty under the Convention is fully met. However, in relation to this criminal offence, many questions can justifiably be raised, starting with whether the obligation of the Convention could have been fulfilled in some other way, to the question of such a wide set incrimination could present a problem in sense of its distinguishing from other criminal offences in our Criminal Code, especially when it comes to Insults, Endangerment of safety, and Prohibited sexual acts.

Key Words: Sexual Harassment, Violence against Women, Domestic Violence, New Incriminations, Criminal Offence, Criminal Code.

KRIVIČNO DELO ZLOUPOTREBA SLUŽBENOG POLOŽAJA (ČLAN 359. KZ) – STANJE I PERSPEKTIVA

Apstrakt: Autor se u radu bavi mnogobrojnim spornim pitanjima koja su u sudskoj praksi i krivičnopravnoj doktrini prisutna u vezi krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja (član 359. KZ). Krivično delo zloupotrebe službenog položaja ima karakter osnovnog i opšteg krivičnog dela protiv službene dužnosti. Ono predstavlja osnovno delo jer većina krivičnih dela protiv službene dužnosti jesu krivična dela zloupotrebe. Takođe je i opšte delo budući da veliki broj krivičnih dela (ne samo iz ove glave) predstavlja njegove posebne oblike. Ovo krivično delo je takođe i faktički supsidijarno. Iako krivično delo zloupotrebe službenog položaja kao opšte i supsidijarno delo postoji samo ako nije ostvareno drugo, posebno i primarno delo, sudska praksa uglavnom zanemaruje ovu bitnu činjenicu i krivično delo zloupotrebe službenog položaja primenjuje nezavisno od ispunjenosti obeležja bića nekog drugog krivičnog dela. To je jedan od razloga što u delu stručne javnosti postoji mišljenje da ovo krivično delo treba ukinuti. Uprkos tome, krivično delo zloupotrebe službenog položaja (zasada) nije dekriminalizovano, samo je menjana njegova normativna sadržina.

U prvom delu rada autor ukazuje na osnovne karakteristike krivičnih dela protiv službene dužnosti, sa posebnim osvrtom na koruptivna krivična dela u koja se ubraja i krivično delo zloupotrebe službenog položaja. Drugi deo rada obuhvata prikaz i analizu pojedinih obeležja bića krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja: radnje, posledice u užem smislu i relevantnog oblika krivice. Posebna pažnja posvećena je pravnoj prirodi težih oblika ovog krivičnog dela. Autor se takođe bavi i pitanjima podstrekavanja, pokušaja i produženog krivičnog dela. Prilikom obrade pojedinih pitanja autor suprotstavlja različita doktrinarana stanovišta i navodi ilustrativne sudske odluke. U trećem delu rada se kroz jedan broj sudskih odluka krivično delo zloupotrebe službenog položaja razmatra kao vid organizovanog kriminaliteta. Na kraju rada autor zaključuje da perspektivu ovog krivičnog dela treba posmatrati kroz nekoliko mogućih zakonskih rešenja: uvođenje zakonskog supsidijariteta za krivično delo zloupotrebe službenog položaja; uvođenje posebnog krivičnog dela zloupotrebe poverenja u vršenju službene dužnosti; dekriminalizacija (ukidanje) krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja i delimična dekriminalizacija krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja. U datom kontekstu, autor ističe da je perspektiva krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja po prirodi stvari povezana i sa pitanjem da li krivičnim delima protiv korupcije treba dodati i krivično delo nezakonitog bogaćenja.

Ključne reči: zloupotreba službenog položaja, krivična dela protiv službene dužnosti, zloupotreba položaja odgovornog lica, krivična dela protiv privrede, Krivični zakonik Srbije.

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

1. UVOD

Krivična dela protiv službene dužnosti, tzv. „službena krivična dela” u našem zakonodavstvu prvi put su regulisana Zakonom o krivičnim delima protiv službene dužnosti iz 1948. godine, u kojem su u okviru službenih krivičnih dela bila propisana i mnoga krivična dela protiv privrede. U datom zakonu je, takođe, po prvi put definisan i pojam službenog lica. Donošenjem Krivičnog zakonika FNRJ iz 1951. godine dolazi do razdvajanja krivičnih dela protiv službene dužnosti i krivičnih dela protiv privrede i njihovog propisivanja u različitim glavama zakonika. Razlog za to leži u činjenici da je ovaj zakonik donet u vreme kada je u zemlji bio u toku proces napuštanja državnog upravljanja privredom i kada je u društvu vršeno odvajanje službene i privredne funkcije. Potom sledi period nastanka i jačanja samoupravljanja koji karakteriše i podruštvljavanje niza državnih funkcija i njihovo prenošenje na organe samoupravljanja. Budući da vršenje javnih ovlašćenja više nije bilo isključivo u rukama državnih organa, već i u nadležnosti odgovarajućih organa u samoupravnim organizacijama i zajednicama, bilo je nužno da se u zakonodavstvo, pored pojma službenog lica, uvede i pojam odgovornog lica koje takođe može biti izvršilac krivičnih dela protiv službene dužnosti. S vremenom, pojam odgovornog lica proširuje se i na taj način povećava i obim krivičnopravne zaštite koja se obezbeđuje ovom grupom krivičnih dela. U periodu podeljene zakonodavne nadležnosti u oblasti krivičnog zakonodavstva u saveznom zakonu je postojala grupa krivičnih dela protiv službene dužnosti službenih lica u saveznim organima, a u republičkim zakonima bila su predviđena krivična dela protiv službene dužnosti kod kojih su se kao izvršioci javljala lica koja su se, u skladu sa datim zakonima, smatrala službenim ili odgovornim licima.¹

U Krivičnom zakoniku iz 2006. godine (KZ) krivična dela protiv službene dužnosti predviđena su u glavi trideset drugoj. Krivičnim delima sistematizovanim u ovoj glavi štiti se službena dužnost, tj. njeno pravilno i zakonito funkcionisanje. U teoriji uglavnom postoje dve podele ovih krivičnih dela. Jedna podela je s obzirom na to da li se kao izvršilac krivičnog dela javlja samo službeno lice ili to može biti i neko drugo lice. U skladu sa datim kriterijumom, krivična dela se dele na prava i neprava krivična dela protiv službene dužnosti. Takođe, postoji i podela krivičnih dela protiv službene dužnosti na opšta i posebna s obzirom na to da li je u pitanju povreda službene dužnosti uopšte ili povreda službene dužnosti u određenim oblastima.²

U savremenom krivičnom pravu, u okviru glave krivičnih dela protiv službene dužnosti, po svojim karakteristikama posebno se izdvajaju krivična dela koja kao neposredni cilj imaju suzbijanje korupcije (*hard core corruption*) u koja spadaju: zloupotreba službenog položaja (član 359. KZ), trgovina uticajem (član 366. KZ), primanje mita (član 367. KZ) i davanje mita (član 368. KZ), a kojima se u stručnoj javnosti zbog njihovog značaja posvećuje izuzetna pažnja.³

1 N. Delić, *Nova rešenja u posebnom delu Krivičnog zakonika Srbije*, Beograd 2014, 188–189.

2 Vid. N. Srzentić, A. Stajić, *Krivično pravo, opšti i posebni deo*, Sarajevo 1980, 405–406.

3 Vid. N. Delić, „Osvrt na koruptivna krivična dela u Krivičnom zakoniku Republike Srbije”, *Pravo i privreda*, Beograd 4–6/2012, 563–582.

Borba protiv korupcije ima i svoj međunarodni karakter koji pretpostavlja donošenje odgovarajućih akata, među kojima se po svom značaju posebno izdvajaju sledeći: Krivičnopravna konvencija Saveta Evrope o korupciji iz 1999. godine, Dodatni protokol za Konvenciju o korupciji iz 2003. godine i Konvencija Ujedinjenih nacija protiv korupcije iz 1999. godine.⁴

Može se reći da je po pitanju krivičnih dela protiv službene dužnosti naše nacionalno zakonodavstvo do sada u velikoj meri bilo usklađeno sa obavezama koje je Srbija preuzela potpisivanjem relevantnih međunarodnih dokumenata, čemu u prilog govore Drugi i Treći evaluacioni izveštaj GRECO za Republiku Srbiju u kojima je sveukupni korpus antikorupcijskih propisa pozitivno ocenjen, a ukazano samo na jedan mali broj specifičnih nedostataka⁵ koji su otklonjeni donošenjem Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika (ZID KZ) iz 2012. godine.⁶ Četvrti evaluacioni izveštaj usvojen 2015. godine sadržao je trinaest preporuka usmerenih na sprečavanje korupcije u odnosu na narodne poslanike, sudije i javne tužioce kao i sve navedene kategorije.⁷ Naredni, peti izveštaj očekuje se krajem ove godine.

2. OPŠTE NAPOMENE O KRIVIČNOM DELU ZLOUPOTREBE SLUŽBENOG POLOŽAJA

Krivično delo zloupotrebe službenog položaja ima karakter osnovnog i opšteg krivičnog dela protiv službene dužnosti. Ono predstavlja osnovno delo jer većina krivičnih dela protiv službene dužnosti jesu krivična dela zloupotrebe. Takođe je i opšte delo budući da veliki broj krivičnih dela (ne samo iz ove glave) predstavlja njegove posebne oblike.⁸ U tom smislu ovo krivično delo je i faktički supsidijarno. Međutim, iako krivično delo zloupotrebe službenog položaja kao opšte i supsidijarno delo postoji samo ako nije ostvareno drugo, posebno i primarno delo, naša sudska praksa uglavnom zanemaruje ovu bitnu činjenicu i krivično delo zloupotrebe službenog položaja primenjuje nezavisno od ispunjenosti obeležja bića nekog drugog krivičnog dela, npr. krivičnog dela primanja mita, za koje Apelacioni sud u Beogradu ističe da predstavlja *lex specialis* u odnosu na krivično delo zloupotrebe službenog položaja (Kž.1 2130/2010).

4 Vid. D. Kolarić, „Međunarodni standardi u oblasti borbe protiv korupcije i nacionalno krivično zakonodavstvo”, u: *Organizovani kriminalitet – stanje i mere zaštite*, Beograd 2005, 552–560.

5 J. Ćirić, „Izveštaj GRECO-a o stanju korupcije u Srbiji”, u: *Borba protiv organizovanog kriminaliteta u Srbiji. Od postojećeg zakonodavstva do sveobuhvatnog predloga reforme*, Beograd 2008, 107–109. i Z. Stojanović, D. Kolarić, *Krivičnopravno suzbijanje organizovanog kriminaliteta, terorizma i korupcije*, Beograd 2014, 146–148.

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

7 www.coe.int/greco

8 Kako se navodi, svako krivično delo protiv službene dužnosti jeste na neki način zloupotreba službenog položaja, ali se sva krivična dela iz ove grupe ne iscrpljuju u potpunosti u datom pojmu već imaju svoja samostalna bića koja konkretizuju pojedine elemente zloupotrebe službenog položaja. J. Tahović, *Krivično pravo*, posebni deo, Beograd 1953, 459.

Velika „popularnost” ovog krivičnog dela u sudskoj praksi dovela je do toga da u jednom delu stručne javnosti postoji mišljenje da ga treba ukinuti zato što je data inkriminacija preširoko postavljena a, isto tako, i prevaziđena.⁹ Uprkos tome, krivično delo zloupotrebe službenog položaja (zasada) nije dekriminalizovano, samo je izmenjena njegova normativna sadržina.

Najpre je, shodno odredbi člana 160. ZID KZ iz 2009. godine, u okviru člana 359. u stavu 1. navedeno da izvršilac krivičnog dela, osim službenog lica, može biti i odgovorno lice i posle reči „sebi ili drugom” dodate su reči „fizičkom ili pravnom licu” i na taj način precizirano je da učinilac može pribaviti korist kako za sebe, tako i za svako drugo fizičko ili pravno lice. U skladu sa izmenama u stavu 1, brisan je stav 4. u kojem je odgovornost pravnog lica bila posebno predviđena.

Nakon toga, donošenjem ZID KZ iz 2012. godine izvršeno je razdvajanje zloupotrebe položaja u javnom i privatnom sektoru tako što je propisano da izvršioци krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja mogu biti samo službena lica i, umesto krivičnog dela nesavesnog rada u privrednom poslovanju (član 234. KZ), koje spada u grupu krivičnih dela protiv privrede, uneto je krivično delo zloupotrebe položaja odgovornog lica (član 234. KZ). Pri tome, u sudskoj praksi se posebno naglašava da krivično delo zloupotrebe položaja odgovornog lica zadržava jasan kontinuitet sa krivičnim delom zloupotrebe službenog položaja u slučaju kada se kao izvršilac javlja odgovorno lice. Kako se navodi, uvođenje krivičnog dela zloupotrebe položaja odgovornog lica jeste posledica potrebe da se napravi razlika između odgovornog i službenog lica koja imaju različita ovlašćenja u različitim oblastima. Iz razloga što krivično delo zloupotrebe odgovornosti pravnog lica, i pored date razlike koja se odnosi na svojstvo izvršioca krivičnog dela, u osnovi ima ista obeležja kao i krivično delo zloupotrebe službenog položaja, jasno je da nije došlo do dekriminalizacije datog krivičnog dela već je uvođenjem krivičnog dela zloupotrebe položaja odgovornog lica izvršeno sužavanje kriminalne zone u odnosu na postojeću odredbu.¹⁰

U doktrini se kao argumenti za zadržavanje krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja ističu sledeći razlozi: odredba člana 19. Konvencije Ujedinjenih nacija protiv korupcije iz 1999. godine, u kojoj je sadržano slično krivično delo, zatim, Treći evaluacioni izveštaj GRECO za Republiku Srbiju u kome nije postavljen zahtev da se ovo krivično delo dekriminalizuje¹¹ i, najzad, činjenica, koja nije od malog značaja, a to je da ovo krivično delo, u modifikovanom obliku, postoji i u bivšim republikama SFRJ, kao i da slično krivično delo poznaju i mnoga strana zakonodavstva.¹²

9 Vid. N. Jovančević, „Načelo zakonitosti i krivično delo zloupotreba službenog položaja”, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, Novi Sad 1/2010, 3–18.

10 Deo sentence utvrđene na sednici Krivičnog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda od 12. septembra 2014. godine. Vid. više, N. Delić, „Zloupotreba položaja odgovornog lica – sudska praksa i doktrinarni stavovi”, u: *Privredna krivična dela*, Beograd 2017, 47–49.

11 Z. Stojanović, D. Kolarić, 20–22.

12 J. Čirić, „Zloupotreba službenog položaja – za i protiv”, u: *Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva*, Beograd 2012, 353–358. No, nije suvišno navesti i to da se ELJSP u slučaju *Livik protiv Estonije* (2009) bavio pitanjem usklađenosti krivičnog dela zloupotrebe položaja i ovlašćenja (član 161. KZ)

3. KRIVIČNO DELO ZLOUPOTREBA SLUŽBENOG POLOŽAJA – POZITIVNOPRAVNA REGULATIVA, STAVOVI SUDSKE PRAKSE I DOKTRINARNA GLEDIŠTA

Najpre treba reći da u teoriji¹³ i sudskoj praksi ne postoji jedinstven stav u vezi sa pitanjem da li je norma koja inkriminiše krivično delo zloupotrebe službenog položaja blanketnog karaktera, što bi značilo da njena primena pretpostavlja da mora biti dopunjena nekom drugom materijalnom pravnom normom. U tom smislu, ilustrativna je odluka Apelacionog suda u Novom Sadu u kojoj se navodi da „činjenični supstrat ne sadrži činjenice i okolnosti koje čine obeležja krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja jer u opisu dela nije naznačeno koju konkretno službenu dužnost su okrivljeni obavljali i iskoristili, odnosno koji su odgovarajući propis, na koji upućuje blanketna dispozicija koja čini ovo krivično delo, konkretno prekršili” (Kž.2 2080/2011). Vrhovni Kasacioni sud o tome zauzima ispravno stanovište konstatujući da „krivično delo zloupotrebe službenog položaja nije krivično delo sa blanketnom dispozicijom” (Kzz. 260/2016).

Krivično delo zloupotrebe službenog položaja iz člana 359. KZ ima tri oblika: osnovni, teži i najteži.

Radnja izvršenja osnovnog oblika krivičnog dela alternativno je predviđena i može se ostvariti na jedan od sledećih načina: a) iskorišćavanjem službenog položaja ili ovlašćenja; b) prekoračenjem granice službenog položaja ili ovlašćenja i v) nevršenjem službene dužnosti.

a) Iskorišćavanje službenog položaja ili ovlašćenja (u subjektivnom smislu) – krivično delo postoji kada službeno lice preduzima radnje koje su dozvoljene, tj. kada deluje u okviru svog službenog položaja ili ovlašćenja, međutim, to čini radi (u cilju) ostvarivanja nekog sopstvenog interesa ili interesa trećeg lica.¹⁴ Drugim rečima, službeno lice u svom postupanju zanemaruje interese i ciljeve službe i zamjenjuje ih svojim ili interesima nekog trećeg lica. Po pravilu reč je o zloupotrebama u vezi sa tzv. diskrecionim ovlašćenjima kada je službeno lice pri donošenju nekog akta ili rešavanju nekog slučaja ovlašćeno da između više mogućih rešenja bira ono koje je najcelishodnije. Ukoliko se službeno lice pri tome ne rukovodi interesima

sa načelom zakonitosti i utvrdio da je Estonija prekršila odredbu člana 7. EKLJP jer data inkriminacija nije bila u skladu sa načelima pravne određenosti i predvidivosti. U Hrvatskoj je takođe, postojala inicijativa za ocenu ustavnosti krivičnog dela zloupotrebe položaja i ovlasti (ex član 337. KZ) sa obrazloženjem da dato krivično delo zbog nedovoljne određenosti zakonskog opisa nije u skladu sa načelom zakonitosti. Predlog za ocenu ustavnosti ipak nije bio prihvaćen, istina uz izdvojena mišljenja dvojice sudija, a sa obrazloženjem da je dato krivično delo dovoljno konkretno i precizno propisano i da građani mogu da znaju koje ponašanje je njime inkriminisano što istovremeno predstavlja dovoljno sigurnu osnovu za sudsku praksu koja ima mogućnost da objektivno odredi sadržaj, smisao i domet date norme, u smislu načela predvidivosti krivičnog dela. Vid. Grupa autora, urednik D. Derenčinović, *Posebni dio kaznenog prava*, Zagreb 2013, 229–230.

13 D. Jocić, „Zloupotreba službenog položaja i položaja odgovornog lica”, *Bilten Vrhovnog kasacionog suda*, Beograd 2/2013, 82–83.

14 Kako se naglašava, ovaj oblik radnje izvršenja krivičnog dela je u praksi najteže dokazati. J. Ćirić, „Korupcija”, u: *Borba protiv organizovanog kriminaliteta u Srbiji. Od postojećeg zakonodavstva do sveobuhvatnog predloga reforme*, Beograd 2008, 83.

službe već rešenje za koje se opredeljuje zasniva na nekom svom ili tuđem interesu, ono zloupotrebljava službeno ovlašćenje nezavisno od toga što deluje u okviru službene dužnosti.¹⁵

Dati oblik radnje izvršenja primera radi, postoji kada policajac uđe u službene prostorije, iako nije učestvovao u vršenju službenih radnji prekrivičnog postupka, i na molbu osumnjičenog iznese torbicu sa novcem koju potom preda njegovoj supruzi (OS u Beogradu Kž. 3553/2006), zatim, kada policajac prilikom vršenja kontrole vozila i putnika zadrži novac koji je pronađen kod oštećenog (VSS Kž. 542/1994) kao i kada policajac od uličnog preprodavca cigareta oduzme pet kutija i pri tome ne izda potvrdu o oduzimanju stvari niti prijavi preduzimanje ovih radnji (OS u Beogradu Kž. 942/1994). I sačinjavanje lažnih službenih isprava takođe može da predstavlja način izvršenja krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja u slučaju kada navedeni falsifikati nisu bili sami sebi cilj već ih je okrivljeni sačinio da bi zloupotrebom službenog položaja pribavio sebi korist (VKS Kzz 20/2011).

b) Prekoračenje granice službenog položaja ili ovlašćenja (u objektivnom smislu) – krivično delo postoji u dva slučaja. Prvi, kada službeno lice preduzima službene radnje koje su po svojoj prirodi dozvoljene, ali koje spadaju u nadležnost nekog drugog službenog lica. To mogu biti radnje koje su u nadležnosti drugog službenog lica više ili niže instance ili radnje koje su u nadležnosti službenog lica koje pripada sasvim drugoj službi ili radnje za čije preduzimanje je datom službenom licu neophodno prethodno odobrenje ili saglasnost drugog službenog lica.¹⁶ I drugi slučaj, kada službeno lice preduzima službene radnje za koje jeste nadležno, ali u datom slučaju nije ovlašćeno za njihovo preduzimanje jer su njegova ovlašćenja u konkretnom slučaju ograničena određenim aktima ili interesima, po pravilu, reč je o aktima kod kojih nema diskrecionog ovlašćenja.¹⁷

Shodno tome, Viši sud u Beogradu navodi da je okrivljena kao službeno lice-sudija prekoračila granice svog ovlašćenja tako što je u svojstvu izvršnog sudije po sprovedenom postupku izvršenja, iako nije bila ovlašćena za naplatu sudske takse, od izvršnog poverioca-oštećene zahtevala da joj na ruke preda novac na ime naplate sudske takse koju će ona na ime poverioca uplatiti, o čemu je sačinila i službenu belešku u jednom primerku koju je overila svojim potpisom i predala oštećenoj, a bez ulaganja u spise predmeta i zavođenja u popis spisa, da bi dati novac zadržala kod sebe i potom uplatila na svoj tekući račun kako bi ostvarila pravo na dozvoljeni minus na tekućem računu (K Po.1 71/2014). Prema stavu Vrhovnog kasacionog suda prekoračenje granica službenog položaja postoji u slučaju kada je okrivljeni bez odluke Upravnog odbora nabavio ogrevno drvo od Javnog preduzeća „Srbijašume” koje je isporučio zaposlenim radnicima i sebi, pri čemu isporučeno drvo niko nije platio i na taj način je sebi i radnicima pribavio imovinsku korist i time oštetiо pre-

15 M. Babić, I. Marković, *Krivično pravo, posebni dio*, Banja Luka 2013, 292. U krivičnopravnoj literaturi se ističe da je za postojanje ovog oblika zloupotrebe od presudnog značaja motiv učinio krivičnog dela. J. Tahović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 1957, 604. i Z. Stojanović, N. Delić, *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd 2018, 299.

16 M. Babić, I. Marković, (2013), 293.

17 D. Atanacković, *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd 1981, 569–570. Upor. Z. Perović, „Krivično delo zloupotrebe službenog položaja”, u: *Privredni kriminal i korupcija*, Beograd 2001, 211.

dužeće (Kzz. 260/2016). Dati oblik radnje izvršenja krivičnog dela postoji i kada policajac prilikom pretresa izvršioca krivičnog dela zatečenog na mestu izvršenja dela od njega oduzme novac i traži da mu donese još 2.000 dinara kako ne bi podneo krivičnu prijavu (OS u Beogradu Kž. 3098/2004), zatim, kada dva policajca napuste službeni zadatak čuvanja mosta i na autoputu zaustave vozilo strane registracije i bez ovlašćenja zbog nepostojećeg prekršaja naplate kaznu vozaču i ne izdaju priznaticu (OS u Beogradu Kž. 283/1993), kao i kada radnik MUP-a raspoređen na poslovima registracije motornih vozila izvrši preregistraciju motornog vozila na osnovu saobraćajne dozvole za koju je postojala sumnja da je falsifikovana, a da prethodno, shodno važećem uputstvu, nije dozvolu dostavio na veštačenje (OS u Beogradu Kž. 1394/2000). Takođe se navodi da je okrivljeni prekorao granice svog službenog ovlašćenja tako što je kao načelnik odeljenja za inspekcijske poslove opštine, u postupku naplate komunalne takse i uvećanja nakande za korišćenje građevinskog zemljišta lično popunjavao naloge za uplatu i pri tome u date naloge umesto broja žiro računa opštine upisivao broj svog tekućeg računa (OS u Beogradu Kž. 3331/06). U istom smislu je i stav Vrhovnog kasacionog suda da je okrivljeni prekorao granice svog službenog ovlašćenja kada je u svojstvu pravnika Gradskog centra za socijalni rad oštećenom rekao da zbog promene zakona mora da proda svoju imovinu ili da ode iz doma, pa je oštećena iz straha da ne bude izbačena, kao prodavac potpisala ugovor o prodaji nepokretnosti i time je kupac pribavio imovinsku korist, a oštećenom je naneta šteta (Kzz. 207/2016).

v) Nevršenje službene dužnosti (u objektivnom smislu) – krivično delo postoji kada službeno lice ili propušta vršenje službene radnje koju je dužan da izvrši (ili više njih), tj. ne vrši radnju iz okvira svog službenog ovlašćenja (tzv. formalno i materijalno nevršenje službene dužnosti) ili službenu radnju vrši na neadekvatan način, tako da ona ne proizvodi odgovarajuće efekte (tzv. formalno vršenje i materijalno nevršenje službene dužnosti).¹⁸ U ovom slučaju službeno lice ne čini nešto što spada u njegovu kompetenciju i što je dužno da čini, odbija da uradi nešto što je dužno da uradi ili odugovlači sa preduzimanjem ili izvršenjem neke svoje obaveze.¹⁹

Dati oblik radnje izvršenja krivičnog dela primera radi, postoji kada policajac prilikom vršenja poslova kontrole saobraćaja učesniku u saobraćaju koji učini saobraćajni prekršaj ne naplati mandatnu kaznu (OS u Beogradu Kž. 903/2005).

Vršenje krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja po prirodi stvari pretpostavlja preduzimanje određenih aktivnosti u okviru službenog položaja ili službenih ovlašćenja. Pri tome, kako se navodi, krivično delo postoji i kada preduzeta radnja nema karakter službene radnje, ali je učinjena zloupotrebom službenog položaja, kao na primer, kada je okrivljeni iskoristio svoj službeni položaj referenta pisarnice i arhive i primio gotov novac od stranaka na ime administrativne takse, iako za to nije bio ovlašćen i na taj način pribavio imovinsku korist u visini primljenog iznosa (OS u Valjevu Kž.I 309/09).

Sledstveno navedenom, krivično delo se može izvršiti činjenjem ili nečinjenjem.

18 J. Tahović, (1957), 605. Upor. D. Atanacković, 570.

19 M. Babić, I. Marković, (2013), 293.

S obzirom na alternativno propisanu radnju izvršenja, postoji jedno krivično delo u slučaju kada su ostvarene dve ili više delatnosti koje imaju karakter radnje izvršenja, kao u slučaju kada pripadnik saobraćajne policije naplati mandatnu kaznu ne izdajući priznanicu i prisvoji primljeni iznos i na taj način iskoristi svoj službeni položaj i prekorači granice svog službenog ovlašćenja (OS u Beogradu Kž. 1684/2006).

Treba primetiti da se u sudskoj praksi mogu naći odluke u kojima nije deciderano određeno koji je oblik radnje izvršenja ostvaren u konkretnom slučaju, već se samo navodi da je „okrivljeni zlopotrebio svoj položaj kada je kao policajac, vršeći pozorničku delatnost, zadržao za sebe mobilni telefon koji mu je predalo lice koje je taj telefon prethodno pronašlo” (OS u Beogradu Kž. 164/2007). Otuda Apelacioni sud u Beogradu opravdano naglašava da u izreci presude mora biti tačno naznačeno koji oblik radnje izvršenja je u konkretnom slučaju bio ostvaren (Kž1 Po1 9/2017), odnosno, kako u istom smislu ističe i precizira Vrhovni kasacioni sud, ukoliko je navedeno da je krivično delo izvršeno tako što je okrivljeni iskoristio svoje službeno ovlašćenje, mora biti opisano koje je službeno ovlašćenje okrivljeni iskoristio i na koji način (Kzz. 366/2015).

Krivično delo zloupotrebe službenog položaja jeste posledično krivično delo – smatra se dovršenim nastupanjem posledice. Posledica krivičnog dela je predviđena alternativno i može biti: a) pribavljanje sebi ili drugom fizičkom ili pravnom licu kakve koristi; b) nanošenje drugome kakve štete ili v) teža povreda prava drugog. Otuda, prema stavu sudske prakse nema krivičnog dela u slučaju kada je okrivljeni kao lekar i načelnik hitne medicinske pomoći dao ocenu privremene sprečenosti za rad i napisao posebne doznake o sprečenosti za rad jer iako je utvrđeno da je to urađeno van ingerencija lekara službe hitne pomoći, nije došlo do nastupanja posledice u vidu pribavljanja koristi drugom licu iz razloga što su doznake izdate licu koje je u tom periodu zaista bilo bolesno (OS u Čačku Kž. 545/2007).

Preduzimanjem radnje izvršenja u konkretnom slučaju može doći do nastupanja jedne ili više posledica. Jedna posledica postoji kada su okrivljeni izvršenjem krivičnog dela pribavili sebi imovinsku korist u ukupnom iznosu od 307.985,57 dinara (VKS Kzz. 1535/2016). Više posledica postoji kada su okrivljeni kao republički inspektori preduzimanjem radnje koja je protivna interesima službe pribavili sebi imovinsku korist i pričinili štetu budžetu Republike Srbije (AS u Beogradu Kž.1 Po.1 14/2013) kao i kada je okrivljeni pribavio imovinski korist većem broju pravnih i fizičkih lica, a na štetu budžeta tadašnje Savezne Republike Jugoslavije (AS u Beogradu Kž.1 Po.1 6/2013).

U sudskoj praksi se posebno naglašava da nastupanje posledice krivičnog dela u svakom konkretnom slučaju mora biti na nedvosmislen način utvrđeno i da je sud u obavezi da u odluci navede u čemu se konkretno sastoji posledica koja je nastupila, u suprotnom postoji bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 438, stav 2, tačka 2. ZKP jer nedostaju razlozi o odlučnoj činjenici (AS u Beogradu Kž.1 Po.1 14/2013).

Kada je reč o posledici koja se sastoji u pribavljanju koristi, važno je naglasiti da pojam koristi treba uzeti u najširem smislu. To znači da u obzir dolazi bilo kakva korist, kako imovinske, tako i neimovinske prirode. Imovinska korist podrazumeva

različita dobra i usluge koji imaju materijalnu vrednost i objektivno predstavljaju povećanje imovine ili sprečavanje njenog umanjenja. Smatra se da je imovinska korist pribavljena u trenutku kada postoji mogućnost raspolaganja. Neimovinska korist se primera radi, ostvaruje obezbeđivanjem povoljnijeg položaja za određeno lice u bilo kojoj sferi društvenog života (OS u Beogradu Kž. 2013/1991), tj. putem bilo koje pogodnosti koju službeno lice stvori za sebe ili drugoga (VSS Kž. 872/1999). Tako, Vrhovni kasacioni sud nalazi da je okrivljeni istupajući iz privrednog društva mimo zakonom propisanog postupka, bez odluke Upravnog odbora društva i procene tržišne vrednosti svog udela od strane suda, proizvoljno određujući tržišnu vrednost svog udela, pribavio sebi korist koja se ogleda u sticanju pogodnosti u smislu izvlačenja udela mimo zakonom propisanog postupka (Kzz. 20/2011). U istom smislu je i odluka Višeg suda u Beogradu u kojoj stoji da se korist u vidu pogodnosti može sastojati u omogućavanju drugom da izbegne prekršajnu odgovornost i da mu se vrati oduzeto oružje (Kž.1 95/2014).

Ukoliko se posledica krivičnog dela sastoji u pribavljanju imovinske koristi tada u izreci presude mora biti navedeno u kom iznosu je korist pribavljena i kako je sud opredelio iznos pribavljene koristi (OS u Čačku Kž. 255/2008). Kako ističe Apelacioni sud u Beogradu, nije dovoljna samo konstatacija da su okrivljeni svojim radnjama pričinili štetu budžetu Republike Srbije i istovremeno pribavili imovinsku korist okrivljenom, bez opredeljenja iznosa pribavljene koristi i navođenja u čemu se pribavljena korist sastoji kao i bez opredeljenja u čemu se sastoji šteta (Kž.1 Po.1 14/2013). Budući da pribavljanje imovinske koristi i nastupanje štete predstavljaju konstitutivna obeležja bića krivičnog dela tj. posledicu, sud mora navesti na osnovu kojih dokaza je utvrđeno njihovo nastupanje, što znači da je neophodno stručno veštačenje (AS u Novom sadu Kž.1 1343/2012).

Za razliku od krivičnog dela zloupotrebe položaja odgovornog lica²⁰ ovde nije predviđeno da pribavljena korist mora biti protivpravna. Dato rešenje je u potpunosti osnovano budući da je teško zamisliti da preduzimanje neke od delatnosti koja ima karakter radnje izvršenja ovog krivičnog dela za posledicu može imati sticanje imovinske ili neimovinske koristi koja je pravno osnovana odnosno, dozvoljena. Preduzimanje radnje izvršenja krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja i pribavljanje koristi kao posledice u užem smislu, u kontekstu opšteg pojma krivičnog dela predstavlja ostvarivanje predviđenosti u zakonu kao drugog elementa, što nadalje zbog njihove (delimične) podudarnosti implicira i protivpravnost, treći element opšteg pojma krivičnog dela – protivpravno je ono ponašanje koje odgovara biću, odnosno zakonskom opisu krivičnog dela.

U slučaju posledice koja se sastoji u nanošenju drugome kakve štete, za postojanje krivičnog dela relevantna je materijalna šteta kao i svi oblici nematerijalne štete.

Kada se posledica krivičnog dela ostvaruje u vidu pribavljanja sebi ili drugome imovinske koristi to po pravilu implicira i nastupanje štete drugom, što naravno ne mora biti slučaj ukoliko se posledica ostvaruje u vidu neimovinske koristi tj. odgovarajuće pogodnosti.

20 Vid. više, N. Delić, (2017), 53–60.

Posledica koja se sastoji u težoj povredi prava drugoga podrazumeva onemogućavanje nekog lica da realizuje stečena prava ili da stekne prava koja mu pripadaju. Da bi postojalo krivično delo, mora biti reč o „težoj” povredi prava, što predstavlja faktičko pitanje koje se procenjuje u svakom konkretnom slučaju i zavisi od toga koje je pravo povređeno i u kojoj meri. Prema stavu sudske prakse, naneta je šteta i teže su povređena prava drugoga u slučaju kada je načelnik sekretarijata za komunalno-stambene i građevinske poslove opštine naredio iseljenje iz zakupljenih prostorija na osnovu rešenja sekretarijata na čijem se čelu nalazio, iako je znao da je šest dana pre toga dato rešenje bilo poništeno odlukom višeg organa (OS u Beogradu Kž. 313/2001).

Ukoliko je sa umišljajem u celosti ili delimično preduzeta radnja izvršenja, ali posledica nije nastupila, postojaće svršeni ili nesvršeni pokušaj krivičnog dela koji je kažnjiv. Uprkos tome, Vrhovni sud Srbije u jednoj odluci navodi da postoji dovršeno krivično delo kada je učinilac „postupajući na opisani način, manifestovao nameru da za sebe pribavi imovinsku korist” (Kž. 1285/2007). Primera radi, u slučaju kada je okrivljeni postupajući u svojstvu službenog lica oduzeo međunarodne pošiljke radi pronalazjenja novca tako što ih je izneo iz zgrade pošte u kojoj radi i ostavio u svom vozilu, Osnovni sud u Jagodini je našao da postoji pokušaj krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja jer posledica nije nastupila budući da okrivljeni nije pribavio korist iz razloga što su mu pošiljke oduzete pre otvaranja i što on nije ni znao da li je u pošiljkama uopšte i bilo novca, a samim tim je, prema shvatanju ovog suda, izostala i šteta jer su sve pošiljke bile uručene pošiljaocima (6K 13/2013). Apelacioni sud u Kragujevcu međutim, smatra da su u datom slučaju ostvarena sva objektivna i subjektivna obeležja bića krivičnog dela s obzirom na to da je okrivljeni zasnovao državinu na datim pošiljkama i da je bio u mogućnosti da slobodno raspoláže novcem koji se u njima nalazio kao i da je od ranije znao da u tim pošiljkama ima novca, pa je bez uticaja na postojanje dovršenog krivičnog dela okolnost da su pošiljke oduzete od okrivljenog pre njihovog otvaranja (Kž.1 4317/2013).

Krivično delo spada u tzv. vlastoručna krivična dela čiji izvršilac može biti samo lice sa određenim svojstvom. Izvršilac krivičnog dela može biti samo službeno lice (član 112, stav 3. KZ). Izvršilac krivičnog dela svojstvo službenog lica treba da ima u vreme izvršenja krivičnog dela i naknadni prestanak tog svojstva nema uticaja na postojanje krivičnog dela (VKS Kzz. 1539/2016).

U vezi odgovornosti podstrekača za krivično delo zloupotrebe službenog položaja u sudskoj praksi je prisutan sledeći stav: „prvostepeni sud nije dao jasne razloge na osnovu kojih je utvrdio da je okrivljeni podstrekavao ostale okrivljene i na koji način, tj. u obrazloženju presude nisu tačno opisane radnje podstrekavanja, niti su o tome dati jasni i argumentovani razlozi, odnosno nije objašnjeno kako su radnje „predlaganja Upravnom odboru” od strane okrivljenog uticale na Upravni odbor da donese datu odluku, pogotovo ako se ima u vidu da su njegovi članovi, kada su saslušani kao svedoci, izjavili da okrivljeni na njih nije uticao prilikom donošenja odluke, a pored toga, prvostepeni sud nije ni individualizovao oblik vinosti (krivice) na strani svakog od okrivljenih” (AS u Beogradu Kž.1 Po.1 4/2015). Naime, odgovornost podstrekača za krivično delo zloupotrebe službenog položaja na objektivnom planu podrazumeva preduzimanje odgovarajućeg činjenja koje je po

svojoj prirodi podobno da kod drugog lica stvori odluku da izvrši krivično delo ili da učvrsti njegovu do tada kolebljivu odluku. Na subjektivnom planu, za odgovornost podstrekača potreban je umišljaj koji sa jedne strane, mora da obuhvati svest o radnji podstrekavanja i uzročnoj vezi između nje i odluke da se izvrši krivično delo, a sa druge strane, umišljaj podstrekača mora da obuhvati svest o bitnim obeležjima samog krivičnog dela tj. svest o radnji i posledici krivičnog dela zloupotrebe položaja odgovornog lica (tzv. dvostruki umišljaj podstrekača). Za podstrekavanje nije neophodan direktni umišljaj, dovoljno je i da kod podstrekača postoji svest o mogućnosti stvaranja odluke za izvršenje krivičnog dela i pristajanje na to. Podstrekavanje je uvek usmereno na određeno krivično delo, u ovom slučaju to je krivično delo zloupotrebe položaja odgovornog lica kao i na određenog ili odredivog izvršioca. Ukoliko jednom radnjom podstrekavanja na izvršenje jednog krivičnog dela bude podstrekuto više lica, postojaće jedno podstrekavanje. Ukoliko sa više radnji podstrekavanja na izvršenje više krivičnih dela bude podstrekuto više lica, postojaće sticaj podstrekavanja. Ako više lica, sporazumno ili nezavisno jedno od drugog, podstiču drugo lice da izvrši krivično delo u pitanju je tzv. sapodstrekavanje i svaki podstrekač odgovara u granicama svog umišljaja pod uslovom da je njegovo podstrekavanje doprinelo stvaranju odluke o izvršenju krivičnog dela. Postoji i tzv. posredno, lančano podstrekavanje tj. podstrekavanje na podstrekavanje koje podrazumeva da jedno lice sa umišljajem podstrekava drugo lice da ono podstrekava treće lice da izvrši krivično delo. U tom slučaju prvo lice je tzv. inicijalni, odnosno posredni podstrekač. I kod posrednog podstrekavanja umišljaj svakog podsterkača mora da obuhvati svest o radnji podstrekavanja i svest o delu koje će biti izvršeno i takođe se zahteva da je podstrekavanje usmereno na određenog ili odredivog izvršioca. Pri tome, prvi podstrekač može ostaviti narednom podstrekaču da po svom izboru odabere izvršioca krivičnog dela iako i tada prvi podstrekač mora imati predstavu o tome iz koje određene grupe lica potiče izvršilac. Moguće je takođe, da između prvog podstrekača i izvršioca postoji čitav niz podstrekača.²¹

Kao oblik krivice kod krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja u obzir dolazi jedino umišljaj (VSS Kž. 1285/2007). Kako se naglašava u sudskoj praksi, umišljaj učinioca treba da obuhvati svest o tome da se preduzima radnja koja je protivna zakonu i drugim propisima i svest o tome da se data radnja ne preduzima u interesu službe već radi ostvarenja posledice ovog krivičnog dela (AS u Beogradu Kž.1 Po.1 14/2013). Iako se subjektivno biće zloupotrebe službenog položaja iscrpljuje kako kroz direktni, tako i kroz eventualni umišljaj, što znači da psihički odnos učinioca prema delu može biti realizovan u vidu svesti i htenja ili svesti i pristajanja, pojedni sudovi u svojim odlukama pogrešno navode da je direktni umišljaj jedini relevantni oblik krivice (AS u Beogradu Kž.1 3919/2010; VSS Kzz. 23/2007 i VKS Kzz. 20/2011).

Takođe, u nemalom broju odluka sudovi zauzimaju neosnovano stanovište da namera predstavlja subjektivno obeležje bića krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja. Tako recimo, Vrhovni sud Srbije konstatuje „da sve navedene činjenice

21 Vid. više, I. Vuković, „Značaj određenosti dela izvršioca za postojanje podstrekavanja i javno pozivanje na vršenje krivičnog dela”, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd 2–3/2016, 313–316.

ukazuju da je okrivljeni postupajući na način opisan u izreci prvostepene presude manifestovao nameru da za sebe pribavi imovinsku korist” (Kž. 1285/07). I Apelacioni sud u Beogradu u jednoj svojoj odluci navodi da postojanje osnovnog, odnosno težeg oblika krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja zavisi od namere pribavljanja koristi i ukoliko je data namera i ostvarena u zavisnosti od prirode i visine koristi zavisi ocena suda o tome da li se u radnjama okrivljenog stiču elementi osnovnog ili težeg oblika krivičnog dela (Kž.1 Po.1 6/2013).

Međutim, u većem broju slučajeva Apelacioni sud u Beogradu zauzima ispravan stav i u vezi subjektivnog bića ovog krivičnog dela naglašava dve ključne stvari – prva je da namera nije obeležje bića krivičnog dela, i druga, da krivica učinioca nije ograničena samo na direktni umišljaj (Kž.1 Po.1 8/2012 i Kž.1 Po.1 20/2013).

Kada je reč o pokušaju krivičnog dela, treba reći da se umišljaj pokušanog krivičnog dela ne razlikuje od umišljaja dovršenog krivičnog dela i da otuda pokušaj krivičnog dela zloupotrebe službenog položaj može biti u formi direktnog ili eventualnog umišljaja. Takođe nije suvišno istaći da namera kod pokušaja mora postojati jedino ukoliko je predviđena kao subjektivno obeležje bića²² te je otuda „namera sticanja imovinske koristi” nespojiva sa pokušajem krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja.²³

Teži oblici krivičnog dela određeni su visinom pribavljene imovinske koristi i postoje ako je izvršenjem dela pribavljena imovinska korist u iznosu preko „četrstopedeset hiljada” dinara ili korist koja prelazi iznos od „milijon i petsto hiljada” dinara. Prouzrokovana šteta nema značaja za postojanje težih oblika krivičnog dela. Prema tome, ukoliko je pribavljena neimovinska korist ili je drugom naneta neimovinska šteta ili je drugom naneta imovinska šteta, ali nije istovremeno pribavljena imovinska korist u odgovarajućem iznosu, postojaće osnovni oblik krivičnog dela. Smatra se da je prilikom utvrđivanja visine imovinske koristi merodavna tržišna vrednost, a samo izuzetno, to može biti „stvarno postignuta imovinska korist” (VSS Kž.I 246/1977). Ukoliko je u konkretnom slučaju pribavljena imovinska korist, ali se ne može utvrditi njena tačna visina, postojaće osnovni oblik krivičnog dela (VSS Kzz. 26/2001). Kako se ističe, kada je za krivično delo zloupotrebe službenog položaja izrečena mera oduzimanja imovinske koristi, navedena mera mora biti saglasna sa visinom ostvarene imovinske koristi (AS u Kragujevcu Kž. 338/2010).

Iako bi se na prvi pogled moglo reći da pitanje pravne prirode zakonske konstrukcije težih oblika krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja ne bi trebalo da stvara dileme, uočljivo je da u teoriji po tom pitanju ne postoji jedinstven stav.

Naime, sa jedne strane, ima autora koji se u okviru svojih razmatranja o tome ne izjašnjavaju,²⁴ a sa druge strane, pojedini autori tim povodom iznose različita mišljenja. Tako je u doktrini prisutno mišljenje da se „oba teža oblika zloupotrebe službenog položaja zasnivaju na postojanju kvalifikatornih okolnosti koje se ogledaju u visini pribavljene imovinske koristi”,²⁵ odnosno da su teži oblici ovog

22 I. Vuković, *Pokušaj krivičnog dela*, DD, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2008, 42–43.

23 Upor. Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 2017, 1031.

24 *Ibid*, 1032 и Z. Stojanović, N. Delić, 300.

25 M. Škulić, *Organizovani kriminalitet – pojam, pojavni oblici, krivična dela i krivični postupak*, Beograd 2015, 319.

krivičnog dela „kvalifikovani visinom pribavljene imovinske koristi”.²⁶ Isto stano- vište zastupa i Apelacioni sud u Beogradu ističući da „kvalifikatornu okolnost kod krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja ne čini iznos štete već visina pribav- ljene koristi” (Kž.1 Po.116/2013).

Suprotno tome, u doktrini postoji i stav da teži oblici ovog krivičnog dela pred- stavljaju krivična dela kvalifikovana težom posledicom.²⁷

Pitanje je od velikog značaja iz razloga što pravna priroda date konstrukcije implicira odgovarajući subjektivni odnos učinioca.

Ukoliko pribavljena imovinska korist u odgovarajućem iznosu predstavlja kva- lifikatornu okolnost, ona u skladu sa opštim pravilima mora biti obuhvaćena umi- šljajem učinioca. Kvalifikatorne okolnosti predstavljaju određene okolnosti koje po- stoje u vreme izvršenja krivičnog dela i zbog svoje prirode podižu stepen društvene opasnosti datog neprava, a najčešće se odnose na način, sredstvo, vreme izvršenja krivičnog dela. Budući da predstavljaju dopunska obeležja bića krivičnog dela, u odnosu na kvalifikatorne okolnosti treba da postoji isti oblik krivice koji se zahteva za osnovna obeležja bića, odnosno osnovni oblik krivičnog dela, a to je umišljaj. U suštini, ovde je reč o novom kvalitetu datog neprava, modalitetu krivičnog dela koji sadrži sva obeležja iz osnovnog oblika plus kvalifikatornu okolnost. Jednom rečju, iz osnovnog umišljajnog dela nastala je nova teža umišljajna varijanta tog dela.

Shodno zakonskom tekstu, kada je reč o krivičnom delu kvalifikovanom te- žom posledicom, ukoliko teža posledica sama po sebi nije predviđena kao posebno krivično delo, moguće je postojanje različitog subjektivnog odnosa učinioca (član 27. KZ). Otuda bi u slučaju prihvatanja rešenja da teži oblici krivičnog dela zlou- potrebe službene dužnosti predstavljaju krivična dela kvalifikovana težom posledicom, teža posledica krivičnog dela koja se sastoji u pribavljanju imovinske koristi u odgovarajućem iznosu mogla biti rezultat kako nehata, tako i umišljaja učinioca. To bi značilo da je za odgovornost učinioca za teži oblik krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja dovoljan nehat u odnosu na iznos pribavljene imovinske koristi. Preciznije rečeno, dvostruka krivica koja je potrebna za odgovornost za teži oblik krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja bi podrazumevala umišljaj u odnosu na osnovni oblik krivičnog dela iz kojeg je proizašla teža posledica u odnosu na koju je učinilac postupao nehatno ili umišljaj u odnosu na osnovno krivično delo i u odnosu na težu posledicu.

Naime, krivična dela kvalifikovana težom posledicom po svojoj prirodi pred- stavljaju kvalitativno autentičan kriminalni sadržaj koji u sebi inkorporira radnju izvršenja osnovnog oblika krivičnog dela i realizaciju sa osnovnim oblikom kri- vičnog dela tipično povezane teže posledice, pri čemu, između radnje izvršenja (ili posledice)²⁸ i teže posledice nužno postoji uzročna veza. Radnja izvršenja osnovnog oblika krivičnog dela je takva da je prema opštem iskustvu s preduzimanjem date radnje povezano i nastupanje drugih težih posledica. Izvršenje osnovnog oblika

26 Z. Stojanović, D. Kolarić, 210.

27 Lj. Lazarević, *Krivično pravo Jugoslavije*, posebni deo, Beograd 1998, 799; M. Babić, I. Marković, (2013), 293 i M. Babić, I. Marković, *Krivično pravo, opšti dio*, Banja Luka 2015, 255. Upor. D. Jocić, 89–90.

28 Vid. I. Vuković, (2008), 155–156.

krivičnog dela dela predstavlja potencijalni „izvor” teže posledice. U tom smislu, teži oblik krivičnog dela podrazumeva kombinaciju tipično opasnog sadržaja osnovnog oblika krivičnog dela i realizaciju imanentne teže posledice, koja kod posledičnih krivičnih dela može biti neka druga vrsta posledice tj. nova dalja posledica koja nastupa posredno iz posledice osnovnog oblika ili jedina posledica u užem smislu, ukoliko je reč o formalnom krivičnom delu.²⁹ Treba naglasiti da konkretna kombinacija ne predstavlja simplifikovani zbir osnovnog oblika i teže posledice već funkcionalno jedinstvo koje kao realna celina determiniše specifičan kriminalni sadržaj datog oblika krivičnog dela.

I pored toga što bi prihvatanje stava prema kojem teži oblici krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja po svojoj prirodi predstavljaju krivična dela kvalifikovana težom posledicom, znatno olakšalo njihovo dokazivanje budući da bi postojali i onda kada bi odgovarajući iznos pribavljene imovinske koristi bio obuhvaćen bar nehatom učinioca, treba uzeti da u datoj zakonskoj konstrukciji pribavljanje imovinske koristi u odgovarajućem iznosu predstavlja kvalifikatornu okolnost koja se javlja u vidu iste modifikovane posledice osnovnog oblika krivičnog dela.³⁰

U prilog navedenom stavu ide i odredba koja reguliše institut produženog krivičnog dela, u kojoj stoji da se kumuliranje posledice kod novčanih iznosa koji su od značaja za pravnu kvalifikaciju i prerastanje u teži oblik krivičnog dela može pravdati samo kada je ta ukupna (kumulirana) posledica, obuhvaćena umišljajem učinioca (član 61, stav 5. KZ). Prema tome, iako naš zakonodavac prihvata objektivnu teoriju produženog krivičnog dela i subjektini uslov nije obavezan za njegovu primenu, jedinstveni umišljaj odgovarajući značaj ima u slučaju produženog krivičnog dela kod dela čije bitno obeležje jeste novčani iznos – što jeste slučaj težim oblicima krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja.

U navedenom smislu je i odluka Apelacionog suda u Beogradu u kojoj se konstatuje da je okrivljeni preduzimanjem opisanih radnji u određenom periodu (šest godina) prekoračenjem svojih službenih ovlašćenja i nevršenjem svoje službene dužnosti pribavio imovinsku korist većem broju fizičkih i pravnih lica u ukupnom iznosu od preko milion i petsto hiljada dinara, a na štetu budžeta tadašnje Savezne republike Jugoslavije, pri čemu je bio svestan nedozvoljenosti svojih radnji i ukupnog iznosa pribavljene imovinske koristi (Kž.1 Po.1 6/2013), kao i stav Vrhovnog kasacionog suda da je nesporno postojanje najtežeg oblika krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja u vidu produženog krivičnog dela s obzirom na to da je utvrđeno postojanje jedinstvenog umišljaja okrivljenog u odnosu na produženo krivično delo kao celinu, kao i jedinstvenog umišljaja u odnosu na ukupnu posledicu tog krivičnog dela tj. pribavljanje imovinske koristi koja predstavlja zbir iznosa ostvarenih pojedinačnim krivičnim delima obuhvaćenim produženim krivičnim delom (Kzz. OK 9/2016).

Najzad, treba reći i to da u vreme kada je bilo predviđeno da se institut delo malog značaja (član 18. KZ) može primenjivati u odnosu na krivična dela za koja je propisana kazna zatvora do pet godina (2009–2016) u sudskoj praksi nije postojao

29 *Ibid*, 145.

30 U istom smislu vid. *Ibid*, 148.

jedinstven stav u vezi sa pitanjem opravdanosti primene ovog instituta kod krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja. Tako je recimo, Vrhovni kasacini sud stao na stanovište da, zbog neispunjenosti prvog (da je stepen krivice učinioca nizak, odnosno da nije visok) i trećeg uslova (da opšta svrha krivičnih sankcija ne zahteva izricanje krivične sankcije), nema mesta primeni instituta delo malog značaja kada saobraćajni policajac utvrdi postojanje prekršaja, ali ne sačini zapisnik o izvršenoj kontroli i ne podnese krivičnu prijavu protiv učinioca tog prekršaja (Kzz. 177/2010). Isti stav ovaj sud zastupa i u slučaju kada je okrivljena kao službeno lice u policijskoj upravi vratila novčani iznos koristi koju je pribavila iskorišćavanjem svog službenog položaja (Kzz. 34/2014). Međutim, Apelacioni sud u Kragujevcu smatra da je opravdana primena instituta delo malog značaja u slučaju kada je od izvršenja krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja proteklo šest godina i kada je vraćen novčani iznos koji je bio pribavljen krivičnim delom (Kž. 110/2013).³¹

4. KRIVIČNO DELO ZLOUPOTREBE SLUŽBENOG POLOŽAJA KAO VID ORGANIZOVANOG KRIMINALITETA

Kako se u literaturi navodi, krivično delo zloupotrebe službenog položaja ne spada u krivična dela koja se na prvi pogled lako i jednostavno povezuju sa aktivnošću organizovanog kriminaliteta, ali je činjenica da se u praksi veoma često javlja kao veoma važan segment njegove egzistencije.³² Sprega koruptivnih mehanizama i kriminalnih grupa, odnosno, organizovanih kriminalnih grupa materijalno-pravno se realizuje kroz odgovarajući odnos krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja sa krivičnim delom udruživanja radi vršenja krivičnih dela (član 346. KZ), koje spada u glavu krivičnih dela protiv javnog reda i mira.³³ Kako se naglašava, kada

31 Dato kolebanje sudske prakse govori u prilog tome da je opravdano primenu instituta delo malog značaja formalno-pravno ograničiti na krivična dela za koja je propisana kazna zatvora do tri godine ili novčana kazna budući da ovaj institut treba da predstavlja jedan od bitnih instrumenata kriminalne politike na području bagatelnog kriminaliteta uz pomoć kojeg se iz krivičnog prava isključuju najlakša krivična dela. Naime, primenom instituta delo malog značaja učinilac krivičnog dela se oslobađa svake odgovornosti i time izostaje bilo kakav vid društvene osude. Otuda, delo malog značaja kao institut koji isključuje postojanje krivičnog dela treba primenjivati isključivo kod najlakših krivičnih dela i to jedino u onim slučajevima kada se na osnovu postojećih objektivnih i subjektivnih okolnosti može zaključiti da bilo kakav vid socijalno-etičkog prekora ne bi bio opravdan. U ostalim slučajevima, adekvatnije bi bilo reagovati nekim drugim instrumentima, poput uslovne osude i sudske opomene koje uključuju i odgovarajući vid društvenog prekora. Vid. više, N. Delić, *Nova rešenja opštih instituta u Krivičnom zakoniku Srbije*, Beograd 2009, 36–41.

32 M. Škulić, 320. U prilog tome govori i činjenica da je 1. marta 2018. godine počela primena Zakona o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminaliteta, terorizma i korupcije („Službeni glasnik RS”, br. 94/2016) koji, pored ostalog, i za osnovni oblik krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja predviđa nadležnost posebnih odeljenja za suzbijanje korupcije koja su organizovana pri višim tužilaštvima i sudovima u Beogradu, Novom Sadu, Kraljevu i Nišu.

33 Sve do donošenja KZ iz 2006. godine u našem krivičnom zakonodavstvu su, shodno podeljenoj zakonodavnoj nadležnosti, postojala dva krivična dela kojima je bilo inkriminisano organizova-

je u pitanju organizovani kriminalitet ovo krivično delo je centralno krivično delo jer se njegovim izvršenjem formira odgovarajući organizacioni oblik čija je funkcija usmerena na vršenje određenog krivičnog dela,³⁴ u ovom slučaju, krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja.

Radnja izvršenja krivičnog dela udruživanje radi vršenja krivičnih dela sastoji se u organizovanju grupe čiji je cilj vršenje krivičnih dela za koja se može izreći kazna zatvora od tri godine ili teža kazna. Po svojoj prirodi organizovanje je kažnjiva priprema radnja kojoj je zakonodavac dao značaj radnje izvršenja. Organizovanje je preduzimanje različitih delatnosti u cilju stvaranja, konstituisanja odgovarajućeg oblika udruživanja za vršenje krivičnih dela. Organizovanje podrazumeva stvaranje novog, do tada nepostojećeg oblika udruživanja ili korišćenje već postojećeg kome se menja osnovna funkcija delovanja ili se, pored postojećih, kao osnovna dodaje još i funkcija vršenja krivičnih dela. Da bi postojalo krivično delo, organizovanje grupe treba da ima za cilj vršenje krivičnih dela uopšte. Za razliku od krivičnog dela dogovora za izvršenje krivičnog dela (član 345. KZ), ovde nije reč o bliže određenim krivičnim delima čija su obeležja konkretizovana (VSS Kž.I OK 3/2006). Grupa je najmanje tri lica povezanih radi trajnog ili povremenog vršenja krivičnih dela koja ne mora da ima definisane uloge svojih članova, kontinuitet članstva ili razvijenu strukturu (član 112, stav 22. KZ).

Postojanje krivičnog dela takođe pretpostavlja ispunjenost još dva uslova. Prvi uslov jeste da je organizovana grupa čiji je cilj vršenje krivičnih dela za koja se može izreći kazna zatvora od tri godine ili teža kazna.³⁵ Po pitanju pravne prirode ove okolnosti, sa jedne strane, ima mišljenja da je reč o objektivnom uslovu inkriminacije (koji ne mora biti obuhvaćen umišljajem učinioca),³⁶ a sa druge strane, postoji i stav da je reč o normativnom obeležju bića krivičnog dela.³⁷ Drugi uslov je da ovaj oblik krivičnog dela postoji samo ako zakonom za takvo organizovanje nije predvi-

nje ili pripadanje grupi čiji je cilj vršenje krivičnih dela za koja je predviđena odgovarajuća kazna. U saveznom zakonu bilo je predviđeno krivično delo „udruživanje radi vršenja krivičnih dela određenih saveznim zakonom” (član 254), a u republičkom, krivično delo „zločinačkog udruživanja” (član 227). Odredbom člana 346. KZ iz 2006. godine ovo krivično delo predviđeno je pod nazivom „zločinačko udruživanje”. Donošenjem ZID KZ iz 2009. godine naziv krivičnog dela promenjen je u „udruživanje radi vršenja krivičnih dela” i izvršene su određene izmene i dopune date inkriminacije. Ima mišljenja da nije sasvim jasan ratio legis promene naziva ovog krivičnog dela, koji je u praksi bio uobičajen, a, u osnovi, i dobro usaglašen sa izrazom organizovani kriminalitet koji predstavlja sinonim za izraz zločinački (M. Škulić, 176). U skladu sa odredbom člana 31. ZID KZ iz 2012. godine kod ovog krivičnog dela izvršena je samo jedna intervencija i redefinisana je odredba stava 7. i za pripadnika grupe ili organizovane kriminalne grupe, isto kao i za organizatora, predviđena je mogućnost za oslobođenje od kazne. Vid. N. Delić, (2014), 156.

34 M. Škulić, 257.

35 Ima mišljenja da je ova granica „nisko” postavljena i da u obzir mogu doći i ona krivična dela koja po svojoj težini ne zaslužuju da budu u tom krugu. Po mišljenju autora ovo može biti ozbiljan izvor pravne nesigurnosti i zloupotrebe prava. I. Simović-Hiber, *Sistem rasprava o ideji vladavine prava, osnovama krivičnog zakona, pojmu zločinačke grupe i internacionalizaciji krivičnog prava*, Beograd 2007, 184.

36 Grupa autora, redaktor A. Stajić, *Komentar Krivičnog zakona SFRJ*, Beograd 1986, 703.

37 I. Vuković, „Krivično delo zločinačkog udruživanja i njegova obeležja (član 246. KZ)”, u: *Primena međunarodnog krivičnog prava – organizovani kriminal*, Tara 2007, 186.

đena teža kazna. Krivično delo je dovršeno samim organizovanjem grupe. Kako se u sudskoj praksi navodi, „pojam organizovanja u krivičnopravnom smislu korespondira opštem pojmu organizovanja za koje se smatra da kao funkcija počinje onog momenta kada se uspostave ciljevi organizovanja” (AS u Beogradu Kž.1 Po.1 8/2011).

Primeru radi, „okrivljeni je u toku 2006. godine, u Beogradu, organizovao grupu radi vršenja u dužem vremenskom trajanju krivičnih dela prevare, zloupotrebe službenog položaja i falsifikovanje isprave na štetu budžeta Republike Srbije, pri čemu je svaki član grupe imao unapred određeni zadatak koji je prihvatio po planu delovanja grupe i nalozima organizatora” (VS u Beogradu K Po.1 210/10).

Za postojanje krivičnog dela nije potrebno da je došlo do izvršenja nekog od krivičnih dela zbog kojeg je grupa organizovana. Kako se ističe, po svojoj pravnoj prirodi krivično delo udruživanje radi vršenja krivičnih dela spada u *delicta sui generis*, ima karakter posebnog samostalnog krivičnog dela i nezavisno je od dela koje će iz njega proizaći. Realizovanje krivičnog dela radi kojeg je ovo krivično delo izvršeno ne dovodi u pitanje njegovu egzistenciju.³⁸ To znači da krivično delo udruživanje radi vršenja krivičnih dela neće biti konzumirano učinjenim krivičnim delom.³⁹ Otuda, ukoliko je neko od planiranih krivičnih dela zloupotrebe službenog položaja izvršeno ili pokušano, biće reč o tzv. realnoj participaciji tj. sticaju krivičnog dela udruživanja radi vršenja krivičnih dela i krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja.

Ovde kao ilustracija može da posluži sledeći primer iz sudske prakse: „okrivljeni je organizovao kriminalnu grupu koja je radi sticanja dobiti imala za cilj vršenje krivičnih dela zloupotrebe službenog položaja, planirajući delatnost kriminalne grupe u dužem vremenskom periodu, pri čemu je svaki član kriminalne grupe imao unapred odedeni zadatak i ulogu, a okrivljeni je kao organizator kriminalne grupe imao ulogu da uticajem na političku i izvršnu vlast iz budžeta Skupštine grada Beograda za pojedine zdravstvene ustanove obezbedi dobijanje većih sredstava za nabavku nameštaja od stvarno potrebnih i da utiče na direktore zdravstvenih ustanova da sprovedu nezakonite postupke nabavke medicinskog nameštaja, tako da se omogućući povlašćeni položaj u postupku javne nabavke za zastupnike prodaje nameštaja određenog italijanskog proizvođača. U okviru delovanja kriminalne grupe okrivljeni je izvršio produženo krivično delo zloupotrebe službenog položaja tako što je u svojstvu službenog lica iskorišćavanjem svojih službenih ovlašćenja pribavio sebi i drugome imovinsku korist i time oštetio budžet grada Beograda vršenjem uticaja na političku i izvršnu vlast grada Beograda, neistinitim prikazivanjem da je za nabavku medicinskog nameštaja za pojedine medicinske ustanove hitno potrebno obezbediti određeni novčani iznos iako je za potrebe opremanja svake od medicinskih ustanova bio dovoljan daleko manji novčani iznos, pa je nakon što su ova sredstva i odobrena iz budžeta grada Beograda, uticao na direktore zdravstvenih ustanova da sprovedu nezakonite postupke nabavke medicinskog nameštaja, a sve u cilju da se omogućući povlašćeni položaj u postupku javne nabavke za zastupnike prodaje nameštaja određenog italijanskog proizvođača” (VS u Beogradu K Po.1 253/10).

38 M. Babić, I. Marković, (2013), 349.

39 I. Simović-Hiber, 185.

Zato što se delo smatra dovršenim organizovanjem grupe, tj. njenim stvaranjem kao definisanog entiteta, pokušaj krivičnog dela postoji u slučaju kada iz određenih raloga nije došlo do organizovanja grupe u navedenom smislu, iako su u tom pravcu bile preduzete odgovarajuće aktivnosti. U skladu sa opštim pravilima, u pitanju je kažnjiv pokušaj krivičnog dela (član 30. KZ).

Izvršilac krivičnog dela, koji je u zakonu označen kao organizator, načelno može biti bilo koje lice, no, u slučaju sticaja ovog krivičnog dela i krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja izvršilac krivičnog dela po prirodi stvari treba da ima svojstvo službenog lica.

Relevantan oblik krivice je direktni umišljaj i stoga Viši sud u Beogradu u svojoj odluci konstatuje sledeće: „okrivljeni su neutvrđenog datuma sredinom 2004. godine, organizovali kriminalnu grupu, čiji su pripadnici, u Beogradu i Nišu, u periodu od 1. jula 2004. godine do 14. maja 2006. godine, postali radnici Odeljenja naplate putarine JP „Putevi Srbije” u Beogradu, na naplatnim stanicama „01 Beograd” i „29 Niš”, grupe od oktobra 2004, sa ciljem da, radi sticanja finansijske dobiti, vrše krivična dela zloupotrebe službenog položaja iz čl. 359. st. 3. u vezi st. 1. i 4. Krivičnog Zakonika, pri čemu je svaki član imao unapred određeni zadatak i ulogu i gde je delatnost kriminalne grupe planirana i sprovedena na duže vreme, uz primenu određenih pravila i gde su u vršenju takve delatnosti korišćene poslovne strukture oštećenog JP „Putevi Srbije”, sa sedištem u Beogradu, sa planom da se, preko navedenih radnika AD „Mikros elektronik” i radnika AOP Odeljenja naplate putarine, koji su bili zaduženi za održavanje elektronskog sistema naplate, na delu auto puta između naplatnih stanica „01 Beograd” i „29 Niš”, osmisle i izrade tehničke mogućnosti da se nezakonito pribavlja novčana korist od poslova naplate posebne naknade za upotrebu dela auto puta, što je učinjeno pomoću posebno konstruisanih kablova u tu svrhu, koji su u kabinama izdavanja naplatnih kartica za vozila stranih registarskih tablica „devete kategorije” (u koja prema Pravilniku o obavljanju poslova naplate posebne naknade za upotrebu puta ili putnog objekta, koji je donela Republička direkcije za puteve, spadaju motorna vozila visine veće od 1,3 m kod prednje osovine vučnog vozila sa više od tri osovine), omogućili istovremeno štampanje naplatnih kartica putarine u dva primerka, sa istim serijskim brojem i drugim identifikacionim podacima, pri čemu je u elektronskom sistemu evidentirano, da je odštampana samo jedna kartica, a u kabinama naplate, pri naplati prvog primerka takve kartice, omogućili prolazak vozila pri podizanju mehaničke barijere-rampe, bez evidentiranja prolaska u elektronskom sistemu, uz korišćenje nelegalnog računarskog fajla, koji je kod naplate naplatnih kartica, koja se plaćala u vidu naknade za korišćenje navedenog dela auto puta, u tehničkom smislu omogućio štampanje priznanica o naplati putarine, bez njihovog evidentiranja u elektronskom sistemu, pa su na taj način okrivljeni, sebi i drugome pribavili imovinsku korist u vidu naplaćene, a neevidentirane putarine, pri čemu su bili sposobni da shvate značaj svojih dela i da upravljaju svojim postupcima, ujedno svesni da su njihova dela zabranjena, pa su i pored toga hteli njihova izvršenja” (K Po.1 66/2010).

Teži oblik krivičnog dela čini ko organizuje organizovanu kriminalnu grupu.⁴⁰ Organizovana kriminalna grupa je grupa od tri ili više lica, koja postoji određeno

40 O jezičkoj i nomotehničkoj „nezgrapnosti” date formulacije, vid. M. Škulić, 255.

vreme i deluje sporazumno u cilju vršenja jednog ili više krivičnih dela za koje je propisana kazna zatvora od četiri godine ili teža kazna, radi neposrednog ili posrednog sticanja finansijske ili druge koristi (član 112, stav 35. KZ). Kako se u sudskoj praksi naglašava, „organizovana kriminalna grupa funkcioniše kao entitet, što znači da su njeni članovi više od prostih saizvršilaca jer među njima postoji veći stepen kohezije” (AS u Beogradu Kž.1. Po.1 8/2011). Kao i prethodni, i ovaj oblik krivičnog dela supsidijarnog je karaktera i postojaće samo ako za takvo organizovanje nije predviđena teža kazna. Kao i kod prethodnog oblika, krivično delo je dovršeno organizovanjem organizovane kriminalne grupe. Takođe, i ovde za postojanje krivičnog dela nije potrebno da je došlo do izvršenja nekog od planiranih krivičnih dela. Izvršenje jednog ili više planiranih krivičnih dela zloupotrebe službenog položaja dovodi do sticaja u napred navedenom smislu. Na subjektivnom planu neophodan je direktni umišljaj učinioca.

Tako je primera radi, „počevši od 1. januara 2005. godine okrivljeni u Beogradu organizovao organizovanu kriminalnu grupu sa ciljem da radi sticanja dobiti na duže vreme, po unapred određenim ulogama i zadacima, uz primenu određenih pravila interne kontrole i discipline članova i korišćenjem poslovne strukture preduzeća, pripadnici organizovane kriminalne grupe vrše teška krivična dela protiv službene dužnosti, na taj način što je okrivljeni stvorio plan delovanja i dodelio uloge pojedinim pripadnicima organizovane grupe, koje se sastoje u tome da sačinjavaju, overavaju i upotrebljavaju poslovnu dokumentaciju sa neistinitim sadržajem i na ovaj način knjigovodstveno omogućuje fiktivan ulaz robe koja je nabavljena na crno i fiktivni izlaz robe koja je prodana na crno i da pri tome za sebe zadrže dogovorenu proviziju od vrednosti svake pojedinačne fakture” (VS u Beogradu K Po.1 210/10).

Lakši oblici krivičnog dela sastoje se u pripadanju grupi ili organizovanoj kriminalnoj grupi. Pripadanje grupi ili organizovanoj kriminalnoj grupi podrazumeva faktičko pristupanje njenom sastavu i relativno kontinuirano delovanje u skladu sa njenim interesima i ciljevima. U ovom obliku krivično delo udruživanja radi vršenja krivičnih dela predstavlja trajno krivično delo jer pristupanjem grupi ili organizovanoj kriminalnoj grupi nastaje neprekidno protivpravno stanje koje pripadnik svojim postupanjem kontinuirano produžava. U tom smislu, sudska praksa stoji na stanovištu da „postojanje pripadnikom grupe znači prihvatanje svog učešća u ostvarivanju njenih ciljeva, te izražavanju svoje saglasnosti da se učestvuje u grupi, a pripadnik grupe je ono lice koje je svesno da je član grupe i koje je spremno da učestvuje u njenim delatnostima” (AS u Beogradu Kž.1 5683/2011).

Kako se navodi, „okrivljeni su postali pripadnici kriminalne grupe stvorene u cilju vršenja krivičnih dela zloupotrebe službenog položaja i prihvatili njene aktivnosti kao svoje i izvršavali određene aktivnosti koje su se u konkretnim situacijama pred njih postavljale” (VS u Beogradu K Po.1 101/2010).

Teži oblik krivičnog dela sastoji se u organizovanju grupe ili organizovanju organizovane kriminalne grupe, koja ima za cilj vršenje teških krivičnih dela tj. krivičnih dela za koja se može izreći kazna zatvora od dvadeset godina ili zatvor od trideset ili četrdeset godina. Relevantan oblik krivice je direktni umišljaj. Sadržina umišljaja zavisi od toga da li se okolnost da je u pitanju grupa ili organizovana kriminalna grupa čiji je cilj vršenje krivičnih dela za koja se može izreći kazna zatvora

od dvadeset godina ili zatvor od trideset ili četrdeset godina, tretira kao objektivni uslov inkriminacije ili kao normativno obeležje bića krivičnog dela. U prvom slučaju izvršilac ne bi morao da zna da se za krivična dela obuhvaćena planom grupe ili organizovane kriminalne grupe može izreći kazna zatvora od dvadeset godina ili zatvor od trideset do četrdeset godina, dok bi u drugom slučaju morao da bude svestan te okolnosti.

Najzad, za organizatora grupe ili organizovane kriminalne grupe propisana je mogućnost izricanja kazne zatvora do tri godine ili oslobođenje od kazne ukoliko otkrije grupu ili organizovanu kriminalnu grupu ili na drugi način spreči izvršenje krivičnih dela radi čijeg je vršenja grupa ili organizovana kriminalna grupa organizovana. Privilegujuća okolnost, koja je istovremeno i fakultativni osnov za oslobođenje od kazne sastoji se u tome da organizator otkrivanjem grupe ili na drugi podoban način onemogućiti, tj. spreči izvršenje krivičnih dela radi čijeg je vršenja organizovana grupa ili organizovana kriminalna grupa. Sprečavanje, po prirodi stvari, pretpostavlja da grupa ili organizovana kriminalna grupa nije izvršila nijedno krivično delo radi čijeg je vršenja organizovana. I za pripadnika grupe ili organizovane kriminalne grupe takođe je propisana mogućnost alternativnog izricanja novčane kazne ili zatvora do jedne godine ili oslobođenja od kazne ukoliko otkrije grupu ili organizovanu kriminalnu grupu pre nego što je u njenom sastavu ili za nju učinio neko krivično delo, radi čijeg je vršenja grupa ili organizovana kriminalna grupa organizovana. Privilegujuća okolnost, koja je istovremeno i fakultativni osnov za oslobođenje sastoji se u tome da pripadnik grupe ili organizovane kriminalne grupe otkrije grupu ili organizovanu kriminalnu grupu pre nego što je u njenom sastavu ili za nju učinio neko krivično delo.

U oba slučaja u pitanju je institut stvarnog kajanja koji, iako to u zakonskom tekstu nije posebno naglašeno, pored otklanjanja posledice krivičnog dela i blagovremenosti datog postupanja (organizatora – da grupa ili organizovana kriminalna grupa još nije izvršila nijedno krivično delo radi čijeg je vršenja organizovana ili pripadnika – da u njenom sastavu ili za nju još nije učinio krivično delo radi čijeg je vršenja organizovana), pretpostavlja i dobrovoljnost, što znači da je odluka o tome bila rezultat slobodnog samoopredeljenja učinioa, tj. da njeno donošenje nije zavisilo isključivo od spoljnih okolnosti.⁴¹

5. ZAVRŠNE NAPOMENE I PERSPEKTIVA

I pored svih kontroverzi koje prate ovo krivično delo, moglo bi se reći da inkriminacija zloupotrebe službenog položaja već duže vreme na skoro neobjašnjiv način uspešno odoleva (neproverenim) najavama o njenom ukidanju. Kako se čini, dato stanje jeste posledica dve ključne okolnosti. Prva je veliki broj krivičnih postupaka koji se vode za ovo krivično delo, na čije smanjenje u većoj meri nije uticalo ni uvođenje krivičnog dela zloupotrebe položaja odgovornog lica.⁴² Druga okolnost

41 N. Delić, (2014), 161. i Z. Stojanović, N. Delić, 279–280. O dobrovoljnosti kao obaveznom uslovu za primenu instituta stvarnog kajanja vid. više, N. Delić, „Delo malog značaja i stvarno kajanje”, *Analiz Pravnog fakulteta u Beogradu*, Beograd 2/2014, 23–40.

42 Materijalnopravni kontinuitet datih inkriminacija je nakon Obaveznog uputstva Republičkog javnog tužioca na procesnopravnom planu imao za posledicu prekvalifikaciju velikog broja kri-

je to što primarna karakteristika aktuelne zakonodavne reforme posebnog dela krivičnog prava jeste naglašena kriminalizacija tj. propisivanje novih krivičnih dela, među kojima je i nemali broj onih čiji su zakonski opisi već obuhvaćeni postojećim krivičnim delima i čija egzistencija stoga nema svoje funkcionalno opravdanje.⁴³ Za razliku od naglašene kriminalizacije, dekriminalizacija kao značajan instrument za oblikovanje krivičnog prava i definisanje njegovog odnosa sa drugim oblicima društvene reakcije na društveno opasna ponašanja, potpuno je marginalizovana i svedena na ukidanje samo nekoliko krivičnih dela. Treba reći da je neopravdano zanemarivanje dekriminalizacije i afirmisanje kriminalizacije kao primarnog instrumenta zakonodavne reforme u neku ruku, posledica i „velike zablude” zakonodavca da dekriminalizacija, po prirodi stvari, uvek vodi slabljenju protektivne funkcije krivičnog prava, što naravno, nije tačno budući da isto tako može voditi i intenzivnijoj krivičnopravnoj represiji u odnosu na teža krivična dela.

Kada je reč o tome kakvu perspektivu u sledećoj fazi aktuelne zakonodavne reforme može da ima krivično delo zloupotrebe službenog položaja, u vidu bi trebalo imati sledeća rešenja.

Uvođenje zakonskog supsidijariteta – intervencija zakonodavca koja bi se po uzoru na rešenje koje je prihvaćeno za krivično delo zloupotrebe položaja odgovornog lica,⁴⁴ sastojala u unošenju u zakonski opis pravila da krivično delo postoji samo ukoliko nisu ostvarena obeležja nekog drugog krivičnog dela. Naime, razlog zbog kojeg je prilikom donošenja ZID KZ iz 2016. godine kod krivičnog dela zloupotrebe položaja odgovornog lica predviđen zakonski supsidijaritet jeste upravo neopravdano široko korišćenje ove inkriminacije od strane sudske prakse i njena primena nezavisno od ispunjenosti obeležja bića nekog drugog krivičnog dela. Podsećanja radi, prividni idealni sticaj postoji kada su jednom radnjom ostvarena bića dva ili više krivičnih dela koja su u takvom odnosu da dolazi do primene bića samo jednog krivičnog dela. Odnos među ostvarenim krivičnim delima primarno karakteriše to što nepravo jednog krivičnog dela na odgovarajući način (specijalitet, supsidijaritet i konsumpcija) obuhvata ili isključuje nepravo drugog/ih krivičnog dela. U slučaju supsidijariteta, biće jednog krivičnog dela, koje je supsidijarno, može se primeniti samo ukoliko ne dolazi u obzir primena primarnog krivičnog dela, pri čemu pravna zaštita koja je obezbeđena jednim krivičnim delom obuhvata u celini ili delimično i pravnu zaštitu koja je data drugim krivičnim delom tj. kod ostvare-

vičnih dela zloupotrebe službenog položaja kada se kao izvršilac javlja odgovorno lice u krivično delo zloupotrebe položaja odgovornog lica. Pri tome, prema stavu Vrhovnog kasacionog suda, „iz razloga što je radnja krivičnog dela ostala neizmenjena sud nije u obavezi da saglasno izvršenoj prekvalifikaciji krivičnog dela izvrši izmenu činjeničnog opisa krivičnog dela u odnosu na činjenični opis iz dispozitiva optužnice” (Kzz. 1241/2015). No, uprkos ovakvom stavu najviše sudske instance, u jednom, moglo bi se slobodno reći, nezanemarljivom broju slučajeva dolazi do podnošenja odgovarajućih pravnih lekova u kojima se po pravilu, ističe da je datom prekvalifikacijom povređeno načelo zakonitosti. Vrhovni kasacioni sud pak, u svim svojim odlukama deciderano navodi da se ovde ne radi o novom krivičnom delu i da je stoga nesporan pravni kontinuitet krivičnog dela zloupotrebe položaja odgovornog lica sa krivičnim delom zloupotrebe službenog položaja (Kzz. 467/2014; Kzz. 3/2015; Kzz. 551/2015 i Kzz. 459/2016). N. Delić, (2017), 49.

43 Vid. N. Delić, (2014), 233–234.

44 Vid. N. Delić, (2017), 60–61.

nih krivičnih dela postoji makar i delimično poklapanje zaštitnih objekata. Formalni, zakonski supsidijaritet direktno izražen kroz formulaciju „ukoliko nisu ostvarena obeležja nekog drugog krivičnog dela” je u našem krivičnom zakonodavstvu do sada bio veoma retko predviđen. Za razliku od materijalnog, formalni supsidijaritet ne ispunjava osnovnu pretpostavku supsidijariteta, a to je da se radi o prethodnom i kasnijem stadijumu jednog krivičnog dela koji su izvršeni naposredno jedan za drugim. U slučaju zakonskog supsidijariteta preduzimanjem jedne radnje izvršenja istovremeno nastaju dva krivična dela, pri čemu jedno delo sadrži sva obeležja drugog krivičnog dela, ali nisu ispunjeni uslovi za primenu principa specijaliteta i stoga zakonodavac posebnom normom prednost daje jednom od ostvarenih dela.⁴⁵ U slučaju materijalnog supsidijariteta pak, zakonodavac sudskoj praksi prepušta da o njegovom postojanju zaključuje na osnovu analize odnosa realnog sadržaja učinjenih krivičnih dela. Otuda se može zaključiti da zakonodavac zakonskom supsidijaritetu pribegava samo u slučajevima kada nema dovoljno poverenja u kreativnu ulogu sudske prakse i smatra da isključivo eksplicitno pravilo „ima snagu” da primenu određene inkriminacije svede u njene realne okvire.

Uvođenje posebnog krivičnog dela zloupotrebe poverenja u vršenju službene dužnosti – intervencija zakonodavca koja bi se po uzoru na rešenje koje je prihvaćeno u glavi krivičnih dela protiv privrede, u koju je donošenjem ZID KZ iz 2016. godine uneto krivično delo zloupotrebe poverenja u obavljanju privredne delatnosti (član 224a KZ),⁴⁶ sastojala u propisivanju novog krivičnog dela koje bi predstavljalo specijalni vid krivičnoppravne reakcije u oblasti vršenja službene dužnosti.

Dato rešenje bi takođe, po uzoru na rešenje iz glave krivičnih dela protiv privrede, bilo kompatibilno sa prethodno navedenim rešenjem tj. propisivanjem zakonskog supsidijariteta za krivično delo zloupotrebe službenog položaja.

Dekriminalizacija (ukidanje) krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja – data intervencija zakonodavca bi sa jedne strane, imala za posledicu afirmisanje posebnih krivičnih dela iz glave krivičnih dela protiv službene dužnosti, a u zavisnosti od načina i vrste koristi koja se stiče izvršenjem krivičnog dela. Sa druge strane pak, dovela bi i do kriminalno-politički opravdanog „oživljavanja”, u praksi do sada uglavnom zapostavljenog, krivičnog dela zloupotrebe poverenja (član 216. KZ) kao i do primene drugih, odgovarajućih imovinskih krivičnih dela. U datoj konstelaciji krivičnih dela protiv imovine krivično delo zloupotrebe poverenja bi se primenjivalo u slučajevima kada se zloupotrebljavaju ovlašćenja koja se odnose na zastupanje imovinskih interesa određenog lica ili na staranje o njegovoj imovini, dok bi se radnje koje po svojoj prirodi ne predstavljaju zloupotrebu ovlašćenja podvodile pod zakonski opis drugih krivičnih dela iz ove glave, kao npr. krivičnog dela prevare (član 208. KZ).

Ovo rešenje bi takođe, moglo biti kompatibilno sa uvođenjem posebnog krivičnog dela zloupotrebe poverenja u vršenju službene dužnosti.

45 Đ. Lazin smatra da ovde i nije reč o supsidijaritetu već o „prividnom idelanom sticaju na osnovu samog zakona”. Đ. Lazin, *Prividni idelani sticaj krivičnih dela*, Beograd 1982, 88.

46 Vid. Z. Stojanović, (2017), 715–716.

Delimična dekriminalizacija krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja – intervencija zakonodavca koja bi podrazumevala sveobuhvatnu, strukturalnu i sadržinsku analizu ekstenzivno postavljene kažnjive zone ovog krivičnog dela i shodno tome, eventualno sužavanje i preciziranja sadržinskog supstrata date inkriminacije kroz uspostavljanje odgovarajućeg (potrebnog) balansa između apstrakcije i generalizacije i nužne kazuistike.

Bez obzira na to za koje rešenje se zakonodavac bude odlučio („adekvatno” ili „kompromisno”) mora se imati na umu da afirmisanje načela zakonitosti, u vidu postizanja nomotehničke eksplicitnosti i sadržinske jednoznačnosti, kao i afirmisanje načela pravne sigurnosti i uspostavljanje stabilne normativne osnove za ujednačenu sudsku praksu u svakom slučaju zahteva istančanu instrumentalnu racionalnost koja će se praktično manifestovati tako što će neophodna krivičnopravna zaštita biti postavljena u granicama koje predstavljaju ekvivalent njenih specifikovanih realnih potencijala i rezultantu funkcionalne sprege sa načelom legitimeteta.⁴⁷

Na samom kraju treba reći još i to da je perspektiva krivičnog dela zloupotrebe službenog položaja po prirodi stvari povezana i sa pitanjem da li krivičnim delima protiv korupcije treba dodati i krivično delo nezakonitog bogaćenja koje je sadržano u odredbi člana 20. Konvencije Ujedinjenih nacija protiv korupcije iz 1999. godine, za koje je predviđeno da države potpisnice imaju obavezu da razmotre mogućnost njegovog uvođenja u nacionalna zakonodavstva polazeći od svojih ustava i osnovnih načela pravnog sistema.

U krivičnopravnoj teoriji prisutni su razlozi *pro et contra* uvođenja ovog krivičnog dela. Razlozi koji idu u prilog uvođenju inkriminacije nezakonitog bogaćenja jesu sledeći: pretpostavka (zasada nepotvrđena) da bi data inkriminacija prvenstveni značaj imala u suzbijanju tzv. sistemske korupcije i korupcije koju vrše predstavnici političke vlasti i, s obzirom na način na koji je inkriminacija definisana u Konvenciji, dokazivanje ovog krivičnog dela u praksi ne bi trebalo da predstavlja problem budući da je za njegovo postojanje dovoljno da se utvrdi znatna razlika između vrednosti imovine koju je javni funkcioner imao u momentu stupanja na funkciju i u nekom kasnijem momentu, u toku ili posle prestanka funkcije, pod uslovom da ne može da dokaže da je imovinu stekao na zakonit način. Razlozi protiv uvođenja inkriminacije nezakonitog bogaćenja jesu sledeći: iako nema dovoljno argumenata da se tvrdi da bi inkriminacija bila protivustavna i da krši pravo svojine, ona bi faktički, ipak, vodila izvesnom ograničenju prava svojine budući da bi svako (istina, manji broj pojedinaca) ko prihvati političku ili drugu funkciju bio podvrgnut kontroli i preispitivanju imovine a, takođe, izložen riziku da bude osuđen iako nije vršio koruptivna krivična dela; sporno je da li bi se i u kojoj meri ova inkriminacija u praksi primenjivala u odnosu na javne funkcionere; definicija ovog krivičnog dela koja je data u članu 20. Konvencije vrlo je uopštena i teško da se može prilagoditi nomotehničkim standardima našeg krivičnog prava; iz razloga što je teret dokazivanja na okrivljenom koji mora da dokaže da je imovinu stekao na zakonit način, dovodi se u pitanje poštovanje pretpostavke nevinosti; s tim u vezi, dovodi se u

47 O opštim problemima krivičnopravne zaštite vid. više, Z. Stojanović, *Krivično pravo, opšti deo*, Beograd 2018, 64–67.

pitanje i pravo okrivljenog na odbranu koje, pored ostalog, podrazumeva i pravo na ćutanje – u kom slučaju bi okrivljeni neminovno bio osuđen; takođe, nejasno je šta je osnov odgovornosti kod ovog krivičnog dela – da li je preduzeta radnja izvršenja ili posedovanje određene imovine; negativno je to što ovo krivično delo po svojoj prirodi i dejstvima, u velikoj meri, podseća na ranije postojeći i kompromitovani institut porekla imovine i, najzad, ukoliko bi se zakonodavac odlučio da uvede ovo krivično delo, vrlo ozbiljan problem može biti na koji način definisati pojedina obeležja njegovog bića jer je jedino nesporno da bi objekt bila imovina koja nije u skladu sa zakonitim prihodima, tj. imovina koja je znatno iznad toga, dok bi prilikom propisivanja svih ostalih obeležja prethodno trebalo razrešiti nemali broj dilema – u vezi sa radnjom izvršenja sporno je da li treba da obuhvati propuštanje da se prijavi stečena imovina, posedovanje imovine koja je znatno iznad zakonitih prihoda ili sticanje date imovine; u odnosu na krug izvršilaca, sporno je da li to mogu biti svi funkcioneri, samo neki funkcioneri ili svi građani; takođe, sporno je i da li treba posebno propisati obavezno oduzimanje imovine koja prelazi zakonitu zaradu; zatim, da li predvideti poseban osnov isključenja protivpravnosti u slučaju da učinilac učini verovatnim da je imovina stečena na zakonit način i, najzad, sporno je kako rešiti pitanje sticaja ovog krivičnog dela i krivičnog dela prikrivanja (da li propisivanjem posebnog oblika krivičnog dela nezakonitog bogaćenja kod kojeg bi izvršilac bilo lice na koje je imovina prenet) kao i pitanje njegovog odnosa sa drugim sličnim krivičnim delima.⁴⁸ Nakon rečenog, ostaje da se vidi da li će zakonodavac i u ovom slučaju, iz egzaktno nepotvrđenih kriminalno-političkih razloga, odstupiti od opšteprihvaćenih načela krivičnog prava i u postojeći sistem, čija je kohezija u određenoj (velikoj) meri već narušena,⁴⁹ uneti još jednu sadržinski i nomotehnički spornu inkriminaciju.⁵⁰

LITERATURA

- Atanacković, D. (1981): *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd,
- Babić, M, Marković, I. (2013): *Krivično pravo, posebni dio*, Banja Luka,
- Babić, M, Marković, I. (2015): *Krivično pravo, opšti dio*, Banja Luka,
- Vuković, I. (2007): „Krivično delo zločinačkog udruživanja i njegova obeležja (član 246. KZ)”, u: *Primena međunarodnog krivičnog prava – organizovani kriminal*, Tara,
- Vuković, I. (2008): *Pokušaj krivičnog dela*, DD, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd,
- Vuković, I. (3/2016): „Značaj određenosti dela izvršioca za postojanje podstrekavanja i javno pozivanje na vršenje krivičnog dela”, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd,
- Grupa autora, urednik Derenčinović, D. (2013): *Posebni dio kaznenog prava*, Zagreb,
- Grupa autora, redaktor Stajić, A. (1986): *Komentar Krivičnog zakona SFRJ*, Beograd,
- Delić, N. (2009): *Nova rešenja opštih instituta u Krivičnom zakoniku Srbije*, Beograd,

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

49 Vid. više, N. Delić, (2014), 234–236.

50 Upor. D. Kolarić, „Pogled na Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika – privredna krivična dela”, u: *Privredna krivična dela*, Beograd 2017, 42–43.

- Delić, N. (4–6/2012): „Osvrt na koruptivna krivična dela u Krivičnom zakoniku Republike Srbije”, *Pravo i privreda*, Beograd,
- Delić, N. (2/2014): „ Delo malog značaja i stvarno kajanje”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Beograd,
- Delić, N. (2014): *Nova rešenja u posebnom delu Krivičnog zakonika Srbije*, Beograd,
- Delić, N. (2017): „Zloupotreba položaja odgovornog lica – sudska praksa i doktrinarni stavovi”, u: *Privredna krivična dela*, Beograd,
- Jovančević, N. (1/2010): „Načelo zakonitosti i krivično delo zloupotreba službenog položaja”, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, Novi Sad,
- Jocić, D. (2/2013): „Zloupotreba službenog položaja i položaja odgovornog lica”, *Bilten Vrhovnog kasacionog suda*, Beograd,
- Kolarić, D. (2005): „Međunarodni standardi u oblasti borbe protiv korupcije i nacionalno krivično zakonodavstvo”, u: *Unapređenje harmonizacije zakonodavstva Republike Srbije sa međunarodnim standardima za borbu protiv korupcije*, Beograd,
- Kolarić, D. (9/2013): „Nacionalna strategija za borbu protiv korupcije i izmene Krivičnog zakonika”, *Pravni život*, Beograd,
- Kolarić, D. (2017): „Pogled na Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika – privredna krivična dela”, u: *Privredna krivična dela*, Beograd,
- Lazarević, Lj. (1988): *Krivično pravo Jugoslavije, posebni deo*, Beograd,
- Lazin, Đ. (1982): *Prividni idelani sticaj krivičnih dela*, Beograd,
- Perović, Z. (2001): „Krivično delo zloupotrebe službenog položaja”, u: *Privredni kriminal i korupcija*, Beograd,
- Simović-Hiber, I. (2007): *Sistem rasprava o ideji vladavine prava, osnovama krivičnog zakona, pojmu zločinačke grupe i internacionalizaciji krivičnog prava*, Beograd,
- Srzić, N, Stajić, A. (1980): *Krivično pravo, opšti i posebni deo*, Sarajevo,
- Stojanović, Z. (2012): „Krivično delo nezakonitog bogaćenja – razlozi za i protiv uvođenja”, u: *Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva*, Zlatibor,
- Stojanović, Z. (2017): *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd,
- Stojanović, Z. (2018): *Krivično pravo, opšti deo*, Beograd,
- Stojanović, Z, Kolarić, D. (2014): *Krivičnopravno suzbijanje organizovanog kriminaliteta, terorizma i korupcije*, Beograd,
- Stojanović, Z, Delić, N. (2018): *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd,
- Tahović, J. (1953): *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd,
- Tahović, J. (1957): *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd,
- Čirić, J. (2008): „Izveštaj GRECO-a o stanju korupcije u Srbiji”, u: *Borba protiv organizovanog kriminaliteta u Srbiji. Od postojećeg zakonodavstva do sveobuhvatnog predloga reforme*, Beograd,
- Čirić, J. (2008): „Korupcija”, u: *Borba protiv organizovanog kriminaliteta u Srbiji. Od postojećeg zakonodavstva do sveobuhvatnog predloga reforme*, Beograd,
- Čirić, J. (2012): „Zloupotreba službenog položaja – za i protiv”, u: *Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva*, Beograd,
- Škulić, M. (2015): *Organizovani kriminalitet – pojam, pojavni oblici, krivična dela i krivični postupak*, Beograd.

KORIŠĆENE SUDSKE ODLUKE

Osnovni sud u Beogradu: Kž. 2013/1991; Kž. 283/1993; Kž. 542/1994; Kž. 942/1994; Kž. 1394/2000; Kž. 313/2001; Kž. 3098/2004; Kž. 903/2005; Kž. 353/2006; Kž. 1684/2006; Kž. 3331/2006. i Kž. 165/2007.

Osnovni sud u Čačku: Kž. 545/2007. i Kž. 255/2008.

Osnovni sud u Jagodini: 6K 13/2013.

Osnovni sud u Valjevu: Kž.I 309/2009.

Viši sud u Beogradu: K. Po.1 66/2010; K. Po.1 101/2010; K. Po.1 210/2010; K Po.1 253/2010; K Po.1 71/2014. i Kž.1 95/2014.

Apelacioni sud u Beogradu: Kž.1 2130/2010; Kž.1 3919/2010; Kž.1 Po. 1 8/2011; Kž.1 5683/2011; Kž.1 Po.1 8/2012; Kž.1 Po. 1 6/2013; Kž.1 Po.1 14/2013; Kž.1 Po.1 20/2013; Kž.1 Po.1. 116/2013; Kž.1 Po.1 4/2015. i Kž.1 Po.1 9/2017.

Apelacioni sud u Novom sadu: Kž.2 2080/2011. i Kž.1 1343/2012.

Apelacioni sud u Kragujevcu: Kž. 338/2010; Kž. 4317/2012. i Kž. 110/2013.

Vrhovni sud Srbije i Vrhovni Kasacini sud Srbije: Kž.I 246/1977; Kž. 872/1999; Kzz. 26/2001; Kž.I OK 3/2006; Kzz. 23/2007; Kž. 1285/2007; Kzz. 177/2010; Kzz. 20/2011; Kzz. 34/2014; Kzz. 95/2014; Kzz. 467/2014; Kzz. 3/2015; Kzz. 366/2015; Kzz. 551/2015; Kzz. 1241/2015; Kzz. OK 9/2016; Kzz. 207/2016; Kzz. 260/2016; Kzz. 459/2016; Kzz. 1535/2016. i Kzz.1539/2016.

Nataša Delić

Faculty of Law, University of Belgrade

THE CRIME OF ABUSE OF POSITION OF OFFICIAL AUTHORITY (Article 359. CC) – STATE AND PERSPECTIVE

SUMMARY

In this work the author deals with the numerous controversial questions that are present in judicial practice and legal doctrine regarding the crime of the abuse of position of official authority. This crime has the characteristics of an elementary and general crime against official duty. It is an elementary (basic) crime because most crimes against official duty are crimes of abuse. It is also a general crime because a large amount of crimes (not just from this chapter) represent the special forms of this crime. This crime is also a factual subsidiary. Although the crime of abuse of position of official authority, being a general and subsidiary crime, exists only if another special and primary crime has not been committed, the judicial practice usually disregards this important fact and instead applies the crime of abuse of official authority regardless of whether the markings of another crime have been fulfilled. This is one of the reasons why a part of the expert public holds the opinion that this crime should be abolished. Despite this, the crime of abuse of position of official authority has not been decriminalized (so far), but instead it merely had its normative content changed.

In the first part of this work, the author points out the basic characteristics of the crimes against official duty with a special focus on corruptive crimes which include the crime of abuse of position official authority. The second part of the work contains the description

and analysis of particular markings of the being of the crime of abuse of official authority: the acts of committing the crime, its consequences in the strict sense and the relevant form of guilt. Special attention is given to the legal nature of the more severe forms of this crime. The author also deals with the questions of incitement, attempt and extended crime. While dealing with certain questions the author compares different doctrinary points of view and describes illustrative court decisions. In the third part of the work the author considers the crime of abuse of official authority as a form of organized crime and this is backed up by a number of court decisions. At the end of the work the author concludes that the perspective of this crime should be viewed through several legal solutions: introducing legal subsidiarity for the crime of abuse of position of official authority; introducing the special part of abuse of trust while performing official duty; decriminalization (abolition) of the crime of abuse of position of official authority or partial decriminalization of the crime of abuse of position of official authority. In the given context, the author points out that the perspective of the crime of abuse of position of legal authority is by its nature connected with the question of whether or not the crime of unjust enrichment should be added to the crimes of corruption.

Key words: Abuse of position of official authority, Crimes against official duty, Abuse of the position of authority, Crimes against economy, Criminal Code of Serbia.

Goran P. Ilić*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

NAČELO NE BIS IN IDEM U PREKRŠAJNOM POSTUPKU

Apstrakt: U radu je razmotreno pitanje delovanja načela *ne bis in idem* u prekršajnom postupku. Autor podseća da je načelo *ne bis in idem* uzdignuto na nivo osnovnog ljudskog prava, a zatim analizira postojeću zakonsku regulativu i njenu usklađenost sa članom 34 stav 4 Ustava. On ukazuje na nedostatke važećih zakonskih rešenja, kao i dileme koje u doktrini postoje u vezi s njihovim tumačenjem. Autor najpre razmatra dejstvo *res iudicata* na prekršajni postupak i u vezi s tim istražuje neusklađenost koja postoji između člana 8 st. 1, 3 i 4 i člana 248 stav 1 tač. 3 i 4 Zakona o prekršajima. Potom usmerava analizu na mogućnost paralelnog vođenja prekršajnog i drugog „krivičnog” postupka. Autor smatra da zakonodavac nije uskladio vrstu odluka prekršajnog suda s razlozima iz kojih se one donose. Jedna od najspornijih stvari jeste rešenje o obustavi prekršajnog postupka, tačnije okolnost da se ono donosi ne samo zbog postojanja neatklonjivih, već i usled postojanja otklonjivih procesnih smetnji. To stvara dileme u doktrini prilikom pokušaja da se odgovori na pitanje koju odluku treba doneti kada se u toku prekršajnog postupka sazna da se za isto delo vodi krivični postupak. U svojoj analizi autor se osvrće i na pitanje u kojoj meri se u doktrini i sudskoj praksi vodi računa o stavovima Evropskog suda za ljudska prava. On ističe da se u teoriji uzimaju u obzir pre svega stavovi koje je Evropski sud izneo u presudi *Zolotuhkin protiv Rusije*, dok se veoma malo govori o presudi *A. i B. protiv Norveške*, a gotovo nikakva pažnja se ne posvećuje značenju koje Evropski sud pridaje pojmu novog postupka u smislu člana 4 stav 1 Protokola broj 7 uz EKLJP.

Ključne reči: ne bis in idem, prekršajni postupak, krivični postupak, ljudska prava, Ustav, Ustavni sud, Evropska konvencija o ljudskim pravima, Evropski sud za ljudska prava.

1. UVODNE NAPOMENE

Pravilo *ne bis in idem* (*ne dvaput o istom*) se u kazenoj materiji uobičajeno određuje kao procesno načelo koje sprečava primenu državnog *ius puniendi* prema licu protiv koga je u vezi s istom kaznenom stvari postupak vođen ili mu je izrečena kazna. Reč je pre svega o zabrani ponovnog suđenja (*nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*) koja se vezuje za nemogućnost ponovnog gonjenja¹ ako je povodom iste krivične stvari već pravnosnažno okončan postupak, bez obzira na to da li je u njemu izrečena kazna. Pored toga, isključena je mogućnost ponovnog

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

1 Nemogućnost ponovnog suđenja je potrebno posmatrati kao zabranu ponovnog gonjenja za kazneno delo koje je bilo predmet pravnosnažno okončanog postupka. Taj stav zastupa i Evropski sud za ljudska prava (*Nikitin v. Russia*, 50178/99, 20. 7. 2004, § 3). Goran P. Ilić (2017a), „Načelo ne bis in idem u praksi Evropskog suda za ljudska prava”, *Strani pravni život* 3/2017, 23.

kažnjavanja za isto delo (*nemo debet bis puniri pro uno delicto*), a to pretpostavlja da je prethodni postupak završen pravnosnažnom osudom i izricanjem kazne.²

U doktrini kaznenog prava se procesno dejstvo načela *ne bis in idem* razmatra prvenstveno u odnosu na pravnosnažno okončan postupak,³ što je donekle i razumljivo ako se ima u vidu način na koji je normativno uređena zabrana „dvostrukog ugrožavanja”.⁴ U najboljem slučaju pojedini autori ističu da načelo *ne bis in idem* predstavlja jemstvo da niko ne može, ni paralelno ni sukcesivno, dva ili više puta da se javi kao okrivljeni za isto krivično delo.⁵

Nemogućnost vođenja paralelnih postupaka u vezi sa istom *causa criminalis* posledica je načela *ne bis in idem*, tačnije njegovog aspekta koji se odnosi na nedopuštenost istovremenog vođenja više procesa između istih stranaka. Reč je o pravilu litispendingije (*litispendingio*) koje, prema doktrini građanskog procesnog prava,⁶ zajedno sa pravilom o nedopuštenosti nove parnice o pravnosnažno presuđenom zahtevu predstavlja izraz principa neponovivosti (*ne bis in idem*). I među teoretičarima krivičnog procesnog prava ima zastupnika gledišta da se domašaj načela *ne bis in idem*, odnosno neponovljivost svojstva stranke u istoj krivičnoj stvari odnosi ne samo na pravnosnažno presuđene stvari, nego i na postupak u toku.⁷ U skladu s tim se, kada je reč o istom licu i istom delu, pozivanjem na pravilo *ne bis in idem* sprečavaju ili na drugi način uređuju: 1) konkurentna nadležnost u heterogenim jurisdikcijama; 2) dvostruko ugrožavanje pred raznorodnim kaznenim organima iste države; 3) ponavljanje pravnosnažno okončanog postupka pred istorodnim organima iste države.⁸

- 2 Vanja Bajović (2014), „Načelo *ne bis in idem*”, *Kaznena reakcija u Srbiji IV deo Tematska monografija* (ured. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014, 239.
- 3 Jean Pradel, *Droit pénal comparé*, Dalloz, Paris 20164, 560, 561; Nataša Mrvić Petrović (2014a), *Komentar novog Zakona o prekršajima sa specijalnim prilogom: najznačajnije novine u Zakonu kroz odgovore na pitanja – autor dr Mirjana Šušnjara – i tekstom Zakona o prekršajima* („Sl. glasnik RS”, br. 65/2013), Paragraf Co., Paragraf Lex, Nova Pazova, Beograd 2014, 18; Igor Vuković, *Prekršajno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015, 143, 144.
- 4 Zabrana „dvostrukog ugrožavanja” (*Double Jeopardy Clause*) obuhvata, prema stavu Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država, tri odvojena ustavna jemstva: zaštitu od ponovnog gonjenja za isto delo nakon oslobođenja od optužbe, zaštitu od ponovnog gonjenja za isto delo nakon izricanja osude i zaštitu od višestrukog kažnjavanja za isto krivično delo. Corissa Byrne Hessick, F. Andrew Hessick, „Double Jeopardy as a Limit on Punishment”, *Cornell Law Review* Vol. 97 1/2011, 49. Na sličan način i Vrhovni sud Kanade tumači domašaj zabrane „dvostrukog ugrožavanja”. Pierre Béliveau, Martin Vauclair, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, Faculté de droit Université de Montréal, Montréal 20007, 861–873.
- 5 Momčilo Grubač, Tihomir Vasiljević, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, trinaesto izdanje – prema Zakoniku iz 2011, Beograd 2014, 41; Nataša Delić, Vanja Bajović, *Priručnik za prekršajno pravo*, Službeni glasnik, Beograd 2018, 21.
- 6 Borivoje Poznić, *Komentar Zakona o parničnom postupku Prema tekstu Zakona iz 1976. godine sa docnijim izmenama i dopunama*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Službeni glasnik, Beograd 2009, 474.
- 7 Tihomir Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Savremena administracija, Beograd 19813, 117.
- 8 Goran P. Ilić, Miodrag Majić, Slobodan Beljanski, Aleksandar Trešnjev, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku Prema Zakoniku iz 2011. godine i dopunama iz 2011. godine*, Službeni glasnik, Beograd 2012, 66. Nasuprot tome, Pavišić pravi razliku između pravila *ne bis in idem* koje se odnosi na *idem factum* (ili ređe na *idem delictum*) i konkurencije litispendingija koja

Primetno je da se krivična doktrina ne upušta u detaljniju analizu pravila litispendencije, za razliku od teoretičara građanskog postupka koji u prilog ove procesne ustanove navode iste argumente koje ističu u prilog pravnosnažnosti.⁹ Radi se o celishodnosti, tj. o neekonomičnosti vođenja dve parnice u istom pravnozaštitnom cilju, opasnosti od donošenja protivrečnih odluka čime bi bila ugrožena pravna sigurnost, i preopterećenosti sudova dvostrukim parnicama u istoj stvari i izloženosti stranaka dvostrukim troškovima. Ovakva „sudržanost” krivično procesne teorije bi se iz perspektive standarda ljudskih prava i osnovnih sloboda u krivičnom postupku mogla pozitivno oceniti, s obzirom da se argumentom istog pravnozaštitnog cilja teško može braniti mogućnost paralelnog vođenja postupaka protiv istog lica za dva *raznovrsna* kaznena dela. O tome će biti više reči u redovima koji slede.

2. NAČELO NE BIS IN IDEM KAO OSNOVNO LJUDSKO PRAVO

O značaju koji se danas pridaje načelu *ne bis in idem* svedoče odredbe ustavnog ranga i međunarodnih dokumenata koji ga uzdižu na nivo osnovnog ljudskog prava. Tako je u članu 34 stav 4 Ustava¹⁰ predviđeno da niko ne može biti gonjen ni kažnjen za krivično delo za koje je pravnosnažnom presudom oslobođen ili osuđen ili za koje je optužba pravnosnažno odbijena ili postupak pravnosnažno obustavljen, niti sudska odluka može biti izmenjena na štetu okrivljenog u postupku po vanrednom pravnom leku. Istim zabranama podleže vođenje postupka za neko drugo kažnjivo delo.

Načelo *ne bis in idem* sadržano je u odredbi člana 14 stav 7 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima¹¹ koji jemči da niko ne može biti krivično odgovoran ili kažnjen zbog dela za koje je već bio oslobođen ili osuđen konačnom presudom u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom svake zemlje. Kada je reč o regionalnim dokumentima o ljudskim pravima treba pomenuti Protokol broj 7 (22. novembar 1984) uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.¹² Slično odredbi prethodno navedenog međunarodnog dokumenta, u članu 4 stav 1 Protokola broj 7 uz EKLJP je propisano da se nikome ne može ponovo suditi niti se može ponovo kazniti u krivičnom postupku u nadležnosti iste države za delo zbog koga je već bio pravosnažno oslobođen ili osuđen u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom te države.¹³

podrazumeva mogućnost da različita tela započnu postupak protiv jednog lica kao okrivljenog za isti događaj. Berislav Pavišić, *Komentar Zakona o kaznenom postupku*, Dušević & Kršovnik d.o.o., Rijeka 2011, 108.

9 B. Poznić, 474.

10 Ustav Republike Srbije – Ustav, *Službeni glasnik RS* 98/2006.

11 Zakon o ratifikaciji Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori* 7/1971.

12 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-ispavka i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori* 12/2010 i 10/2015.

13 O značaju koji ima član 4 Protokola broj 7 uz EKLJP svedoči i to što navedena odredba spada u „tvrdo jezgro” ljudskih prava. Drugim rečim, ona se ne može primenom član 15 stav 1 EKLJP

Jedan od uslova za primenu člana 4 stav 1 Protokola broj 7 uz EKLJP odnosi se na „krivičnu” (ili kaznenu) prirodu postupka. U pitanju je jedan od autonomnih pojmova koji je stvoren u praksi Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: Evropski sud ili ESLJP), a ocena se vrši uz pomoć kriterijuma uspostavljenih u predmetu *Engel i drugi protiv Holandije*.¹⁴ Tom prilikom se uzima u obzir kvalifikacija dela u unutrašnjem pravu, priroda dela i strogost propisane sankcije. U slučaju da se uz pomoć prvog kriterijuma utvrdi da je delo kvalifikovano kao krivično, nema potrebe za uvođenjem nekog od preostalih kriterijuma. Međutim, ako delo u unutrašnjem pravu nije predviđeno kao krivično, ono se može smatrati takvim pod uslovom da se po svojoj prirodi ili prirodi i stepenu strogosti propisane sankcije može svrstati u krivičnu oblast u smislu Evropske konvencije o ljudskim pravima. Iako su drugi i treći kriterijum alternativno postavljeni, nije isključena mogućnost njihove kumulativne primene prilikom ocene da li je reč o krivičnom delu.¹⁵

Dosadašnja strazburška praksa potvrđuje da se prekršaji svrstavaju u „krivična” tj. kaznena dela,¹⁶ pri čemu je za našu zemlju od naročitog značaja presuda *Milenković protiv Srbije*.¹⁷ U konkretnom slučaju bilo je presudno to što je u odluci prekršajnog organa izričito navedeno da je podnosilac predstavke kriv, *inter alia*, za udaranje i povrede oštećenog, tako da fizički napad (*the physical attack*), bez obzira na pravnu kvalifikaciju dela iz člana 6 stav 3 Zakona o javnom redu i miru,¹⁸ predstavlja jedan od elemenata prekršaja.¹⁹ Budući da je nakon pravnosnažne osude za prekršaj podnosilac predstavke u krivičnom postupku oglašen krivim za krivično delo nanošenja teških telesnih povreda iz člana 121 stav 2 Krivičnog zakonika²⁰ koje se odnosi na isto ponašanje za koje je kažnjen u prekršajnom postupku, i suštinski iste činjenice, Evropski sud je utvrdio povredu člana 4 Protokola broj 7 uz EKLJP.²¹

U domaćoj doktrini je prilikom komentarisanja presude *Milenković protiv Srbije* bilo mišljenja da izlaz iz „logičkog ćorsokaka” treba potražiti na procesnom planu, tj. u smislu odgovarajućih rešenja koja bi omogućila okončanje prekršajnog postupka bez aktiviranja *res iudicata*.²² S tim u vezi, valja podsetiti da je Veliko veće

staviti van snage u doba rata ili druge javne opasnosti koja pretila opstanku nacije (član 4 stav 3 Protokola broj 7 uz EKLJP)

14 *Engel and Others v. the Netherlands*, 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8. 6. 1976, §§ 82, 83.

15 Vid. G. P. Ilić (2017a), 23, 24.

16 O razvoju prakse ESLJP, a naročito o pojmu istog dela (*idem*) vid. *Ibid.*, 28–32.

17 *Milenković v. Serbia*, 50124/13, 1. 3. 2016.

18 Zakon o javnom redu i miru, *Službeni glasnik RS* 51/1992, 53/1993, 67/1993, 48/1994, 85/2005 – dr. zakon i 101/2005 – dr. zakon).

19 *Milenković v. Serbia*, §§ 41, 42.

20 Krivični zakonik, *Službeni glasnik RS* 85/2005, 88/2005 – ispravka, 107/2005 – ispravka, 72/2009, 111/2009, 121/2012 i 104/2013.

21 *Milenković v. Serbia*, §§ 48, 49.

22 Bajović smatra da je suština strazburškog tumačenja u tome što akcenat stavlja na interes pojedinca i njegovu zaštitu od države i višestrukih kaznenih progona i kažnjavanja. Na drugoj strani, Kolarić i Marković iznose gledište da Evropski sud zanemaruje autentičnosti onih sistema koji štite raznorodne vrednosti različitim vrstama kaznenih delikata, pa bi prilikom zakonodavnih izmena valjalo imati u vidu naročito presudu *Oliveira protiv Švajcarske (Oliveira v. Switzerland*,

Evropskog suda donošenjem presude *A. i B. protiv Norveške* pokušalo da dodatno razjasni svoj stav o načelu *ne bis in idem*. Naime, predmet *Zolotukhin* nudi odgovor samo na pitanje kaznenih postupaka koji se vode uzastopno, ali ostaje sporno kako postupati u vezi s postupcima koji teku paralelno predstavljajući pri tome jednu zaokruženu celinu.²³ Prema shvatanju strazburških sudija kriterijum koji bi u tom slučaju valjalo primeniti jeste postojanje „dovoljne tesne sadržinske i vremenske povezanosti između postupaka”.²⁴

Na osnovu izloženog se može reći da novi „krivični” postupak u smislu člana 4 stav 1 Protokola broj 7 uz EKLJP obuhvata kako postupak koji je pokrenut nakon što je prethodni kazneni postupak pravnosnažno okonačan, tako i postupak koji se istovremeno vodi s drugim krivičnim postupkom. Ovo će upravo činiti okvir u kojem će biti analizirane odredbe Zakona o prekršajima²⁵ koje se odnose na načelo *ne bis in idem*.

3. DEJSTVO PRESUĐENE STVARI NA PREKRŠAJNI POSTUPAK

Zabrana ponovnog suđenja u istoj stvari uređena je u članu 8 ZP. Kada je reč o *res iudicata* u prekršajnom postupku i mogućnosti vođenja postupka za isti prekršaj, predviđeno je da se nikome ne može ponovo suditi niti mu može ponovo biti izrečena prekršajna sankcija za prekršaj o kome je pravnosnažno odlučeno u skladu sa zakonom (član 8 stav 1 ZP). Načelo zabrane ponovnog suđenja odnosi se i na pravnosnažno okončani krivični odnosno privrednoprestupni postupak, pri čemu je njegovo dejstvo ograničeno na slučaj kada je učinilac prekršaja u krivičnom postupku oglašen krivim za krivično delo koje obuhvata i obeležja prekršaja, odnosno kada je u postupku po privrednom prestupu pravnosnažno oglašen odgovornim za privredni prestup koji obuhvata i obeležja prekršaja (član 8 st. 3 i 4 ZP). U toj pro-

84/1997/868/1080, 30. 7. 1998). Na kraju, ali ne manje važno, stav pisca ovih redova je da se presuda *Milenković protiv Srbije* može kritikovati sa stanovišta koje je Veliko veće ESLJP izrazilo u presudi *Zolotukhin protiv Rusije* (*Sergey Zolotukhin v. Russia*, 14939/03, 10. 2. 2009), a naročito u svetlu argumenata sadržanih u presudi *A. i B. protiv Norveške* (*A. and B. v. Norway*, 24130/11 and 29758/11, 15. 11. 2016). Vanja Bajović (2016), „Slučaj Milenković – ne bis in idem u krivičnom i prekršajnom postupku”, *Kaznena reakcija u Srbiji VI deo Tematska monografija* (ured. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016, 250–256; Dragana Kolarić, Saša M. Marković, „Načelo ne bis in idem u praksi Ustavnog suda Srbije i Evropskog suda za ljudska prava”, *Srpska politička misao* 2/2017, 274–277; Goran P. Ilić (2017b), „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, 224–229.

23 *A. i B. protiv Norveške*, §§ 109, 111.

24 Zaključak o postojanju *dovoljno tesne sadržinske povezanosti* izvodi se uz pomoć sledećih elemenata: usaglašenosti ciljeva vođenja postupaka, predvidljivosti vođenja mešovitenih postupaka, preuzimanja dokaznog materijala iz jednog postupka u drugi i, na kraju, ocene da li se sankcija koja je izrečena u okončanom postupku uzima u obzir prilikom izricanja sankcije u drugom postupku. Kada je reč o postojanju *dovoljne tesne vremenske povezanosti* između kaznenih postupaka osnovno je da optuženi ne bude izložen neizvesnosti i sporosti postupanja. G. P. Ilić (2017a), 32.

25 Zakon o prekršajima – ZP, *Službeni glasnik RS* 65/2013, 13/2016 i 98/2016 – odluka Ustavnog suda.

cesnoj situaciji se protiv učinioca prekršaja za taj prekršaj ne može pokrenuti postupak, a ako je pokrenut ili je u toku, ne može se nastaviti ili dovršiti.

Iako pojedini autori prilikom osvrta na odredbu člana 8 stav 1 ZP ispravno zapažaju da načelo zabrane ponovnog suđenja u istoj stvari predstavlja ustavno načelo i jedno od osnovnih pravila u međunarodnim dokumentima koji se tiču zaštite ljudskih prava,²⁶ primetno je da izostaje njihov osvrt na odnos između člana 8 ZP i člana 34 stav 4 Ustava. Donekle ispravnije gledište jeste da vođenje krivičnog postupka (ili postupka za privredni prestup) ima jasan primat nad vođenjem prekršajnog postupka, a pored osuđujuće presude i pravnosnažna oslobađajuća presuda aktivira zabranu vođenja prekršajnog postupka.²⁷ Na kraju, ali ne manje važno, ima teoretičara koji pravilno zapažaju da zakonodavac dejstvo načela *ne bis in idem* vezuje samo sa osudu u krivičnom ili privrednoprestupnom postupku, a ne za eventualnu oslobađajuću ili odbijajuću presudu ili odluku kojom je krivični postupak pravnosnažno obustavljen, što bi značilo da na temelju odredbe člana 8 ZP ne bi bilo isključeno da se u tim slučajevima povede novi prekršajni postupak.²⁸ Ipak, kako je Ustavom propisano isto načelo šireg domašaja, prekršajni postupak ni u tim situacijama ne bi mogao da bude pokrenut.

Za poslednje od izloženih gledišta se može reći da pravilno sagledava odnos člana 8 ZP i člana 34 stav 4 Ustava, ali ga je neophodno u određenoj meri precizirati. S obzirom da ustavna odredba vezuje procesno dejstvo načela *ne bis in idem* za pravnosnažno odbijanje optužbe, nema sumnje da se je reč o slučaju donošenja odbijajuće presude iz člana 422 Zakonika o krivičnom postupku.²⁹ Međutim, do odbijanja optužbe može da dođe i na osnovu člana 339 stav 1 ZKP, a to znači u situaciji kada vanpretresno veće prilikom ispitivanja optužnice javnog tužioca podnesene bez sprovođenja istrage ili privatne tužbe utvrdi da postoje razlozi iz člana 338 stav 1 tač. 1 do 3 ZKP. Reč je o tome da delo koje je predmet optužbe nije krivično delo, a nema uslova za primenu mere bezbednosti, da postoje okolnosti koje trajno isključuju krivično gonjenje ili da nema dovoljno dokaza za opravdanu sumnju da je okrivljeni učinio delo koje je predmet optužbe. Ukoliko postoji neki od navedenih razloga krivična optužba se odbija *rešenjem*, pa i ovaj slučaj treba vezati da delovanje načela *ne bis in idem*.

Zakonodavac se donekle „iskupio” za propuste u redakciji člana 8 ZP, jer je u članu 248 stav 1 ZP među razlozima za donošenje rešenja o obustavi prekršajnog postupka naveo i slučajeve koji se odnose na delovanje načela *ne bis in idem*. Tako je u članu 248 stav 1 tačka 3 ZP predviđeno da će rešenje o obustavi prekršajnog postupka biti doneto kada sud utvrdi da je okrivljeni za istu radnju već pravnosnažno kažnjen, oslobođen odgovornosti u prekršajnom postupku ili je prekršajni postupak pravnosnažno obustavljen, ali ne zbog nenadležnosti. Na ovaj način je dejstvo *res iudicata* priznato osuđujućoj ili oslobađajućoj presudi, ali i rešenju o obustavi prekršajnog postupka. Okolnost da se procesno dejstvo načela *ne bis in*

26 N. Mrvić Petrović (2014a), 18, 19.

27 N. Delić, V. Bajović, 24.

28 I. Vuković, 144, 145.

29 Zakonik o krivičnom postupku – ZKP, *Službeni glasnik RS* 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014.

idem dovodi u vezu s meritornim okončanjem prekršajnog postupka ukazuje da je zakonodavac krenuo u pravcu na koji upućuje odredba člana 34 stav 4 Ustava. U isti mah je otklonjen i nedostatak koji je sadržan u članu 8 stav 1 ZP, a sastoji se u tome što navedena zakonska odredba propisuje, između ostalog, da za prekršaj o kome je pravnosnažno odlučeno u skladu sa zakonom nikome ne može *ponovo* biti izrečena prekršajna sankcija. Stavljanjem naglaska na zabranu ponovnog izricanja prekršajne sankcije (umesto na opštu zabranu ponovnog prekršajnog gonjenja za isto delo) sužen je delokrug primene načela *ne bis in idem*, jer je procesni učinak zabrane ponovnog suđenja u istoj stvari ograničen samo na prekršajni postupak koji je pravnosnažno okončan donošenjem osuđujuće presude.

Iako u značajnoj meri otklanja nedostatke člana 8 stav 1 ZP, ni odredba člana 248 stav 1 tačka 3 ZP nije bez mana. One se ogledaju u tome što se delovanje zabrane ponovnog suđenja u istoj stvari vezuje i za rešenje kojim je prekršajni postupak pravnosnažno obustavljen, pri čemu je propisano da se to ne odnosi na *sudsku nenadležnost*. Nema sumnje da rešenje o obustavi prekršajnog postupka treba uvrstiti pod okrilje načela *ne bis in idem*, ali je pitanje zbog čega je kao jedini izuzetak u kojem ova odluka ne predstavlja smetnju za ponovno suđenje u istoj prekršajnoj stvari navedena nenadležnost suda. Specifičnost rešenja o obustavi prekršajnog postupka je u tome što pored *neotklonjivih* procesnih smetnji (*res iudicata*, zastarelost, smrt okrivljenog, odnosno prestanak pravnog lica u toku prekršajnog postupka, odustanak ovlašćenog podnosioca od zahteva za pokretanje prekršajnog postupka), obuhvata i *otklonjive* procesne smetnje u koje, osim stvarne nenadležnosti suda, spadaju vođenje postupka bez zahteva, odnosno nepostojanje zahteva ovlašćenog podnosioca i postojanje diplomatskog imuniteta okrivljenog. U doktrini je s pravom ukazano da samo neotklonjive procesne smetnje mogu steći pravnosnažnost, dok to nije slučaj sa otklonjivim procesnim smetnjama.³⁰ Usled toga se prekršajni postupak može po prestanku otklonjivih procesnih smetnji nastaviti.

Odredba člana 284 stav 1 tačka 4 ZP je značajna i zbog toga što ide dalje od člana 8 st. 3 i 4 ZP, budući da zabranu pokretanja prekršajnog postupka vezuje ne samo za pravnosnažnu osudu u krivičnom postupku, odnosno pravnosnažno oglašavanje odgovornim za privredni prestup,³¹ već i za pravnosnažno oslobođenje u navedenim kaznenim postupcima za istovetan događaj koji obuhvata i obeležja prekršaja. Nema reči, međutim, o pravnosnažnom odbijanju optužbe ili obustavi krivičnog postupka, odnosno o pravnosnažnom odbacivanju optužnog predloga, odbijanju optužbe ili obustavi postupka za privredni prestup.

Slučajevi pravnosnažnog okončanja krivičnog postupka u kojima sud odbija optužbu ili obustavlja postupak spadaju nesumnjivo u oblast delovanja načela *ne bis in idem*. Situacija je donekle zamršenija kada je reč o zakonskim odredbama koje uređuju postupak za privredne prestupe, što je u osnovi posledica vremena njihovog donošenja i suštinske nezainteresovanosti zakonodavca za materiju privrednih

30 T. Vasiljević, 683; I. Vuković, 144.

31 Saglasno Zakonu o privrednim prestupima – ZPP (*Službeni list SFRJ* 4/1977, 36/1977, 14/1985, 74/1987, 57/1989 i 3/1990, *Službeni list SRJ* 27/1992, 24/1994, 28/1996 i 64/2001, *Službeni glasnik RS* 101/2005) utvrđivanje odgovornosti za privredni prestup se vrši presudom (član 116 stav 1 ZPP), a u skraćenom postupku rešenjem o privrednom prestupu (član 135 stav 1 ZPP).

prestupa. Naime, u članu 56 ZPP je predviđeno da ako u njegovim odredbama nije drugačije određeno, u postupku za privredne prestupe shodno će se primenjivati određene odredbe Zakona o krivičnom postupku iz 1977. godine.³² Rešenja na koja upućuje član 56 ZPP u značajnoj meri se razlikuju od onih koja postoje u pozitivnom krivičnom procesnom zakonodavstvu, pa je neophodno detaljnije razmotriti razloge za donošenje pojedinih odluka u postupku za privredne prestupe.

Jedna od odluka koja aktivira zabranu ponovnog suđenja jeste *rešenje o obustavi postupka* za privredni prestup koje, saglasno članu 54 ZPP, sud donosi kada odgovorno lice u toku postupka umre ili oboli od kakvog trajnog duševnog oboljenja.³³ Isto procesno dejstvo ima i *rešenje o odbacivanju optužnog predloga* koje će predsednik veća, odnosno sudija pojedinac doneti ako nađe da delo koje je predmet optužbe nije privredni prestup, da je nastupila zastarelost gonjenja ili da postoje drugi zakonski razlozi koji isključuju gonjenje (član 105 stav 1 ZPP).³⁴ U slučaju da su sprovedene istražne radnje, optužni predlog može biti odbačen ako sud nađe da nema dovoljno dokaza za postojanje osnovane sumnje da je okrivljeni učinio privredni prestup koji je predmet optužbe (član 105 stav 1 *in fine* ZPP).

S obzirom da član 56 ZPP predviđa da će se u postupku za privredne prestupe shodno primenjivati krivičnoprocesne odredbe o presudi (čl. 345 do 350, 352 i 354 do 358 ZKP/77), moglo bi se reći da i presudu kojom se odbija optužba treba uvrstiti u sudske odluke koje pečavaju ponovno suđenje u istoj stvari. Pre izvođenja takvog zaključka neophodno je analizirati razloge iz kojih se, saglasno članu 349 ZKP/77, mogla izreći odbijajuća presuda. U prvu grupu spadaju oni koji predstavljaju *otklonjive* procesne smetnje: stvarna nenadležnost suda za presuđenje, vođenje postupka bez zahteva ovlašćenog tužioca, nepostojanje potrebnog odobrenja nadležnog državnog organa³⁵ i obustavljanja postupka iz člana 402 ZKP/77.³⁶

Ako se ima u vidu da je reč o otklonjivim procesnim smetnjama, može se postaviti pitanje odnosa između razloga za obustavljanje postupka iz člana 402 ZKP/77 i rešenja o obustavi postupka za privredni prestup koje se donosi kada odgovorno

32 Zakon o krivičnom postupku – ZKP/77, *Službeni list SFRJ* 4/1977, 36/1977, 14/1985, 26/1986 (prečišćen tekst), 74/1987, 57/1989, 3/1990, *Službeni list SRJ* 27/1992, 24/1994, 21/1999, 44/1999, 71/2000 i 13/2001.

33 O trajnom duševnom oboljenju kao razlogu za donošenje rešenja o obustavi postupka za privredni prestup i pitanju da li u tom slučaju deluje zabrana ponovnog suđenja u istoj stvari, biće reči prilikom razmatranja procesnog dejstva presude kojom se odbija krivična optužba (član 349 ZKP/77).

34 Grubač se ne upušta u razmatranje prirode drugih zakonskih razloga koji isključuju gonjenje za privredni prestup, već ističe da se prethodna kontrola optužnog predloga u praksi skoro i ne vrši. Momčilo Grubač, Obrad Perić, Stanko Pihler, *Osnovi prava o privrednim prestupima*, Privredna štampa, Beograd 1982, 175. Ako se ima u vidu da je pre uopštenog navođenja razloga koji isključuju gonjenje za privredni prestup izričito navedena zastarelost, može se reći da samo *neotklonjive* procesne smetnje imaju za posledicu delovanje načela *ne bis in idem*.

35 Vasiljević ističe da se jednom povučeno odobrenje ne može više dati, što se vidi na posredan način iz člana 402 ZKP/77, po kome se može nastaviti postupak kad se pribavi odobrenje *koga nije bilo* (T. Vasiljević, 428).

36 Reč je o slučajevima obustavljanja krivičnog postupka iz formalno-pravnih smetnji. Ako se imaju u vidu razlozi koji su bili taksativno nabrojani u članu 402 ZKP/77, jedino bi mogao da dođe u obzir onaj koji se odnosi na nastupanje trajnog duševnog oboljenja kod okrivljenog nakon učinenog krivičnog dela.

lice u toku postupka oboli od kakvog trajnog duševnog oboljenja (član 54 *in fine* ZPP). Naime, jedan od razloga na koje upućuje odredba člana 402 ZKP/77 jeste pravnosnažno obustavljanje krivičnog postupka zbog toga što je učinilac po učinjenom krivičnom delu oboleo od kakvog trajnog duševnog oboljenja. U doktrini je s pravom ukazano da su u članu 402 ZKP/77 nabrojani slučajevi kada je do obustave krivičnog postupka došlo iz formalno-pravnih smetnji i propisano je da će se takav postupak na zahtev ovlašćenog tužioca *nastaviti*.³⁷ S obzirom da član 56 ZPP upućuje na shodnu primenu odredaba o ponavljanju krivičnog postupka sadržanih u čl. 400 do 409 i 411 ZKP/77 (dakle, i u članu 402 ZKP/77)³⁸ može se zaključiti da pravnosnažno rešenje o obustavi postupka za privredni prestup koje je doneto kada odgovorno lice u toku postupka oboli od kakvog trajnog duševnog oboljenja (član 54 *in fine* ZPP) ne predstavlja osnov za delovanje načela *ne bis in idem*.

Druga grupa razloga za donošenje odbijajuće presude u krivičnom postupku se odlikuje trajnim karakterom, tj. reč je *neotklonjivim* procesnim smetnjama (član 349 ZKP/77). U pitanju su sledeći slučajevi: odustanak tužioca od optužbe od započinjanja pa do završetka glavnog pretresa, pravnosnažna osuda, oslobođenje ili obustava postupka (izuzev slučajeva iz člana 402 ZKP/77) protiv optuženog za isto delo, kao i oslobođenje optuženog od gonjenja aktom amnestije ili pomilovanja ili nemogućnost krivičnog gonjenja zbog zastarelosti ili postojanje drugih okolnosti koje isključuju krivično gonjenje. O delovanju načela *ne bis in idem* u nabrojanim slučajevima ne treba posebno govoriti, jer se ono podrazumeva.

Na kraju, ali ne manje važno, treba razmotriti slučaj pravnosnažnog okončanja prekršajnog postupka i uticaja koji ta okolnost ima na mogućnost pokretanja drugog kaznenog postupka za isto delo. Krivični zakonik³⁹ ne isključuje mogućnost pokretanja krivičnog postupka za krivično delo čija obeležja obuhvataju i obeležja prekršaja, pri čemu se zatvor ili novčana kazna koju je osuđeni izdržao, odnosno platilo za prekršaj uračunava u kaznu izrečenu za krivično delo (član 63 stav 3 KZ).⁴⁰ Slično stoji stvar i s novčanom kaznom koju je osuđeno pravno lice ili odgovorno pravno lice platilo za prekršaj, a to znači da se ona uračunava u kaznu izrečenu za privredni prestup čija obeležja obuhvataju i obeležja prekršaja (član 26a ZPP). Navedena zakonska rešenja je neophodno sagledati prvenstveno u svetlu stavova ESLJP koji su izraženi u presudama *Zolotuhkin protiv Rusije* i *A. i B. protiv Norveške*.⁴¹ Pored toga, prilikom pripremanja *de lege ferenda* predloga neophodno je razmotriti koje značenje Evropski sud pridaje pojmu novog postupka u smislu člana

37 T. Vasiljević, 643, 644.

38 Do ponavljanja pravnosnažno okončanog postupka za privredni prestup može da dođe ako se utvrdi da je odgovorno lice koje je osuđeno za privredni prestup za istu radnju pravnosnažno osuđeno u krivičnom postupku (član 129 ZPP). O tome vid. M. Grubač, O. Perić, S. Pihler, 188.

39 Krivični zakonik – KZ, *Službeni glasnik* RS 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016.

40 Takva mogućnost je predviđena i za novčanu kaznu koju je osuđeni platilo za privredni prestup, kao i kaznu ili disciplinsku mera lišenja slobode koju je izdržao zbog povrede vojne discipline, naravno pod uslovom da krivično delo obuhvata i obeležja privrednog prestupa, odnosno povrede vojne discipline (član 63 stav 3 KZ).

41 I Vuković zastupa slično mišljenje, pri čemu navodi samo presudu *Zolotuhkin protiv Rusije*, jer u vreme kada je pisao delo koje se u ovom radu navodi još bila doneta presuda *A. i B. protiv Norveške*. I. Vuković, 145.

4 stav 1 Protokola broj 7 uz EKLJP. U tom smislu je moguće razlikovati četiri kategorije slučajeva, od kojih se tri odnose na paralelno vođene kaznene postupke, dok se poslednji slučaj tiče mogućnosti pokretanja kaznenog postupka nakon što je prethodni pravosnažno okončan.⁴²

Ovo su osnovna pitanja koja je neophodno razmotriti u vezi s pozitivnim zakonskim uređenjem načela *ne bis in idem* u prekršajnoj materiji. Analiza izložene problematike ukazuje na brojne manjkavosti postojeće zakonske regulative, pri čemu je istražen pre svega uticaj koji *res iudicata* proistekla iz drugih kaznenih postupaka ima na mogućnost pokretanja prekršajnog postupka. Veliki problem je što se u doktrini ne posvećuje dovoljno pažnje ovoj materiji, već se preko određenih zakonskih nedostataka olako prelazi i izostaje njihovo tumačenje. Teorijsko bavljenje mogućnošću uzastopnog vođenja postupaka za kaznena dela različita po vrsti svodi se po pravilu na izlaganje prekršajnoprocenih rešenja, njihovo međusobno poređenje, ukazivanje na sudsku praksu⁴³ i, u najboljem slučaju, na sagledavanje odnosa između prekršajnoprocenih odredaba i člana 34 stav 4 Ustava. Na taj način se propušta prilika da se ukaže na nedostatke postojećih rešenja u ZP i daju predlozi za praktično i *de lege ferenda* prevazilaženje problema vođenja prekršajnog postupka nakon što je za delo koje je u činjeničnom pogledu isto ili u bitnome isto pravosnažno okončan drugi kazneni postupak (*et vice versa*).

4. PARALELNO VOĐENJE PREKRŠAJNOG I DRUGOG KAZNENOG POSTUPKA

Na prvi pogled bi se moglo reći da je situacija bolja kada je reč o problematiki paralelnog vođenja prekršajnog i drugog kaznenog postupka. Takav zaključak bi se mogao izvesti već na osnovu pozitivne zakonske regulative, tačnije odredbe koja uređuje problematiku ispitivanja uslova za pokretanje prekršajnog postupka. Reč je najpre o članu 183 stav 2 ZP koji obavezuje prekršajni sud da, u slučaju kada zahtev za pokretanje prekršajnog postupka sadrži podatke o tome da je povodom istog događaja pokrenut krivični postupak ili postupak za privredni prestup, dostavi spise predmeta nadležnom sudu na dalje postupanje i o tome obavesti podnosioca zahteva. Na isti način će prekršajni sud postupiti i kada u toku postupka sazna da se povodom istog događaja vodi krivični postupak ili postupak za privredni prestup (član 183 stav 3 ZP).

Kada je reč o prvoj procesnoj situaciji, tj. o slučaju kada je u samom zahtevu za pokretanje prekršajnog postupka navedeno da je povodom istog događaja pokrenut

42 G. P. Ilić (2017a), 27, 28.

43 U tom smislu Mrvić Petrović ističe da u novijoj praksi prekršajnih sudova nije do sada bilo sporno da se prekršajni postupak povodom istog događaja prema istom učiniocu ne može naknadno voditi po pravosnažno okončanom krivičnom postupku. Štaviše, bilo je prihvaćeno da ta zabrana važi i u slučajevima u kojima nije meritorno odlučeno o krivičnoj stvari, na primer, onda kada je javni tužilac, na osnovu svojih kvazi-sudskih ovlašćenja odbacio krivičnu prijavu pošto je okrivljeni ispunio određene obaveze. Nataša Mrvić Petrović (2014b), „Poštovanje načela *ne bis in idem* pri suđenju za slične prekršaje i krivična dela”, *NBP Žurnal za kriminalistiku i pravo* 2/2014, 35.

krivični postupak ili postupak za privredni prestup, u doktrini uglavnom postoji saglasnost⁴⁴ da će prekršajni sud, pre nego što spise predmeta dostavi nadležnom sudu i o tome obavesti podnosioca zahteva, doneti rešenje o odbacivanju zahteva za pokretanje prekršajnog postupka. Zastupnici ovog gledišta se razilaze u vezi s postojanjem zakonskog osnova za donošenje takve odluke. Jedno od mišljenja je da bi prekršajni sud morao da donese neku odluku, pa makar to bilo i odbacivanje zahteva za pokretanje prekršajnog postupka u skladu s pravilom *electa una via, non datur recursus ad alteram*.⁴⁵ Drugi autori ističu da je reč o pravnoj praznini pa bi, po analogiji s krivičnim postupkom, bilo mesta donošenju rešenja o odbacivanju zahteva za pokretanje prekršajnog postupka.⁴⁶ Postoji i shvatanje da rešenje o odbacivanju zahteva za pokretanje prekršajnog postupka treba vezati za stvarnu nenadležnost prekršajnog suda za vođenje postupka (član 184 stav 2 tačka 2 ZP), pri čemu se osnov za donošenje same odluke izvodi iz člana 110 stav 1 ZP koji propisuje obavezu suda da donese rešenje kojim se oglašava nenadležnim.⁴⁷ S tim u vezi, moglo bi se postaviti pitanje da li je pored rešenja o odbacivanju zahteva za pokretanje prekršajnog postupka potrebno doneti i rešenje kojim se prekršajni sud oglašava nenadležnim, kao i da li ono predstavljalo osnov za ustupanje spisa krivičnom ili privrednom sudu. Odgovor bi morao da bude odrečan, jer odredbe člana 184 st. 1 i 2 ZP u uslove za pokretanje prekršajnog postupka čije nepostojanje predstavlja osnov za donošenja rešenja o odbacivanju zahteva svrstavaju i stvarnu nenadležnost prekršajnog suda.⁴⁸

Mnogo više nedoumica izaziva slučaj u kojem u toku prekršajnog postupka sud sazna da se povodom istog događaja vodi krivični postupak ili postupak za privredni prestup (član 183 stav 3 ZP). S obzirom da zakonodavac propisuje da će prekršajni sud postupiti na isti način kao i kada iz zahteva za pokretanje prekršajnog postupka sazna da se povodom istog dela vodi krivični ili postupak za privredni prestup, jedini je sigurno da će spise predmeta dostaviti nadležnom sudu na dalje postupanje i o tome obavestiti podnosioca zahteva. Pitanje je međutim koju odluku u tom slučaju donosi prekršajni sud, s obzirom da opisana procesna situacija nastaje u toku prekršajnog postupka. Jasno je da to ne može da bude rešenje o odbacivanju zahteva za pokretanje prekršajnog postupka (budući da je postupak *u toku*), već neka druga odluka kojom se odlučuje o sudbini prekršajnog postupka. Dok se neki

44 Vuković ne razmatra pitanje da li se u navedenoj procesnoj situaciji donosi određena odluka. On ističe da sud neće doneti rešenje o pokretanju prekršajnog postupka, već je dužan da spise predmeta dostavi nadležnom krivičnom odnosno privrednom sudu na dalje postupanje, i o tome obavestava podnosioca zahteva. I. Vuković, 146.

45 N. Mrvić Petrović (2014b), 36.

46 V. Bajović (2016), 254; N. Delić, V. Bajović, 250.

47 N. Mrvić Petrović (2014a), 85, 130, 131.

48 Nasuprot tome, u krivičnom postupku se pitanje sudske nenadležnosti razmatra odvojeno od ostalih procesnih smetnji koje privremeno spečavaju gonjenje. Usled toga se zbog odsustva prve procesne pretpostavke donosi rešenje kojim se sud oglašava nenadležnim (član 337 stav 2 ZKP), dok se optužnica odbacuje zbog postojanja otklonjivih procesnih smetnji (član 339 stav 2 ZKP). Identično rešenje je postoji i prilikom ispitivanja optužnog predloga u skraćenom krivičnom postupku (član 501 stav 4 i član 502 ZKP). Vid. G. P. Ilić, M. Majić, S. Beljanski, A. Trešnjević, 712, 718, 985–987.

autori zadovoljavaju samo ovom primedbom,⁴⁹ drugi pokušavaju da daju konkretan odgovor u vezi s odlukom koju donosi prekršajni sud. Preovlađuje mišljenje da će sud, s obzirom da je prekršajni postupak već pokrenut, doneti rešenje o prekidu postupka.⁵⁰ Dugi autori koji smatraju da ima mesta donošenju rešenja o prekidu prekršajnog postupka donekle razjašnjavaju svoj stav.⁵¹ Njihov osnovni argument je da bi prekršajni postupak bilo nemoguće nastaviti u slučaju donošenja rešenja o obustavi prekršajnog postupka, čime u osnovi previđaju da se takvo procesno dejstvo može vezati samo za pravnosnažno okončanje krivičnog postupka usled donošenja osuđujuće presude ili obustave postupka zbog trajnih procesnih smetnji. U doktrini ima i mišljenja da bi bilo moguće spise samo *de facto* dostaviti krivičnom sudu, bez donošenja ikakvog rešenja o započetom prekršajnom postupku, dok se krivični postupak ne završi.⁵²

Nijedno od navedenih mišljenja ne može da bude ocenjeno kao zadovoljavajuće. Gledište po kojem ovu procesnu situaciju treba *de lege ferenda* urediti, kao i shvatanje da bi spisi bili dostavljeni krivičnom ili privrednom sudu bez donošenja bilo kakve odluke o sudbini započetog prekršajnog postupka, zasnivaju se na pretpostavci da u pozitivnoj zakonskoj regulativi ne postoji odgovarajuće rešenja. To jednostavno nije tačno.

Stav da bi u slučaju iz člana 183 stav 3 ZP bilo osnova za donošenje rešenja o prekidu postupak nema uporište u važećoj zakonskoj odredbi koja uređuje slučajeve u kojima se takva odluka donosi.⁵³ Naime, rešenje o prekidu prekršajnog postupka sud će doneti ako se ne zna boravište okrivljenog ili je on u bekstvu, ili inače nije dostižan državnim organima, ili se nalazi u inostranstvu na neodređeno vreme, ili ako je kod okrivljenog nastupilo privremeno duševno oboljenje ili privremena duševna poremećenost (član 245 stav 1 ZP).

U doktrini se ističe da do prekida više ne može da dođe zato što se paralelno vode dva kaznena postupka povodom iste stvari, što je vodilo ka zastarevanju prekršajnog postupka dok se čekao ishod pravnosnažno okončanog krivičnog postupka.⁵⁴ Novo rešenje se opravdava i dužnošću podnosioca zahteva da do zakazivanja prvog ročišta proveri da li je eventualno podneo krivičnu prijavu povodom iste pravne stvari, pa će sud moći blagovremeno da odluči i o podnetoj prijavi odnosno zahtevu za pokretanje prekršajnog postupka. Izložena argumentacija je prilično neubedljiva i mogla bi se primeniti po pravilu u slučaju kada još nije odlučeno o krivičnoj prijavi ili o zahtevu za pokretanje prekršajnog postupka. Problem je u tome što član 183 stav 3 ZP govori o o prekršajnom postupku koji je *u toku*, a to svakako prevazilazi zakazivanje prvog ročišta o kojem govore zastupnici novog zakonskog uređenja.

49 U tom smislu Mrvić Petrović ističe da ovu, i još neke s njom povezane situacije treba razjasniti *de lege ferenda*. N. Mrvić Petrović (2014b), 36.

50 I. Vuković, 146.

51 V. Bajović (2016), 255.

52 N. Delić, V. Bajović, 250.

53 Takav osnov je postojao u članu 213 stav 1 tačka 3 prethodnog Zakona o prekršajima – ZP/05 (*Službeni glasnik RS* 101/2005, 116/2008 i 111/2009). U navedenoj odredbi je bilo propisano da u slučaju kada je za isto delo protiv okrivljenog pokrenut krivični postupak, prekid traje do donošenja pravosnažne sudske odluke u krivičnom postupku.

54 N. Mrvić Petrović (2014a), 172, 173.

Shvatanje da se rešenjem o prekidu postupka izbegava nemogućnost nastavljanja prekršajnog postupka u slučaju kada krivični postupak bude okončan odlukom koja ne predstavlja *res iudicata* za postupanje prekršajnog suda, zanemaruje pre svega odredbu člana 34 stav 4 Ustava koja takvo dejstvo priznaje i oslobodjenju od krivične optužbe, a ne samo osuđujućoj presudi. Na drugoj strani, iako pravilno zapažaju da samo trajne procesne smetnje imaju za posledicu delovanje načela *ne bis in idem*, pristalice ovog gledišta previđaju jednu bitnu razliku koja postoji između rešenja o obustavi krivičnog postupka i rešenja o obustavi prekršajnog postupka. Dok se krivični postupak može obustaviti jedino zbog postojanja *neotklonjivih* procesnih smetnji,⁵⁵ dotle je rešenje o obustavi prekršajnog postupka moguće doneti kako zbog *neotklonjivih*, tako i zbog *otklonjivih* procesnih smetnji. Upravo odredba člana 248 stav 1 tačka 3 ZP nedvosmisleno upućuje na takav zaključak, jer iz slučajeva u kojima u prekršajnom postupku deluje *res iudicata* (dakle, zbog postojanja *neotklonjivih* procesnih smetnji) izričito izuzima sudsku nenadležnost koja predstavlja *otklonjivu* procesnu smetnju.⁵⁶ Pogrešno je zato vezivati procesno dejstvo načela *ne bis in idem* u prekršajnom postupku za naziv same odluke i izlaz tražiti u prekidu prekršajnog postupka iako ne postoji zakonski osnov za donošenje takvog rešenja zbog ustupanja spisa krivičnom ili privrednom sudu. Za tako nešto nema ni potrebe, jer rešenje o obustavi postupka koje je doneto zbog stvarne nenadležnosti prekršajnog suda ili drugih otklonjivih procesnih smetnji, uprkos svom nazivu, ne sprečava pokretanje prekršajnog postupka nakon što je stvar rešena pred krivičnim ili privrednim sudom (naravno, pod uslovom da u međuvremenu ne nastupi neka trajna procesna smetnja za vođenje prekršajnog postupka, kao što je, primera radi, zastarelost).

Treba reći da se Ustavni sud još nije bavio ovim pitanjem, ali je u dosadašnjoj praksi razmatrao da li rešenje o prekidu prekršajnog postupka koje je doneto na osnovu člana 213 stav 1 tačka 3 ZP/05 predstavlja *res iudicata* i samim tim isključuje mogućnost vođenja krivičnog postupka. Stav Ustavnog suda je da donošenjem pomenute prekršajne odluke i vođenjem krivičnog postupka koji je pravnosnažno okončan nije povređeno pravo na pravnu sigurnost iz člana 34 stav 4 Ustava.⁵⁷

5. ZAVRŠNE NAPOMENE

Problematika delovanja načela *ne bis in idem* u prekršajnom postupku otvara popriličan broj spornih pitanja. Razlog za to je prvenstveno neodgovarajuća zakonska regulativa koja nije, iako je za to bilo prilike u vreme rada na novom zakonskom tekstu, usklađena s okvirom koji postavlja odredba člana 34 stav 4 Ustava. Tada je propuštena mogućnost da se odluke prekršajnog suda „usaglasе” s razlozima iz ko-

55 Osnov za obustavu krivičnog postupka mogu da budu i razlozi koji su po svojoj prirodi materijalnog karaktera (na primer, da delo koje je predmet optužbe nije krivično delo), ali oni nisu od značaja za razmatranje spornog pitanja.

56 Zavređuje da bude pomenuto da Delić i Bajović prilikom tumačenja odredbe člana 248 stav 1 tačka 2 ZP odstupaju od shvatanja iznetog u vezi s članom 183 stav 3 ZP. Dakle, umesto rešenja o prekidu prekršajnog postupka ili *de facto* dostavljanja spisa krivičnom sudu bez ikakve odluke, one ispravno zaključuju da u slučaju donošenja rešenja o obustavi prekršajnog postupka zbog stvarne nenadležnosti suda za vođenje prekršajnog postupka ne važi načelo *ne bis in idem*. 250, 335.

57 Ustavni sud, UŽ-4751/2013, 12. 5. 2016; UŽ-7746/2014, 26. 5. 2016.

jih se donose, tj. da već sâm naziv odluke ukazuje da li ona ima procesni učinak zabrane ponovnog suđenja u istoj stvari. Umesto toga je zadržano rešenje po kojem je obustava prekršajnog postupka moguća kako zbog postojanja neotklonjivih, tako i usled postojanja otklonjivih procesnih smetnji. Ako se ima u vidu i da je zakonodavac odustao od odredbe koja je predviđala da se rešenje o prekidu postupka može doneti i u slučaju kada je protiv okrivljenog pokrenut krivični postupak, ne treba se čuditi što je u doktrini nastala poprilična zbrka u vezi sa slučajem paralelnog vođenja prekršajnog i drugog kaznenog (krivičnog ili privrednoprestupnog) postupka. Iako nema osnova za donošenje rešenja o prekidu postupka u toj procesnoj situaciji, u teoriji preovlađuje stav da upravo tako treba postupiti, jer bi u protivnom rešenje o obustavi prekršajnog postupka aktiviralo načelo *ne bis in idem*. Ne treba zaboraviti ni da zakonska rešenja koja se odnose na odluke koje imaju dejstvo *res iudicata* u prekršajnom postupku nisu dobro uređena, tako da između člana 8 st. 1, 3 i 4 ZP i člana 248 stav 1 tač. 3 i 4 ZP postoji značajna neusaglašenost. O tim nedostacima je bilo reći u ovom radu.

Na drugoj strani, u doktrini se uglavnom uzimaju u obzir stavovi koje je Evropski sud izneo u presudi *Zolotuhkin protiv Rusije*, dok se veoma malo govori o presudi *A. i B. protiv Norveške*, a gotovo nikakva pažnja se ne posvećuje značenju koje Evropski sud pridaje pojmu novog postupka u smislu člana 4 stav 1 Protokola broj 7 uz EKLJP. Ako se to ima u vidu, donekle začuđujuće deluje da je u praksi prekršajnih sudova iskršlo pitanje da li odluka javnog tužioca o odbacivanju krivične prijave, a kao posledica primene instituta odlaganja krivičnog gonjenja iz člana 283 ZKP, može imati dejstvo *res iudicata*. S obzirom da oštećeni nakon odbacivanja krivične prijave ne može da preduzme krivično gonjenje prema osumnjičenom koje je ispunio određene obaveze, u prekršajnoj praksi je zauzet stav⁵⁸ da bi pravo na pravnu sigurnost građana bilo povređeno ako bi se isto lice gonilo za isto delo u nekom drugom kaznenom postupku. S tim u vezi, treba reći da se Evropski sud do sada nije izjašnjavao o ovom pitanju, dok je, za razliku od njega, Evropski sud pravde dao pozitivan odgovor na ovo pitanje.⁵⁹

LITERATURA

- Bajović, Vanja (2014), „Načelo ne bis in idem”, *Kaznena reakcija u Srbiji IV deo Tematska monografija* (ured. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014
- Bajović, Vanja (2016), „Slučaj Milenković – ne bis in idem u krivičnom i prekršajnom postupku”, *Kaznena reakcija u Srbiji VI deo Tematska monografija* (ured. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2016

58 Pravni stav Višeg prekršajnog suda od 30. 11. 2011, in I. Vuković, 146.

59 Jedan od ključnih argumenata u predmetu *Gozutok i Brige (Hüsein Gözütok and Klaus Brügge, Judgement of the Court, 11 February 2003, Joint Cases C-187/01 and C-385/01, §§ 28–30)* bio je da se radi o odluci organa vlasti koji prema odredbama nacionalnog prava čini deo sistema krivičnog pravosuđa. Donošenjem navedene odluke javni tužilac je meritorno ispitao okolnosti konkretnog slučaja, pa se *argumentum a contrario* odustanak javnog tužioca od gonjenja u kojem je takvo ispitivanje izostalo ne može smatrati „pravnosnažno okončanim postupkom” (*Filomeno Mario Miraglia, Judgement of the Court, 10. March 2005, C-469/03, §§ 28–36*). G. P. Ilić (2017b), 219.

- Béliveau, Pierre, Vaclair, Martin, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, Faculté de droit Université de Montréal, Montréal 20007
- Vasiljević, Tihomir, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Savremena administracija, Beograd 19813
- Vuković, Igor, *Prekršajno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015
- Grubač, Momčilo, Perić, Obrad, Pihler, Stanko, *Osnovi prava o privrednim prestupima*, Privredna štampa, Beograd 1982
- Grubač, Momčilo, Vasiljević, Tihomir, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, trinaesto izdanje – prema Zakoniku iz 2011, Beograd 2014
- Delić, Nataša, Bajović, Vanja, *Priručnik za prekršajno pravo*, Službeni glasnik, Beograd 2018
- Ilić, Goran P., Majić, Miodrag, Beljanski, Slobodan, Trešnjev, Aleksandar, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku Prema Zakoniku iz 2011. godine i dopunama iz 2011. godine*, Službeni glasnik, Beograd 2012
- Ilić, Goran P. (2017a), „Načelo ne bis in idem u praksi Evropskog suda za ljudska prava”, *Strani pravni život* 3/2017
- Ilić, Goran P. (2017b), „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
- Kolarić, Dragana, Marković, Saša M., „Načelo ne bis in idem u praksi Ustavnog suda Srbije i Evropskog suda za ljudska prava”, *Srpska politička misao* 2/2017
- Hessick, Carissa Byrne, Hessick, F. Andrew, „Double Jeopardy as a Limit on Punishment”, *Cornell Law Review* Vol. 97 1/2011
- Mrvić Petrović, Nataša (2014a), *Komentar novog Zakona o prekršajima sa specijalnim prilogom: najznačajnije novine u Zakonu kroz odgovore na pitanja – autor dr Mirjana Šušnjara – i tekstom Zakona o prekršajima* („Sl. glasnik RS”, br. 65/2013), Paragraf Co., Paragraf Lex, Nova Pazova, Beograd 2014
- Mrvić Petrović, Nataša (2014b), „Poštovanje načela ne bis in idem pri suđenju za slične prekršaje i krivična dela”, *NBP Žurnal za kriminalistiku i pravo* 2/2014
- Pavišić, Berislav, *Komentar Zakona o kaznenom postupku*, Dušević & Kršovnik d.o.o., Rijeka 2011
- Poznić, Borivoje, *Komentar Zakona o parničnom postupku Prema tekstu Zakona iz 1976. godine sa docnijim izmenama i dopunama*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Službeni glasnik, Beograd 2009
- Pradel, Jean, *Droit pénal comparé*, Dalloz, Paris 20164

Goran P. Ilić

Faculty of Law, University of Belgrade

THE NE BIS IN IDEM PRINCIPLE IN ADMINISTRATIVE PROCEEDING

SUMMARY

It is considered in work the question of operation of the *ne bis in idem* principle in the administrative proceeding. The author recalls that the principle of *ne bis in idem* has been elevated to the level of basic human right, and then analyzes the existing legislation and its compliance with Article 34 paragraph 4 of the Constitution. It points to the disadvantages of valid legal solutions, as well as the dilemmas that exist in the doctrine regarding their interpretation. The author first considers the effect of the *res iudicata* on the administrative proceeding and, in this regard, investigates the mismatch between Article 8, paragraph 1, 3 and 4 and Article 248 paragraph 1 item. 3 and 4 of the Law on Misdemeanors. It then directs the analysis of the possibility of parallel conduction of the administrative and other „criminal” proceedings. The author considers that the legislator did not harmonize the type of decisions of the administrative court with the reasons for their adoption. One of the most controversial things is the decision on suspension of the administrative proceeding, and more precisely the circumstance that it is brought not only because of the existence of irremovable but also because of the existence of removable process disturbances. This creates dilemmas in the doctrine in an attempt to answer the question which decision should be made when during the administrative procedure it is found out that the criminal proceeding are being conducted for the same act. In his analysis, the author also looks at the question of the extent to which the doctrine and case-law take into account the views of the European Court of Human Rights. He points out that theory takes into account the views expressed by the European Court in the judgment *Zolotuhkin v. Russia*, while very little is said about the judgment of *A. and B. v. Norway*, and almost no attention is paid to the meaning which European Court gives to the concept of a new procedure within the meaning of Article 4 paragraph 1 of Protocol N° 7 to the ECHR.

Key words: *ne bis in idem*, administrative proceeding, criminal procedure, human rights, Constitution, Constitutional Court, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights.

PROGANJANJE KAO KRIVIČNO DELO

Apstrakt: Potvrđivanjem Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici Srbija je preuzela obavezu da u svoje krivično zakonodavstvo uvede nova protivpravna ponašanja. Jedno od njih je i proganjanje, koje odlikuje višekratno uznemiravanje drugoga, stvaranjem kod njega osećaja nesigurnosti i straha. Inkriminisanjem proganjanja nisu međutim otklonjeni mogući prigovori, koji se uglavnom tiču nedovoljne određenosti novog krivičnog dela, počev od većeg broja propisanih radnji, izostanka definisane posledice dela i propisane generalne klauzule. Autor razmatra obeležja i oblike proganjanja, ukazujući na potencijalne slabe tačke ove inkriminacije.

Ključne reči: proganjanje, ugrožavanje sigurnosti, pretnja, strah.

1. UVODNA RAZMATRANJA

„Proganjanje” u pravnom diskursu predstavlja relativno nov fenomen, koji se u literaturi sreće tek od devedesetih godina prošlog veka. Do tada je ono (naročito u američkom društvu) uglavnom pominjano u popularnoj kulturi i kinematografiji, u kontekstu eskalacije odnosa obožavalaca prema poznatim ličnostima (muzičkim zvezdama, sportistima i glumcima).¹ Za samo nekoliko decenija, od situacije gde proganjanje uopšte nije ni bilo registrovano kao relevantna društvena tema, a kamoli obuhvaćeno pozitivnim zakonodavstvom, danas je ono (kako u dnevnoj štampi, tako i u stručnoj literaturi) ne samo vrlo zastupljeno, već je i na zakonodavnom planu izrazit trend njegovog inkriminisanja u savremenom uporednom pravu.²

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

1 Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München 2011⁵⁸, str. 1555. I pored toga što je nastanak pojave vezivan za proganjanje poznatih, koje je nekada okončavano i tragično (najpoznatiji je primer ubistva Džona Lenona), takvi primeri se danas smatraju retkim, budući da su statistički neuporedivo češća proganjanja između poznanika, uglavnom bivših partnera (Frank Meyer, „Strafbarkeit und Strafwürdigkeit von ‘Stalking’ im deutschen Recht”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2/2003, str. 255). Ovaj vid je i opasniji, budući da bivši partneri bolje poznaju međusobne navike, te su i ranjiviji (Elizabeth A. Patton, „Stalking Laws: In Pursuit of a Remedy”, *Rutgers Law Journal* 2/1994, str. 468).

2 Suzan Van Der Aa, Renee Römkens, „The State of the Art in Stalking Legislation – Reflections on European Developments”, *European Criminal Law Review* 2/2013 (https://pure.uvt.nl/ws/files/1573109/The_state_of_the_art_in_stalking_legislation_final.pdf), str. 2. Treba međutim primetiti da je taj proces praćen preterivanjama, uz brojke koje govore o navodnim milionima žrtava. Fišer s pravom ukazuje da prenatraglašavanje učestalosti ove pojave u društvu zadobija obrise histerije, objašnjavajući to uticajem masovnih medija (T. Fischer, str. 1555–1556). Nojbaher konstatuje da se često potencira kako je ubistvo tipična posledica proganjanja bivših partnerki, i kako propisivanje tog krivičnog dela ima funkciju da to spreči (Frank Neubacher, „An den Grenzen des Strafrechts – Stalking, Graffiti, Weisungsverstöße”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 4/2007, str. 865). U svakom slučaju, isticanje velike zastupljenosti proganjanja

Proganjanje zbog moguće okolnosti praćenja nekada ima i međunarodni karakter, pa mnoge žrtve odgovarajuću krivičnopravnu zaštitu ostvare tek kada stupe na teritoriju država koje proganjanje kažnjavaju.³

U domaće krivično zakonodavstvo proganjanje je ušlo izmenama i dopunama Krivičnog zakonika od 2016. godine,⁴ pri čemu je čl. 138a, kojim je ono inkriminisano, stupio na snagu 1. juna 2017. godine. Prema odnosnom zakonskom opisu, novčanom kaznom ili zatvorom do tri godine kazniće se „ko u toku određenog vremenskog perioda: 1) drugo lice neovlašćeno prati ili preduzima druge radnje u cilju fizičkog približavanja tom licu protivno njegovoj volji; 2) protivno volji drugog lica nastoji da sa njim uspostavi kontakt neposredno, preko trećeg lica ili putem sredstava komunikacije; 3) zloupotrebljava podatke o ličnosti drugog lica ili njemu bliskog lica radi nuđenja robe ili usluga; 4) preti napadom na život, telo ili slobodu drugog lica ili njemu bliskog lica; 5) preduzima druge slične radnje na način koji može osetno da ugrozi lični život lica prema kome se radnje preduzimaju. Propisani su i teži oblici, ako je delom izazvana opasnost po život, zdravlje ili telo lica prema kojem je delo izvršeno, ili njemu bliskog lica (čl. 138a, st. 2 KZ), i ako je usled dela nastupila smrt (čl. 138a, st. 3 KZ).

Ponašanje koje je proganjanjem inkriminisano nije bilo potpuno izvan krivičnopravnog pokrova pre uvođenja novog krivičnog dela, naročito u pogledu onoga što se danas smatra težim vidovima ovog neprava. Slično drugim zakonodavstvima, i u našem pravu je krivično gonjenje bilo moguće ako je proganjanje imalo obrise uvrede (čl. 170 KZ), zlostavljanja i mučenja (čl. 137 KZ), prinude (čl. 135 KZ), ugrožavanja sigurnosti (čl. 138 KZ), ili nekog od krivičnih dela protiv sloboda i prava (npr. neovlašćenog fotografisanja iz čl. 144 KZ, ili neovlašćenog objavljivanja i prikazivanja tuđeg spisa, portreta i snimka iz čl. 145 KZ). U slučaju eskalacije, u obzir su mogla doći i neka krivična dela protiv života i tela (npr. teška telesna povreda iz čl. 121 KZ), polne slobode (naročito nedozvoljene polne radnje iz čl. 182 KZ) ili imovine (npr. uništenje i oštećenje tuđe stvari iz čl. 212 KZ, ili prevara [čl. 208], ako je roba lažno naručivana u ime žrtve). Činjenica da se mnoge radnje koje se mogu podvesti pod proganjanje istovremeno prepliću sa nekim tradicionalnim krivičnim delima uslovlila je da se u literaturi često potencira kako je dovoljan građanskopravni odgovor na ovaj fenomen, uključujući tu i dostupne policijske mere, budući da su ozbiljnije eskalacije proganjanja obuhvaćene drugim krivičnim delima.⁵

Proganjanje se uglavnom dovodi u vezu sa nasiljem prema ženama, zbog čega i većina međunarodnih konvencija ovu pojavu reguliše unutar propisâ koji uređuju nasilje u porodici, ili nad slabijim polom. U do sada najsveobuhvatnijem

u savremenom društvu pojačalo je utisak o postojanju krivičnopravne praznine koju treba popuniti, i tako ubrzalo proces inkriminisanja.

3 Poznat je npr. slučaj teniserke Martine Higns, koju je progonio jedan australijski državljanin. Učinitelj je priveden tek tokom trajanja turnira na Floridi (SAD), gde je osuđen na dve godine zatvora (vid. Ursula Smartt, „The Stalking Phenomenon: Trends in European and International Stalking and Harassment Legislation”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 3/2001, str. 222–223).

4 Krivični zakonik, „Službeni glasnik RS”, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016, u daljem tekstu KZ.

5 Tako npr. F. Neubacher, str. 866.

statističkom istraživanju iz 2009. godine,⁶ koje je analiziralo domašaj proganjanja u američkom društvu, zaključene su izvesne centralne karakteristike ovog fenomena. U najvećem broju slučajeva progonitelji su bivši emocionalni partneri (razvedeni ili odvojeni), koje ne prihvataju prekid odnosa i uhode žrtvu, želeći da joj od života „naprave pakao”.⁷ Žrtve su redovno žene,⁸ a od mogućih radnji najčešće se sreću neželjeni telefonski pozivi ili poruke (66%). Gotovo polovina žrtava oseća teskobu, ne znajući šta dalje može očekivati od progonitelja.

Osnovni razlog inkriminisanja proganjanja nije toliko sâma nevrednost ispoljenog ponašanja, koliko neophodnost da se predupredi veće zlo. Činjenica da se sadržaj radnji proganjanja uglavnom iscrpljuje u približavanju žrtvi asociira na ideju da se time htelo kažnjavanjem zahvatiti u jednom ranijem stadijumu, u odnosu na ono što učinilac namerava da ostvari. U tom smislu, i ova inkriminacija, nalik drugim krivičnim delima putem kojih se pripremanje uzdiže na nivo radnje izvršenja, nalikuje na svojevrsni *delikt-prepreku*, kojim se želi onemogućiti ostvarenje težih zločina. Ipak, ono što onemogućava posmatranje proganjanja iz konteksta pripremanja ili pokušaja jeste to što ovde umišljaj najčešće nije upravljen na napad na povredu života ili tela progonjenog.⁹ Osim toga, učinilac tu redovno ni objektivno ne prelazi zamišljenu granicu neposrednog otpočinjanja nekog ozbiljnijeg krivičnog neprava, niti se iz okončanih radnji može dokazati šta je učinilac konkretno imao na umu da ostvari.¹⁰

U doktrini se primećuje da osnovni razlog uvođenja tog dela u krivično zakonodavstvo predstavlja posredno omogućavanje preduzimanja odgovarajućih *policijskih* mera prema progonitelju.¹¹ Naime, za razliku od otvorenih pretnji, mnogi akti proganjanja mogu po svojoj prirodi sadržati suptilna upozorenja, koja se ne mogu podvesti pod prinudu, pa se u izostanku pravnog osnova za primenu policijskih ovlašćenja tu osećala praznina.¹² Budući da su policijska ovlašćenja u srpskom pravu postavljena dovoljno široko, obuhvatajući otkrivanje i rasvetljavanje i krivičnih dela i prekršaja, ne možemo reći da je taj razlog prilikom inkriminisanja, bar u pogledu domaćih prilika i ovlašćenja na planu kaznenopravnih delikata, bio dominan-

6 Vid. Katrina Baum *et al.*, „Stalking Victimization in the United States”, *Bureau of Justice Statistics. Special Report* January 2009, str. 46 i dalje.

7 Sebastian Peters, „Der Tatbestand des § 238 StGB (Nachstellung) in der staatsanwaltlichen Praxis”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 5/2009, str. 241.

8 Podaci iz različitih istraživanja variraju, ali se uglavnom uzima da od 75% do preko 90% žrtve čine lica ženskog pola (vid. Diana Lamplugh, Paul Infield, „Harmonising Anti-Stalking Laws”, *George Washington International Law Review* 4/2003, str. 855; U. Smartt, str. 226; Andrea Wolfrum, Dagmar Dimmel, „Das ‘Anti-Stalking-Gesetz’”, *Österreichische Juristen-Zeitung* 12/2006, str. 476). Gotovo u istom procentu izvršioi su muškarci.

9 Budući da se ovde radi o kontinuiranoj delatnosti, kod koje progonitelj radnje ponavlja da bi skršio volju žrtve, postoji tendencija da se u ostvarivanju tog cilja odabiraju sve invazivniji akti. Zbog ove „eskalirajuće” note, ne predstavlja retkost da se proganjanje okonča i nekim deliktom protiv života i tela. Ipak, to predstavlja izuzetak.

10 Ta okolnost se u anglo-američkoj literaturi navodi kao jedan od razloga zašto se pristupilo definisanju proganjanja kao samostalnog krivičnog neprava, a ne preko odgovornosti za pokušaj (Kathleen G. McAnaney, Laura A. Curliss, C. Elizabeth Abeyta-Price, „From Imprudence to Crime: Anti-Stalking Laws”, *Notre Dame Law Review* 4/1993, str. 888).

11 Tako Helmut Fuchs, Susanne Reindl-Krauskopf, *Strafrecht. Besonderer Teil I*, Wien – New York 2009³, str. 74.

12 Vid. A. Wolfrum, D. Dimmel, str. 478–479.

tan, iako se i u domaćoj praksi razmirice koje policijski organi ocene kao bagatelne često okončaju bez konkretnih rezultata. Treba međutim istaći da su donošenjem Zakona o sprečavanju nasilja u porodici ovlašćenja koja državnim organima u slučaju proganjanja pripadaju (vid. čl. 4, st. 1, tač. 1) značajno proširena.¹³ Imajući u vidu da se tim zakonom predviđene represivne mere mogu primeniti i u odnosu na lice sa kojim se učinilac nalazi u „sadašnjem ili ranijem... partnerskom odnosu”, pod udar ovih odredaba dolaze upravo situacije karakteristične za proganjanje.¹⁴ Kako ovaj propis i nadležnom policijskom službeniku daje ovlašćenje da izrekne hitnu meru privremene zabrane učiniocu da kontaktira žrtvu nasilja i prilazi joj (vid. čl. 17, st. 2), ne može se prenebrežniti da je propisivanjem krivičnog dela proganjanja stvoren osnov za primenu širokih ovlašćenja sadržanih u ovom propisu.¹⁵

Ako je jedan od važnijih razloga inkriminisanja, pored dužnosti preuzetih potvrđivanjem Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, bilo upravo omogućavanje širih mera na planu preventivnog onemogućavanja pristupa progonitelja žrtvi, pitanje je da li je uvođenje krivičnog dela u sadašnjem obliku predstavljalo jedini pravni odgovor na fenomen proganjanja. Kao što u sistemu krivičnih sankcija postoji zabrana približavanja i komunikacije sa oštećenim (čl. 89a KZ), čiji je smisao da se učiniocu krivičnog dela onemogući približavanje, pristup i komunikacija sa oštećenim, tako i u srpskom *prekršajnom* pravu postoji zaštitna mera zabrane pristupa oštećenom, objektima ili mestu izvršenja prekršaja (član 61 Zakona o prekršajima)¹⁶. Oštećeni, štaviše, može i u toku prekršajnog postupka zahtevati da se prema okrivljenom odredi procesna mera zabrane prilaska oštećenom, objektima ili mestu izvršenja prekršaja, koja može trajati do pravnosnažnog okončanja postupka (čl. 126, st. 4 ZP). Premda se postojeći mehanizam uređenja ove zaštitne mere može značajno unaprediti,¹⁷ izbegavanje sumnjivog širenja kriminalne zone na uštrb pravne sigurnosti može se obezbediti i na ovaj način.¹⁸

13 „Službeni glasnik RS”, br. 94/2016.

14 Možemo se složiti sa mišljenjem Ristivojevića, da su u tom zakonu sadržana rešenja po nepreciznosti i drastičnim pravnim posledicama iz ugla tradicionalnih krivičnopravnih principa neustavna (vid. Branislav Ristivojević, „Da li je novi Zakon o sprečavanju nasilja u porodici opredmećenje pojave tzv. bezbednosnog prava?”, *Crimen* 1/2017, str. 9 i dalje).

15 Upravo je nemoć policije da adekvatno reaguje na telefonske pozive kojima žrtva upozorava na akte proganjanja inicirala uvođenje tog ponašanja u krivično zakonodavstvo. Ranije su u sličnim slučajevima podnosioci prijave informisani da intervencija nije moguća dok se „nešto ne desi” (Robert A. Guy, „Nature and Constitutionality of Stalking Laws”, *Vanderbilt Law Review* 4/1993, str. 996).

16 Zakon o prekršajima, „Službeni glasnik RS”, br. 65/2013, 13/2016 i 98/2016 – odluka US, i daljem tekstu ZP.

17 Tako se novouvedeno krivično delo kršenja zabrane utvrđene merom bezbednosti (čl. 340a KZ) ne odnosi i na zaštitne mere. Kod zaštitne mere zabrane pristupa oštećenom, objektima ili mestu izvršenja prekršaja licu kome je ona izrečena „izreći će se sankcija po propisu kojim je predviđen prekršaj za koji je izrečena ova mera” (čl. 62 ZP). Ta odredba se međutim po pravilu zanemaruje. Tako i novi Zakon o javnom redu i miru („Službeni glasnik RS”, br. 6/2016 i 24/2018) dopušta izricanje ove zaštitne mere (vid. čl. 25, st. 1), ali bez propisivanja pravnih posledica ako se ona ne poštuje.

18 Slični mehanizmi sreću se i u uporednom pravu (vid. fn. 70). Ne treba uostalom zanemariti da se i u američkom pravu u većini saveznih država osnovni oblik proganjanja po vidu kaznenog nepravda smatra lakšom formom kaznenih delikata, gde tek nepoštovanje zabrane prilaska prerasta u zločin (vid. E. A. Patton, str. 494). Kod gotovo svih država propisana je kazna do jedne godine zatvora (Jennifer L. Bradfield, „Anti-Stalking Laws: Do They Adequately Protect Stalking Victims”, *Harvard Women’s Law Journal* 1998, str. 257).

2. ŠTA JE UOPŠTE „PROGANJANJE”?

U stručnoj literaturi se proganjanje uglavnom definiše kao uporno, produženo uznemiravanje drugoga, gde jedno lice kontinuirano drugome nameće *neželjenu komunikaciju*.¹⁹ Imajući u vidu da se upornost učinioca i okolnost da se tu radi o ponovljenom vršenju određenih radnji prepliću, pored te karakteristike značajno je i to da neželjena komunikacija u ishodu redovno vodi stvaranju osećaja straha i nesigurnosti kod žrtve. Reč je o svojevrsnom *psiho-teroru*,²⁰ koji se sprovodi u odnosu na drugoga, tako što učinilac nastoji da sistematskim i upornim radnjama psihički slomi volju žrtve. Kao primeri nametanja komunikacije uobičajeno se navode: pojavljivanje učinioca u blizini doma ili mesta zaposlenja žrtve, uznemirujuće telefonsko pozivanje, ostavljanje pisanih poruka ili predmeta, uništavanje imovine, itd. U slučaju da progonitelj nastoji da ostvari fizički kontakt sa žrtvom, pored njegov sačekivanja ili vrebavanja često se sreću i uvrede, dodirivanja, pretnje itd.

Drugi autori naglasak stavljaju na uporno ili opsesivno *praćenje* žrtve.²¹ Uostalom, i korišćenim terminima je imanentno značenje pod kojim se uobičajeno razume izvesno fizičko približavanje i nametljivo posmatranje drugoga. To označenje nije međutim najpotpunije, jer se proganjanje jednako manifestuje i drugim radnjama, koje ne podrazumevaju fizičko približavanje žrtvi, naročito preko društvenih mreža.²² U svakom slučaju, forme proganjanja koje podrazumevaju iniciranje fizičkog kontakta, pretnje i napade na žrtvu, najčešće se u kriminološkoj raspravi smatraju težim,²³ redovno ostvarujući druga krivična dela.²⁴ Proganjanje najčešće ima za cilj da u odnosu na žrtvu uspostavi izvesnu *kontrolu*. U pitanju je svojevrsna „igra moći”, u kojoj opsesivnog učinioca „hrani” lažno očekivanje da će žrtva prihvatiti njegove nasrtaje i s njim nastaviti ili se upustiti u (najčešće) seksualnu ili ljubavnu vezu. Iako još uvek nema reprezentativnih istraživanja u pogledu učestalosti eventualnih duševnih poremećaja progonitelja, dosadašnja istraživanja pokazuju da su psihotične smetnje različitog stepena i intenziteta (od halucinacija i erotomanije do šizoidnih i paranoidnih poremećaja) vrlo česte.²⁵

-
- 19 Suzan Van Der Aa, „New Trends in the Criminalization of Stalking in the EU Member States”, *European Journal on Criminal Policy and Research* 2017 (<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs10610-017-9359-9.pdf>), str. 1. Slično određenje prisutno je i u američkoj literaturi. Vid. npr. Tracey B. Carter, „Local, State, and Federal Responses to Stalking: Are Anti-Stalking Laws Effective”, *William & Mary Journal of Women and the Law* 2/2016, str. 334. U nemačkoj doktrini slično T. Fischer, str. 1558.
- 20 A. Wolfrum, D. Dimmel, str. 475. Mič takav zaključak izvodi na temelju tipičnog odgovora žrtve na pitanje šta bi u pogledu napada progonitelja pozelela. Većina bi na to odgovorila da bi volela da bude „ostavljena na miru” (Wolfgang Mitsch, „Der neue Stalking-Tatbestand im Strafgesetzbuch”, *Neue Juristische Wochenschrift* 18/2007, str. 1238).
- 21 Tako npr. D. Lamplugh, P. Infield, str. 854.
- 22 Od pojedinačnih radnji najčešće se sreće upravo uznemiravanje „na daljinu” – danonoćni telefonski pozivi, slanje pisama ili elektronske pošte, cveća ili drugih poklona (F. Meyer, str. 252).
- 23 *Ibid.*, str. 254.
- 24 Klaus Schwaighofer, §§ 105–107b, y: F. Höpfel, E. Ratz *et al.*, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Wien 2010², str. 53.
- 25 F. Meyer, str. 252, 256.

Teškoću predstavlja i definisanje *objekta* zaštite. Polazeći od grupnog objekta, ova inkriminacija bi trebalo da štiti *ličnu slobodu* pojedinca. Jezgro nevrednosti ovog delikta često se prepoznaje u ograničavanju čovekove slobode, gde eventualne posledice na psihičkom planu imaju više sporedni efekat. U pravcu tog tumačenja govori i kriterijum „osetnog zadiranja u lični život”, što zapravo podrazumeva potencijalne posledice na planu sužavanja delokruga aktivnosti pasivnog subjekta. Druga mogućnost podrazumeva da se propisivanjem dela štiti duševno blagostanje pojedinca, njegov osećaj sigurnosti na psihičkom planu. Naglašavanje zahteva da se vršenjem propisanih radnji postupa protivno volji oštećenog i sistematsko smeštanje inkriminacije uz krivično delo ugrožavanja sigurnosti (čl. 138 KZ) mnoge autore navodi na zaključak da je objekt zaštite *psihički integritet* žrtve.²⁶ U angloameričkom zakonodavstvu se često primenjuje ovaj drugi pristup. Američki (federalni) Zakon o nasilju nad ženama od 1994. godine (Violence Against Women Act), jedan od značajnijih uporednih propisa koji definiše proganjanje, pod tom pojavom smatra „ponavljanje ponašanja upravljeno na određeno lice, koje bi (A) razumno lice dovelo do toga da strahuje za svoju bezbednost ili bezbednost drugih, ili (B) da pretrpi značajnu emocionalnu uznemirenost”.²⁷ Iako se u većini američkih saveznih država definicije proganjanja razlikuju, za njih je zajedničko da se ponavljanjem odgovarajućih radnji kod žrtve, prema kriterijumu razumnog posmatrača, izaziva stanje *straha*.²⁸

Zaista, proganjanje najpre stvara izvesne traumatske posledice u psihičkoj sferi (stanja straha, nesanicu, nervozu, depresiju), da bi tek nakon toga pasivni subjekt svoj način života prilagođavao (ograničavanjem socijalnih kontakata, izbegavanjem posjećivanja određenih mesta itd.) novonastalim okolnostima.²⁹ To međutim nije bilo dovoljno da se delikt svrsta u krivična dela protiv života i tela, premda u domaćoj doktrini dominira gledište da povređivanje tela može da obuhvati i narušavanje duševnog zdravlja.³⁰ Nezavisno od toga, u teoriji se s pravom ukazuje na kriminalno-političke rizike uobličavanja subjektivnog stanja straha kao objekta krivičnopravne zaštite. Krivično pravo se uglavnom ne smatra podobnim sredstvom za ostvarenje ove zaštite, naročito ako se kao jedno od obeležja postulira njena fragmentarnost.³¹

26 U tom smislu i Georg Steinberg, „Nachstellen – Ein Nachruf?“, *Juristenzeitung* 1/2006, str. 31. Slično i W. Mitsch (2007a), str. 1238.

27 42 U.S.C. § 13925 (2012). Na federalnom nivou je donet i zakon (18 U.S.C. § 2261A), koji inkriminiše proganjanje koje ima međudržavni karakter. 2007. godine je revidiran i Model zakonika protiv proganjanja (Model Anti-Stalking Code, vid. <https://victimsofcrime.org/docs/default-source/src/model-stalking-code.pdf?sfvrsn=12>), osmišljen kako bi harmonizovao krivično zakonodavstvo saveznih država. Ovaj model preporučuje primenu standarda „razumnog posmatrača” (u okolnostima i položaju žrtve), nasuprot aktuelnom nastupanju posledice straha, iz Zakona o nasilju nad ženama.

28 T. B. Carter, str. 351. Time se, kako se primećuje, delikt uobličava kao obično ugrožavanje, jer je za njegovo ostvarenje dovoljna podobnost ponašanja da izazove strah, kao čisto psihički fenomen (Jörg Kinzig, „Stalking – ein Fall für das Strafrecht?“, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 8/2006, str. 256).

29 Brian Valerius, „Stalking: Der neue Straftatbestand der Nachstellung in § 238 StGB“, *Juristische Schulung* 4/2007, str. 320.

30 Vid. npr. Ljubiša Lazarević, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 2011², str. 473.

31 Frank Neubacher, Gerhard Seher, „Das Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen (§ 238 StGB)“, *Juristenzeitung* 21/2007, str. 1030. Pojedini teoretičari smatraju da i jedan i drugi pristup imaju svoje nedostatke. Ajden smatra da je preciziranje objekta zaštite ovde praktično nemoguće.

U uporednom zakonodavstvu proganjanje se uobičajeno smatra formom *uznemiravanja* (harassment), pa se prepoznatljiv stručni termin „stalking” često tako i prevodi. To otvara pitanje odnosa ova dva tipa ponašanja, tim pre što se u javnosti korišćeni termin nekada razume kao blaža forma *zlostave*, a katkada i kao ozbiljnije krivično delo, sa konkretnijim obeležjima. U nekim evropskim zakonodavstvima (npr. Engleska i Vels, Malta) je proganjanje inicijalno bilo i zakonski definisano kao vid uznemiravanja, ali je zbog nezadovoljavajuće zaštite na praktičnom planu ipak data prednost izričitoj krivičnoj odredbi.³² Najzad, terminološku zbrku pojačava i činjenica da se u (radnopravnom) zakonodavstvu nailazi i na termin „*mobing*”, pod kojim se prema našim pozitivnopravnim odredbama takođe podrazumeva (aktivno ili pasivno) ponašanje koje se ponavlja, i koje takođe može da izazove strah ili stvori neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.³³

U domaćem pravu naročiti problem predstavlja smisleno razgraničenje nekih akata proganjanja od krivičnog dela *zlostavljanja* i mučenja iz čl. 137 KZ. Osnovni oblik propisuje kažnjavanje onoga ko „zlostavlja drugog ili prema njemu postupa na način kojim se vređa ljudsko dostojanstvo”. Kako se i kod ovog dela radi o nanošenju izvesnih psihičkih patnji,³⁴ važno je ove delikte adekvatno razlikovati. Kod *zlostavljanja* je, kako uostalom i zakonska definicija predviđa, naglasak na vređanju ljudskog dostojanstva. Iako se i čovekovo pravo na ličnu sigurnost može smatrati sastavnim delom njegovog dostojanstva, kod proganjanja se uglavnom ne radi o maltretiranju i šikaniranju drugog, o omalovažavanju njegove ličnosti. Proganjanjem se, kako se čini, uopšte i ne dotiče čast i ugled drugoga, kao dobra koja se uobičajeno smatraju činiocima dostojanstva.

S druge strane, pojam „uznemiravanja” mnogo se više prepliće sa onim što proganjanje suštinski obuhvata.³⁵ Ovaj pojam je odnedavno neposredno ušao u domaće krivično pravo, preko inkriminisanja polnog uznemiravanja u čl. 182a KZ, takođe uvedenog u kontekstu potvrđivanja Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici. Ova odredba je specifična i po autentičnom tumačenju radnje izvršenja u stavu 3 istog člana. Ako se zanemari seksualna konotacija uznemiravanja (činjenica da se ono ovde vrši „u sferi polnog života”), pod uznemiravanjem zakonodavac smatra „svako verbalno, neverbalno ili fizičko ponašanje koje ima za cilj ili predstavlja povredu dostojanstva lica, a koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje”. Kako vidimo, izazivanje straha ili stvaranje neprijateljskog, ponižavajućeg ili uvredljivog okruženja predstavljaju centralno obeležje i *mobinga* i *uznemiravanja*, kao što većina autora izazivanje nesigurnosti i straha smatra jednom od važnih karakteristika

Dobra kao „individualna sloboda” ili „sloboda uređenja života” su krajnje neodređena, dok isto važi i u odnosu na nastupele posledice na psihičkom planu (Joachim Eiden, „§ 238 StGB: Vier neue Absätze gegen den Stalker”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 3/2008, str. 124).

32 Vid. S. V. D. Aa, str. 9–10. U kanadskom krivičnom zakonodavstvu se proganjanje i dalje označava kao „kriminalno uznemiravanje” (criminal harassment). Vid. D. Lamplugh, P. Infield, str. 861.

33 Vid. čl. 6 Zakona o sprečavanju *zlostavljanja* na radu.

34 Lj. Lazarević, str. 528.

35 Tako je jedno istraživanje u Holandiji pokazalo da građani pojam kojim se označava proganjanje (*belaging*) po ne vrednosti poredbe sa nekažnjivim bacanjem grudve na drugoga (S. V. D. Aa, R. Römken, str. 11).

proganjanja. Ako je nesporna razlika uznemiravanja i proganjanja jednokratnost prvog i višekratnost drugog,³⁶ ostaje otvoreno da li je moguće iznaći i neku kvalitativnu razliku, koja bi opravdavala njihovo paralelno postojanje.³⁷ Kako se primećuje, radnja uznemiravanja ne samo što je nedovoljno određena da bi predstavljala krivičnopравни termin,³⁸ već je i njena kriminalna ne vrednost krajnje sumnjiva.

Nesporno je da proganjanje predstavlja jednu *složenu* pojavu, sa više karakterističnih obeležja, koja se ne mogu svesti isključivo na neželjenu komunikaciju kao osobenost. Njegovo jezgro čini ponavljanje izvesnih radnji koje pojedinačno po pravilu ne prelaze prag kažnjivosti, tako da se ne vrednost vezuje za *celinu* ponašanja, a ne za izolovane incidente.³⁹ Ne mora svako pojedinačno ponašanje da bude vrednovano kao proganjanje, već je takvo označavanje kvintesencija svih akata u njihovoj ukupnosti.⁴⁰ Neželjenost kontakta dalje označava da se akti vrše protivno volji pasivnog subjekta. Najzad, u pitanju su akti koji zadiru u lični život drugoga. Ovaj momenat je najmanje određen, jer je teško bilo naći odgovarajuću odrednicu koja bi potpuno obuhvatila sadržaj ne vrednosti svih pojedinačnih akata u njihovoj ukupnosti.

3. PROGANJANJE U UPOREDNOM ZAKONODAVSTVU

Proganjanje je najpre inkriminisano u SAD. Njegovo pravno uobličavanje se uglavnom vezuje za incidente koji su se u američkom društvu vezivali za proganjanje poznatih ličnosti,⁴¹ ali je vrlo brzo zaključeno da sličan obrazac postupanja ima opšti karakter.⁴² Imajući u vidu da su se prve krivične odredbe između sebe prilično razlikovale, vrlo brzo su učinjeni pokušaji izvesne harmonizacije na federalnom nivou. I druge angloameričke države (Kanada, Australija) su uskoro u svoja krivična zakonodavstva uvele slična krivična dela.⁴³

36 S pravom Dušica Miladinović-Stefanović, „Prilog raspravi o kriminalizaciji proganjanja”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 72/2016, str. 148. Da je uznemiravanje nesumnjivo širi pojam od proganjanja izričito zaključuju i Vesna Nikolić-Ristanović, Marina Kovačević-Lepojević, „Proganjanje: pojam, karakteristike i društveni odgovori”, *Temida* 4/2007, str. 6.

37 Neki autori ukazuju da uznemiravanje tipično podrazumeva korišćenje nepristojnih izraza, ali da ne uključuje praćenje, kao radnju karakterističnu za proganjanje (J. L. Bradfield, str. 240–241). Imajući u vidu zakonsko obličje proganjanja prema domaćem pravu, taj kriterijum nije potpun.

38 S pravom E. A. Patton, str. 484.

39 Slično i Zoran Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 2018⁷, str. 498. I same žrtve ukazuju da traumu kod njih ne izazivaju pojedinačni akti, već ponašanje učinioca u celini (Judith Gowland, „Protection from Harassment Act 1997: The New Stalking Offences”, *Journal of Criminal Law* 5/2013, str. 389).

40 F. Neubacher, G. Seher, str. 1031.

41 Prva američka država koja je inkriminisala proganjanje bila je Kalifornija, a povod je predstavljalo ubistvo glumice (Rebecca Schaeffer), koju je godinama uhodio poremećeni „obožavalac” (vid. T. B. Carter, str. 358). Ubrzo sličnu krivičnu odredbu usvaja i Florida, da bi danas svih 50 američkih država poznavalo ovo krivično delo.

42 Mnogi porast stope proganjanja dovode u vezu sa televizijom, kao medijem koji putem mnogih zabavnih emisija televizijske zvezde prikazuje u intimnom okruženju, uz stvaranje utiska da se njihovim praćenjem mogu otkriti ekskluzivne informacije. I u srpskom medijskom prostoru je paparaco-novinarstvo uzelo maha.

43 Vid. Paul E. Mullen, Michele Pathé, „Stalking”, *Crime and Justice* 2002, str. 275.

Za razliku od zakonodavstva SAD, gde je samo nekoliko godina nakon iniciranja procesa kriminalizacije proganjanja ono ozakonjeno od strane svih američkih saveznih država, u Evropi stvari teku nešto sporije. Prve evropske zemlje koje su inkriminisale proganjanje bile su Velika Britanija i Irska 1997. godine,⁴⁴ takođe uz veliku medijsku kampanju, izazvanu slučajevima u kojima su proganjanju bili izloženi članovi (britanske) kraljevske porodice i poznate ličnosti.⁴⁵ Nakon njih, sličan proces zahvatio je i druge evropske države, ali ne tako intenzivno i usaglašeno kao u SAD.⁴⁶ Štaviše, danas u Evropi u polovini država proganjanje još uvek ne predstavlja krivično delo, dok su u onim zakonodavstvima koja ga predviđaju razlike u obeležjima značajne. Pored toga, u nekim zakonodavstvima (npr. Nemačkoj i Velikoj Britaniji) je i pored krivičnih odredaba naglasak stavljen na građansko-pravnu zaštitu. Mnogi autori primećuju da proganjanje ne predstavlja neki autohtoni krivično-pravni fenomen, već ponašanje koje preuzima karakteristike mnogih već postojećih krivičnih dela, pa se efikasna zaštita može postići i unutar aktuelnog zakonodavnog okvira, i krivičnih dela koja obuhvataju zastrašivanje, napad na drugog, nasilje u porodici i t. sl. Sreće se i mišljenje da u tim sredinama proganjanje još uvek nije prepoznato kao društveni problem, tako da je izostala javna i akademska rasprava, koja bi dala neophodni podsticaj izmeni postojećeg zakonodavstva.⁴⁷

I pored značajnih razlika, većina postojećih inkriminacija u evropskim krivičnim zakonodavstvima zahteva da proganjanje ne predstavlja izolovani incident, već da se radi o ponašanju koje se *ponavlja*.⁴⁸ Kako se primećuje, terminologija je prilično neodređena, uz korišćenje pojmova i definicija koje zahtevaju dalju interpretaciju od strane sudova.⁴⁹ Gonjenje se uglavnom preduzima po privatnoj tužbi. Najveća razlika u zakonskim opisima proganjanja tiče se nastupanja posledice. Dok jedan broj država ovaj delikt oblikuje kao posledično delo, zahtevajući da neke od propisanih radnji „ozbiljno ometaju mir i privatnost, ili prouzrokuju nespokojstvo, teskobu ili zlo” kod drugih lica (Republika Irska),⁵⁰ u većini uporednih zakonskih

44 S. V. D. Aa, R. Römkens, str. 2. Smatra se da je prvo evropsko krivično zakonodavstvo koje je u rudimentarnom obliku inkriminisalo proganjanje bilo dansko. Prema čl. 265 KZ od 1933. godine delo je podrazumevalo povredu ličnog mira, uz zahtev ponavljanja različitih radnji (vid. Laura De Fazio, „The Legal Situation on Stalking among the European Member States”, *European Journal on Criminal Policy and Research* 2009, str. 231).

45 L. De Fazio (2009), str. 231.

46 Najnovija istraživanja pokazuju da je od 2010, kada je samo 10 članica Evropske unije usvojilo odgovarajuće krivično-pravne odredbe na tom planu, u sledećih pet godina taj broj narastao na 21 (Directorate-General for Internal Policies. Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, *Violence against women and the EU accession to the Istanbul Convention*, European Union 2017, str. 20–21).

47 S. V. D. Aa, R. Römkens, str. 5.

48 Izuzetak predstavlja belgijsko pravo, gde se po zakonskoj odredbi može raditi i o pojedinačnom incidentu. Ipak, ta mogućnost je i tu samo teorijska, jer je belgijski Vrhovni sud zaključio da ponašanje, da bi bilo kvalifikovano kao proganjanje, mora biti ponovljeno (vid. European Commission, *Feasibility study to assess the possibilities, opportunities and needs to standardise national legislation on violence against women, violence against children and sexual orientation violence*, Luxembourg 2010, str. 67 fn. 55).

49 *Ibid.*, str. 67.

50 U nekim zakonodavstvima, npr. Engleske i Velsa (vid. J. Gowland, str. 395), proganjanje podrazumeva nastupanje kod žrtve ozbiljne zebnje i uznemirenosti, koja ima značajan nepovoljan efekat na njene svakodnevne aktivnosti.”

opisa osnovni oblik inkriminiše samo odgovarajuće radnje proganjanja, bez obeležja posledice.⁵¹ Naročito u SAD sve više saveznih država zagovara brisanje posledice iz zakonskog opisa.⁵² Takav pristup svakako olakšava dokazivanje, budući da isključuje neophodnost utvrđivanja uzročno-posledične veze,⁵³ ali, s druge strane, kriminalnu zonu čini manje određenom. To pojedini autori, polazeći od principa *ultima ratio*, smatraju dovoljnim razlogom da delikt bude oblikovan kao posledični.⁵⁴ Isključenje posledice iz zakonskog opisa nekada se postiže unošenjem subjektivnog obeležja odgovarajuće *namere*. Tako npr. italijanski krivični zakonodavac kažnjava ponavljanje pretnje ili uznemiravanja drugoga, u nameri da se prouzrokuje trajno stanje teskobe ili straha, da se izazove razuman strah za svoju ili bezbednost bliskog srodnika, ili da se žrtva prinudi da promeni svoj životni stil (čl. 612).⁵⁵

Najznačajnija razlika u definisanju obeležja proganjanja tiče se pitanja da li ovaj fenomen raščlaniti na izričito opisana ponašanja, koja se imaju smatrati proganjanjem, ili samo tautološki kažnjivost vezati za onoga ko druga lica „progoni”. Tu se ova pojava prevodi u domaće zakonodavstvo u odgovarajući, ponašanju ekvivalentni termin,⁵⁶ a sudu se ostavlja da pod delikt podvede ono što smatra proganjanjem. Prvi pristup (eng. list model) podrazumeva tačno opisivanje mogućih radnji koje bi se kvalifikovale kao proganjanje. Njegov osnovni nedostatak predstavlja izostanak fleksibilnosti, budući da je uvreženo gledište da uznemiravanje može da bude ostvareno preko najraznovrsnijih akata.⁵⁷ Tako Van der Aa i Römkens preporučuju da zakonodavac bude oprezan, kako iscrpnim navođenjem radnji proganjanja ne bi limitirao taktiku

- 51 Vid. S. V. D. Aa, R. Römkens, str. 8–9; S. V. D. Aa, str. 7. Može se primetiti tendencija da i zakonodavstva, koja su inicijalno delikt oblikovala kao posledični, kasnijim izmenama nastupanje posledice eliminišu. Tako je, primera radi, nemački krivični zakonodavac ranije (do marta 2017. godine) zahtevao da neke od pripisanih radnji „teško naškode životnim prilikama” oštećenog, dok je sada dovoljno da su radnje *podobne* da ostvare istu posledicu (§ 238 dStGB). U ondašnjoj doktrini je slična promena po ugledu na austrijsko rešenje od nekih autora pozdravljena (Andreas Mosbacher, „Notwendige Nachbesserungen bei der Nachstellung”, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 6/2016, str. 161; Heinz Schöch, „Zielkonflikte beim Stalking-Tatbestand”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 4/2013, str. 224), dok su drugi u tom smislu skeptični.
- 52 Dok neke države zahtevaju da je žrtva radnjama učinioca bila uplašena, druge smatraju dovoljnim da bi proganjanje kod razumnog lica moglo izazvati strah. Neke države konkretizuju posledicu osećaja nesigurnosti, zahtevajući strah od smrti ili teškog telesnog povređivanja (T. B. Carter, str. 359).
- 53 U nemačkoj praksi su teškoće na dokaznom planu, dok je delo bilo oblikovano kao posledično, često vodile obustavi postupka, po osnovu sličnom našem odlaganju krivičnog gonjenja iz čl. 283 ZKP (vid. S. Peters, str. 241).
- 54 Michael Köhne, „‘Unerwünschte Nähe’ – Mehr Opferschutz bei der Nachstellung”, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 5/2014, str. 142. Drugi pak autori (J. Kinzig, str. 258) taj princip smatraju razlogom da se od inkriminisanja posve odustane. U novijoj nemačkoj literaturi se aktuelno rešenje, koje više ne zahteva nastupanje posledice, brani i argumentom da ne bi bilo primereno zahtevati da žrtva ozbiljnije modifikuje svoje životne navike, jer mnogima finansijske i druge socijalne okolnosti ne dopuštaju da se npr. presele ili da promene radno mesto (Lothar Kuhlen, „Stalking als kriminalpolitisches Problem”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 3/2018, str. 95).
- 55 Vid. Laura De Fazio, „Criminalization of Stalking in Italy: One of the Last among the Current European Member States’ Anti-Stalking Laws”, *Behavioral Sciences and the Law* 2011, str. 320.
- 56 Tako je i italijanski zakonodavac izbegao korišćenje uobičajenog termina „stalking”, iako se konstatuje da je taj pojam u opštoj javnosti prepoznatljiv (vid. *ibid.*, str. 319).
- 57 D. Lamplugh, P. Infield, str. 862, 867.

progonilaca, imajući u vidu njihovu navodnu kreativnost, i mogućnost „da nađu način da jednostavno zaobiđu krivično delo”, ako spisak konkretnih radnji bude iscrpno uključen u krivičnoppravnu odredbu.⁵⁸ To međutim ne znači da kriminalno-politički ciljevi mogu da nadjačaju imperativ poštovanja načela zakonitosti. Nije prihvatljivo da se pod pojam proganjanja po osećaju podvode neka nedefinisana i neodređena ponašanja, tim pre što se radi o novijem krivičnom delu, čije obličje, povrh toga, u uporednom zakonodavstvu ima krajnje različit izgled. Slični prigovori, uz pozivanje na Četrnaesti amandman američkog Ustava, česti su i u američkoj doktrini, gde se često ukazuje da krivičnoppravna odredba „mora definisati krivično delo uz dovoljnu određenost, da bi običan čovek mogao razumeti koje ponašanje je zabranjeno, i na način koji ne ohrabruje arbitrarnu i diskriminatornu primenu”.⁵⁹ Ipak, i pored čestog isticanja sličnog prigovora od strane okrivljenih, američki sudovi ih uglavnom nisu prihvatili, smatrajući krivičnoppravne odredbe ustavnim.⁶⁰ Ako se prigovori koji se upućuju (ne)određenosti propisanih obeležja ne odražavaju na načelnu ustavnost inkriminacije, sudovi i tužilaštva su komparativno vrlo restriktivni u primeni i postupanju sa krivičnim prijavama, tako da do optuženja i osuda dolazi retko.⁶¹

Najveći broj zakonodavstava, nalik srpskom rešenju, kombinuje oba modela (sistem generalne klauzule), iscrpno (primera radi) navodeći najznačajnije radnje proganjanja, a zatim dopuštajući da delikt ostvari i neka neimenovana, njima slična radnja.⁶² Ipak, i takvo rešenje nije bez prigovora iz ugla poštovanja načela zakonitosti. Tako se u nemačkoj doktrini takođe čuju različiti glasovi u pogledu ostvarenosti zahteva određenosti, naročito imajući u vidu da i u ondašnjoj odredbi, pored izričito imenovanih radnji, opis može da ostvari i drugo *uporedivo* ponašanje (čl. 238, st. 1, tač. 5 KZ). Dok jedni autori takvu generalnu klauzulu smatraju vrstom tumačenja po sličnosti, drugi takvu interpretaciju odriču, ukazujući da je tumačenje po sličnosti moguće samo tamo gde je viši rodni pojam (ovde proganjanje) dovoljno određen.⁶³ Prigovor neodređenosti se ne tiče samo preciziranja propisanih radnji, već i obličja posledice. Vezivanje posledica za *reakciju* žrtve, nosi izvesnu neizvesnost, jer je stepen osetljivosti svakog čoveka različit.⁶⁴ Kada se tome pridoda mnoštvo krajnje diferenciranih akata, koji tek u totalitetu grade nevrjednost, jasno je da je ova inkriminacija na planu poštovanja načela zakonitosti ranjiva.

U pogledu odabira srpskog termina, možemo zaključiti da njegovo jezičko značenje neuporedivo preciznije odgovara sadržini pojave koja se opisuje, budući da se uporedni pojmovi (eng. *stalking*, nem. *Nachstellung*), preuzeti iz „lovačke” terminologije,⁶⁵ više vezuju za fizičko vrebanje, koje žrtvu posmatra kao svojevrsni

58 S. V. D. Aa, R. Römkens, str. 10.

59 5 State v. Holcombe, 187 S.W.3d 496, 499 (Tex. Crim. App. 2006).

60 Vid. T. B. Carter, str. 376.

61 Tako je u Nemačkoj, primera radi, od 27.000 prijava u 2010. godini optuženo samo 3,4% prijavljenih, a osuđeno tek 1,9% (L. Kuhlen, str. 94).

62 Takvo je npr. škotsko ili englesko rešenje (vid. Sam Middlemiss, „Let the Stalker Beware: Analysis of the Law of Stalking in Scotland”, *Journal of Criminal Law* 5/2014, str. 414–415, 420).

63 Slično T. Fischer, str. 1557.

64 J. Gowland, str. 391.

65 „Stalker” potiče iz gelskog jezika, i označava onoga ko uporno vreba divljač (H. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, str. 74).

plen. Može se konstatovati da su u uporednom pravu zakonodavci bili vrlo domišljati u označavanju inkriminacije, često uz naglašavanje izvesnog dopunskog obeležja (npr. upornosti, kao u slučaju krivičnog dela „upornog proganjanja” iz čl. 107a austrijskog KZ), katkada međutim omašujući u označavanju suštine kriminalne nevednosti.⁶⁶

Na evropskom planu izvesnu harmonizaciju u pogledu proganjanja omogućava Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici od 2011. godine, poznatija kao Istanbulska konvencija. Ova konvencija nalaže „preduzimanje neophodnih zakonodavnih ili drugih mera” kako bi se obezbedilo da „namerno ponašanje ponavljanjem pretnji upućenih drugom licu, koje uzrokuju da se lice plaši za svoju bezbednost, bude inkriminisano” (čl. 34). Iako ova odredba nosi naziv „proganjanje” (stalking), ponašanje čije se inkriminisanje zahteva, bar u kontekstu navedenih obeležja, već je bilo obuhvaćeno domaćim zakonodavstvom unutar krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti (čl. 138 KZ), tako da se teško može prihvatiti da opisano ponašanje domaćim zakonodavstvom i pre uvođenja krivičnog dela iz čl. 138a KZ nije bilo inkriminisano.⁶⁷ U Obrazloženju koje prati tekst konvencije se objašnjava da ponašanje kojim se proganja može da se sastoji u ponovljenom praćenju, nametanju neželjene komunikacije ili davanju na znanje žrtvi da je praćena ili posmatrana. Tu se međutim pominju i drugi oblici ponašanja, kao npr. pojavljivanje na poslu žrtve ili drugim njenim aktivnostima, uništavanje njene imovine, uspostavljanje lažnog identiteta, širenje neistinitih informacija preko društvenih mreža itd.⁶⁸ Od drugih karakterističnih obeležja, Obrazloženje ukazuje da proganjanje mora biti vršeno umišljajno, u nameri da se kod žrtve izazove osećaj straha.⁶⁹ Naročiti naglasak je stavljen na okolnost da delikt podrazumeva kontinuitet u delovanju, odgovarajući *obrazac* ponašanja, čiji pojedinačni akti

66 Tako se teško može „na prvu loptu” konstatovati da „nametljivo ponašanje”, kao naziv dela iz čl. 140 hrvatskog KZ, zasluži krivičnopravnu reakciju (vid. suprotno Milica Kovačević, Marija Maljković, „Proganjanje – kriminološki i krivičnopravni aspekti”, *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja* 3/2016, str. 91). Naziv „proganjanje” je u tom smislu neuporedivo precizniji.

67 Vid. suprotno Višnja Randelović, „Proganjanje: pojam, karakteristike i predlozi de lege ferenda”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2016, str. 240. Logički je nesporno da ako je inkriminisano jednokratno ugrožavanje sigurnosti drugoga – da će tim pre pod istu inkriminaciju moći da se podvedu i ponovljene pretnje.

68 Vid. Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, art. 34, str. 32 (<https://rm.coe.int/16800d383a>). Konvenciju su do danas (mart 2018. godine) potpisale gotovo sve članice Saveta Evrope (izuzev Ruske federacije i Azerbejdžana), a većina (28 država) je Konvenciju i ratifikovala.

69 Neka zakonodavstva na planu krivice smatraju dovoljnim i *nehat*. Tako britanski Harassment Act od 1997. godine propisuje (čl. 1[1]) da je učinilac znao ili morao znati da će njegovo ponašanje izazvati uznemirenost žrtve. Nehat je ovde problematičan imajući u vidu neodređenost na planu mogućih akata proganjanja, zahteva njihovog ponavljanja, i često drastičnih razlika u pogledu moguće ljudske osetljivosti. Ne treba međutim izgubiti iz vida da dužnost predviđanja podrazumeva objektivni standard (s pravom J. Gowland, str. 392), što (samo) donekle ublažava prigovor inkriminisanju nehata. U drugim zakonodavstvima (npr. Singapura) se sličan zahtev opravdava time što učinilac ne mora imati nameru da izazove neku uznemirenost žrtve, želeći samo da joj pokaže afekciju, ili ako se radi o mentalno poremećenom učiniocu, kod kojeg se takva namera ne može uobličiti (Chan Wing Cheong, „The New Offence of Unlawful Stalking in Singapore”, *Singapore Academy of Law Journal* 2/2014, str. 341). Progonitelji mogu imati romantičnu uobrazilju da ih žrtve vole, što neki autori takođe navode kao razlog za inkriminisanje nehata (vid. E. A. Patton, str. 505).

ne moraju nužno biti dovoljni za krivičnu odgovornost. Na kraju, premda je namera zakonopisaca bila da se proganjanje inkriminiše, ukazuje se i na mogućnost zadržavanja nekrivičnih sankcija,⁷⁰ dok god je njihov efekat odvrćući, proporcionalan i efikasan.

4. OBELEŽJA PROGANJANJA

Grupni zaštitni objekt krivičnog dela iz čl. 138a predstavljaju slobode i prava građana. Delo je s pravom svrstano iza krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti, budući da je s njim vrlo blisko povezano. Propisivanjem proganjanja se, kako se iz zakonskog opisa može doznati, nalik npr. neovlašćenom fotografisanju (čl. 144 KZ) ili neovlašćenom objavljivanju tuđeg spisa, portreta ili snimka (čl. 145 KZ), neposredno štiti „lični život” žrtve. Razlika u odnosu na navedena dela je što su ona oblikovana posledično, pa se kod njih zahteva da se propisanim radnjama „osetno zadrlo” u lični život drugoga, dok se u slučaju proganjanja nastupanje takve posledice ne traži. Dovoljno je da ponašanje učinioca *može* osetno da ugrozi lični život određenog lica. Iako se navedeno obeležje pominje samo kod preduzimanja drugih radnji (vid. čl. 138a, st. 1, tač. 5 KZ), sličnih onim izričito propisanim (čl. 138a, st. 1, tač. 1–4 KZ), ono bi moralo biti ostvareno u pogledu svih učinjenih akata koji se vrednuju kao proganjanje.⁷¹

Zahtev da se radnjama zadire u „lični život” oštećenog može se razumeti na različite načine. Imajući u vidu osobenost inkriminacija u kojima je u našem dosadašnjem zakonodavstvu bilo pripisano slično obeležje, neki domaći autori tu podvode samo ona ponašanja koja spadaju u „striktno ličnu, intimnu sferu”.⁷² Lični život ne treba, međutim, posmatrati u toj meri restriktivno, naročito što slično tumačenje više naginje samo onim promenama u načinu vođenja života iniciranim strahom od mogućeg narušavanja časti i ugleda žrtve (npr. prikazivanjem fotografija na kojima je obnažena). Perspektiva proganjanja više dotiče sferu ljudske slobode, u smislu promena koje podrazumevaju menjanje nekih životnih navika, ruta kretanja, planova u pogledu mesta življenja, rada, redefinisane kruga lica s kojim se žrtva druži, itd. Iako su takve izmene najčešće uslovljene subjektivnim osećanjem straha, takav uslov nije unet u zakonski opis. Razume se, što je intenzitet pritiska na ličnu sferu oštećenog viši, biće viša i podobnost počinjenih radnji da zadru u lični život drugoga. Potencijal zadiranja u „ličnu” sferu implicira da je zaštićen integritet *pojedinka*.⁷³ Može se međutim postaviti pitanje da li je ovako određen kriterijum dovoljno određen. Ajden (*Eiden*) primećuje da slična formulacija iz nemačke krivičnogpravnog

70 Od svih država potpisnica, samo je Danska stavila rezervu na inkriminisanje proganjanja, smatrajući dovoljnim primenu nekrivičnih mehanizama. Prema tom vrlo zanimljivom pristupu, proganjanje po sebi nije kriminalizovano, već se kažnjava kršenje mere kojom se učiniocu zabranjuje prilazak i komunikacija sa oštećenim (vid. Directorate-General for Internal Policies, *Violence against women and the EU accession to the Istanbul Convention*, str. 64).

71 Stojanović smatra da preteže jezičko tumačenje da kod radnji propisanih u čl. 138a, st. 1, tač. 1–4 KZ nije propisan navedeni uslov (Z. Stojanović [2018], str. 501).

72 Tako Lj. Lazarević, str. 548.

73 Ako je proganjanjem pogođena čitava porodica, postojaće idealni sticaj onoliko dela koliko ima pogođenih članova porodice (W. Mitsch [2007a], str. 1238).

odredbe vrlo podseća na opšti objekt zaštite osnovnih ljudskih prava i sloboda iz nemačkog ustava. Zaista, nešto slično se može reći i za „lični život” prema čl. 138a KZ, budući da Ustav RS u svojim uvodnim odredbama u pogledu zaštite ljudskih prava i sloboda takođe propisuje da „svako ima pravo na slobodan razvoj ličnosti”. I pored mogućih takvih asocijacija, ne možemo se ipak saglasiti sa tim da razvoj ličnosti i lični život predstavljaju identične vrednosti. „Lični život” nije nešto apstraktno, već zbir konkretnih prilika i međuljudskih odnosa u koje se pojedinac u svojim svakodnevnim aktivnostima upušta.

Uslov da zadiranje bude *osetno* pod kriminalnu zonu podvodi samo ona ponašanja, koja prevazilaze neko standardno uznemiravanje i dosađivanje. Takav potencijal nije moguće *a priori* odrediti, nezavisno od okolnosti konkretnog slučaja. U uporednoj praksi su pod slično oblikovana obeležja, istina uglavnom u kontekstu kvantifikovanja posledice, podvođeni primeri napuštanja stana u pratnji drugih lica, promena radnog mesta ili boravišta, ili zatamnjenje stakala na stanu.⁷⁴ Načelno, takvim se mogu okarakterisati one drastične promene u načinu vođenja različitih životnih aktivnosti koje podrazumevaju npr. promenu radnog mesta ili preseljenje, preuređenje dostupnog slobodnog vremena i svakodnevnih aktivnosti kako bi se izbegli susreti sa učinioem (npr. menjanje rute do posla ili izbegavanje društvenih kontakata kako se ne bi napuštala kuća), menjanje telefonskog broja, stavljanje dodatnih brava na ulaz u stan, itd.⁷⁵

Nije jednostavno bliže odrediti donji prag kažnjivosti, zbog čega se i insistira na *ponavljanju* akata proganjanja. Mnogi autori primećuju da ne bi bilo prihvatljivo da se pod zakonski opis podvedu npr. prolazni ljubavni problemi, koji se manifestuju u nekoliko telefonskih poziva.⁷⁶ Pojedinačne radnje često podsećaju na svakodnevna ponašanja koja opravdano izmiču krivičnopravnoj zaštiti. Stoga se s pravom ističe bojazan da bi neoprezno definisanje granica kažnjivosti moglo voditi kažnjavanju npr. verskih aktivista, novinara-istraživača ili političkih aktivista koji pred izbore telefonom ispituju javno mnjenje. Određivanje kriminalne zone bez povrede nekih garantovanih prava i sloboda utoliko predstavlja izazov.⁷⁷ Mnogi autori čak smatraju da pojedinačni akti proganjanja često predstavljaju *socijalno-adekvatna* ponašanja,⁷⁸ gde se tek njihovim kumuliranjem prelazi prag nedozvoljenog. To ipak najčešće neće biti slučaj, osim ukoliko baš svi pojedinačni akti imaju crte bezazlene i spolja posmatrano (naročito u slučaju praćenja) uobičajene delatnosti.

Srpski zakonodavac izbegao je da izričito unese zahtev ponavljanja akata u zakonski opis, već je taj uslov istakao preko (nepreciznog)⁷⁹ zahteva da se neke od na-

74 L. Kuhlen, str. 93. U nemačkoj judikaturi su sudovi u početku imali nedoumice da li pod posledicu dela da podvedu i posledice u psihičkoj sferi, ali je kasnija praksa insistirala na modifikacijama u spoljašnjem uređenju životnih aktivnosti (vid. Sebastian Buß, „Zum Referententwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz eines Gesetzes zur Verbesserung des Schutzes gegen Nachstellungen”, *Juristische Rundschau* 7/2016, str. 357).

75 C. W. Cheong, str. 340.

76 A. Wolfrum, D. Dimmel, str. 475. Nismo međutim sigurni da bi navedeni akti mogli da izbegnu primenu represivnih mera prema srpskom Zakonu o sprečavanju nasilja u porodici.

77 D. Lamplugh, P. Infield, str. 866.

78 Vid. npr. B. Valerius, str. 320.

79 S pravom Z. Stojanović (2018), str. 499.

vedenih radnji vrše „u toku određenog vremenskog perioda”. Pritom, treba imati u vidu da su imenovani akti proganjanja (čl. 138, st. 1, tač. 1–5 KZ) opisani trajnim glagolskim oblicima (ko „prati”, „preduzima”, „nastoji”, „zloupotrebljava”, „preti”). Kako je zbog toga za ostvarenje dela dovoljno da je radnja preduzeta „jednom ili više puta” (vid. čl. 112, st. 30 KZ), uslov ponavljanja nije bilo moguće izraziti preko same radnje izvršenja, pa je istaknut zahtev da se radnja proganjanja vrši u toku izvesnog vremenskog perioda.⁸⁰ Budući da se zahteva ponavljanje akata, smisleno je zahtevati postojanje određenog kontinuiteta, u smislu da nema većih vremenskih razmaka između pojedinih radnji. Intenzitet ponavljanja nije moguće izričito urediti, jer je učestalost neraskidivo povezana sa sadržinom i težinom pojedinačnih akata,⁸¹ ali će i nezavisno od te okolnosti često biti komplikovano utvrđivanje da li je u konkretnom slučaju postojala jedna ili više radnji proganjanja.⁸² Činjenica da delo formalno nije dovršeno bez najmanje dva pojedinačna akta isključuje mogućnost kvalifikovanja proganjanja kao podvrste trajnih delikata,⁸³ a isključena je i konstrukcija produženog krivičnog dela.⁸⁴ Sukcesivni akti svakako ne moraju biti istog tipa.⁸⁵

U uporednom zakonodavstvu se zahtev ponavljanja akata nekada izražava unošenjem obeležja *upornosti* učinioaca.⁸⁶ Učinilac žrtvu cilja kao svojevrsnu *metu*, postojano pletući mrežu kontrole oko njenog prostora slobode. Stoga ne iznenađuje da i krivičnopravne odredbe, koje je srpski zakonodavac očigledno uzeo kao model (čl. 238 nemačkog KZ i čl. 107a austrijskog KZ), podrazumevaju istrajnost (*wer... beharrlich*) u vršenju imenovanih akata.⁸⁷ U ondašnjoj doktrini se naglašava da je to obeležje uneto upravo da bi se izrazila neophodnost ponavljanja radnji.⁸⁸ Pojedine odredbe tu zahtevaju protok *dužeg* vremena, što se uglavnom tumači iz perspektive okolnosti konkretnog slučaja,⁸⁹ ali to upornost po sebi ne implicira. Srpski krivični zakonodavac u postojećim inkriminacijama ne navodi obeležje upornosti. U obzir

80 Slično obeležje prisutno je i u austrijskom pravu (čl. 107a KZ).

81 Slično i K. Schwaighofer, str. 54, koji kao smernicu za teže slučajeve predlaže da proganjanje traje najmanje jedan mesec i da uključuje bar tri radnje. U slučaju lakših slučajeva preporučuje se bar desetak akata. Neki krivični zakoni američkih saveznih država (npr. Delavera) vezuju ovo obeležje za najmanje tri incidenta. U obrazloženju nacrta nemačkog zakona o borbi protiv proganjanja zahtevalo se da broj ovih akata bude najmanje *pet*, ali je to kasnije ipak prepušteno praksi (vid. B. Valerius, str. 322).

82 Tako npr. može biti sporno da li postoji jedna ili više radnji ako učinilac npr. prati žrtvu do posla, tu sačeka neko vreme da se pojavi, a zatim nastavi da je prati do kuće (C. W. Cheong, str. 338).

83 Trajne delikte odlikuje stvaranje protivpravnog stanja, koje se učiniočevim aktima održava u vremenu. Dok trajni delikt može biti formalno dovršen i na osnovu jedne radnje, to u slučaju proganjanja nije moguće (s pravom Gudrun Hochmayr, „Das sukzessive Delikt – ein neuer Deliktstypus”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 4/2010, str. 766).

84 Z. Stojanović (2018), str. 499.

85 To je nesporno i u anglo-američkoj doktrini i judikaturi (vid. K. G. McAnaney, L. A. Curliss, C. E. Abeyta-Price, str. 895).

86 Holandsko i belgijsko pravo ovaj uslov izražavaju zahtevom da proganjanje ima *sistematski* karakter (vid. J. Kinzig, str. 257).

87 To je uostalom bio predlog Vlade i u pogledu srpske odredbe, ali je usled poslaničkih amandmana to obeležje brisano (Z. Stojanović [2018], str. 501).

88 T. Fischer, str. 1563.

89 Tako A. Wolfrum, D. Dimmel, str. 480, verovatno polazeći od njima dostupnih statističkih podataka, koji su u konkretnom istraživanju ukazivali da proganjanje prosečno traje 28 meseci (*ibid.*, str. 476).

dolazi *dva ili više akata*, nezavisno od toga da li oni pripadaju istoj (npr. dva pokušaja fizičkog približavanja žrtvi) ili različitim podvrstama proganjanja. Može eventualno biti sporno da li bi, pored objektivne činjenice višekratnog postupanja, uslov upornosti podrazumevao i izvesnu *subjektivnu* karakteristiku na strani učinioca. Tako se, primera radi, obeležje „svireposti” ili „podmuklosti” kod krivičnog dela teškog ubistva u domaćoj literaturi tumače ne samo prema objektivnim merilima, već i uključujući i odgovarajuću strukturu ličnosti. U nemačkoj judikaturi se uslov upornosti tumači kao naročita *lična okolnost*⁹⁰ – svesno zanemarivanje volje žrtve, odnosno kao ravnodušnost prema njenim željama i zahtevima, uz spremnost da se takvo ponašanje u budućnosti nastavi.⁹¹ S pravom se međutim primećuje da takvo tumačenje, bar iz ugla potencijalnog unošenja obeležja „upornosti” u srpsko zakonodavstvo, stvara previsoke zahteve na subjektivnoj strani učinioca, nepotrebno uslovljavajući da i žrtva mora iskazati svoju nesaglasnost sa aktima proganjanja.⁹²

Prva moguća radnja proganjanja podrazumeva neovlašćeno *praćenje*, ili preduzimanje druge radnje „u cilju fizičkog približavanja” drugome, protivno njegovoj volji (čl. 138, st. 1, tač. 1 KZ). Dok pojam praćenja podrazumeva održavanje takve udaljenosti koja pratiocu omogućava kontrolu kretanja uhođenog, bilo da se to čini potajno ili na smišljeno otvoreni način, druge moguće radnje jednako impliciraju izvesnu *prostornu bliskost*. Tipično se tu radi o bivšim supružnicima ili partnerima koji se ne mogu pomiriti sa raskidom, i gde se drugi progoni bilo da bi mu se svetilo, bilo da bi se „primorao” na oživljavanje veze.⁹³ Nije neophodno da približavanje preraste i u neposredni fizički kontakt, niti mora doći do komunikacije. Može biti sporno da li uslov da se delo vrši protivno volji oštećenog implicira da praćenje podrazumeva isključivo vizuelni kontakt, tim pre što zadiranje u lični život, reklo bi se, pretpostavlja da žrtva u nekom momentu shvati da je neko uhodi. Na to, kako se čini, upućuje i zahtev da se radnja čini protivno volji drugoga. Takva formulacija ili implicira da je svako praćenje drugog lica po prirodi stvari protivno njegovoj volji, nezavisno od toga da li je od njega opaženo, ili da nužno postoji takva predstava.⁹⁴ Neovlašćeno praćenje, kako nam se čini, nesumnjivo se može vršiti prikriveno i potajno, bez znanja žrtve. Taj momenat će npr. redovno biti ostvaren u slučaju nekih grubljih novinarskih (paparaco) poduhvata.⁹⁵ Kada je pak u pitanju druga radnja koja se realizuje

90 U pogledu mogućih dejstava vid. čl. 36 srpskog KZ.

91 J. Eiden, str. 126; T. Fischer, str. 1564. Reč je utoliko o jednoj objektivno-subjektivnoj okolnosti, koju na objektivnom planu odlikuje ponavljanje, a na subjektivnom planu nepoštovanje volje žrtve ili ravnodušnost prema njenom stavu (G. Hochmayr, str. 762–763).

92 L. Kuhlen, str. 93. U jednoj novijoj odluci nemački BGH „upornost” vezuje za prostornu i vremensku povezanost akata, praćenih jedinstvenim umišljajem (*ibid.*).

93 W. Mitsch (2007a), str. 1238.

94 U tom pravcu npr. A. Wolfrum, D. Dimmel, str. 481, koji otuda iz kriminalne zone isključuju npr. špijuniranje drugog putem dvogleda, ili tajnim fotografisanjem ili snimanjem. F. Neubacher, G. Seher, str. 1032, smatraju da tajna praćenja i posmatranje žrtve teleološki ispadaju iz obuhvata krivičnog dela proganjanja. Slično stanovište dominira i u austrijskoj literaturi (vid. K. Schwaghofner, str. 56).

95 U pogledu pitanja da li približavanje mora biti javno ili tajno u nemačkoj doktrini nema saglasnosti, budući da zakonodavac samo predviđa da učinilac traži prostornu blizinu žrtve. Dok većinsko gledište odbacuje neophodnost vizuelnog kontakta, neki autori zahtevaju opažanje učinioca od strane žrtve (T. Fischer, str. 1559). Oni autori koji zahtevaju da učinilac bude opažen

da bi se učinilac fizički približio žrtvi, pitanje ostaje otvoreno. Uslov da se delo čini protivno njenoj volji ipak implicira da je ona bar nekada ispoljila svoju nesaglasnost sa pokušajima fizičkog približavanja ili druge komunikacije.⁹⁶ To znači da u konkretnom slučaju žrtva takođe ne mora imati saznanje da je praćena, ali da je prilikom neke prethodne radnje ona nedvosmisleno izrazila svoju volju u tom pravcu. Nejasno je, na drugoj strani, da li se može makar približno označiti neki okvir udaljenosti koji bi ostvario zabranjeno ponašanje. Prema nekim gledištima, za fizičko približavanje žrtvi ne bi npr. bilo dovoljno da se učinilac preselio u isti grad u kojem žrtva živi.⁹⁷ Neki teoretičari predlažu da bi fizičko približavanje podrazumevalo onu udaljenost koja omogućava međuljudski kontakt pogledom ili dozivanjem.⁹⁸ U svakom slučaju, fizičko približavanje ili praćenje *nečinjenjem* nije moguće.

U većini uporednih krivičnopravnih odredaba se izričito isključuje protivpravnost proganjanja ako je neka od propisanih radnji učinjena na temelju kakvog pravnog ovlašćenja.⁹⁹ Tu se recimo misli na lica koja su praćena po osnovu sumnje da su upletena u neke kriminalne aktivnosti, ali to mogu biti i druge radnje, kao npr. uporno telefonsko pozivanje dužnika u cilju naplate potraživanja. Zapravo, zahtev da fizičko približavanje bude *neovlašćeno* treba posmatrati u kontekstu svih zamislivih, na pravu zasnovanih dopuštenja, koje određenom licu omogućavaju kontakt sa pravnim subjektima. Tako se npr. ne može smatrati proganjanjem kontaktiranje bivšeg partnera, kako bi se učinio dogovor oko viđanja zajedničkog deteta. Ne treba međutim izgubiti iz vida da nevrednost proganjanja zasniva kumuliranje više odvojenih akata, tako da i načelno ovlašćeni postupci mogu u nekom trenutku preći prag kažnjivog.

Uslov da se delo vrši protivno volji oštećenog podrazumeva da eventualna njegova *saglasnost* po pravilu isključuje ostvarenje zakonskog bića dela. Kako pojedinačni akti mogu predstavljati i spolja posmatrano socijalno-adekvatne radnje, nužno je da već na planu krivičnopravne zabrane i bića dela bude jasno naglašeno da kažnjivost zasnivaju samo ponašanja koja su protivna volji oštećenog.¹⁰⁰

od strane žrtve, odbacuju kažnjivost potajnog praćenja negirajući umišljaj učinioca. Detektivi ili foto-reporteri redovno ne žele da budu otkriveni od strane onih čije kretanje osmatraju (tako npr. K. Schwaighofer, str. 56). Takav pristup ne čini nam se kriminalno-politički prihvatljiv. Treba imati u vidu da pozivanje na slobodu štampe ne može da isključi protivpravnost proganjanja reportera i fotografa koji u tome učestvuju, jer se javni interes u sferi javnog informisanja (vid. čl. 15 Zakona o javnom informisanju i medijima, „Službeni glasnik RS”, br. 83/2014, 58/2015 i 12/2016 – autentično tumačenje) ne ostvaruje zadovoljavanjem voajerističkih želja publike (s pravom W. Mitsch [2007a], str. 1240).

96 Mič smatra da se u slučaju potajnog posmatranja verovatno ne može raditi o težem narušavanju životnih prilika žrtve, što bi odgovaralo „osetnom zadiranju u lični život” iz naše odredbe (W. Mitsch [2007a], str. 1239).

97 T. Fischer, str. 1559.

98 Vid. K. Schwaighofer, str. 56, koji pravi razliku između učinioca koji se približio žrtvi na udaljenost od 30-tak metara, kada bi sličan opis bio ostvaren, i posmatranja sa razdaljine od 200 metara, kada ovaj oblik ne bi bio ostvaren, nezavisno od toga da li je žrtva opazila učinioca i da li je osećala nesigurnost.

99 Vid. slično u pogledu škotskog prava S. Middlemiss, str. 415.

100 F. Neubacher, G. Seher, str. 1031. Moguće je međutim da prema okolnostima bude isključena i protivpravnost (vid. Wolfgang Mitsch, „Strafrechtsdogmatische Probleme des neuen ‘Stalking’-Tatbestandes”, *Juristische Ausbildung* 6/2007, str. 403).

Smisleno je to što je zakonodavac propisao da druga radnja mora biti učinjena u cilju fizičkog približavanja, jer se time eliminišu slučajna situaciona zaticanja različitih lica na istom mestu. Taj zahtev implicira neophodnost učiniočevog umišljaja. Iako se radi o sužavanju kriminalne zone, takav pristup je ovde neophodan. Nije nužno da sporna radnja bude preduzeta isključivo u cilju približavanja; moguće je da učinilac ima i neke druge razloge. Tako je irelevantno da li učinilac posećuje koncert na kojem se nalazi i žrtva zato što voli muziku, ili što proganjanje u samoposluzi može da opravda i time što je kupio kesicu bombona,¹⁰¹ ako se iz okolnosti može zaključiti da je to učinjeno u cilju približavanja žrtvi. U uporednoj praksi se međutim kao problem izdvajaju situacije u kojima učinilac i žrtva imaju svakodnevne susrete, uslovljene činjenicom da žive u istom domaćinstvu, ili da su npr. komšije, gde se izvestan međusobni kontakt teško može izbeći.¹⁰² Načelno, formulacija da se u odnosu na drugoga vrše radnje „u cilju fizičkog približavanja tom licu” redovno će isključiti mogućnost ostvarenja ako i učinilac i žrtva žive zajedno, ili ukoliko tirisanje ukućana ima trajniji karakter.¹⁰³ Tu će u obzir po pravilu doći ostvarenje nasilja u porodici (čl. 194 KZ), ugrožavanjem spokojstva odnosno duševnog stanja člana porodice.

Sledeća moguća radnja proganjanja, koja se u praksi najčešće i sreće, podrazumeva da se protivno volji oštećenog sa njim „nastoji uspostaviti kontakt, neposredno, preko trećeg lica ili putem sredstava komunikacije” (čl. 138, st. 1, tač. 2 KZ). U pitanju je formulacija koja kažnjivim čini *pokušaj* uspostavljanja nekog vida opštenja (verbalnog, simbolima ili pokazivanjem vizuelnih sadržaja) sa žrtvom. Nastojanje ne mora biti uspelo; dovoljno je da se radi o seriji preduzetih neuspehlikih pokušaja komunikacije. Zakonodavac ne ograničava sredstva komuniciranja (pisma, SMS poruke, elektronska pošta, video poruke, itd.), niti načine uznemiravanja po ovom osnovu (spuštanje slušalice, besomučno „spemovanje” elektronske pošte itd.), što je, imajući u vidu sve raznovrsnije vidove telekomunikacija i inventivnost učinilaca, sasvim na mestu.¹⁰⁴ Ipak, u praksi se najčešće radi o telefonskom ili sajber-uznemiravanju. Tu ne spada slanje poklona, npr. cveća, osim ukoliko pošiljku nije pratila i kakva pismena poruka,¹⁰⁵ ali bi se slične radnje mogle podvesti pod generalnu klauzulu iz tač. 5.

Zahtev da se i ovde delo vrši protivno volji pasivnog subjekta podrazumeva da ovaj ima predstavu da drugi želi da s njim uspostavi kontakt. Neki autori smatraju da je takva pretpostavka teleološki neophodna, jer bi se u suprotnom teško mogao izvesti zaključak da ponašanje ima dosađujući i uznemiravajući karakter.¹⁰⁶ Takva primedba je sasvim umerena, ali to ne znači da žrtva mora imati predstavu ko je oso-

101 Vid. slično T. Fischer, str. 1559–1560.

102 Tu najveći dokazni potencijal imaju eventualni dnevници, u kojima se beleže pojedinosti i incidenti prilikom pojedinih susreta (S. Peters, str. 239).

103 S pravom W. Mitsch (2007a), str. 1238.

104 U uporednoj praksi se najčešće sreću SMS poruke seksualnog sadržaja. Na planu dokazivanja tu najveći problem predstavlja pozivanje okrivljenog na to da je neko zloupotrebio njegov telefon ili nalog elektronske pošte (S. Peters, str. 240).

105 Vid. slično K. Schwaighofer, str. 57.

106 F. Neubacher, G. Seher, str. 1032.

ba koja je na takav način progoni. Nije neophodno da žrtva (npr. preko rukopisa) zna ko je pošiljalac, ili čiji glas joj preko telefona upućuje pretnje.¹⁰⁷ Štaviše, upravo anonimnost, koju omogućavaju savremena sredstva komunikacije, učiniocu stvara lažnu sigurnost, dodatno ga ohrabrujući da ponavlja radnje uznemiravanja. Bilo ti utoliko kriminalno-političko protivrečno tražiti saznanje o identitetu učinioca.

Može biti sporno da li ovaj oblik ostvaruju u praksi česta telefonska uznemiravanja drugih lica, gde se u suštini i ne želi uspostaviti komunikacija sa žrtvom, ali gde se preko učestalog pozivanja hoće ostvariti neki drugi cilj, najčešće praćenje mesta boravka žrtve ili nastojanje da joj se prouzrokuje neprijatnost. Tu umišljaj učinioca najčešće i ne obuhvata uspostavljanje komunikacije; čim se čuje glas sa druge strane žice – slušalica se spušta. „Nastojanje da se uspostavi kontakt” stoga ne treba razumeti isključivo u kontekstu želje učinioca da sa žrtvom usmeno ili pismeno komunicira. Kontakt je već uspostavljen, a sfera žrtve dotaknuta, ne samo kada se slušalica podigne, već i kada telefon prethodno zazvoni.

Delikt se može ostvariti i zloupotrebom podataka o ličnosti nekog ili njemu bliskog lica „radi nuđenja robe ili usluga” (čl. 138, st. 1, tač. 3 KZ), premda ovaj vid proganjanja ima zanemarljiv praktični značaj. Podatke o ličnosti čine naročito njeno ime i prezime, kućna ili adresa elektronske pošte, telefonski broj. Strani autori tu svrstavaju i podatke o interesovanjima žrtve ili njenim aktivnostima.¹⁰⁸ Srpski Zakon o zaštiti podataka o ličnosti tu nije od naročite pomoći, i to dvojako. S jedne strane, podatkom o ličnosti se prema njemu smatra *svaka* informacija koja se odnosi na fizičko lice, bez nekih sadržinskih pojašnjenja. Drugo, ovaj propis tiče se samo podataka koje prikupljaju organi vlasti, zbog čega je i bilo moguće izbeći pozitivno određenje koje se sve informacije smatraju podatkom o ličnosti, ali to ovde ne olakšava određivanje kruga tih podataka. Iako je i ovde komunikacija u neku ruku neželjena, ova radnja ne spada u tipične forme proganjanja koje se sreću u uporednom zakonodavstvu.¹⁰⁹ U uporednom zakonodavstvu se sličnim aktima žele obuhvatiti narudžbine robe (npr. podnošenje lažnih narudžbenica na teret žrtve) ili usluga (npr. davanje lažnog oglasa seksualne prirode uz ostavljanje telefonskog broja žrtve), nezavisno od toga da li se to čini u njeno ime ili za njen račun, sa ili bez odgovarajuće naknade. Takve radnje više se vezuju za nabavke manje vrednosti (uglavnom hrane), budući da naručivanje vrednije robe ili usluga redovno prati odgovarajuća provera identiteta naručioca od strane prodavca ili pružaoca usluge. Međutim, kako Stojanović ukazuje, preko amandmana je iz nejasnih razloga radnja promenjena umesto naručivanja u „nuđenje”, pa se stiče utisak da se time htelo obuhvatiti nametljivo reklamiranje proizvoda, ubacivanjem reklama u poštanske sandučice.¹¹⁰ Nejasno je da li bi se tu moglo podvesti nametljivo slanje neželjenih predmeta žrtvi u vidu *poklona*. Imajući u vidu da radnja ovde predstavlja „zloupotrebu”

107 Suprotno *ibid.*

108 T. Fischer, str. 1561. Zloupotreba može da postoji i kada se podaci o ličnosti prikupljaju na temelju nekog ovlašćenja.

109 Razlog predstavlja to što učinilac tu može biti izložen materijalnim troškovima. Kako se pritom time redovno ne ostvaruje osnovni cilj progonitelja (da se približi žrtvi), već više (uglavnom) sitne pakosti i izdaci, ovaj vid uznemiravanja nije uobičajen (S. Peters, str. 240).

110 S pravom Z. Stojanović (2018), str. 500.

podataka o ličnosti, ne čini nam se da bi imenovanje poklonoprимca moglo da se smatra zloupotrebom. U tom slučaju, moguće je eventualno zaključiti proganjanje na temelju generalne klauzule.

Najnespornija radnja proganjanja podrazumeva *pretnju* napadom na život, telo ili slobodu drugog lica ili njemu bliskog lica (čl. 138, st. 1, tač. 4 KZ), bar u smislu njene konkretnosti i određenosti. Reč je o formulaciji koja se sreće i kod krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti, s tim što je tamošnji opseg pretnje ovde dopunjen napadom na slobodu. U literaturi se slični akti tumače kao *teže* forme proganjanja u odnosu na neke uobičajene akte psiho-terora (slanje neželjenih poruka, praćenje i posmatranje, agresivno slanje poklonâ itd.).¹¹¹ To međutim nije bilo dovoljno da bi pretnja zasnovala kvalifikovani oblik neprava, već je reč o jednoj od radnji osnovnog oblika. U svakom slučaju, i ovde je neophodno da se pretnje vrše kontinuirano, što u slučaju jednokratnog postupanja krivičnopravnu zaštitu upućuje na čl. 138 KZ.

Pretnja nije identična kao kod krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti, pošto se ovde, pored života i tela, može odnositi i na *slobodu*. Reč je o važnoj razlici, jer ograničavanje slobode predstavlja centralnu karakteristiku proganjanja. To je uslovalo da i neka krivična zakonodavstva pretnju preoblikuju prema ovom zahtevu. Tako Krivični zakonik američke države Floride relevantnom kod proganjanja smatra pretnju „učinjenu s namerom da kod žrtve prouzrokuje da razumno strahuje za svoju bezbednost”.¹¹² Teško je međutim utvrditi šta pretnja „napadom na slobodu” zaista podrazumeva. Tu se verovatno mislilo na slobodu kretanja, ali je korišćeni pojam suviše neodređen.

Generalna klauzula iz čl. 138, st. 1, tač. 5 KZ podrazumeva preduzimanje drugih *sličnih* radnji, na način „koji može osetno da ugrozi lični život lica prema kome je delo izvršeno ili njemu bliskog lica”. Unošenje slične dopune mogućih radnji u literaturi se smatra donekle iznuđenim, budući da se u praksi iznova sreću nove forme proganjanja i komunikacije, ali problem može predstavljati formalni izostanak posledice.¹¹³ Tu se može raditi o različitim aktima, od kojih mnogi ostvaruju obeležja drugih krivičnih dela, kao npr. neovlašćeno fotografisanje, prisluškivanje ili tonsko snimanje, ili objavljivanje ili prikazivanje tuđih snimaka, lažno prijavljivanje za navodno učinjeno krivično delo, iznošenje ličnih ili porodičnih prilika itd.

U našem pravu nije propisano da usled kontinuiranog vršenja radnji proganjanja mora nastupiti konkretna posledica, u smislu utvrdivog zadiranja u privatnu sferu pojedinca, već je dovoljno da počinjeni akti budu *podobni* da osetno zadru u lični život žrtve.¹¹⁴ Iako je prema predlogu Vlade zahtevano nastupanje posledici

111 Slično A. Wolfrum, D. Dimmel, str. 476.

112 Vid. R. A. Guy, str. 1005.

113 U nemačkoj literaturi se naročito napada neodređenost mogućih sličnih radnji, ako se samo zahteva njihova načelna podobnost da naškode životnim prilikama drugog lica (vid. M. Köhne, str. 142). Ipak, i pored nezanimljivog udela krivičnog dela proganjanja u kriminalitetu, u nemačkoj judikaturi gotovo da i nisu zabeleženi primeri podvođenja činjeničnog stanja pod sličnu generalnu klauzulu (H. Schöch, str. 222).

114 U austrijskoj doktrini slično obeležje, kako se tumači, od proganjanja čini delikt *potencijalnog* ugrožavanja (K. Schwaighofer, str. 54).

ce, u usvojenom obliku obeležje posledice je izostalo.¹¹⁵ To je vrlo važna okolnost, budući da posledično oblikovano proganjanje otežava dokazivanje sličnog ishoda. Treba pritom imati u vidu da lični život, nezavisno od toga da li se utvrđuje njegovo povređivanje ili (apstraktno) ugrožavanje, podrazumeva celinu objektivno ispoljenih navika i običaja, putem kojih pojedinac uređuje svoje svakodnevne aktivnosti. Utoliko kod ovog obeležja nije od neposrednog značaja u kojoj meri su konkretne radnje proganjanja telesno ili psihički naudile pasivnom subjektu. Iako će po pravilu do toga i doći, nije neophodno da je usled terora kojem je žrtva izložena na planu načina *uređenja života* došlo do nekih (značajnih) promena, uslovljenih aktima proganjanja.¹¹⁶ Kako je zbog izostanka nastupanja konkretne posledice takva promena za ostvarenje opisa izlišna, modifikacije na planu uređenja životnih aktivnosti imaće značaj prevashodno na planu odmeravanja kazne.¹¹⁷

Osetnost ataka na lični život oštećenog nije jednostavno preciznije odrediti, naročito imajući u vidu izlišnost nastupanja posledice. Nije isto da li izvesne radnje *mogu* osetno da zadru u način vođenja života, ili se to odista dogodilo. Stoga pojedini autori oštro napadaju uobličavanje proganjanja kao delikta ugrožavanja. Tako Kil (*Kühl*) konstatuje da širenje kriminalne zone koja proširuje domašaj zaštite nužno vodi i širenju kruga navodnih učinilaca. To je mač sa dve oštrice, budući da nije slučajno to što su delikti ugrožavanja do sada samo izuzetno bili oblikovani u materiji krivičnopravne zaštite života i tela.¹¹⁸

Treba primetiti bitnu razliku između oblikovanja delikta kao posledičnog, ili kao delatnosnog. Dok u prvom slučaju u odnosu na kuražnije osobe, koje nije lako psihički uzdrmati, posledica ne bi ni bila ostvarena, pomeranje težišta na ispitivanje podobnosti skupa akata da ozbiljnije zadru u njihov lični život nužno objektivizira kriterijum. Stoga je prihvatljivo kriterijum posmatrati *objektivno-subjektivno*. Objektivna komponenta proganjanja, podobnost ukupno ispoljenog ponašanja da osetno zadre u lični život, utvrđivala bi se *ex ante*, iz perspektive prosečnog čoveka izloženog istim uznemiravanjima, dok bi, s druge strane, reakcija žrtve predstavljala snažnu *indiciju* da su učinjeni akti i objektivno podobni da osetno zadru u lični život.¹¹⁹ Ne bi se pritom moglo dogoditi da neka od propisanih radnji, koja potakne žrtvu na neku drastičnu promenu u načinu uređenja životnih aktivnosti, bude vrednovana kao proganjanje, ako nije ispunjena prethodna pretpostavka da učinje-

115 Z. Stojanović (2018), str. 501.

116 U kojoj meri je definisanje delikta kao posledičnog ili delatnosnog relevantno pokazuje jedan primer iz nemačke prakse, gde je optužena progonila jednog profesora univerziteta, tako što ga je protiv njegove volje u puno navrata telefonom, preko elektronske pošte i na različitim mestima presretala, nastojeći da uz seksualne aluzije pobudi njegovo interesovanje. Sud je ipak negirao proganjanje, smatrajući da nije bila ostvarena posledica (težeg narušavanja načina života). Iako je oštećeni dobio visok pritisak i imao poremećaje spavanja, sud je smatrao da te promene nisu doticale njegov dotadašnji stil življenja (vid. L. Kuhlen, str. 93).

117 U tom smislu će za ocenu podobnosti ponašanja da osetno zadre u lični život značajnu indiciju nuditi i osećaj lične ugroženosti.

118 Kristian Kühl, „Stalking als Eignungsdelikat“, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 7/2016, str. 450.

119 Vid. slično i K. Schwaighofer, str. 54. Izvesna subjektivizacija kriterijuma se smatra nužnom imajući u vidu da je prag osetljivosti žena znatno niži u odnosu na muškarce (Marion Buckley, „Stalking Laws – Problem or Solution“, *Wisconsin Women's Law Journal* 1994, str. 63).

na radnja nije takva da objektivno posmatrano može osetno da zadrže u lični život. Tu bi se faktičke posledice imale smatrati rezultatom preosetljivosti žrtve, pa opis ne bi bio ostvaren. Ipak, izvesno je da bi svaka promena u načinu vođenja života bitno usmeravala zaključak ka postojanju objektivne podobnosti akata. Obrnuto, u slučaju vanredne neosetljivosti oštećenog delo bi postojalo nezavisno od toga što preduzete radnje nisu uslovile neku promenu u njegovom životnom rasporedu aktivnosti. Isto važi i u slučaju da su takve promene (promena posla, preseljenje, prebacivanje deteta u neki drugi vrtić, itd.) izostale usled finansijskih ili drugih faktičkih razloga.¹²⁰

5. KVALIFIKOVANI OBLICI PROGANJANJA

Zakonodavac je propisao i dva teža oblika. Prvi podrazumeva izazivanje opasnosti za život, zdravlje ili telo lica prema kojem je delo izvršeno, ili njemu bliskog lica (čl. 138a, st. 2 KZ). Tu se misli na moguće nastupanje opasnih situacija, uslovljenih nekim od dostupnih akata proganjanja, npr. naletanje vozilom na žrtvu, ali uključujući tu i konkretno opasne situacije nastale njenim paničnim reagovanjem.¹²¹ Pretpostavka i ovog i drugih težih oblika jeste ostvarenje obeležja osnovnog oblika. U slučaju da je do izazivanja konkretne opasnosti došlo na osnovu jednokratnog ugrožavanja, podvođenje ponašanja pod ovaj teži oblik ne bi bilo moguće.¹²²

Najteži oblik predstavlja tipično krivično delo kvalifikovano težom posledicom smrti progonjenog, ili njemu bliskog lica (čl. 138a, st. 3 KZ).¹²³ Sporan je domašaj tog težeg oblika, imajući u vidu da osnovne radnje po pravilu ne podrazumevaju silu ili druge akte koji bi tipično mogli voditi smrti oštećenog. Tu se očigledno mislilo na posledice nastale pokušajem žrtve da umakne aktima progona, kao npr. u slučaju da žrtva proganjanja u nastojanju da utekne progonitelju podleteti pod vozilo. Načelno, tako nastupela smrt se učiniocu može faktički i normativno uračunati, ako predstavlja rezultat bekstva od protivpravnog napada (kao u poznatom primeru udesa princeze Dajane),¹²⁴ ili pak usled psiho-somatskog stresa koji dovodi do srčanog udara.¹²⁵ Pored posledice smrti, moguće je i nastupanje teške telesne povrede, iako zakonodavac takvu posledicu nije predvideo kao kvalifikovani oblik. Imajući u vidu da u tom slučaju učinilac *tim pre* (ako mu se može uračunati smrt, onda mu se tim pre može pripisati telesno povređivanje oštećenog) treba da ponese odgovornost i za tešku telesnu povredu, moguć je sticaj osnovnog oblika proganjanja sa tim krivičnim delom.

120 Vid. S. Buß, str. 358.

121 W. Mitsch (2007a), str. 1240.

122 U nemačkoj literaturi preteže gledište da se ovde ne radi o delu kvalifikovanim težom posledicom, u odnosu na koju bi u smislu čl. 27 srpskog KZ bio dovoljan nehat, već da tu važi opšte pravilo o zahtevu umišljaja u odnosu na posledicu nastupanja opasnosti (vid. npr. T. Fischer, str. 1567; W. Mitsch [2007b], str. 406). Argument počiva na tome da je u slučaju kvalifikovane posledice konkretne opasnosti već jedan njen deo (apstraktne opasnosti) bio sadržan u umišljajnom osnovnom obliku, i da zbog toga konkretna opasnost nije „teža posledica” već i dalje pretpostavka istinske teže posledice (povrede).

123 U zakonskoj odredbi se neprecizno govori o smrti „drugog lica ili njemu bliskog lica”. I blisko lice je u odnosu na učinioca „drugo lice”.

124 Vid. Igor Vuković, *Uzročnost i objektivno uračunavanje u krivičnom pravu*, Beograd 2018, str. 379.

125 S pravom F. Neubacher, G. Seher, str. 1035.

Ostaje otvoreno da li bi se pod najteži oblik moglo podvesti i *samoubistvo* žrtve, uzrokovano aktima proganjanja.¹²⁶ Načelno, u našoj doktrini se pod slično definisanu posledicu, npr. kod krivičnog dela silovanja, tipično podvode i akti samoubistva,¹²⁷ što ne deluje nedosledno, imajući u vidu da iz ugla radnje učinioca suicid takođe predstavlja smrt „drugog” lica. Veći problem predstavlja to kako kvalifikovati eventualni pokušaj samoubistva. Neka zakonodavstva (kao npr. austrijsko, čl. 107a, st. 3 KZ) su utoliko kao poseban teži oblik inkriminisala pored počinjenog samoubistva i njegov pokušaj.

Poslednjih godina se u uporednom zakonodavstvu uočava i trend uvođenja oblikâ kvalifikovanih ličnim svojstvom žrtve. Pojačana zaštita se u tom smislu naročito pruža aktuelnim i/ili bivšim partnerima, bremenitim ženama, maloletnim i neuračunljivim licima, ili osobama sa hendikepom.¹²⁸ Kako se primećuje,¹²⁹ dok pojedini zakonodavci naglasak stavljaju na zaštitu partnerâ i članova porodice, drugima se čini da preteže neophodnost pojačane zaštite drugih osetljivih kategorija lica (maloletnih, neuračunljivih, lica sa nedostacima). Predlozi uvođenja sličnih težih oblika sreću se i u domaćoj literaturi.¹³⁰ Ne čini nam se, međutim, da bi to bilo opravdano, imajući u vidu činjenicu da proganjanje između partnera u praksi preteže, pa bi to kažnjivost nužno pomerilo prema težim oblicima.

6. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Od samog nastanka u uporednom krivičnom zakonodavstvu, inkriminacija proganjanja bila je praćena mnogim kriminalno-političkim nedoumicama. Počev od nedefinisanog objekta zaštite, preko difuznih i neodređenih mogućih radnji izvršenja, do nedovoljne nevrednosti pojedinačnih akata, mnogi autori su bili vrlo skeptični u pogledu kriminalno-političke opravdanosti uvođenja nove inkriminacije u krivično pravo.¹³¹ Slične dileme mogu se preneti i na domaći kriminalno-politički teren. Ako se međutim realno pođe od toga da uvođenje proganjanja u krivična zakonodavstva ne predstavlja samo neki prolazni hir, već izraz opšte tendencije širenja zone kažnjivosti u odabranim oblastima krivičnopravne zaštite (u sferi nasilja u porodici, nasilja nad ženama i naročito terorizma), osnovne nedoumice bismo sveli na pitanje uobličavanja delikta kao delatnosnog ili posledičnog, i na to da li bi kriterijum trebalo vezati za psihičku sferu žrtve ili njen lični život.

Nesumnjiva je sličnost proganjanja sa krivičnim delom ugrožavanja sigurnosti, budući da je bićem proganjanja neopisana posledica redovno upravo stvoreno stanje psihičke nesigurnosti, uslovljene aktima progonitelja. Srpska odredba je opravdano izbegla da nastupanje posledice veže za izazivanje osećaja nesigurnosti kod žr-

126 U nemačkoj sudskoj praksi se pod sličan oblik podvode i samoubistva žrtve (H. Schöch, str. 223).

127 Vid. npr. Božidar Kraus, u: N. Srzentić *et al.*, *Komentar krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine*, Beograd 1986, str. 336.

128 Vid. detaljnije D. Miladinović-Stefanović, str. 150.

129 S. V. D. Aa, str. 9.

130 Tako V. Randelović predlaže da teži oblik podrazumeva proganjanje u odnosu na sadašnjeg ili bivšeg bračnog ili vanbračnog partnera, osobu sa kojom je učinilac bio u emotivnoj vezi, ili na maloletno lice (V. Randelović, str. 243).

131 Tako naročito J. Eiden, str. 126.

teve, iako akti proganjanja redovno dovode do osećanja straha i ugroženosti. Mnoga zakonodavstva ovaj kriterijum postavljaju objektivno, vezujući osećaj ugroženosti za to da li bi ista posledica bila izazvana i kod nekog drugog prosečnog građanina. Nasuprot tome, u angloameričkoj literaturi se to merilo dovodi u vezu sa pravilom „eggshell-skull”, koje na planu uzročnosti učiniocu pripisuje sva stanja psihičke ili fizičke slabosti u kojima njegova radnja zatiče žrtvu,¹³² pa se ne pravi razlika da li se uznemiravanje vrši u odnosu na neko naročito osetljivo lice.¹³³ Sličan kriterijum se pominje i u nemačkoj doktrini, gde se ističe da je odlučno kako težinu ugrožavanja životnih prilika vidi sama žrtva, a ne neki razumni treći.¹³⁴ Prihvatanje isključivo subjektivnog merila stvara određene probleme, budući da prag kažnjivosti čini ne samo varijabilnim, već i podložnim dokaznim poteškoćama.¹³⁵ Dok u slučaju nekog trpeljivog čoveka, koji ne haje za uznemiravanja kojima je izložen, niti pomišlja na to da svoje navike i način života promeni, njegova psihička čvrstina onemogućava ugrožavanje i u slučaju ozbiljnijih napada na slobodu, druge, psihički labilnije osobe bi prag kažnjivosti u tom slučaju svakako pomerile naniže.¹³⁶

U našoj literaturi i sudskoj praksi posledica ugroženosti uglavnom se ceni na temelju *subjektivnog* kriterijuma, iz ugla osećanja žrtve (njene „lične” sigurnosti), nezavisno od objektivne podobnosti inicijatora pretnje (napadom na život ili telo) da istu i ostvari.¹³⁷ Treba međutim imati u vidu da je iz pozitivnopravnog okvira ugrožavanja sigurnosti brisan ranije izričito propisan zahtev da pretnja bude *ozbiljna*. Iako se takav zahtev u literaturi većinski zastupa i danas,¹³⁸ ozbiljnost pretnje je u starijoj sudskoj praksi predstavljala važan graničnik, koji je onemogućavao da delo ostvare oni akti koji objektivno nisu podobni da kod drugoga izazovu osećanje straha ili lične ugroženosti.¹³⁹ Danas, kada takvo obeležje više nije izričito propisano, opravdana je bojazan zbog subjektivizacije kriterijuma u pogledu senzibilnijih

132 Vid. I. Vuković, str. 326.

133 U. Smartt, str. 220.

134 T. Fischer, str. 1565.

135 Patonova postavlja pitanje da li bi se stanje straha utvrđivalo samo na temelju izjave oštećenog, ili bi bilo potrebno i psihijatrijsko veštačenje (E. A. Patton, str. 505).

136 F. Neubacher, G. Seher, str. 1034.

137 Vid. Zoran Stojanović, „Propisivanje i primena krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti u krivičnom pravu Srbije”, u: *Kaznena reakcija u Srbiji. III deo*, Beograd 2013, str. 6. Neki domaći autori smatraju da u slučaju proganjanja žrtva ne mora da strahuje za svoju ili bezbednost bliskih lica, „već je dovoljno da žrtva oseća da neko ozbiljno narušava njenu privatnost i da svojim ponašanjem ozbiljno utiče na kvalitet njenog života” (M. Kovačević, M. Maljković, str. 93). Nismo sigurni da potonji zaključak ne pretpostavlja strahovanje za ličnu bezbednost.

138 Vid. Darko Dimovski, „Kriminalitet proganjanja – kriminološki i krivičnopravni aspekti”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 72/2016, str. 176; Mijović 243. Ozbiljnost pretnje danas se u uporednom zakonodavstvu sreće kao centralno obeležje i u slučaju krivičnog dela proganjanja. Tako Krivični zakonik Kalifornije, prema kojem je većina američkih saveznih država oblikovala svoje krivično zakonodavstvo u materiji proganjanja zahteva da pretnja bude ozbiljna (credible threat model). Vid. R. A. Guy, str. 1001.

139 Tako se u jednom primeru iz domaće sudske prakse izričito ukazuje da „pod ozbiljnom pretnjom treba razumeti takvu pretnju koja je po svom karakteru i okolnostima pod kojim je izrečena objektivno podobna da kod tog lica kome je upućena izazove osećaj straha, lične ugroženosti, nesigurnosti ili nespokojsva” (vid. Dragan Kalaba, „Krivično delo ugrožavanja sigurnosti”, *Pravni život* 9/2004, str. 854). Vid. slično i Lj. Lazarević, str. 530.

osoba, pa su razumljivi predlozi da se ili posledica isključi iz zakonskog opisa,¹⁴⁰ ili da se ugrožavanje definiše objektivno-subjektivno.¹⁴¹ U svakom slučaju, imajući u vidu ogromnu zastupljenost ugrožavanja sigurnosti u odnosu na druga krivična dela protiv sloboda i prava,¹⁴² za očekivati je da krivično delo proganjanja ubuduće obuhvati deo ponašanja koja su se do sada podvodila pod čl. 138 KZ.

Imajući u vidu navedene prigovore, opravdano je to što je zakonodavac kriterijum vezao za lični život učinioca. Razume se, ovaj pojam ne treba tumačiti isključivo iz ugla postojećih inkriminacija koje pominju istu formulaciju, gde se osetno zadiranje u lični život posmatra prevashodno iz ugla moguće povrede časti i ugleda, objavljivanjem nekih intimnih fotografija ili snimaka. Razlika između dva kriterijuma donekle je i prividna, jer se i ne traži nastupanje posledice. Radnje koje su podobne da izazovu ličnu nesigurnost, redovno su podobne i da izazovu drastične promene u životnim navikama i organizovanju svakodnevnih aktivnosti. Stoga je i izbor između formulacija, u okolnostima delatnosnog opisa, zapravo lažan.

Da li proganjanje treba da bude delatnosno ili posledično delo teško je odgovoriti bez ozbiljnijeg uvida u to kako će postojeća norma zaista živeti u praksi. Načelno, nesumnjivo je da definisanje dela kao posledičnog vodi višoj pravnoj sigurnosti. Imajući u vidu da je inkriminacija u pogledu mnogih svojih obeležja (množine radnji, višekratnosti, realne socijalne adekvatnosti pojedinačnih akata, generalne klauzule itd.) potencijalno u konfliktu sa načelom zakonitosti, zahtev nastupanja posledice bi taj prigovor donekle ublažio. S druge strane, ne može se zanemariti ni to što se izbegavanjem utvrđivanja uzročno-posledične veze olakšava dokazivanje. Taj momenat naročito je važan imajući u vidu drastična ovlašćenja koja su u domaći pravni poredak uneta donošenjem Zakona o sprečavanju nasilja u porodici. Upravo polazeći od mnogih sumnjivih rešenja iz ovog propisa, i zanemarivanja nekih temeljnih krivičnopravnih načela, naš pogled na aktuelno (delatnosno) obličje krivičnog dela proganjanja obojen je izvesnom skepsom. Taj utisak pojačava uvođenje u domaće krivično zakonodavstvo radnje (polnog) uznemiravanja, u odnosu na koju proganjanje, kako nam se čini, predstavlja samo kvalifikovani oblik. Bez jasnog razgraničenja ovih i drugih srodnih pravnih pojmova, pre svih zlostavljanja i mobinga, ozbiljnijeg pomaka na planu pravne sigurnosti – ne može biti.

LITERATURA

- Aa Suzan Van Der, „New Trends in the Criminalization of Stalking in the EU Member States”, *European Journal on Criminal Policy and Research* 2017 (<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2F978-94-007-9359-9.pdf>).
- Aa Suzan Van Der, Römkens Renee, „The State of the Art in Stalking Legislation – Reflections on European Developments”, *European Criminal Law Review* 2/2013 (https://pure.uvt.nl/ws/files/1573109/The_state_of_the_art_in_stalking_legislation_final.pdf).

140 Z. Stojanović (2013), str. 14.

141 Tako Đorđe Đorđević, „Krivično delo ugrožavanja sigurnosti”, *Pravni život* 9/2014, str. 173. Ćirić, reklo bi se, naginje objektivnom merilu ugroženosti „prosečnog” čoveka (vid. Jovan Ćirić, Ugrožavanje sigurnosti”, *Pravni život* 9/2011, str. 202).

142 Vid. Bilten punoletnih učinilaca krivičnih dela u Republici Srbiji za 2016. godinu (http://www.stat.gov.rs/WebSite/repository/documents/00/02/72/06/SB-629-Punoletni_2016.pdf).

- Baum Katrina *et al.*, „Stalking Victimization in the United States”, *Bureau of Justice Statistics. Special Report* January 2009.
- Bradfield Jennifer L., „Anti-Stalking Laws: Do They Adequately Protect Stalking Victims”, *Harvard Women’s Law Journal* 1998.
- Buckley Marion, „Stalking Laws – Problem or Solution”, *Wisconsin Women’s Law Journal* 1994.
- Carter Tracey B., „Local, State, and Federal Responses to Stalking: Are Anti-Stalking Laws Effective”, *William & Mary Journal of Women and the Law* 2/2016.
- Cheong Chan Wing, „The New Offence of Unlawful Stalking in Singapore”, *Singapore Academy of Law Journal* 2/2014.
- Ćirić Jovan, „Ugrožavanje sigurnosti”, *Pravni život* 9/2011.
- Dimovski Darko, „Kriminalitet proganjanja – kriminološki i krivičnopravni aspekti”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 72/2016.
- Directorate-General for Internal Policies. Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, *Violence against women and the EU accession to the Istanbul Convention*, European Union 2017.
- Đorđević Đorđe, „Krivično delo ugrožavanja sigurnosti”, *Pravni život* 9/2014.
- Eiden Joachim, „§ 238 StGB: Vier neue Absätze gegen den Stalker”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 3/2008.
- European Commission, *Feasibility study to assess the possibilities, opportunities and needs to standardise national legislation on violence against women, violence against children and sexual orientation violence*, Luxembourg 2010, str.
- Fazio Laura De, „Criminalization of Stalking in Italy: One of the Last among the Current European Member States’ Anti-Stalking Laws”, *Behavioral Sciences and the Law* 2011.
- Fazio Laura De, „The Legal Situation on Stalking among the European Member States”, *European Journal on Criminal Policy and Research* 2009.
- Fischer Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München 2011⁵⁸.
- Gowland Judith, „Protection from Harassment Act 1997: The New Stalking Offences”, *Journal of Criminal Law* 5/2013.
- Guy Robert A., „Nature and Constitutionality of Stalking Laws”, *Vanderbilt Law Review* 4/1993.
- Fuchs Helmut, Reindl-Krauskopf Susanne, *Strafrecht. Besonderer Teil I*, Wien – New York 2009³.
- Kalaba Dragan, „Krivično delo ugrožavanja sigurnosti”, *Pravni život* 9/2004.
- Kinzig Jörg, „Stalking – ein Fall für das Strafrecht?”, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 8/2006.
- Köhne Michael, „‘Unerwünschte Nähe’ – Mehr Opferschutz bei der Nachstellung”, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 5/2014.
- Kovačević Milica, Maljković Marija, „Proganjanje – kriminološki i krivičnopravni aspekti”, *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja* 3/2016.
- Kühl Kristian, „Stalking als Eignungsdelikt”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 7/2016.
- Kuhlen Lothar, „Stalking als kriminalpolitisches Problem”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 3/2018.
- Lamplugh Diana, Infield Paul, „Harmonising Anti-Stalking Laws”, *George Washington International Law Review* 4/2003.
- Lazarević Ljubiša, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 2011².
- McAnaney Kathleen G., Curliss Laura A., Abeyta-Price C. Elizabeth, „From Imprudence to Crime: Anti-Stalking Laws”, *Notre Dame Law Review* 4/1993.

- Meyer Frank, „Strafbarkeit und Strafwürdigkeit von ‘Stalking’ im deutschen Recht“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2/2003.
- Middlemiss Sam, „Let the Stalker Beware: Analysis of the Law of Stalking in Scotland“, *Journal of Criminal Law* 5/2014.
- Mijović Svetlana S., „Krivično delo ugrožavanja sigurnosti i njegova obeležja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2017.
- Miladinović-Stefanović Dušica, „Prilog raspravi o kriminalizaciji proganjanja“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* 72/2016.
- Mitsch Wolfgang, „Der neue Stalking-Tatbestand im Strafgesetzbuch“, *Neue Juristische Wochenschrift* 18/2007.
- Mitsch Wolfgang, „Strafrechtsdogmatische Probleme des neuen ‘Stalking’-Tatbestandes“, *Juristische Ausbildung* 6/2007.
- Mosbacher Andreas, „Notwendige Nachbesserungen bei der Nachstellung“, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 6/2016.
- Mullen Paul E., Pathé Michele, „Stalking“, *Crime and Justice* 2002.
- Neubacher Frank, „An den Grenzen des Strafrechts – Stalking, Graffiti, Weisungsverstöße“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 4/2007.
- Neubacher Frank, Seher Gerhard, „Das Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen (§ 238 StGB)“, *Juristenzeitung* 21/2007.
- Nikolić-Ristanović Vesna, Kovačević-Lepojević Marina, „Proganjanje: pojam, karakteristike i društveni odgovori“, *Temida* 4/2007.
- Patton Elizabeth A., „Stalking Laws: In Pursuit of a Remedy“, *Rutgers Law Journal* 2/1994.
- Peters Sebastian, „Der Tatbestand des § 238 StGB (Nachstellung) in der staatsanwaltlichen Praxis“, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 5/2009.
- Randelović Višnja, „Proganjanje: pojam, karakteristike i predlozi de lege ferenda“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2016.
- Ristivojević Branislav, „Da li je novi Zakon o sprečavanju nasilja u porodici opredmećenje pojave tzv. bezbednosnog prava?“, *Crimen* 1/2017.
- Schöch Heinz, „Zielkonflikte beim Stalking-Tatbestand“, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 4/2013.
- Schwaighofer Klaus, §§ 105–107b, y: F. Höpfel, E. Ratz et al., *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Wien 2010².
- Smartt Ursula, „The Stalking Phenomenon: Trends in European and International Stalking and Harassment Legislation“, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 3/2001.
- Srzić Nikola et al., *Komentar krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine*, Beograd 1986.
- Stojanović Zoran, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 2018⁷.
- Stojanović Zoran, „Propisivanje i primena krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti u krivičnom pravu Srbije“, u: *Kaznena reakcija u Srbiji. III deo*, Beograd 2013.
- Valerius Brian, „Stalking: Der neue Straftatbestand der Nachstellung in § 238 StGB“, *Juristische Schulung* 4/2007.
- Vuković Igor, *Uzročnost i objektivno uračunavanje u krivičnom pravu*, Beograd 2018.
- Wolfrum Andrea, Dimmel Dagmar, „Das ‘Anti-Stalking-Gesetz’“, *Österreichische Juristenzeitung* 12/2006.

Igor Vuković

Faculty of Law, University of Belgrade

STALKING AS A CRIME

SUMMARY

By ratifying the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence, Serbia undertook to introduce new unlawful behaviors into its criminal legislation. One of them is stalking, which is characterized by the repeated disturbance of the other, creating in him feelings of insecurity and fear. However, the incrimination of stalking did not remedy possible objections, which mainly concern the insufficient determination of the new criminal offense, starting from a number of prescribed acts, the absence of a defined consequence and the prescribed general clause. The author considers the features and forms of stalking, pointing to the potential weak points of this incrimination.

Key words: stalking, endangering personal safety, threat, fear.

Marija Karanikić Mirić*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

ODGOVORNOST PROIZVOĐAČA ZA POTENCIJALNI DEFEKT

Apstrakt: Presuda Evropskog suda pravde u slučaju *Boston Scientific Medizintechnik* iz 2015. godine izazvala je veliku pažnju naučne i stručne pravničke javnosti i medicinske industrije. Važna je zato što sadrži novo, šire tumačenje pravila Direktive o odgovornosti za proizvod s nedostatkom. Evropski sud je tom presudom uveo koncept potencijalnog nedostatka u oblast objektivne odgovornosti proizvođača i to u vezi s ugradnim medicinskim uređajima kao što su pejsmejker i kardioverter defibrilator. Koncept potencijalnog nedostatka odnosi se na ugradne medicinske uređaje koji potiču iz abnormalno rizičnih proizvodnih serija, pri čemu dokazivanje da je konkretan uređaj iz takve serije zaista defektan podrazumeva njegovo hirurško uklanjanje iz tela pacijenta. Presuda je važna i za srpsko pravo, pošto postoji ustavna obaveza Republike Srbije da štiti potrošače i njena zakonska obaveza da unutrašnje standarde zaštite potrošača usaglasi sa standardima koji važe u EU. Postoje različita čitanja presude *Boston Scientific* u pravnoj literaturi, pa ostaje da se vidi kako će nacionalni sudovi razumeti koncept potencijalnog nedostatka odnosno kako će ga Evropski sud pravde razjasniti u nekom budućem slučaju. Autorka pokušava da odgovori na neka od spornih pitanja: Kako se prepoznaje potencijalni nedostatak? Kako se dokazuje da je uzrok štete nešto što samo potencijalno postoji? Na koje vrste proizvoda mogu da se primene pravila o odgovornosti za potencijalni nedostatak? Ko snosi troškove hirurškog uklanjanja odnosno zamene potencijalno defektnog uređaja, ako se naknadno ispostavi da uređaj koji je izvađen iz tela pacijenta nema nedostataka? Autorka smatra da iz presude proizlazi da se kao nedostatak u ugradnom medicinskom uređaju iz abnormalno rizične proizvodne serije kvalifikuje i sama činjenica da postojanje nedostatka može da se utvrdi isključivo uklanjanjem tog uređaja iz ljudskog tela ili drugom metodom koja predstavlja povredu telesnog integriteta pacijenta na koju on nije dužan da pristane.

Ključne reči: Direktiva 85/374/EEZ, Presuda ESP *Boston Scientific Medizintechnik*, proizvod s nedostatkom, potencijalni defekt, pejsmejker i ugradni kardioverter defibrilator, troškovi hirurškog uklanjanja defektnog medicinskog uređaja, uzročnost.

1. UVOD

Razvoj odgovornosti proizvođača stvari s nedostatkom kao posebnog oblika objektivne odgovornosti podstaknut je u Evropi i Severnoj Americi tragedijom koja je krajem šezdesetih godina izazvana masovnom upotrebom leka s teratogenim efektima pod nazivom *thalidomide* (*contergan*, *kevadon*).¹ Kompanija Grinental

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

1 Jane Stapleton, *Product Liability*, Butterworths, London 1994, 5, 66–67; Peter Cane, Patrick Atiyah, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, C.U.P., Cambridge 2013, 103; Geraint G. Howells, Ian M. Ramsay, Thomas Wilhelmsson, *Handbook of Research on International Consumer Law*, Elgar, Cheltenham 2010, 237; Anita Bernstein, "Formed by Thalidomide: Mass Torts as

(Grünenthal) razvila je supstancu koja je, između ostalog, prepisivana i kao antiemetik, naročito ženama koje su patile od jakih jutarnjih mučnina u prvom tromesečju trudnoće, što je dovelo do rođenja nekoliko hiljada beba s teškim telesnim deformitetima. Taj događaj ubrzao je rad na Strazburškoj konvenciji o odgovornosti za štetu od proizvoda u slučaju telesne povrede ili smrti, usvojenoj 1977. u Savetu Evrope.² Ova konvencija je potom služila kao istorijski oslonac za usvajanje Direktive o odgovornosti za proizvode s nedostatkom³ (ubuduće: Direktiva).⁴

Direktiva predviđa maksimalnu to jest punu harmonizaciju nacionalnih pravnih poredaka o pitanjima koja pretenduje da uredi.⁵ Države članice su dužne da svoje unutrašnje pravo potpuno usaglase sa zahtevima Direktive, a slobodne da samostalno urede pitanja koja Direktiva ne uređuje, naravno, tako da ne protivreče drugim zahtevima koje pred njih postavlja pravo EU.⁶ Pošto Direktiva propisuje punu harmonizaciju, države EU nemaju slobodu da oštećenima obezbede ni jaču, ni slabiju zaštitu od one koja je imperativno zadata Direktivom.⁷

Pravila Direktive preneti su u nacionalna prava svih država članica i pojedinih zemalja koje pretenduju na članstvo u Evropskoj uniji, uključujući Srbiju.⁸ Po tim pra-

a False Cure for Toxic Exposure”, *Columbia Law Review*, 97/1997, 2153–2176; Rebecca Korzec, “Dashing Consumer Hopes: Strict Products Liability and the Demise of the Consumer Expectations Test”, *Boston College International and Comparative Law Review*, 20/1997, 227.

- 2 Convention européenne sur la responsabilité du fait des produits en cas de lésions corporelles ou de décès, Strasbourg, 27. 1. 1977, Série des traités européens – n° 91, www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680077328, poslednji pristup 10. februara 2018.
- 3 O međusobnom odnosu ovih instrumenata: Yvan Markovits, *La Directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, L.G.D.J., Paris 1990, 54 i dalje.
- 4 Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 concerning liability for defective products, *OJ L* 210, 7 August 1985, 29–33, amended by Directive 1999/34/EC concerning liability for defective products, *OJ L* 141, 4 June 1999, 20–21. Propisi EU koji su navedeni u ovom radu dostupni su na internet adresi eur-lex.europa.eu, poslednji pristup 10. februara 2018. Vid. detaljan prikaz i analizu Direktive: Hans-W. Micklitz, “Liability for defective products and services”, u: Hans-W. Micklitz, Norbert Reich, Peter Rott, Klaus Tonner (eds.), *European Consumer Law*, Intersentia, Cambridge–Antwerp–Portland 2014, 239 i dalje.
- 5 Evropski sud pravde je 2002. godine u tri navrata zauzeo taj stav. Šmid (*Schmid*) kritikuje ovakvo rezonovanje ističući da se tako ograničava zaštita koju potrošači već uživaju po pravilima unutrašnjih prava država članica pri čemu se ne postiže nikakvo vidljivo poboljšanje pozicije evropskih proizvođača. Christoph Schmid, “The Instrumentalist Conception of the Acquis Communautaire in Consumer Law and its Implications on a European Contract Law Code”, u: Stefan Grundmann, Martin Schauer (eds.), *The Architecture of European Codes and Contract Law*, KLI, Alphen aan den Rijn 2006, 266–267. Pomenute odluke su: Judgment of the Court (Fifth Chamber), 25 April 2002, C–52/00, *Commission v France*, EU:C:2002:252; Judgment of the Court (Fifth Chamber), 25 April 2002, C–183/00, *María Victoria González Sánchez v Medicina Asturiana SA*, EU:C:2002:255; Judgment of the Court (Fifth Chamber), 25 April 2002, C–154/00, *Commission v Greece*, EU:C:2002:254. Odluke ESP koje su navedene u ovom radu dostupne su na internet adresi curia.europa.eu, poslednji pristup 10. februara 2018.
- 6 Primera radi, Direktiva ne uređuje odgovornost za neimovinsku štetu od proizvoda s nedostatkom, kao ni odgovornost za štetu na samom tom proizvodu; ta pitanja slobodno uređuju države članice. To proizlazi iz odredaba čl. 9 Direktive.
- 7 Više o konceptima maksimalne (pune), usmerene (ciljane) i minimalne harmonizacije: Marija Karanić Mirić, “Zabrana nepoštene poslovne prakse”, u: Đorđe Ignjatović (ur.), *Kaznena reakcija u Srbiji*, VII deo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017, 160–162.
- 8 Danas se ova pravila nalaze u čl. 59–65 Zakona o zaštiti potrošača (ubuduće: ZZP), *Službeni glasnik RS*, br. 62/2014 i 6/2016 (dr. zakon). Vid. takođe čl. 179 Zakona o obligacionim odnosima

vilima za štetu od proizvoda s nedostatkom⁹ odgovara proizvođač po objektivnom principu, bez obzira na to da li je kriv,¹⁰ s tim što na oštećenika pada teret dokazivanja štete, nedostatka u proizvodu i uzročne veze između nedostatka i pretrpljene štete.¹¹ Nedostatak postoji ako proizvod ne pruža onaj stepen bezbednost koji se osnovano očekuje s obzirom na sve okolnosti konkretnog slučaja uključujući oglašavanje, upotrebu proizvoda koja se razumno mogla očekivati u vreme kada je proizvod stavljen u promet, pri čemu se ne smatra da proizvod ima nedostatak samo zato što je kvalitetniji proizvod kasnije stavljen u promet.¹² Pod štetom se misli na imovinsku štetu usled smrti ili telesne povrede,¹³ kao i na oštećenje odnosno uništenje imovine koja se obično koristi ili ju je oštećenik uglavnom koristio za ličnu upotrebu ili potrošnju.¹⁴ Direktiva pak ne dira u nacionalna pravila o neimovinskoj šteti.¹⁵

Evropski sud pravde nije mnogo puta dolazio u priliku da odlučuje o pitanjima u vezi s odgovornošću za defektne proizvode, ali su njegove odluke uvek ostvarivale snažan uticaj na razvoj ovog instituta u Evropi.¹⁶ Jedna takva presuda iz 2015. godine¹⁷ izazvala je veliku pažnju naučne i stručne javnosti.¹⁸ Doneta je po zahtevu ne-

(ubuduće: ZOO), *Službeni list SFRJ*, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 (odluka USJ) i 57/1989, *Službeni list SRJ*, br. 31/93 i *Službeni list SCG*, br. 1/2003 (Ustavna povelja). U srpskom pravu postoje dva režima vanugovorne odgovornosti proizvođača stvari s nedostatkom: stariji i opštiji režim, zasnovan na pravilima iz čl. 179 ZOO, i noviji režim, uređen pravilima ZZP po ugledu na Direktivu. O odnosu ta dva režima: Marija Karanikić Mirić, *Objektivna odgovornost za štetu*, Službeni glasnik, Beograd 2016, 198–206.

- 9 Prema odredbi čl. 2 Direktive proizvod je svaka pokretna stvar, uključujući pokretne stvari ugrađene u druge pokretne ili nepokretne stvari; električna energija je takođe proizvod.
- 10 Mogućnost da se odgovornost za štetu od medicinskog uređaja s nedostatkom zasnuje po objektivnom principu postoji u jugoslovenskom i srpskom pravu još od 1978. godine to jest od usvajanja ZOO. Vid. Jakov Radišić, *Medicinsko pravo*, Nomos, Beograd 2004, 210–211.
- 11 Čl. 1 i čl. 4 Direktive.
- 12 Čl. 6 Direktive.
- 13 Čl. 9(1)(a) Direktive.
- 14 Uništenje odnosno oštećenje samog proizvoda s nedostatkom ne kvalifikuje se kao šteta po pravilima Direktive. Isto važi za uništenje odnosno oštećenje imovine vrednosti do 500 evra. Čl. 9(1)(b) Direktive. Rizik od šteta manjih od 500 evra snosi oštećenik, a ako je šteta veća od tog iznosa, odgovorno lice je dužno da naknadi sve preko tog iznosa; prvih 500 evra štete uvek je na oštećeniku. Hans Claudius Taschner, "Harmonization of Product Liability Law in the European Community", *Texas International Law Journal*, vol. 34, 1/1999, 31. Srpski zakonodavac nije propisao ovo ograničenje. Vid. čl. 5 st. 1 tač. 22 ZZP.
- 15 Čl. 9(2) Direktive.
- 16 Jedna od poslednjih je kontroverzna odluka u slučaju *Sanofi Pasteur* iz 2017. Judgment of the Court (Second Chamber), 21 June 2017, C-621/15, N.W and others v Sanofi Pasteur MSD SNC and others, EU:C:2017:484 (ubuduće: Presuda *Sanofi Pasteur*). O buri koja se u stručnoj medicinskoj i najširoj nestručnjačkoj javnosti neopravdano podigla prošle godine povodom pogrešnih medijskih interpretacija Presude *Sanofi Pasteur*: Marija Karanikić Mirić, "Odgovornost proizvođača vakcine u praksi Evropskog suda pravde", *Srpska politička misao*, 4/2017, 137–159.
- 17 Judgment of the Court of Justice of the EU (Fourth Chamber), 5 March 2015, Joined Cases Boston Scientific Medizintechnik GmbH v AOK Sachsen-Anhalt – Die Gesundheitskasse (C-503/13), and Betriebskrankenkasse RWE (C-504/13), EU:C:2015:148 (ubuduće: Presuda *Boston Scientific*). Vid. takođe: Opinion of Advocate General Yves Bot, 21 October 2014, Joined Cases C-503/13 and C-504/13, EU:C:2014:2306 (ubuduće: Mišljenje opšteg pravobranioca).
- 18 Vid. na primer: Barend Van Leeuwen, Paul Verbruggen, "Resuscitating EU Product Liability Law?", *European Review of Private Law*, vol. 23, 5/2015, 899–915; Erdem Büyüksagis, "La responsabilité du fait des produits 'défectueux sans défaut': l'arrêt Boston Scientific du 5 mars 2015",

mačkog Saveznog vrhovnog suda (*Bundesgerichtshof*) za odlučivanje o prethodnim pitanjima o tumačenju određenih odredaba pomenutog evropskog propisa.

Presuda je važna iz dva razloga. Prvo, u njoj se prvi put pominje odgovornost za potencijalni nedostatak: Evropski sud pravde zauzeo je stav da pod određenim uslovima proizvođač može da bude odgovoran za potencijalni defekt u ugradnim medicinskim uređajima. Drugo, sud je smatrao da se troškovi hirurške zamene ugrađenog a potencijalno defektnog uređaja kvalifikuju kao materijalna šteta po pravilima Direktive, pod uslovom da je takva hirurška operacija neophodna za otklanjanje defekta. Evropski sud pravde je, dakle, dao jedno šire tumačenje odredaba Direktive u Presudi *Boston Scientific* i tako pooštrio odgovornost proizvođača.¹⁹ Novo tumačenje odredaba Direktive omogućava da se odgovornost proizvođača zasnje u širem opsegu životnih situacija.²⁰

U prvim komentarima ove presude navodi se da je Evropski sud pravde redefinisao nedostatak, odnosno proširio taj pojam na potencijalne nedostatke, tako da proizvođač sada može objektivno da odgovara za štetu od proizvoda koji nema nikakav stvarni defekt. Naime, proizvod može da se označi kao defektan već zato što postoji povećani rizik da zaista ima nekakav nedostatak, a rizik se smatra povećanim ako proizvod potiče iz proizvodne serije u kojoj su pronađeni drugi proizvodi sa stvarnim nedostacima.²¹ Povećani rizik da dođe do zatajenja ugradnog medicinskog uređaja dovoljan je da se taj uređaj označi kao defektan te da se zahteva naknada troškova njegovog hirurškog uklanjanja odnosno zamene po pravilima kojima je u nacionalno pravo transponovana Direktiva.²²

Droit de la consommation, 1/2016, 17–29; Christophe Verdure, “Arrêt Boston Scientific Medezintechnik: l’appréciation du ‘défaut’ dans le cadre de la directive relative aux produits défectueux”, *Journal de droit européen*, vol. 240, 2015, 242–243; Erdem Büyüksagis, “Et si Dr House évoquait le défaut potentiel de votre pacemaker ...”, *Aktuelle juristische Praxis*, 1/2016, 14–22; Lucas Bergkamp, “Is There a Defect in the European Court’s Defect Test? Musings about Acceptable Risk”, *European Journal of Risk Regulation*, vol. 6, 2/2015, 309–322.

- 19 U literaturi je kritikovan blag stav Evropskog suda pravde prema organizacijama koje su ovlašćene da kontrolišu rad proizvođača medicinskih sredstava, s obzirom da to koliko oštro je taj isti sud postavio odgovornost samih proizvođača u Presudi *Boston Scientific*. Tako: Marco Rizzi, “The Court as Pontius Pilate: Reflecting on Missed Opportunities in the PIP Decision”, *European Pharmaceutical Law Review*, vol. 1, 1/2017, 42–48. Naime, Evropski sud pravde je 2017. godine razjasnio da države članice svojim unutrašnjim propisima samostalno uređuju odgovornost organizacija koje obavljaju kontrolu rada proizvođača medicinskih sredstava (u datom slučaju: toksičnih silikonskih grudnih implantata). Reč je zapravo o sertifikacionim telima koja proveravaju da li je proizvođačev sistem kontrole kvaliteta proizvoda usklađen s propisima EU. Kontrolna funkcija ovih tela nastavlja se i posle puštanja proizvoda u promet. Vid. Judgment of the Court (First Chamber), 16 February 2017, C-219/15, Elisabeth Schmitt v TÜV Rheinland LGA Products GmbH, EU:C:2017:128. Pojedini autori ističu da bi Presuda *Boston Scientific* mogla da podstakne proizvođače medicinskih uređaja da od svoje volje rade na unapređenju internih sistema kontrole kvaliteta. B. Van Leeuwen, P. Verbruggen, 912–913. Drugi pak kažu da bi ta presuda mogla da odvrati proizvođače od skretanja pažnje javnosti na interno otkrivene potencijalne defekte. L. Bergkamp, 321.
- 20 Hog (*Hogg*) navodi Presudu *Boston Scientific* kao primer za postupanje suda koje favorizuje potrošača (*pro-consumer approach*). Martin A. Hogg, “Liability for Unknown Risks: A Common Law Perspective”, *Journal of European Tort Law*, vol. 7, 2/2016, 125.
- 21 Piotr Machnikowski, “Product Defect and Damage”, *Journal of European Tort Law*, vol. 7, 2/2016, 234.
- 22 B. Van Leeuwen, P. Verbruggen, 899–900.

S tim u vezi treba videti da li je Evropski sud pravde zaista redefinisao pojam nedostatka, ili je samo prebacio teret dokazivanja na proizvođača, ili je možda učinio i jedno i drugo. Ako je sud uveo pretpostavku da svaki proizvod iz abnormalno rizične serije ima nedostatak, postavlja se pitanje uslova pod kojima ta pretpostavka važi i posledica njenog obaranja. Pored toga, treba pogledati da li za potencijalni defekt odgovaraju svi proizvođači,²³ ili samo proizvođači medicinskih uređaja, ili pak samo proizvođači ugradnih medicinskih uređaja, ili samo proizvođači onih ugradnih medicinskih uređaja koji služe da spreče nastanak štete po život, telo i zdravlje, ili pak proizvođači svih uređaja koji imaju ovu svrhu, gde spadaju, na primer, sigurnosni pojasevi, alarmi i aparati za gašenje požara.²⁴

Zbog navedenih i drugih nedoumica korisno je da se ispita domašaj presude Evropskog suda pravde u predmetu *Boston Scientific*, odnosno da se utvrde uslovi i granice ovog poslednjeg proširenja odgovornosti proizvođača stvari s nedostatkom. Presuda ima neposredan uticaj na nacionalno pravo svake države članice, pošto države imaju obavezu da obezbede efikasnu primenu (*effet utile*) pravila ove i drugih direktiva, a nacionalni sudovi da propise kojima se transponuje Direktiva tumače u skladu s njenim jezičkim izrazom i ciljevima, pri čemu su dužni da uzmu u obzir značenje koje jezičkom izrazu Direktive pridaje Evropski sud pravde.²⁵ Isto bi trebalo da postupaju sudovi država koje pretenduju na članstvo u EU. Presuda *Boston Scientific* značajna je i za naše pravo, s obzirom na to da postoji ustavna obaveza Republike Srbije da štiti potrošače²⁶ i njena zakonska obaveza da unutrašnje standarde zaštite potrošača usaglasi sa standardima koji važe u Evropskoj uniji.²⁷

2. ČINJENIČNO STANJE I PROCESNA ISTORIJA

Da pogledamo prvo činjenice i kako se slučaj našao pred Evropskim sudom pravde.²⁸ Jedan proizvođač srčanih elektrostimulatora (veštačkih vodiča srčanog ritma, odnosno pejsmejкера) i ugradnih kardioverter defibrilatora plasirao je ove medicinske uređaje na nemačko tržište. Srčane elektrostimulatore proizvodio je u Sjedinjenim Američkim Državama, a ugradne defibrilatore u Evropi. I stimulator i defibrilator se hirurškom intervencijom ugrađuju u ljudsko telo i služe da elektri-

23 L. Bergkamp, 318.

24 P. Machnikowski, 233–234. U literaturi je već razmotrena i kritikovana mogućnost da se ovakvo rezonovanje Evropskog suda pravde protegne na autonomne sisteme u avijaciji: Ivo Emanuilov, "Autonomous Systems in Aviation: Between Product Liability and Innovation", *Seventh SESAR (Single European Sky Air Traffic Management Research) Innovation Days*, 28–30 November 2017, dostupno na: www.sesarju.eu/sites/default/files/documents/sid/2017/SIDs_2017_paper_29.pdf, poslednji pristup 10. februara 2018.

25 Detaljno o tome: B. Van Leeuwen, P. Verbruggen, 907. Autori dodaju da nacionalni sudovi imaju veću slobodu kada je EU norma otvorena (kao definicija defekta iz čl. 6 Direktive), nego kada je zatvorena (kao definicija štete iz čl. 9 Direktive).

26 Ustavom je propisano da Republika Srbija štiti potrošače. Ustav zabranjuje radnje usmerene protiv zdravlja i bezbednosti potrošača. Čl. 90 Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

27 Čl. 78 Zakona o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između evropskih zajednica i njihovih država članica, s jedne strane, i Republike Srbije, s druge strane, *Službeni glasnik RS*, br. 83/08.

28 Izloženo prema Presudi *Boston Scientific* i Mišljenju opšteg pravobranioca.

nim impulsima koriguju usporeni odnosno ubrzani rad srčanog mišića onda kada je to potrebno radi održavanja normalnog srčanog ritma. Moderni uređaji služe i za prikupljanje i čuvanje podataka o srčanom radu pacijenta, a mogu i da razlikuju normalnu pojačanu fizičku aktivnost pacijenta od abnormalnog srčanog ritma koji nalaže korekciju električnom stimulacijom ili defibrilacijom.

Proizvođač pomenutih medicinskih uređaja²⁹ obratio se lekarima, pismeno ih obavestivši da je u postupku kontrole kvaliteta sopstvenih proizvoda utvrdio dve zabrinjavajuće činjenice. Prvo, u junu 2005. saopštio je da funkcionisanje ugradnih defibrilatora može da bude kompromitovano neispravnošću jednog od sastavnih delova, preciznije, defektom u magnetnom prekidaču koji može da se zaglavi u zatvorenom položaju. Ako bi u takvim okolnostima došlo do poremećaja srčanog ritma pacijenta, defibrilator to ne bi registrovao, pa bi propustio da emituje električne impulse koji služe za uspostavljanje normalnog srčanog ritma. Proizvođač je stoga savetovao lekarima da onesposobe pomenuti magnetni prekidač u svakom defibrilatoru koji su već ugradili svojim pacijentima. Posle ovog upozorenja jednom pacijentu je zamenjen ugradni defibrilator, a organizacija za obavezno zdravstveno osiguranje (ubuduće: osiguravač) koja je snosila troškove zamene medicinskog uređaja zahtevala je pred nemačkim sudom da joj proizvođač naknadi plaćeni iznos. Osiguravač u svojstvu tužioca smatrao je da tuženi proizvođač duguje naknadu štete njegovim osiguranicima po pravilima o objektivnoj odgovornosti proizvođača stvari s nedostatkom. Isticao je da je pokrio troškove zamene, koji zapravo predstavljaju štetu nastalu u vezi s povredom tela, te da ima pravo na naknadu plaćenog iznosa. Tužbeni zahtev osiguravača isprva je usvojen, potom je u postupku po žalbi delimično preinačena prvostepena odluka, a onda je Savezni vrhovni sud Nemačke zastao s postupkom po reviziji tuženog i uputio Evropskom sudu pravde zahtev za odlučivanje o prethodnom pravnom pitanju.³⁰

Drugo, u julu iste godine proizvođač je obavestio lekare da je sastavni deo koji služi za hermetičko zatvaranje srčanih elektrostimulatora (pejsmejкера) sklon ubrzanom propadanju, što može da izazove preuranjeno pražnjenje baterije i iznenadni prestanak telemetrije odnosno srčane stimulacije. Proizvođač je savetovao lekarima da razmotre zamenu već ugrađenih pejsmejкера i obavezao se da bez naknade isporuči ispravne uređaje za one pacijente kojima je po mišljenju njihovog lekara potrebna zamena, bez obzira na to da li je ugrađeni pejsmejker i dalje pokriven proizvođačkom garancijom. Posle upozorenja koje je izdao proizvođač pejsmekeri su zamenjeni dvojici pacijenata. Ugrađeni su im novi srčani elektrostimulatori koje je besplatno obezbedio proizvođač, a izvađeni uređaji su uništeni bez stručne provere da li su uopšte bili neispravni. U oba slučaja troškove zamene uređaja snosio je isti osiguravač. On je zatim pokrenuo regresnu parnicu protiv proizvođača pred nemačkim sudom. Tužbeni zahtev je usvojen, žalba tuženog proizvođača odbijena i u postupku po reviziji Savezni vrhovni sud Nemačke uputio je Evropskom sudu pravde zahtev za odlučivanje o prethodnom pravnom pitanju.³¹

29 Američko društvo *G Corporation* proizvodilo je ugradne medicinske uređaje. Nemačko društvo *G GmbH* uvezilo je te uređaje i prodavalo ih u Nemačkoj. Društvo *G GmbH* kasnije se spojilo s tuženim *Boston Scientific Medizintechnik GmbH*. Lekarima se u pisanoj formi obraćao *G GmbH*.

30 Predmet C-504/13 (*Boston Scientific Medizintechnik v Betriebskrankenkasse*).

31 Predmet C-503/13 (*Boston Scientific Medizintechnik v AOK Sachsen-Anhalt*).

Kada se u postupku pred sudom države članice kao prethodno pitanje postavi pitanje tumačenja osnivačkih ugovora odnosno važenja ili tumačenja drugih pravnih akata koje donose tela Evropske unije, nacionalni sud može da zastane s postupkom i uputi Evropskom sudu pravde zahtev za odlučivanje o tom prethodnom pitanju.³² U svojoj odluci o prethodnom pitanju koje mu je postavio nacionalni sud, Evropski sud pravde ne rešava konkretan spor, ne primenjuje pravo EU na slučaj koji se našao pred sudom države članice, već iznosi sopstveno tumačenje određene norme prava EU, koje treba da pomogne nacionalnom sudu da u konkretnom slučaju utvrdi pravne posledice primene pravila kojim je predmetna norma prava EU transponovana u unutrašnji pravni poredak. Pošto je najviši nemački sud postavio Evropskom sudu pravde po dva sadržinski gotovo identična pravna pitanja u istovremeno vođenim postupcima u predmetima C-503/13 i C-504/13, predsednik Evropskog suda pravde doneo je odluku da se ti postupci spoje.

3. SPORNA PRAVNA PITANJA

Najviši nemački sud je smatrao³³ da ishod obe parnice zavisi od toga da li se medicinsko sredstvo koje je hirurškom intervencijom inicijalno ugrađeno u telo osiguranika kvalifikuje kao defektni proizvod to jest proizvod s nedostatkom po pravilu iz čl. 6 Direktive. U konkretnim slučajevima nije bilo sporno da zamenjeni pejsmejkeri odnosno zamenjeni defibrilator potiču iz abnormalno rizičnih proizvodnih serija tuženog proizvođača. Sam proizvođač upozorio je lekare na tu činjenicu i ponudio besplatne zamenske uređaje. U oba regresna postupka pred nemačkim sudom osiguravač je potraživao naknadu troškova zamene konkretnog uređaja iz abnormalno rizične grupe. Osiguravač u svojstvu tužioca mogao bi da ima pravo na naknadu troškova zamene ugrađenih uređaja samo ako je zamenjeni uređaj zaista bio defektan u smislu čl. 6(1) i ako troškovi hirurške operacije u cilju zamene ugrađenog aparata predstavljaju štetu u smislu čl. 1 i čl. 9(1)(a) Direktive. Međutim, nikada nije utvrđeno da li su baš oni medicinski uređaji koji su bili ugrađeni u tela konkretnih pacijenata imali ikakav nedostatak.

U zahtevu za odlučivanje o prethodnom pitanju u predmetu C-503/13 Savezni vrhovni sud Nemačke naveo je da isprva ugrađeni i potom zamenjeni elektrostimulatori spadaju u grupu tuženikovih proizvoda u kojoj postoji 17 do 20 puta veća verovatnoća da je uređaj neispravan nego što je to uobičajeno.³⁴ U predmetu C-504/13 ukazao je pak na to što se zna da neki proizvodi iz grupe kojoj pripada ugrađeni kardioverter defibrilator imaju defekt koji bi mogao da ugrozi njihovo terapeutsko dejstvo.³⁵ Nemački sud je stoga naginjao zaključku da već ugrađene

32 Čl. 267, Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), OJ 115, 9 May 2008.

33 Izloženo prema Presudi *Boston Scientific* i Mišljenju opšteg pravobranioca.

34 BGH, 30.07.2013, VI ZR 284/12, pasus br. 5, *JurionRS* 2013, 42631, www.jurion.de/urteile/bgh/2013-07-30/vi-zr-284_12, poslednji pristup 10. februara 2018.

35 U obraćanju Evropskom sudu pravde nemački sud je naveo da je potvrđena neispravnost 4 od 46.000 ugradnih kardioverter defibrilatora; u petom slučaju se sumnjalo na zatajenje, ali to nije

uređaje iz proizvodnih serija za koje se zna da su preterano rizične treba označiti kao defektne, pošto ne pružaju onaj nivo bezbednosti koji se osnovano očekuje pri upotrebi takvih medicinskih uređaja s obzirom na sve okolnosti njihovog korišćenja. Međutim, nemački sud nije bio sasvim siguran u ovaj zaključak, jer pravila Direktive ipak nalažu da oštećenik dokaže postojanje defekta u datom proizvodu, kao i uzročnu vezu između tog defekta i pretrpljene štete, a neispravnost izvađenog pejsmejкера odnosno izvađenih defibrilatora u predmetnim slučajevima nikada nije dokazana.

Savezni vrhovni sud Nemačke postavio je pitanje da li se ugrađeni medicinski uređaj kvalifikuje kao defektan samim tim što pripada preterano rizičnoj grupi takvih proizvoda. Pod preterano rizičnom grupom proizvoda misli se na proizvodnu seriju u kojoj vlada povećani rizik neispravnosti pojedinačnih proizvoda, odnosno na proizvodnu seriju u kojoj je već otkriveno više defektnih proizvoda nego što se osnovano očekuje. S obzirom na to da neispravnost ugradnog medicinskog sredstva koje bi trebalo da spreči poremećaj srčanog ritma generiše izuzetno veliki rizik po život i zdravlje pacijenta, nemački sud je smatrao da pacijent može osnovano da očekuje da stopa zatajenja takvih uređaja bude približna nuli, bez obzira na to što se u stručnim krugovima smatra da pouzdanost pejsmejкера i ugradnih kardioverter defibrilatora ne može biti apsolutna.

U opisanom kontekstu najviši nemački sud zastao je s dva parnična postupka da bi Evropskom sudu pravde postavio sledeća pravna pitanja:

- (a) Odredba čl. 6(1) Direktive sadrži definiciju defekta odnosno uređuje pitanje kada se smatra da proizvod ima nedostatak. Kada se pod proizvodom misli na medicinski uređaj koji je već ugrađen u ljudsko telo, recimo na srčani elektrostimulator ili ugradni kardioverter defibrilator, da li odredba čl. 6(1) Direktive dopušta da se konkretan ugrađeni medicinski uređaj označi kao defektan samo na osnovu toga što potiče iz grupe proizvoda u kojoj je rizik neispravnosti pojedinačnog proizvoda značajno povećan, odnosno iz grupe proizvoda u kojoj je već pronađen značajan broj pojedinačnih proizvoda s nedostatkom. To pitanje se postavlja pod pretpostavkom da nije utvrđeno postojanje nedostatka u konkretnom medicinskom uređaju koji je ugrađen u telo oštećenika.
- (b) Ako je odgovor na prvo pitanje potvrđan, odnosno ako pripadnost abnormalno rizičnoj grupi znači da je konkretan proizvod defektan, da li se troškovi hirurške operacije uklanjanja neispravnog i ugradnje novog, ispravnog pejsmejкера odnosno defibrilatora kvalifikuju kao šteta usled telesne povrede po pravilima iz čl. 1 i čl. 9(1)(a) Direktive? Drugim rečima, da li se troškovi zamene potencijalno defektnog ugradnog medicinskog uređaja pravno kvalifikuju kao imovinska šteta usled povrede tela odnosno narušavanja zdravlja pacijenta?

potvrđeno. BGH, 30.07.2013, VI ZR 327/12, pasus br. 2, *JurionRS 2013*, 42878, www.jurion.de/urteile/bgh/2013-07-30/vi-zr-327_12, poslednji pristup 10. februara 2018.

4. ODGOVOR EVROPSKOG SUDA PRAVDE

4.1. *Potencijalni nedostatak*

Evropski sud je odgovorio potvrdno na prvo pitanje:³⁶ Kada se utvrdi da u jednoj grupi ili proizvodnoj seriji proizvoda kao što su pejsmejkeri i ugradni defibrilatori postoji potencijalni nedostatak, pojedinačni proizvod koji pripada toj grupi ili proizvodnoj seriji može da se označi kao proizvod s nedostatkom, pri čemu nije neophodno da se utvrdi da baš u tom konkretnom proizvodu postoji predmetni defekt to jest nedostatak.

Evo kako je sud rezonovao: Prema pravilima Direktive smatraće se da proizvod ima nedostatak ako nije bezbedan u meri koja je mogla osnovano da se očekuje s obzirom na sve okolnosti konkretnog slučaja, uključujući način na koji je taj proizvod predstavljan odnosno oglašavan, njegovu upotrebu koja je mogla razumno da se očekuje te vreme kada je konkretan proizvod stavljen u promet.³⁷ Pored toga pri procenjivanju da li je konkretan proizvod defektan treba uzeti u obzir i osnovana odnosno razumna očekivanja šire javnosti.³⁸ Pri utvrđivanju šta šira javnost s pravom može da očekuje u pogledu bezbednosti određenog proizvoda uzima se u obzir, između ostalog, nameravana svrha tog proizvoda, njegove stvarne osobine te posebne potrebe one grupe korisnika kojoj je predmetni proizvod namenjen.³⁹ Pravila o objektivnoj odgovornosti za štetu od defektnog proizvoda treba da osiguraju pravičnu raspodelu povećanog rizika od štete koji je neizbežan u savremenim uslovima ubrzanog tehnološkog razvoja.⁴⁰ U slučaju ugradnje medicinskih uređaja u ljudsko telo taj rizik je dodatno povećan, abnormalan, osobito veliki, pa su i osnovana očekivanja u pogledu bezbednosti ovih uređaja osobito velika, povećana u odnosu na ono što se redovno očekuje. Korisnici ugradnih medicinskih uređaja poput srčanih elektrostimulatora i kardioverter defibrilatora mogu razumno i s pravom da očekuju jedan posebno visok stepen bezbednosti.

4.2. *Troškovi operacije kao vid štete usled telesne povrede*

Na drugo pitanje Evropski sud pravde odgovorio je uslovno pozitivno:⁴¹ Šteta pričinjena hirurškom operacijom preduzetom u cilju zamene proizvoda s nedostatkom kao što je pejsmejker ili ugradni kardioverter defibrilator kvalifikuje se kao „šteta izazvana smrću ili telesnom povredom” po pravilima iz čl. 1 i čl. 9(1)

36 Izloženo prema Presudi *Boston Scientific*.

37 Čl. 6 (1) Direktive.

38 Tač. 6 Preambule Direktive. Pitanje titulara, merila i načina utvrđivanja sadržine osnovanih očekivanja u pogledu bezbednosti proizvoda bilo koje vrste spada u najspornija pitanja u režimu odgovornosti koji je projektovan Direktivom. O tome sada neću pisati, ne samo zbog ograničenosti obima ovog rada, nego i zato što se to pitanje postavlja na opštem nivou u vezi s Direktivom, a ne posebno u vezi s odgovornošću za potencijalni nedostatak.

39 Ovo između ostalog znači da proizvod koji je u tehničkom smislu ispravan može da se kvalifikuje kao defektan zbog toga što ne ispunjava osnovana očekivanja šire javnosti u pogledu bezbednosti proizvoda te vrste.

40 Tač. 2 i tač. 7 Preambule Direktive.

41 Izloženo prema Presudi *Boston Scientific*.

(a) Direktive, pod uslovom da je takva operacija bila neophodna za otklanjanje nedostatka u konkretnom slučaju. Ispunjenost tog uslova jeste činjenično pitanje, što znači da nacionalni sud koji primenjuje pravila unutrašnjeg prava kojima je transponovana Direktiva mora u svakom ovakvom slučaju da utvrdi da li je predmetna hirurška operacija bila neophodna za otklanjanje odnosno prevazilaženje nedostatka u konkretnom medicinskom uređaju.

Pitanje nemačkog suda odnosilo se na troškove hirurške operacije izvršene radi zamene ugrađenog medicinskog uređaja.⁴² U odgovoru Evropskog suda pravde govori se pak o šteti koja je prouzročena operacijom, a ne o troškovima same operacije.⁴³ Međutim, iz jezika i sadržine obrazloženja presude Evropskog suda pravde može se uzeti da se odgovor odnosi i na troškove hirurške intervencije radi zamene ugradnog medicinskog uređaja. Troškovi operacije predstavljaju jedan vid imovinske štete koja je prouzrokovana tako što je u telo pacijenta ugrađen medicinski uređaj s nedostatkom. Radi se o stvarnoj šteti, to jest o umanjuju oštećenikove imovine, što se u konkretnom slučaju ispoljava kao povećanje njegove pasive.⁴⁴

Evropski sud pravde rezonovao je na sledeći način: Prvo, nesporno je da po pravilima Direktive proizvođač odgovara za imovinsku štetu koja nastane usled smrti, telesne povrede ili narušavanja zdravlja prouzrokovanih nekim defektom u njegovom proizvodu,⁴⁵ pod uslovom da oštećenik u svojstvu tužioca dokaže pretrpljenu štetu, postojanje nedostatka i uzročnu vezu između nedostatka i štete.⁴⁶ Dru-

42 Proizvođač je o svom trošku obezbedio zamenske uređaje. U praksi bi moglo da se postavi pitanje ko treba da snosi troškove pribavljanja novog uređaja u slučaju da osnovano očekivani nivo bezbednosti proizvoda ne može da se uspostavi ugradnjom istovrsnog uređaja iz druge proizvodne serije istog proizvođača. Tada bi odgovorni proizvođač trebalo da snosi troškove pribavljanja zamenskog uređaja nekog drugog proizvođača.

43 Vid. izreku Presude *Boston Scientific*.

44 U postupku pred nemačkim sudom proizvođač je tvrdio da ugradni kardioverter defibrilator podleže redovnoj zameni na svakih pet godina i onda kada je ispravan, zbog čega troškovi njegove zamene ne predstavljaju štetu. BGH, 30.07.2013, VI ZR 327/12, pasus br. 7, JurionRS 2013, 42878, www.jurion.de/urteile/bgh/2013-07-30/vi-zr-327_12, poslednji pristup 10. februara 2018. Evropski sud pravde nije uvažio taj argument. Zauzeo je stav da troškovi zamene ugradnog uređaja s nedostatkom predstavljaju štetu ukoliko je zamena neophodna za otklanjanje tog nedostatka i ponovno uspostavljanje osnovano očekivanog nivoa bezbednosti medicinskog uređaja. Presuda *Boston Scientific*, pasus br. 49. Slično konceptijsko pitanje može da se postavi u vezi s troškovima sahrane koje po opštim pravilima o odgovornosti snosi onaj ko prouzrokuje nečiju smrt, bez obzira na to što bi se troškovi oštećenikove sahrane svakako pojavili u nekom trenutku u budućnosti. U srpskom pravu to je rešeno izričitim zakonskim pravilom. Vid. čl. 193 st. 1 ZOO.

45 Čl. 1 i čl. 9(1)(a) Direktive.

46 Čl. 4 Direktive. Ovde treba ukazati na sledeće: Direktiva ne sadrži definiciju uzročne veze i ne uređuje način na koji oštećenik dokazuje da proizvod ima nedostatak i da je baš to uzrok štete, pa države slobodno uređuju ova pitanja. Vid. Judgment of the Court (Fourth Chamber), 20 November 2014, *Novo Nordisk Pharma GmbH v S.*, C-310/13, EU:C:2014:2385 (ubuduće: Presuda *Novo Nordisk Pharma*), pasusi br. 25-29. Država članica sama uređuje pravila dokaznog postupka, a pre svega način na koji se izvode i cene različita dokazna sredstva i kakva je njihova relativna vrednost u postupku, kao i stepen sudijskog uverenja koji je neophodan da bi se smatralo da je određena činjenica dokazana. Judgment of the Court (Sixth Chamber), 15 October 2015, *Nike European Operations Netherlands BV v Sportland Oy*, C-310/14, EU:C:2015:690, pasusi br. 27-28; Judgment of the Court (Fifth Chamber), 21 January 2016, *Eturas UAB and Others*

go, s obzirom na to da se u ciljeve Direktive ubraja i zaštita zdravlja i bezbednosti potrošača,⁴⁷ pojam imovinske štete izazvane smrću ili povredom tela iz čl. 9(1)(a) Direktive zavređuje široko tumačenje. Treće, oštećenik ima pravo na odgovarajuću i potpunu naknadu pretrpljene štete.⁴⁸ Potpuna naknada treba da obuhvati sve što je neophodno da bi se otklonile štetne posledice postojanja defekta u predmetnom proizvodu te da bi se povratio onaj stepen bezbednosti koji se osnovano očekuje po pravilu iz čl. 6(1) Direktive. U slučaju medicinskih uređaja s nedostatkom, kao što su srčani elektrostimulator (pejsmejker) ili ugradni kardioverter defibrilator, naknada mora da pokrije, između ostalog, sve troškove u vezi sa zamenom ugradnog medicinskog uređaja.

U prvom slučaju (C-503/13) tuženi proizvođač medicinskih uređaja sam je bio preporučio zamenu već ugrađenih pejsmejкера iz određene proizvodne serije. Evropski sud pravde je stoga zaključio da se troškovi zamene ovih uređaja, uključujući troškove hirurške intervencije, kvalifikuju kao šteta nastala usled telesne povrede u smislu čl. 9(1)(a) Direktive. S tim u vezi treba imati na umu da preporuka proizvođača neće biti presudna ako se pokaže da pravila i iskustvo medicinske struke nalažu da se nedostatak otkloni nekim drugim, primerenijim postupkom, a ne na onaj način koji je preporučio proizvođač.

U drugom slučaju (C-504/13) tuženi proizvođač je tvrdio da nije neophodna zamena uređaja, jer potencijalni defekt u ugrađenom kardioverter defibrilatoru može da se otkloni onesposobljavanjem njegovog magnetnog prekidača. Evropski sud pravde je zaključio da je zadatak za nacionalni sud da preispita ovu činjeničnu tvrdnju, to jest da utvrdi da li je prosto onesposobljavanje magnetnog prekidača dovoljno za otklanjanje defekta u ugrađenom kardioverter defibrilatoru, ili je pak neophodna njegova zamena, kada se uzmu u obzir posebna ranjivost odnosno ugroženost pacijenata koji u sebi imaju takav uređaj i abnormalan rizik od štete koji generiše neispravan ugradni defibrilator.

Evropski sud pravde nije razmatrao mogućnost da zamena uređaja generiše veći rizik po život i zdravlje konkretnog pacijenta, nego ostavljanje potencijalno defektnog uređaja u njegovom telu. Treba uzeti da bi tada proizvođač bio odgovoran za povećane troškove u vezi s lečenjem i negom pacijenta u čijem telu je ostavljen uređaj s potencijalnim nedostatkom. U svakom slučaju, pacijent nema obavezu da se podvrgne hirurškom zahvatu da bi umanjio obim odgovornosti proizvođača.⁴⁹

v Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, C-74/14, EU:C:2016:42, pasusi br. 30 i 32. Ipak, postoje dva ograničenja: Prvo, unutrašnja pravila dokaznog postupka ne smeju da poremete teret dokazivanja uređen odredbom čl. 4 Direktive. Drugo, zabranjeno je da se unutrašnjim pravilima o izvođenju i oceni dokaza umanjuje delotvornost odnosno podrivaju ciljevi režima odgovornosti koji je uređen Direktivom. Vid. Presudu *Novo Nordisk Pharma*, pasusi br. 26 i 30. Više o tome vid. u: M. Karanikić Mirić (2017), 137–159.

47 Tač. 1 i tač. 6 Preambule Direktive.

48 Judgment of the Court (Fifth Chamber), 10 May 2001, Henning Vedfeldt v Århus Amtskommune, C-203/99, EU:C:2001:258, pasus br. 27.

49 Za srpsko pravo: Od oštećenika se ne može zahtevati da umanjuje štetu po cenu zahvatanja u njegova ustavna prava, odnosno po cenu zadiranja u njegov telesni integritet protivno njegovoj volji. Zaključak sa Savetovanja građanskih i građansko-privrednih odeljenja Saveznog suda, vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 15. i 16. oktobra 1986, *ParagrafLex*.

5. DOMAŠAJ PRESUDE BOSTON SCIENTIFIC

Da pogledamo sada kakav je domašaj razjašnjenja koja je Evropski sud pravde dao u Presudi *Boston Scientific*. U kojoj meri ta razjašnjenja menjaju način na koji su do sada interpretirana pravila Direktive?

Prvo, treba videti kako se prepoznaje potencijalni nedostatak. Drugo, postavlja se pitanje šta se u konstrukciji odgovornosti za potencijalni nedostatak dešava sa zatečenim pravilima o uzročnosti, odnosno kako se uopšte dokazuje da je uzrok konkretne štete nešto što samo potencijalno postoji. Treće, otvara se pitanje na koje vrste proizvoda se primenjuju pravila o odgovornosti za potencijalni nedostatak. Konačno, ako se posle hirurškog uklanjanja potencijalno defektnog uređaja iz ljudskog tela ustanovi da uređaj nema nedostatke, na koga padaju troškovi izvršene operacije? Uz to, pokazaće se da Evropski sud pravde nije samo prebacio na proizvođača teret da dokazuje da konkretan uređaj koji potiče iz abnormalno rizične serije nema nedostatak, nego je još i proširio način na koji se do sada razumelo šta je to nedostatak. Precizno rečeno, iz Presude *Boston Scientific* proizlazi da se kao nedostatak u ugradnom medicinskom uređaju kvalifikuje i sama činjenica da postojanje nedostatka može da se utvrdi jedino tako što će se uređaj izvaditi iz ljudskog tela. To svojstvo bi po analogiji moralo da se zahteva, ako bi neki sud smatrao da je dopušteno da se širi krug proizvoda čiji proizvođači odgovaraju i za puki potencijalni nedostatak.⁵⁰

5.1. Kako se prepoznaje potencijalni nedostatak?

U predmetu *Boston Scientific* radilo se o ugradnim medicinskim uređajima koji su bačeni nakon što su uklonjeni iz tela pacijenata. Pre bacanja izvađenih uređaja nije provereno da li su zaista imali nekakav nedostatak, a ako je takva provera i učinjena – nalazi nisu dokumentovani. Tako je nedostatak zauvek ostao potencijalan. Pošto su odstranjeni medicinski uređaji poticali iz proizvodnih serija koje je sam proizvođač označio kao abnormalno rizične, Evropski sud pravde zauzeo je stav da činjenica da konkretan uređaj potiče iz abnormalno rizične serije znači da taj uređaj ima potencijalni nedostatak za koji se odgovara po pravilima Direktive.

Evropski sud pravde nije se sasvim držao okvira koji mu je nemački sud bio postavio svojim pitanjima.⁵¹ Naime, Savezni vrhovni sud Nemačke postavio je pitanje da li je ugradni medicinski uređaj defektan već samim tim što potiče iz proizvodne serije u kojoj postoji značajno povećan rizik od zatajenja odnosno iz proizvodne serije u kojoj je već utvrđen značajan broj pojedinačnih zatajenja, pri čemu nije utvrđeno da nedostatak postoji u tom konkretnom ugradnom medicinskom uređaju. U odgovoru Evropskog suda pak stoji da ukoliko se utvrdi da proizvodi iz određene proizvodne serije, kao što su pejsmejkeri ili ugradni kardioverter defibrilatori, imaju potencijalni nedostatak, onda takav proizvod može da se klasifikuje kao proizvod s

50 Suprotno: P. Machnikowski, 233–234. Po njemu određujuće svojstvo uređaja u vezi s kojim proizvođač može da odgovara i za potencijalni defekt u smislu Presude *Boston Scientific* jeste to što uređaj služi za sprečavanje štete.

51 To uočava i L. Bergkamp, 311.

nedostatkom, bez ikakve potrebe da se utvrđuje da li je konkretan proizvod zaista defektan. Za razliku od nemačkog suda Evropski sud pravde ne govori o ugradnim medicinskim uređajima, nego o proizvodima kao što su pejsmejker i ugradni defibrilator, pri čemu ne precizira koje je to zajedničko svojstvo svih proizvoda na koje se pravilo odnosi. Dalje, Evropski sud pravde zaključuje da u opisanoj situaciji konkretan proizvod *može* da se kvalifikuje kao defektan, a ne da *mora* tako da se kvalifikuje, pri čemu ne kaže od čega bi ta kvalifikacija još trebalo da zavisi. Konačno, nemački sud je jasno usmerio svoje pitanje na situaciju kada ugradni medicinski uređaj potiče iz proizvodne serije koja je abnormalno rizična, ukazujući na to da se u konkretnom slučaju radilo o pejsmejkerima iz proizvodne serije u kojoj je rizik neispravnosti uređaja za 17 do 20 puta veći nego u drugim normalnim serijama odnosno o kardioverter defibrilatoru iz serije u kojoj je već ustanovljen preveliki broj neispravnih jedinica. U odgovoru Evropskog suda ne pominje se abnormalno rizična serija, nego se govori o proizvodima koji potiču iz iste serije a imaju potencijalni nedostatak.

Ostaje da se vidi kako će nacionalni sudovi evropskih država razumeti koncept potencijalnog nedostatka odnosno kako će ga Evropski sud pravde u nekom budućem slučaju eventualno razjasniti. Evo jednog po mome sudu razumnog čitanja Presude *Boston Scientific*, do kojeg dolazim uzimajući u obzir ranije citirano Mišljenje opšteg pravobranioca, kao i način na koji je Savezni vrhovni sud Nemačke bio sročio svoja pitanja:

Proizvod ima potencijalni nedostatak ako su kumulativno zadovoljeni sledeći uslovi. Prvo, proizvod potiče iz abnormalno rizične proizvodne serije. To znači da je u konkretnoj seriji proizvoda već otkriven abnormalan, preteran, neuobičajeno veliki broj neispravnih jedinica odnosno da je na drugi način utvrđeno da postoji abnormalan, povećan, neuobičajeno veliki rizik od neispravnosti jedinica koje potiču iz te serije. Drugo, nije utvrđeno da konkretan proizvod koji potiče iz određene abnormalno rizične serije zaista ima predmetni nedostatak. Treće, utvrđivanje da predmetni nedostatak postoji podrazumevalo bi hirurško odstranjivanje ugradnog uređaja iz ljudskog tela ili neku drugu povredu telesnog integriteta oštećenika na koju on nije dužan da pristane. Četvrto, materijalizacija povećanog rizika ozbiljno bi ugrozila život, telo ili zdravlje pacijenta koji nosi ugradni uređaj. Konačno, kada su ovi uslovi kumulativno ispunjeni, nacionalni sud *mora* da kvalifikuje proizvod kao defektan i da primeni nacionalna pravila kojima su u unutrašnji poredak transponovane odredbe Direktive.

Jasno je, dakle, da može da postoji i neki rizik zatajenja proizvoda iz određene serije koji bi bio normalan i prihvatljiv. Ako u određenoj proizvodnoj seriji postoji samo taj normalan, uobičajen, prihvatljiv rizik da su neki proizvodi koji iz nje potiču defektni, oštećenik mora da dokaže postojanje nedostatka *in concreto*. Međutim, ako je čitava serija abnormalno rizična, onda koncept potencijalnog nedostatka treba razumeti tako da je sada na proizvođaču teret da dokaže da konkretan proizvod nije defektan, uprkos činjenici što potiče iz abnormalno rizične serije.

Treba ukazati na još jednu okolnost. U predmetu *Boston Scientific*, kao i u drugim sličnim situacijama, informacija o tome da je proizvodna serija preterano rizična došla je upravo od proizvođača ugradnih medicinskih uređaja, koji je na

tu činjenicu upozorio lekare i savetovao im zamenu ugrađenih elektrostimulatora odnosno onesposobljavanje prekidača na ugrađenim defibrilatorima. U literaturi je već izražena bojazan da bi ova nova mogućnost da se objektivno odgovara za potencijalni nedostatak mogla da odvraća proizvođače od upozoravanja javnosti na to što je određena proizvodna serija abnormalno rizična – u slučaju da sami proizvođači procene da rizik jeste povećan ali u srazmerno maloj meri.⁵²

5.2. Ko snosi teret dokazivanja uzročnosti?

Direktiva bliže određuje pojam nedostatka⁵³ i imperativno raspodeljuje teret dokazivanja propisujući da je oštećenik dužan da dokaže pretrpljenu štetu, postojanje nedostatka i činjenicu da je nedostatak uzrok štete.⁵⁴ Pokušaj da se koncept potencijalnog nedostatka uklopi u ovu konstrukciju generiše ozbiljne teorijske i praktične probleme. Naime, ako je nedostatak samo potencijalan, odnosno ako se po definiciji ne zna da li on postoji, već se samo zna da je verovatnoća njegovog postojanja povećana u odnosu na normalne situacije, onda se otvara pitanje kako bi oštećenik uopšte mogao da dokaže da šteta potiče od takvog nedostatka. Kako dokazati da je uzrok štete nešto što samo potencijalno postoji?

Rajh (*Reich*) smatra da dopuštanje da se odgovornost zasnuje uprkos tome što je nedostatak samo potencijalan podrazumeva da se pretpostavi uzročnost: odgovornost za potencijalni nedostatak za sobom automatski povlači pretpostavku uzročnosti.⁵⁵ Rajh je sasvim u pravu: nemoguće je dokazati da postoji uzročna veza između defekta čije se postojanje samo pretpostavlja i pretrpljene štete. U tom modelu mora da se pretpostavi i kauzalitet.

Naime, ako je sam uzrok potencijalan odnosno hipotetički, onda je potencijalna odnosno hipotetička i veza tog uzroka s navodnom posledicom. Drugim rečima, ako je postojanje nedostatka predmet oborive pretpostavke, onda je predmet oborive pretpostavke i svaka posledica koju bi taj nedostatak, u slučaju da postoji, mogao da izazove. Kada oštećenik dokaže da je pretrpeo štetu i da proizvod ima potencijalni nedostatak, to jest da je verovatnoća da je proizvod defektan veća od normalne, uobičajene, redovne takve verovatnoće, onda će se oborivo pretpostaviti ne samo da nedostatak zaista postoji, nego i da je upravo taj nedostatak uzrok štete koju je pretrpeo oštećenik. Proizvođač može da obara ovu pretpostavku dokazujući da konkretan proizvod nema nedostatak uprkos tome što potiče iz rizične proizvodne serije u kojoj postoji povećani rizik da je konkretan proizvod defektan. Proizvođač može i da prihvati da je proizvod defektan, da ne spori postojanje nedostatka, ali da dokazuje da postojeći nedostatak nije uzrok štete koju je pretrpeo oštećenik, odnosno da je uzrok pretrpljene štete nešto drugo.

52 L. Bergkamp, 321.

53 Čl. 6(1) Direktive i tač. 6 Preambule Direktive. Vid. takođe: pasus br. 37 Presude *Boston Scientific*. U Presudi *Sanofi Pasteur* iz 2017. godine Evropski sud je potvrdio imperativnu prirodu pravila o teretu dokazivanja iz čl. 4 Direktive. Vid. pasus br. 27 Presude *Sanofi Pasteur*.

54 Čl. 4 Direktive.

55 Norbert Reich, "Produkthaftungsrecht: Haftung für potenziell fehlerhaftes Medizinprodukt", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (EuZW), 1/2015, 321.

Postoje još neke specifičnosti pravne uzročnosti u ovom i drugim ovakvim slučajevima. Naime, u slučajevima zatajenja srčanog elektrostimulatora ili ugradnog kardioverter defibrilatora neposredni uzrok smrti, telesne povrede ili narušavanja zdravlja pacijenta nije taj uređaj, nego poremećaj srčanog ritma koji je pomenuti uređaj trebalo da spreči. Radi se o tome da ugradni medicinski uređaj propušta da koriguje poremećeni srčani ritam, odnosno da spreči nastanak štete koja pretili iz nekog drugog uzroka. U tom smislu pretpostavka uzročnosti, koja je nužna i prosto mora da se uvede u konstrukciju odgovornosti za potencijalni nedostatak, odnosiće se na prouzrokovanje štete omisijom to jest propuštanjem. Pretpostavlja se, dakle, da je šteta nastala zato što je medicinski uređaj nije sprečio. S tim u vezi otvara se i pitanje vrste štetnih posledica koje je uređaj uopšte trebalo da sprečava. To su sve one štete koje normalno, redovno, obično nastaju usled događaja koji je dati uređaj trebalo da predupredi, što u konkretnom slučaju obuhvata razumno očekivane štetne posledice abnormalnog srčanog ritma koji stvara potrebu za električnom stimulacijom ili defibrilacijom.⁵⁶

Konačno, Direktiva ne sadrži definiciju uzročne veze i ne uređuje način na koji se uzročnost dokazuje odnosno način na koji se obara pretpostavka o njenom postojanju.⁵⁷ Države članice su načelno slobodne da samostalno urede ova pitanja: da definišu pojam uzročnosti i urede dokazni postupak pred sopstvenim sudovima.⁵⁸ Stoga će na stvarni domašaj Presude *Boston Scientific* neizbežno da utiču nacionalna pravila o uzročnosti i postupku dokazivanja.

5.3. Na koje proizvode se primenjuju pravila o odgovornosti za potencijalni nedostatak?

Sledeće pitanje koje će se gotovo izvesno otvoriti u budućnosti odnosi se na vrste proizvoda u vezi s kojima može da se zasnuje odgovornost za potencijalni nedostatak. Drugim rečima, u praksi će se postaviti pitanje da li iz Presude *Boston Scientific* proizlazi da za potencijalni nedostatak mogu da odgovaraju svi proizvođači, ili samo proizvođači medicinskih uređaja, ili pak samo proizvođači ugradnih medicinskih uređaja, ili samo proizvođači ugradnih medicinskih uređaja koji služe da spreče nastanak štete po život, telo i zdravlje, ili pak proizvođači svih uređaja koji imaju svrhu da spreče nastanak štete, gde spadaju, na primer, sigurnosni pojasevi, alarmi i aparati za gašenje požara?

Presuda *Boston Scientific* odnosi se na specifičnu životnu situaciju koju je nemački sud u svome pitanju opisao sasvim precizno. Elementi te situacije su sledeći: Proizvod je zapravo jedan ugradni medicinski uređaj koji je u konkretnom slučaju ugrađen u telo pacijenta, pri čemu nije utvrđeno da je taj uređaj defektan, ali se zna

56 Naravno, neophodno je još da se radi o posledicama abnormalnog srčanog ritma koje mogu da se označe kao šteta po odredbi čl. 9 Direktive. Recimo, neimovinska šteta je izričito isključena iz režima koji je predviđen Direktivom.

57 Vid. pasuse br. 25–29 Presude *Novo Nordisk Pharma*.

58 Država članica sama uređuje pravila dokaznog postupka, a pre svega način na koji se izvode i cene različita dokazna sredstva i kakva je njihova relativna vrednost u postupku, kao i stepen sudijskog uverenja koji je neophodan da bi se smatralo da je određena činjenica dokazana. Vid. pasus br. 25 Presude *Sanofi Pasteur*.

da potiče iz proizvodne serije u kojoj postoji značajno povećan rizik od zatajenja. Reč je, dakle, o abnormalno, preterano, povišeno rizičnoj proizvodnoj seriji i konkretnom proizvodu iz te serije za koji se ne zna da li je defektan. Ugradni medicinski uređaj omogućava životno važnu funkciju – održavanje normalnog srčanog ritma.⁵⁹ U slučaju zatajenja ugrađene jedinice pacijentu preti smrt ili telesna povreda odnosno narušavanje zdravlja.

U trenutku saznanja da je u telo pacijenta ugrađen uređaj iz abnormalno rizične serije još uvek se ne zna da li je taj konkretan uređaj defektan. Čak može biti da još uvek nema nikakvih štetnih posledica po telo i zdravlje pacijenta. Pri tome, neophodno je da se pacijent podvrgne hirurškoj operaciji da bi moglo da se sazna da li je ugrađeni uređaj defektan. Ako se posle obavljene operacije ispostavi da izvađeni uređaj nema nedostatak uprkos tome što potiče iz abnormalno rizične serije, dosadašnja interpretacija Direktive nalaže da proizvođač ne odgovara za troškove operacije i troškove u vezi s operacijom. Naime, postojanje nedostatka jeste uslov svake odgovornosti. To znači da pacijent snosi rizik incidentnog nepostojanja nedostatka u uređaju iz abnormalno rizične serije, čak i onda kada je saznatljivost nedostatka uslovljena hirurškom intervencijom odnosno povredom telesnog integriteta pacijenta.⁶⁰ Presuda *Boston Scientific* menja dosadašnje razumevanje pravila Direktive, tako što inovativnim tumačenjem tih pravila prebacuje pomenuti rizik na proizvođača. Ostaje pitanje na koje proizvode to novo razumevanje može da se primeni.

Presuda *Boston Scientific* efektivno menja pravilo o teretu dokazivanja iz čl. 4 Direktive za određeni opseg životnih situacija. To pravilo je u praksi Evropskog suda pravde do ove presude imalo status dogme.⁶¹ U tom smislu presuda konstituše izuzetak, a izuzeci se usko tumače. Zato se čini da odgovornost za potencijalni nedostatak treba da bude ograničena na ugrađene ugradne medicinske uređaje, to jest na proizvode koji se ugrađuju u ljudsko telo i koji se nalaze u ljudskom telu u

59 Za neke komentatore ovo je naročito važno, pa podvlače razliku između ugradnih medicinskih uređaja koji služe za održavanje pacijenta u životu i silikonskih i drugih implantata koji se ugrađuju iz estetskih razloga. Naglašavaju da ne treba izjednačavati ženu koja je optirala za ugradnju implantata iz estetskih razloga i onu koja se podvrgla rekonstruktivnoj hirurgiji nakon što je preživela kancer – kao da razlozi ove druge ne mogu biti estetske prirode. Insistiraju na tome da žene koje se opredele za ugradnju silikonskih i sličnih implantata nisu ranjive kao pacijenti sa srčanim problemima. B. Van Leeuwen, P. Verbruggen, 9–11. Međutim, i one postaju ranjive u slučaju ugradnje defektnih implantata; i njima preti povreda telesnog integriteta koji bi trebalo da uživa jednaku zaštitu; i u njihovom slučaju može da bude iznevereno osnovano očekivanje u pogledu bezbednosti ugrađenog proizvoda. Moj zaključak je, dakle, da nije naročito važan razlog zbog kojeg je uređaj implementiran u ljudsko telo, nego tip povrede koja preti u slučaju njegovog zatajenja i stepen bezbednosti koji se osnovano očekuje pri normalnoj upotrebi tog proizvoda.

60 To treba razlikovati od objektivno nesaznatljivih razvojnih rizika. Pravila o oslobađanju od odgovornosti pozivom na razvojne rizike (*development risks, le risque de développement*) dopuštaju da se proizvođač oslobodi objektivne odgovornosti za štetu od stvari s nedostatkom tako što će dokazati da se primenom naučnog i tehničkog znanja najvišeg nivoa predmetni nedostatak nije mogao otkriti u trenutku kada je proizvod pušten u promet (čl. 7(e) Direktive). Direktiva ostavlja mogućnost državama članicama da svojim nacionalnim propisima uskrate proizvođaču mogućnost da se na ovaj način oslobodi odgovornosti (čl. 15(1.b) Direktive). Više o ustanku razvojnih rizika: Marija Karanikić, "Odgovornost za štetu od stvari s nedostatkom za koji se nije moglo znati", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2/2005, 161–195.

61 Poslednji put je jasno i izričito potvrđeno u Presudi *Sanofi Pasteur* iz 2017.

času kada se postavlja pitanje postojanja nedostatka, pri čemu bi materijalizacija povećanog rizika ugrozila život ili zdravlje pacijenta koji ih nosi, a utvrđivanje da li nedostatak zaista postoji nalagalo bi povredu oštećenikovog telesnog integriteta.

Presudno određenje proizvoda kod kojeg se odgovara već za potencijalni defekt treba da bude to što dokazivanje da konkretan proizvod ima nedostatak podrazumeva povredu tela potencijalnog oštećenika odnosno atak na njegov telesni integritet. Pravilo o odgovornosti za potencijalni nedostatak ne primenjuje se na sve uređaje koji služe da preduprede smrt, telesnu povredu ili narušavanje zdravlja. Recimo, ono se ne odnosi na alarme, sigurnosne pojaseve i protivpožarne aparate, koji su u literaturi već poređeni s ugradnim medicinskim uređajima u ovom kontekstu.⁶²

Dakle, odgovornost proizvođača za potencijalni nedostatak može da se zasnuje, po mome sudu, isključivo ako postojanje nedostatka u proizvodu ne može da se utvrdi drugačije nego povredom telesnog integriteta potencijalnog oštećenika. Primera radi, pejsmejker koji još uvek nije ugrađen ni u čije telo takođe služi da predupredi smrt, telesnu povredu i narušavanje zdravlja budućeg pacijenta. Međutim, za utvrđivanje nedostatka u tom uređaju nije neophodno da se bilo ko podvrgne hirurškoj intervenciji, pa nema potrebe da se razmatra mogućnost da proizvođač odgovara za potencijalni nedostatak. Koncept potencijalnog nedostatka treba da ostane vezan za slučajeve kada dokazivanje da nedostatak postoji podrazumeva povredu telesnog integriteta oštećenika na koju on nije dužan da pristane.

5.4. Šta ako se naknadno utvrdi da nedostatak nije postojao?

Odgovornost proizvođača za potencijalni nedostatak podrazumeva da upravo on snosi troškove detektovanja nedostatka u uređaju koji se nalazi u ljudskom telu a potiče iz abnormalno rizične proizvodne serije. Ako se pak otkrije da konkretan uređaj nema nedostataka, troškovi tog otkrivanja trebalo bi da ostanu na proizvođaču.

Da je Evropski sud pravde samo prebacio na proizvođača teret dokazivanja da uređaj iz abnormalno rizične serije nije defektan, proizvođač bi mogao da se oslobodi odgovornosti za troškove zamene i u vezi sa zamenom potencijalno defektnog uređaja tako što bi dokazao da izvađeni uređaj nema nedostatak. Međutim, odgovornost za potencijalni nedostatak bila bi obesmišljena ako bi podvrgavanje hirurškom uklanjanju potencijalno defektnog uređaja izlagalo pacijenta mogućnosti da snosi troškove tog uklanjanja. To bi stvorilo apsurdnu situaciju u kojoj ispravnost uređaja predstavlja finansijski rizik za pacijenta.

Evropski sud pravde izričito je zauzeo stav da se troškovi hirurške operacije koja je neophodna za otklanjanje nedostatka kvalifikuju kao šteta po pravilima Direktive. Međutim, sud se nije izjasnio o tome ko snosi troškove operacije ako se naknadno pokaže da nema nedostataka u izvađenom uređaju. U tom slučaju nikakva intervencija nije bila potrebna za otklanjanje nedostatka, ali se to nije moglo znati bez hirurške intervencije. Na kome je rizik ove nesaznatljivosti?

⁶² Suprotno smatra P. Machnikowski, 233–234. Koncept potencijalnog defekta iz Presude *Boston Scientific* po njemu se odnosi na sve uređaje koji služe za sprečavanje štete. Izričito pominje alarme, sigurnosne pojaseve i protivpožarne aparate.

To bi trebalo da bude proizvođač, jer on ima privilegovan uvid u kvalitete svog proizvoda, kontrolu nad njime, ekonomsku korist od njega, kao i mogućnost da se osigura od odgovornosti za štetu od njegovih eventualnih nedostataka, pa čak i da troškove tog osiguranja prebaci na druge učesnike u pravnom prometu. Kao nedostatak u ugradnom medicinskom uređaju iz abnormalno rizične proizvodne serije kvalifikuje se i sama činjenica da postojanje nedostatka može da se utvrdi isključivo uklanjanjem tog uređaja iz ljudskog tela ili drugom metodom koja narušava telesni integritet oštećenika. U toj konstrukciji naknadno dokazivanje da nema stvarnog nedostatka u izvađenom uređaju ne znači da taj uređaj nije defektan. To dalje znači da proizvođač svakako snosi troškove ispitivanja ima li nedostatka u uređaju iz abnormalno rizične serije koji je ugrađen u ljudsko telo, kao i troškove koje pacijent trpi u vezi s tim ispitivanjem.

LITERATURA

1. Knjige i članci

- Baeyens, An, Tom Goffin, „European Court of Justice”, *European Journal of Health Law*, vol. 22, 3/2015, 301–307.
- Bergkamp, Lucas, „Is There a Defect in the European Court’s Defect Test? Musings about Acceptable Risk”, *European Journal of Risk Regulation*, vol. 6, 2/2015, 309–322.
- Bernstein, Anita, „Formed by Thalidomide: Mass Torts as a False Cure for Toxic Exposure”, *Columbia Law Review*, 97/1997.
- Büyüksagis, Erdem, „Et si Dr House évoquait le défaut potentiel de votre pacemaker ...”, *Aktuelle juristische Praxis*, 1/ 2016, 14–22.
- Büyüksagis, Erdem, „La responsabilité du fait des produits ‘défectueux sans défaut’: l’arrêt Boston Scientific du 5 mars 2015”, *Droit de la consommation*, 1/2016, 17–29.
- Cane, Peter, Patrick Atiyah, *Atiyah’s Accidents, Compensation and the Law*, C.U.P., Cambridge 2013.
- Emanuilov, Ivo, „Autonomous Systems in Aviation: Between Product Liability and Innovation”, *Seventh SESAR Innovation Days*, 28–30 November 2017, www.sesarju.eu/sites/default/files/documents/sid/2017/SIDs_2017_paper_29.pdf.
- Hogg, Martin A., „Liability for Unknown Risks: A Common Law Perspective”, *Journal of European Tort Law*, vol. 7, 2/2016, 113–142.
- Howells, Geraint G., Ian M. Ramsay, Thomas Wilhelmsson, *Handbook of Research on International Consumer Law*, Elgar, Cheltenham 2010.
- Karanikić Mirić, Marija, „Odgovornost proizvođača vaccine u praksi Evropskog suda pravde”, *Srpska politička misao*, 4/2017, 137–159.
- Karanikić Mirić, Marija, „Zabrana nepoštene poslovne prakse”, u: Đorđe Ignjatović (ur.), *Kaznena reakcija u Srbiji*, VII deo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017, 156–173.
- Karanikić Mirić, Marija, *Objektivna odgovornost za štetu*, Službeni glasnik, Beograd 2016.
- Karanikić, Marija, „Odgovornost za štetu od stvari s nedostatkom za koji se nije moglo znati”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2/2005, 161–195.
- Korzec, Rebecca, „Dashing Consumer Hopes: Strict Products Liability and the Demise of the Consumer Expectations Test”, *Boston College International and Comparative Law Review*, 20/1997, 227–249.

- Machnikowski, Piotr, „Product Defect and Damage”, *Journal of European Tort Law*, vol. 7, 2/2016, 229–236.
- Markovits, Yvan, *La Directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, L.G.D.J., Paris 1990.
- Micklitz, Hans-W., Norbert Reich, Peter Rott, Klaus Tonner (eds.), *European Consumer Law*, Intersentia, Cambridge–Antwerp–Portland 2014.
- Radišić, Jakov, *Medicinsko pravo*, Nomos, Beograd 2004.
- Reich, Norbert, „Produkthaftungsrecht: Haftung für potenziell fehlerhaftes Medizinprodukt”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1/2015, 320–321.
- Rizzi, Marco, „The Court as Pontius Pilate: Reflecting on Missed Opportunities in the PIP Decision”, *European Pharmaceutical Law Review*, vol. 1, 1/2017, 42–48.
- Schmid, Christoph, „The Instrumentalist Conception of the Acquis Communautaire in Consumer Law and its Implications on a European Contract Law Code”, u: Stefan GRUNDMANN, Martin SCHAUER (eds.), *The Architecture of European Codes and Contract Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2006.
- Stapleton, Jane, *Product Liability*, Butterworths, London 1994.
- Taschner, Hans Claudius, „Harmonization of Product Liability Law in the European Community”, *Texas International Law Journal*, vol. 34, 1/1999, 21–44.
- Van Leeuwen, Barend, Paul Verbruggen, „Resuscitating EU Product Liability Law?”, *European Review of Private Law*, vol. 23, 5/2015, 899–915.
- Verdure, Christophe, „Arrêt Boston Scientific Medezintechnik: l’appréciation du ‘défaut’ dans le cadre de la directive relative aux produits défectueux”, *Journal de droit européen*, vol. 240, 2015, 242–243.

2. Propisi i sudske odluke

- Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), OJ L 115, 9 May 2008.
- Convention européenne sur la responsabilité du fait des produits en cas de lésions corporelles ou de décès, Strasbourg, 27. 1. 1977, Série des traités européens – n° 91, www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680077328.
- Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 concerning liability for defective products, OJ L 210, 7 August 1985, 29–33, amended by Directive 1999/34/EC concerning liability for defective products, OJ L 141, 4 June 1999, 20–21.
- Judgment of the Court (Fifth Chamber), 10 May 2001, Henning Vedfeld v Århus Amtskommune, C–203/99, EU:C:2001:258.
- Judgment of the Court (Fifth Chamber), 21 January 2016, Eturas UAB and Others v Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, C–74/14, EU:C:2016:42.
- Judgment of the Court (First Chamber), 16 February 2017, C-219/15, Elisabeth Schmitt v TÜV Rheinland LGA Products GmbH, EU:C:2017:128.
- Judgment of the Court (Fourth Chamber), 20 November 2014, Novo Nordisk Pharma GmbH v S., C–310/13, EU:C:2014:2385.
- Judgment of the Court (Second Chamber), 21 June 2017, C–621/15, N.W and others v Sanofi Pasteur MSD SNC and others, EU:C:2017:484.
- Judgment of the Court (Sixth Chamber), 15 October 2015, Nike European Operations Netherlands BV v Sportland Oy, C–310/14, EU:C:2015:690.
- Judgment of the Court of Justice of the EU (Fourth Chamber), 5 March 2015, Joined Cases Boston Scientific Medezintechnik GmbH v AOK Sachsen-Anhalt – Die Gesundheitskasse (C–503/13), and Betriebskrankenkasse RWE (C–504/13), EU:C:2015:148.

Opinion of Advocate General Yves Bot, 21 October 2014, Joined Cases C-503/13 and C-504/13, EU:C:2014:2306.

Zaključak sa Savetovanja građanskih i građansko-privrednih odeljenja Saveznog suda, vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 15. i 16. oktobra 1986, *ParagrafLex*.

Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 (odluka USJ) i 57/1989, *Službeni list SRJ*, br. 31/93 i *Službeni list SCG*, br. 1/2003 (Ustavna povelja).

Zakon o zaštiti potrošača, *Službeni glasnik RS*, br. 62/2014 i 6/2016 (dr. zakon).

Marija Karanikić Mirić

Faculty of Law, University of Belgrade

PRODUCT LIABILITY FOR POTENTIAL DEFECT

SUMMARY

The matter was brought before the European Court of Justice (ECJ) on the request for a preliminary ruling in two joined cases from the German Federal Court of Justice, concerning medtech manufacturer Boston Scientific Medizintechnik and two health insurance providers, to clarify the interpretation of the EU Product Liability Directive (PLD). The ECJ delivered its ruling in March 2015, and it has drawn a great deal of attention from the legal writers and the medical industry. The ECJ has provided guidance on a difficult issue of interpretation of the term 'defect' for the purposes of the PLD, concluding that where implantable medical devices belonging to the same production series, such as pacemakers and cardioverter defibrillators, have a potential defect, all products in that production series may be classified as defective, without there being any need to establish that any specific product was, actually, defective. There are different readings of the *Boston Scientific* judgment in legal literature, and it remains to be seen how the national courts will understand the concept of potential defect, and how the ECJ will possibly clarify it in the future. The author makes an attempt to answer some of the still controversial questions: How do we recognize a potential defect? How may one prove that the cause of the damage is something that only potentially exists? What types of products may bear potential defects within the meaning of the *Boston Scientific*? Who should bear the costs of surgical operation for the purposes of removal or replacement of a potentially defective medical device if, after removal or replacement, the individual medical device is shown not to be defective? The author proposes that the ruling in *Boston Specific* should be understood in the sense that where an implantable medical device is coming from an abnormally hazardous production series, the device in question should be classified as defective for the purposes of the PLD by the mere fact that the existence of a defect in the implanted product can be established solely by removing the device from the human body, or in some other way involving a violation of the bodily integrity of the patient.

Key words: Directive 85/374/EEC, Judgment ECJ *Boston Scientific Medizintechnik*, defective product, potential defect, pacemakers and implantable cardioverter defibrillators, costs of a surgical operation for the replacement of a defective medical device, causation.

Biljana Simeunović-Patić*

Kriminalističko-policijska akademija, Beograd

MALOLETNIČKO PRESTUPNIŠTVO I MLADI U MEDIJSKIM REPREZENTACIJAMA

Apstrakt: Rad se bavi analizom aktuelne medijske reprezentacije maloletničkog prestupništva u širem kontekstu preovlađujućih medijskih prikaza maloletnih lica i mladih ljudi uopšte, sa posebnim osvrtom na situaciju u Srbiji. Za potrebe ispitivanja dominantnih medijskih sadržaja i poruka o maloletničkom prestupništvu i mladima, analiziran je sadržaj napisa objavljenih tokom odabranog četvoronedeljnog vremenskog okvira u uzorkovanim dnevnim listovima (u dva tabloidna i jednom listu većeg formata), u kojima se izveštava o krivičnim događajima čiji su mogući akteri maloletna lica, kao i onih koji se tematski odnose na maloletna lica i mlade ljude kao grupaciju. Rezultati su pokazali da se u najvećem broju tekstova objavljenih u posmatranim listovima u odabranom vremenskom periodu radilo o izveštavanju o krivičnim događajima kod kojih se kao moguće žrtve ili učinioci pojavljuju maloletna lica. Zaključeno je da je u domaćim medijima, pogotovo u listovima tabloidnog karaktera, veoma izražen senzacionalistički pristup problemu maloletničkog prestupništva i dramatisovanje kriminaliteta maloletnika, da je veoma upadljivo eksploatisanje događaja u kojima se kao žrtve pojavljuju maloletna lica bez adekvatne zaštite njihove bezbednosti i privatnosti, kao i da je generalno veoma zastupljeno negativno stereotipno prikazivanje adolescenata i mladih ljudi u medijima.

Ključne reči: maloletničko prestupništvo, maloletnici, mladi, medijska reprezentacija, Srbija.

1. UVOD

Mnoga istraživanja su ukazala na to da medijske reprezentacije maloletničkog prestupništva imaju tendenciju da predimenzioniraju problem, da ga dramatisuju i senzacionalizuju (Dorfman i Schiraldi, 2001; Krisberg, 2004). Premda je opštepoznato da sličnu tendenciju mediji pokazuju i u pogledu kriminaliteta uopšte, usredsređenost na negativne sadržaje posebno je upadljiva i vidljiva u medijskim sadržajima koji govore o adolescentima i mladima. Mediji neretko biraju da dosledno ignorišu određene činjenice o pojavama i događajima čiji su akteri mladi preferirajući negativne vesti i priloge o njima, pružajući time podršku raširenom drevnom maniru da se svaka nova generacija mladih dočekuje sa specifičnim nepoverenjem i posmatra kao dekadentnija od prethodnih.

Generalno uzev, mladi su u javnom diskursu neretko smešteni u negativan kontekst i predstavljeni kao problematični i asocijalni, bilo aktivno – kao „devijanti”, ili pasivno – kao „mladi u riziku” (Griffin, 2004: 10). Medijska slika mladih najčešće je predstava o onima koji su akteri društvenih problema, koje snalaze ili koji

* vanredni profesor, biljasp@hotmail.com

stvaraju nevolje, onima koji su ili u opasnosti, ili opasnost predstavljaju za druge (Amundson, Lichter i Lichter, 2005). U najgorem slučaju, premda ne tako retko, mladi se predstavljaju kao opasan segment populacije koji je, zbog bolećivosti društva i popustljivosti roditelja koji sve češće zaziru od kažnjavanja dece, sve iskvareniji i bezobzirniji i koji, pucajući od maligno razorne snage, spektrom problematičnog ponašanja i antisocijalnih stavova prkosi vrednosnom sistemu i društvenim normama ugrožavajući bezbednost i budućnost zajednice. Premda je intenzivna i zabludjuća briga prosečnog čoveka za mlade naraštaje i njegova strepnja za budućnost sveta sasvim razumljiva, posebno kad se u obzir uzme njegova kratkoveka i na druge načine ograničena perspektiva, može se ipak postaviti pitanje da li javni diskurs o adolescentima, događajima čiji su oni akteri i problemima sa kojima se suočavaju, pride odražava, generiše i održava negativnu stereotipizaciju mladih ljudi, predrasude i implicitni ejdžizam prema?

Negativne stereotipizacije i generalizacije o mladima u javnom diskursu u složenoj su vezi sa problemom maloletničkog prestupništva. One su medijator straha od maloletničkog kriminaliteta koji se najčešće opaža kao brutalno nasilnički, kao plod mladalačke impulsivnosti i nepromišljenosti, a katkad kao bizaran, iracionalan i krajnje nepredvidljiv. Istovremeno, one doprinose međugeneracijskom jazu i nepoverenju i negativno utiču na samopoštovanje, samopouzdanje i razvijanje socijalne odgovornosti kod mladih ljudi. Negativne stereotipizacije su podloga za senzacionalističke, predimenzionirane i zastrašujuće reprezentacije maloletničkog prestupništva u javnom diskursu, koje pak predstavljaju osvedočenje odustva javne svesti i znanja o uzrocima ovog problema. Najzad, negativne stereotipizacije predstavljaju potporu stigmatizaciji, predrasudama i ejdžizmu, odnosno sistemu negativnih stavova i emocija prema populaciji mladih koja se opaža kao pretnja tradicionalnom normativno-vrednosnom sistemu zajednice.

U slučaju svake stereotipizacije, kako upućuje Maurice Devlin (2006), mas-mediji obično zauzimaju ključno mesto u njenom širenju i pojačavanju. Istraživanja u ovom polju ukazala su na to da sve medije, pogotovo štampu, kako tabloidnu tako i ostalu, karakteriše stereotipno prikazivanje mladih ljudi. Međutim, da bi negativno stereotipiziranje ostvarilo značajan uticaj na čitavu grupu, neophodno je da ono bude legitimizovano od strane uticajnih pojedinaca, grupa i institucija, pa mediji obično daju privilegovano mesto ekspertima koji mogu dati ekspertsko mišljenje ili savet o nekoj pojavi (Devlin, 2006: 43–44). S toga je uticaj stručne i naučne javnosti u generisanju i održavanju negativnih stereotipa o pojedinim socijalnim grupama, odnosno u proizvođenju mitova o određenim društvenim problemima vrlo važna tema, koja ne bi trebalo da ostane zamagljena i ispuštena kroz paušalnu osudu negativnog uticaja medija.

Cilj ovog rada je da pruži doprinos korpusu saznanja o problemima negativne stereotipizacije i adolescenata i mladih, kao i medijske reprezentacije maloletnika i maloletničkog prestupništva, sa posebnim osvrtom na aktuelnu situaciju u Srbiji, čijem je ispitivanju posvećeno i empirijsko istraživanje čiji će rezultati biti prezentovani u nastavku.

2. PREDSTAVE O MALOLETNIČKOM PRESTUPNIŠTVU: REALNOST U SENCI PROPALIH PROGNOZA, PREŽIVELIH MITOVA I MEDIJSKIH TIRAŽA

Godine 1995, čuveni američki kriminolog i zagovornik desnorealističkog pristupa kontroli kriminaliteta, James Q. Wilson, dramatično je upozorio da će do 2000. godine u Sjedinjenim Državama porasti populacija mladih između 14 i 17 godina za oko milion i da se može očekivati da će šest procenata muškaraca među njima postati opasni prestupnici povratnici, te da se američko društvo mora pripremiti na to da će imati oko 30.000 više mladih razbojnika, ubica i kradljivaca (Wilson, 1995, prema: DiIulio, 1995). Uticajni politikolog i profesor Univerziteta Princeton, John DiIulio, godinu dana kasnije je izrekao sličnu zastrašujuću prognozu ukazujući da će se do 2010. godine broj mladih u kaznenim zavodima u SAD-u utrostručiti, te da će na američkim ulicama tada biti oko 270.000 više mladih opasnih prestupnika ('superpredatora') nego što ih je bilo 1990. godine¹ (DiIulio, 1996: 1). I kriminolog James Fox podelio je ovu bojazan upozorivši širu javnost na katastrofične razmere koje će poprimiti kriminalitet u budućnosti ukoliko izostane hitna i odlučna akcija usmerena na decu u riziku (Fox, 1996).

Hvatajući korak sa prognozama ondašnjih znamenitih eksperata, američki mediji su predano, s velikim entuzijazmom istrajavali na stvaranju „kulture straha” od maloletnika i negovanju slike o maloletnicima kao sve opasnijim i sve češće naoružanim prestupnicima koji ni najmanje ne mare za ljudski život i ne prezaju od primene vatrenog oružja pri vršenju krivičnih dela (Howell, 2009). Novu generaciju mladih prestupnika, kako se predviđalo, oličavaće žestoki 'superpredatori', mladići koji su „bez očeva, bezbožni i bez posla” (DiIulio, 1996: 25) i koji su, kako su ih opisali DiIulio i njegovi koautori William Bennett i John Walters, krajnje impulsivni i brutalno beskrupulozni mladići i dečaci koji hladnokrvno ubijaju, siluju, vrše razbojništva i krađe provaljivanjem i obijanjem, diluju drogu, stupaju u gangove i proizvode ozbiljne probleme u zajednici (Bennett, DiIulio i Walters, 1996: 27). Mit o predstojećoj najezdi mladih superpredatora, stvoren 90-ih godina XX veka, opstao je do danas uprkos tome što su izrečene prognoze o eksploziji maloletničke „kriminalne bombe” potpuno omanule – mitske horde maloletnih predatora nisu se pojavile (Howell, 2009: 6). Štaviše, nasuprot tvrdnjama pomenutih eksperata da je kriminalitet maloletnika izvan kontrole, stopa maloletničkog kriminaliteta u Sjedinjenim Državama počela je da opada već 1994. godine, da bi u prvoj dekadi XXI veka dosegla umerene vrednosti nalik onim iz kasnih 70-ih godina (Krisberg, 2004: 2).

Mit o mladim superpredatorima nije ni prvi, niti jedini mit o maloletničkom prestupništvu u čijem stvaranju i održavanju svesrdno učestvuju mediji. James Howell ukazuje i na sledeće mitove koji se sreću u američkom javnom diskursu: *Krajem 80-ih i početkom 90-ih godina XX veka dogodila se epidemija maloletničkog prestupništva; Nasilništvo maloletnika je najveći problem kad je reč o stanju kriminaliteta u SAD-u; Maloletni prestupnici vrše sve više nasilničkih krivičnih dela na*

1 Svoju predikciju DiIulio je zasnovao na pretpostavci o tome da je među dečacima oko 6% onih koji postaju hronični prestupnici.

sva mlađem uzrastu; Pucnjave u školama su pokazatelj prognoziranog drugog talasa maloletničkog prestupništva; Krivičnopravni sistem za maloletnike u SAD-u je totalni promašaj i nije u stanju da se nosi sa današnjim opasnim prestupnicima; Javnost više ne podržava rehabilitaciju maloletnih prestupnika; Preferiranje kažnjavanja maloletnika umesto njihove rehabilitacije je način da se redukuje maloletničko prestupništvo (Howell, 2009: 8–15). Moglo bi se reći da ovi mitovi nisu karakteristični samo za američki javni diskurs o maloletničkom prestupništvu, odnosno da nisu u čvrstoj vezi sa konkretnim socio-kulturnim kontekstom, kao što to nisu ni sa realnim stanjem problema kriminaliteta.

Kao i svaki drugi mit, mitovi o maloletničkom prestupništvu razvijaju se ne zbog odsustva svesti i znanja o činjenicama, već uprkos njima, ignorišući ih.² S toga se njihovo razvejanje ne bi moglo očekivati na temelju podizanja nivoa znanja o problemu, već pre kroz dekonstrukciju emocionalnog sadržaja stavova prema maloletnicima i mladim ljudima koji su podloga predrasuda prema njima. Negativne medijske reprezentacije mladih i maloletničkog prestupništva upravo zbog toga i jesu toliko toksične i opasne, i daleko su od bezazlenog utoljavanja „gladi” auditorijuma za lošim vestima i dramatičnim sadržajima – one šire strah od maloletničkog kriminaliteta i pothranjuju negativne stereotipizacije i generalizacije koje vode u predrasude opšte i stručne javnosti o maloletnicima, podstiču širenje i ukorenjivanje zabluda o merama kontrole maloletničkog kriminaliteta i utiču na izbore i odluke stručnjaka u okviru krivičnopravnog sistema za maloletnike (Kaplan, deBraga, Taylor, Mulvey i Miller, 2017: 127–128). One negativno utiču na samopoštovanje mladih, pogotovo onih iz manjinskih društvenih grupa i predstavljaju teško premostivu prepreku za integraciju u društvenu zajednicu. U nekim slučajevima, negativne stereotipizacije i predrasude mogu dejstvovati upravo kao samoostvarujuće proročanstvo (Jupp, Gaitskell, Escrig, Newman, Gallagher i dr, 2011).

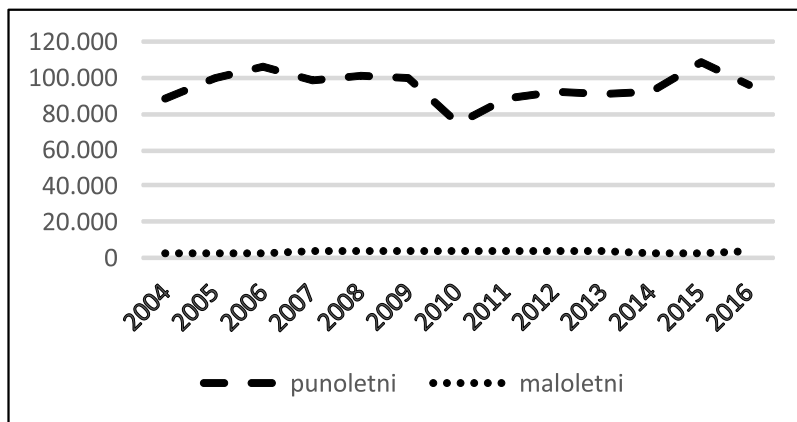
Mnogi istraživači su ukazali da je pažnja koju mediji poklanjaju kriminalitetu mladih disproporcionalna, i to kako s obzirom na realno stanje stvari, tako i u poređenju sa drugim temama o mladima (Clark, Ghosh, Green i Shariff, 2008; Ruigrok, van Atteveldt, Gagstein i Jacobi, 2017). Maloletničko prestupništvo ima visoku žurnalističku vrednost ne samo zbog toga što je kriminalitet sam po sebi negativna, zanimljiva vest i što uključuje događaje koje mogu svakog pogoditi, već i zato što mediji u principu radije izveštavaju o događajima koji su nepredvidljivi, nego o predvidljivim događajima (Ruigrok i dr, 2017). Tako je u mnogim zemljama danas uobičajeno da većina medijskih sadržaja o mladima taj segment populacije prikazuje u negativnom svetlu, često kao izvršioce krivičnih dela i aktera različitih oblika sociopatološkog ponašanja. Medijski sadržaji o maloletničkom prestupništvu obično su kratki, neanalitički, odišu senzacionalističkim novinarskim stilom i ne odražavaju uvek realnost, bilo usled načina izbora vesti, izvora na koji se novinari oslanjaju, ili zbog perspektive koja se koristi pri prezentovanju vesti (Ruigrok i dr, 2017: 2).

2 Raymond Bernard je, određujući mit kao sistem uverenja o prošlosti koja su snažna i prigodna, ali utemeljena na malo stvarnih informacija, istakao da ljudi generalno ne mare za to niti znaju da li su mitovi istiniti ili pogrešni. U njih veruju jednostavno zato što im tako odgovara (Bernard, 1992, prema: Howell, 2009: 3).

Kako pokazuju studije o percepciji maloletničkog prestupništva u javnosti, usled selektivnog medijskog izveštavanja koje naginje ka distorziji realnosti u pogledu njegove zastupljenosti i strukture, građani obično pokazuju tendenciju da prece- njuju težinu i obim maloletničkog prestupništva, broj maloletnih prestupnika, kao i učešće maloletničkog u ukupnom kriminalitetu (Halsey i White, 2008).

3. MALOLETNIČKO PRESTUPNIŠTVO U SRBIJI: ČINJENICE I MEDIJSKE SLIKE

Na temelju podataka Republičkog zavoda za statistiku prikazanih u grafikoni- ma 1 i 2, može se zaključiti da stanje kriminaliteta maloletnika u Srbiji tokom po- slednje dekade nije pokazivalo upadljive oscilacije i da ovaj problem nema tenden- ciju porasta, što se može konstatovati i za kriminalitet punoletnih lica (Grafikon 1). Ovaj nalaz je u saglasnosti sa ranijim nalazima o obimu kriminaliteta maloletnika – Đorđe Ignjatović je, na osnovu posmatranja kriminaliteta u dužem vremenskom periodu (1991–2012.) zaključio da kriminalitet maloletnika poslednjih godina ne pokazuje bilo kakve dramatične promene, dok učešće maloletnika u strukturi pri- javljenih lica već više decenija ne prelazi 5% (Ignjatović, 2014: 177).



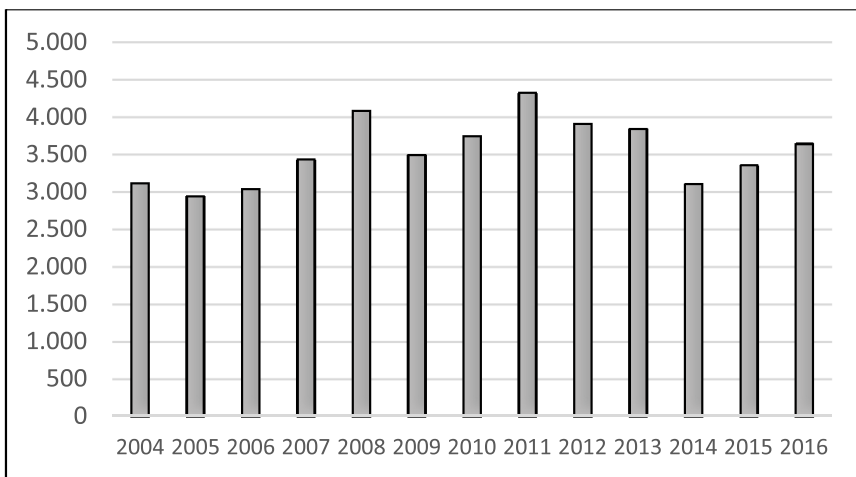
Grafikon 1. Prijavljena lica učinioci krivičnih dela u Srbiji (2004–2016)³

Broj maloletnika koji su prijavljeni za krivično delo se u periodu od 2004. do 2016. godine kretao u rasponu od 2945 u 2005. godini do 4323 u 2011. godini, dok je u poslednje tri godine posmatranog perioda prosečan broj prijavljenih malolet- nih lica iznosio 3369 godišnje (Grafikon 2).

Broj devojčica u strukturi prijavljenih maloletnih lica kretao se u posmatranom vremenskom okviru u rasponu od 4,7 (u 2004.) do 10,9 (u 2013.), pokazujući blagi

3 Izvor podataka prikazanih u grafikonima 1, 2 i 3: Republički zavod za statistiku, dostupno na: <http://webrzs.stat.gov.rs/WebSite/Public/PageView.aspx?pKey=145>

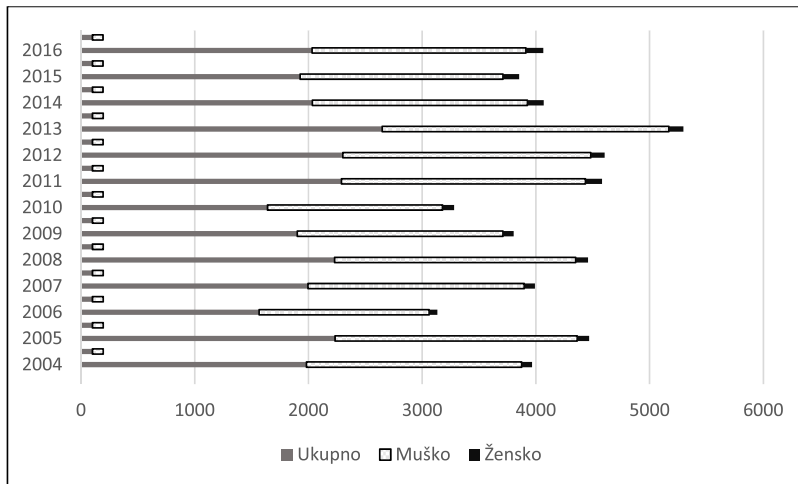
trend porasta tokom posmatranog perioda. U poslednjih pet godina, broj prijavljenih devojčica je porastao od 254 u 2012, do 362 u 2016. godini, dok je njihovo učešće u ukupnom broju prijavljenih maloletnika povećano sa 6,5 u 2012, na 9,9 u 2016. godini. Apsolutni broj i učešće maloletnica u ukupnom broju maloletnika kojima su izrečene krivične sankcije, takođe je porastao tokom posmatranog perioda – od 71 i 4,5% učešća u 2006. godini, do 152 i 7,5% učešća u ukupnom broju sankcionisanih maloletnika u 2016. godini. Imajući u vidu da su apsolutne frekvencije prijavljenih i krivično sankcionisanih maloletnica relativno niske, ovi podaci svakako zahtevaju krajnje pažljivu analizu.



Grafikon 2. Prijavljena maloletna lica učinioci krivičnih dela u Srbiji (2004–2016)

U celini uzet, kriminalitet maloletnika tokom poslednje dekade nije pokazivao upadljive oscilacije u pogledu obima. To se može zaključiti kako na osnovu podataka o broju prijavljenih maloletnika u posmatranom vremenskom okviru (Grafikon 2), tako i na osnovu podataka o broju maloletnih lica kojima su u istom periodu izrečene krivične sankcije (Grafikon 3).

U posmatranom vremenskom okviru, kriminalitet maloletnika nije pretrpeo ni značajne strukturalne promene, niti je uočen trend porasta broja prijavljenih za krivičnih dela sa elementima nasilja. Godišnje, u proseku, prijavljivano je 467 maloletnika za krivična dela protiv života i tela, pri čemu se broj prijavljenih kretao u rasponu od 316 (u 2014.) do 592 (u 2008.). Za krivična dela protiv polne slobode prijavljivano je u proseku 53 maloletnika godišnje, a broj prijavljenih je varirao od 36 u 2014, do 70 u 2008. godini. Zanimljivo je da se za grupu krivičnih dela protiv bezbednosti javnog saobraćaja može konstatovati upadljiv trend opadanja broja prijavljenih maloletnika poslednjih godina, počev od 2011. (broj prijavljenih maloletnika za ova dela opao je sa 162 u 2011. godini, na 58 u 2016.).



Grafikon 3. Maloletna lica kojima su izrečene krivične sankcije (Republika Srbija, 2004–2016)

S ciljem da se sagledaju medijske slike o maloletničkom kriminalitetu u Srbiji i stepen u kojem one korespondiraju sa realnim stanjem kriminaliteta maloletnika, ali i da se ispita način na koji se maloletnici i mladi uopšte predstavljaju u medijima, u ovom radu je analiziran sadržaj napisa u tiražnijim dnevnim listovima koji imaju i onlajn izdanja, a koji se odnose na konkretne događaje čiji su akteri maloletna lica, uključujući i krivične događaje, kao i napisa koji se odnose na adolescente ili mlade kao segment populacije povezan sa određenim socijalnim fenomenom koji se u novinskom tekstu naglašava ili tematski obrađuje.

Kao izvori tekstova odabrana su dva dnevna lista tabloidnog karaktera koja imaju onlajn izdanja velike posećenosti – *Blic*⁴ i *Kurir*⁵, i jedan dnevni list većeg formata koji takođe ima svoje onlajn izdanje – *Politika*⁶. Uzorak je sačinjen od tekstova koji su u navenim dnevnim listovima objavljeni u periodu od 15. februara do 14. marta 2018. godine. Uzorkom su obuhvaćeni svi tekstovi koji su u posmatranom četvoro-nedeljnom vremenskom okviru objavljeni u onlajn izdanjima posmatranih listova, a koji su se eksplicitno ili implicitno odnosili na maloletna lica ili na adolescentsku populaciju, odnosno svi tekstovi u kojima je izveštavano o krivičnim događajima čiji su mogući akteri maloletna lica, kao i tekstovi koji obrađuju druge događaje i/ili socijalne probleme povezane sa populacijom maloletnih lica ili mladih. Dvonedeljni uzorak napisa analiziran je metodom kvantitativno-kvalitativne analize sadržaja.

Rezultati istraživanja su pokazali da su maloletna lica i mladi, bilo kao akteri konkretnih događaja o kojima se izveštavalo ili kao segment populacije direktno povezan sa određenim tematski obrađenim socijalnim fenomenom, bili predmet 121-og teksta u posmatranim medijima i vremenskom okviru, pri čemu je list *Blic* objavio znatno više navedenih tekstova (61) u odnosu na *Kurir* (38) i *Politiku* (22).

4 Izvor: Internet portal lista *Blic* (<https://www.blic.rs>).

5 Izvor: Internet portal lista *Kurir* (<https://www.kurir.rs>).

6 Izvor: Internet portal lista *Politika* (<http://www.politika.rs>).

U najvećem broju slučajeva, radilo se o izveštavanju o krivičnim delima kod kojih se kao mogući učinioci ili žrtve pojavljuju maloletna lica. Uopšte uzev, pretežni kontekst izveštavanja o mladima u uzorkovanim tekstovima upadljivo je negativan: u čak 41,3% svih posmatranih tekstova u kojima se pominju maloletna lica ili adolescenti kao pojedinci ili grupacija, o njima se govori bilo kao o izvršiocima krivičnih dela, ili kao akterima drugih kažnjivih radnji ili različitih oblika devijantnog ponašanja (zloupotreba droga, bavljenje prostitucijom, promiskuitetno ponašanje itd). Pretežno, reč je o šturim tekstovima u kojima se opisuju događaji, bez informacija o širem kontekstu, ali često uz dramatične naslove, poput: *Pijani maloletnik pretukao majku* (Blic, 09.03.2018.); *Užasavajuće zlostavljanje u Petrovcu na Mlavi: Tinejdžeri primoravali devojčicu na orgije sa desetoricom* (Kurir, 03.03.2018.); *Jezivi detalji zlostavljanja maloletnice: Snimali izivljavanje nad devojčicom! Iz straha morala da radi užasne stvari* (Kurir, 05.03.2018.); *Od magareće klupe do kriminalca i ubice: Raste broj maloletnih prestupnika u RS* (Blic, 12.03.2018.); *Pir sa 133 uboda* (Politika, 11.03.2018.). Tematski tekstovi i problemske analize relativno su retki – i onda kada tekst ima određenu pretenziju da govori o maloletničkom prestupništvu kao socijalnom problemu, autori se obično oslanjaju na mišljenje jednog ili dva stručnjaka, obično onih sa opštepoznatim stavovima, ali bez ili sa malo ličnog istraživačkog iskustva u određenoj oblasti.

Maloletna lica kao žrtve krivičnih dela pominju se u 22% posmatranih tekstova, a u polnoj strukturi mladih na koje se sadržaj ovakvih tekstova odnosi preovlađuju devojčice. Naslovi tekstova koji govore o maloletnim licima kao žrtvama obično imaju crte senzacionalizma: *Školski psiholog otkrio horor: Dečaka iz Jagodine silovao otac* (Kurir, 26.02.2018.); *Uhapšen očuh monstrum iz sela kod Negotina! Starac silovao pastorku (15): Podvodio je za 100 evra!* (Kurir, 23.02.2018.); *Užas kod Malog Crnica: Devojčicu (12) seksualno zlostavljao teča* (Blic, 23.02.2018). U većini slučajeva, autori tekstova u tabloidnim listovima koji govore o viktimizaciji maloletnih lica ne vode dovoljno računa o zaštiti bezbednosti i privatnosti žrtava.

Kao što je već napomenuto, mogla se uočiti tendencija ka pretežnijem prikazivanju maloletnika i mladih u lošem svetlu i negativnom kontekstu, odnosno znatna neraszmera između broja negativnih i pozitivnih tekstova o maloletnicima i mladima, dok je dvostruko veći broj tekstova u kojima se maloletna lica pominju kao mogući izvršiocima krivičnih dela, prekršaja ili akteri različitih oblika devijantnog ponašanja, u odnosu na broj tekstova u kojima se maloletna lica pominju kao moguće žrtve.

Samo četvrtina napisa (25,6%) prikazuje mlade na neutralan način (u čemu prednjači list *Politika* sa više od trećine uzorkovanih tekstova, naspram četvrtine uzorkovanih tekstova iz *Blica* i petine iz *Kurira*), gde je uglavnom reč o tekstovima čija je tema obrazovanje. Svega 11,6% tekstova prikazuje mlade u izrazito pozitivnom svetlu – mladi su u njima predstavljeni kao „heroji”, plemeniti, humani, solidarni, marljivi, istrajni, savesni i sl.

Dobijeni nalazi su u skladu sa rezultatima sličnih novijih istraživanja sprovedenih u drugim zemljama. Tako, recimo, istraživanje koje su u Velikoj Britaniji sprovedeli Catherine Clark i saradnici pokazalo je da najviše medijskih sadržaja koji govore o mladima čini to prikazujući ih u negativnom svetlu, te da su priče koje

uključuju mlade najčešće tematski vezane za kriminalitet i gangove. Mladi prestupnici u tekstovima obično bivaju smešteni u negativan kontekst, a o događajima čiji su akteri često se piše na senzacionalistički način. Ovi autori zaključuju da mediji ne odražavaju uvek realnost, kao i da najveći broj mladih ljudi smatra da ih mediji predstavljaju kao antisocijalnu grupaciju od koje treba strahovati (Clark i dr, 2008). Istražujući medijske reprezentacije mladih u štampanim medijima u Republici Irskoj, Devlin je našao da je blizu polovine napisa o mladima muškog pola (44%) fokusirano na omladinski kriminalitet i devijacije, dok je 29% usredsređeno na viktimizaciju, a svega 16% na ranjivost mlade populacije (Devlin, 2006: 47). Gunvor Andersson i Tommy Lundström utvrdili su da novine u Švedskoj češće pominju tinejdžere nego mladu decu, češće tinejdžere muškog nego ženskog pola, a znatno učestalije ih obrađuju kao izvršioce nego kao žrtve krivičnih dela (Andersson i Lundström, 2007).

Raniji nalazi da u negativnim reprezentacijama mladih prednjače tabloidni listovi u odnosu na listove velikog formata (Clark i dr, 2008), potvrđeni su i ovom prilikom. Tabloidi upadljivo prednjače i po broju negativnih, dramatičnih i stigmatizujućih naslova tekstova o maloletnim licima i mladim ljudima. Primeri takvih naslova u posmatranim tabloidnim listovima uključuju, naročito: *Pijani maloletnik pretukao majku* (Blic, 09.03.2018.); *Jezivi detalji zlostavljanja maloletnice: Snimali izivljavanje nad devojčicom! Iz straha morala da radi užasne stvari* (Kurir, 05.03.2018.); *Od magareće klupe do kriminalca i ubice: Raste broj maloletnih prestupnika u RS* (Blic, 12.03.2018.); *Poražavajuće: Deca sa 11 godina već koriste drogu!* (Kurir, 24.02.2018.); *Devojčice koje abortiraju: Imaju manje od 16, zatrudne jer računaju 'plodne i neplodne dane', a najmlađa pacijentkinja je imala 12 godina* (Blic, 17.02.2018.); *Drastičan pad starosne granice zavisnika. U Mostaru se leči 165 ljudi, drogu uzimaju već sa 14 godina* (Blic, 23.02.2018.).

Zanimljivo je da su u tabloidima zastupljeni i tekstovi u kojima se jasno naziru elementi ejdžizma prema mladima i koji tendenciozno prikazuju čitave generacije mladih u izrazito negativnom svetlu, kao lenje, bahate, bezobzirne i sebične ljude koji svojim lošim životnim izborima ugrožavaju budućnost zajednice, a u kojima se autori pozivaju na predstavnike stručne javnosti i rezultate njihovih istraživanja. Tako se, recimo, u tekstu pod naslovom: *Ekonomska kriza i stare navike: Ne odvajaju se od mame i tate, a prešli tridesetu* (Blic, 01.03.2018.), upozorava na to da skoro 80% mladih Banjalučana živi sa roditeljima, a da više od polovine njih nikada nije ni napuštalo roditeljski dom. Ekspertkinja sociolog, koja je predstavila rezultate istraživanja u kojem je učestvovala, ocenila je da se radi „o sindromu produženog detinjstva, koji nema puno veze sa ekonomskom krizom”, jer su mladi „jednostavno navikli na život sa roditeljima koji ih maze i paze, tako da nemaju razlog da se sele i započiju život sami”. Stručnjakinja je upozorila da se mladi, „što im je lepše i lakše u životu, teže odlučuju na porodicu, decu i često ostanu celi život na teretu roditelja”, te da ostajanje kod roditelja i odlaganje osamostaljivanja ima dugoročne negativne posledice, a glavna je izbegavanje braka i roditeljstva: „Ima sve više onih koji smatraju da je roditeljstvo previše zahtevno i odgovorno da bi se time bavili. Mnogi mladi će reći da žele da imaju što manje dece i što kasnije da osnuju porodicu”.

Naročitu pažnju zavređuje tekst pod naslovom: *Poražavajuće: Deca sa 11 godina već koriste drogu!* (*Kurir* od 24.02.2018.), kao tipičan primer napisa kojim se cilja na izazivanje moralne panike u vezi sa uključenošću maloletnih lica u konzumiranje droga. U njemu se autor poziva na stručnu ocenu „čuvenog neurohirurga”, inače načelnice jednog centra u Kliničkom centru Srbije, koja dramatično upozorava na sve učestaliju pojavu droga i na to da deca u Srbiji već sa 11 godina počinju da koriste marihuanu. U dnu ovog članka, kao posebno naglašena, uokvirena vest nalazi se tekst naslovljen sa: *Mladi sve brutalniji – Droga, pa oružje*, a u kojem se doslovno kaže sledeće:

„[N]akon stranica koje su otvoreno promovisale drogu, javnost je ostala šokirana kada je na društvenim mrežama videla mlade kako poziraju s oružjem uperenim u glavu. U pitanju je novi, brutalniji način nadmetanja među srpskim klincima, pa se internetom širio nov izazov u kojem klinci prislanjaju sebi pištolj na glavu i prete samoubistvom.”

Može se zapaziti da, ukoliko nema dovoljno aktuelnih negativnih vesti o maloletnicima u Srbiji, domaći tabloidi se bacaju u potragu za negativnim vestima o maloletnicima iz susednih i drugih zemalja, ili pak za negativnim vestima iz prošlosti. Tako je u posmatranom periodu u *Kuriru* i *Blicu* objavljen praktično jednak broj tekstova koji su se odnosili na maloletnike koji su mogući učinioci krivičnih dela u Srbiji, i onih u kojima se pominju krivični događaji čiji su mogući učinioci maloletnici, a koji su se dogodili u drugim zemaljama. Primer „pozajmljivanja problema” za potrebe dramatisiranja problema maloletničkog prestupništva u domaćim uslovima jeste tekst pod naslovom: *Od magareće klupe do kriminalca i ubice: Raste broj maloletnih prestupnika u RS* (*Blic* od 12.03.2018.), koji zapravo govori o maloletnim prestupnicima u Republici Srpskoj. Uz tri upadljive fotografije koje prikazuju brutalno vršnjačko nasilje mladih, prenosi se ocena portparola Policijske uprave Banjaluka, da se „broj maloletnih prestupnika u Republici Srpskoj povećava iz godine u godinu, a poseban problem su maloletnici koji se u policijskim evidencijama pojavljuju po više puta”. Navodi se da „statistički podaci za protekle dve godine potvrđuju povećanje broja kako maloletnika u sukobu sa zakonom, tako i broj krivičnih dela maloletnika”, pa je tako, u 2017. godini evidentirano 77 maloletnika koji su učinili 90 krivičnih dela, dok je u 2016. godini bilo 52 maloletnika koji su učinili 78 krivičnih dela. Portparol navodi da je u prva dva meseca 2018. godine već evidentirano 11 maloletnika koji su učinili 20 krivičnih dela i dodaje da je „taj broj danas i veći, jer hapšenja ne prestaju”. Psiholog, čije se ekspertsko mišljenje takođe iznosi u ovom tekstu, istakao je, ne pozivajući se na izvore i konkretne podatke, da je „broj maloletnih prestupnika u proteklim godinama povećan za 100 odsto”, ocenivši da su za to „glavni krivci roditelji i škola”.

Jasno je da su sasvim utemeljene ocene iznete u literaturi da su česti senzacionalistički medijski napisi da je kriminalitet maloletnika u Srbiji poslednjih godina u velikoj ekspanziji rezultat površne analize nekoliko karakterističnih slučajeva (Ignjatović, 2014: 177), kao i ocene koje su izricali i sami novinari, da medijski poslenici, suočeni sa teškom situacijom u kojoj rade, često biraju lakši put i objavljuju površne priče koje naginju senzacionalizmu, umesto da se bave istraživanjima i da tragaju za

pravim uzrocima negativnih pojava u kojima su akteri deca i mladi („Deca u medijima između kodeksa i tabloida”, 2016). Istini za volju, deo odgovornosti za ovakve negativne medijske uticaje leži i na akademskoj i naučnoj zajednici, budući da nije dovoljno zainteresovana i aktivna u stvaranju primerenog javnog diskursa na ovu temu, niti u obeshrabrivanju svojih predstavnika da učestvuju u proizvodnji negativnih vesti i socijalnom konstruisanju problema maloletničkog prestupništva. Navedimo, primera radi, slučaj jednog od domaćih eksperata-kriminologa, koji je za dnevni list *Večernje novosti* od 30.09.2013. godine, u tekstu pod naslovom: *Maloletnički kriminal: golobradi i surovi* (Nedeljković, 2013.) koji počinje katastrofičnom tvrdnjom: „Sve više mladih u Srbiji prelazi na drugu stranu zakona, zbog čega maloletnička delinkvencija ozbiljno ‘drma’ naše društvo”, kategorično ustvrdio da su incidenti „naboli pokazatelj toga da je društvo ispustilo da vaspita nekoliko generacija”, te da je „[p]osebno problematično kada se popušta mladima, jer šta god neki pričali, vaspitanja nema bez adekvatne kazne. Za bežanje sa časa mora da se izbacuje iz škole, a za pokušaj ubistva da se ide u zatvor. Ne možete očekivati da neko sam od sebe postane dobar, kao što se ne možete nadati da će trula jabuka ‘ozdraviti’ pored zrelih.”⁷ Ovaj ekspert je za isti list godinu dana ranije, u tekstu pod naslovom: *Maloletnička delinkvencija: Ulaznica za mafijaški život* (Lopušina, 2012.), posvećenom istraživanju „dramatičnog porasta maloletničke delinkvencije u Srbiji”, ocenio: „Mladi srpski delinkventi su sve suroviji, ne libe se da siluju, pretuku, pa i da ubiju...”. Drugi ekspert-psiholog, za isti je dnevni list nekoliko nedelja ranije, u tekstu pod zastrašujućim naslovom: *Maloletnici brutalniji od starijih!* (*Večernje novosti* od 04.09.2013.), ocenio da edukacija nije dovoljna za sprečavanje maloletničkog prestupništva i ukazao, sasvim površno i selektivno, na inostrana iskustva u ovoj oblasti:

„[S]ve zemlje pojačavaju represiju i pokušavaju da kažnjavanjem utiču na problematične maloletnike. Naravno, delinkvenata je uvek bilo i to se ne može iskoreniti, ali zabrinjava sve veća agresija i brutalnost sa kojom oni postupaju. Tome je dobrim delom doprinela i veća dostupnost oružja...”

4. ZAVRŠNI OSVRT

Medijske reprezentacije maloletničkog prestupništva uglavnom su selektivne i naginju dramatisaciji i senzacionalističkom pristupu. Kreirani javni diskurs u Srbiji o maloletničkom prestupništvu sasvim je u neskladu sa realnošću: u poslednjih dekadu-dve, kriminalitet maloletnika ne pokazuje tendenciju porasta, niti poprima upadljivo teži karakter, ali uprkos tome, većina medija neprekidno nastoji da održi predstavu o njegovim dramatičnim razmerama i dolasku „sve surovijih” generacija maloletnih prestupnika, dok podršku tome svesrdno daju pojedini eksperti, koji očigledno nisu izvukli pouke iz iskustva američkih prognozera s kraja XX veka.

Generalno uzev, medijske reprezentacije tinejdžera i mladih teže njihovom prikazivanju u negativnom svetlu i kontekstu. Nije preterano zaključiti da je stepen

7 Isti tekst prenosi i tabloidni magazin *Svet* od 01.10.2013. godine, u tekstu pod dramatičnim, uvredljivim i stigmatizujućim naslovom: *Cveta maloletnička delinkvencija: Cosavi i besni* [<http://www.svet.rs/vesti/cveta-maloletnicka-delinkvencija-cosavi-i-besni>], pristupljeno 02.04.2018.

nebrige za posledice koje način izveštavanja o događajima i pojavama čiji su akteri mladi ljudi može ostaviti kako na žrtve krivičnih dela o kojima se izveštava, tako i na maloletnike koji su mogući izvršioци, ali i na čitavu populaciju mladih ljudi koji to breme negativnih reprezentacija moraju da nose (Cohen, 1997). Poražavajuće je da tendenciozno negativno prikazivanje mladih uz odsustvo svakog balansa između pozitivnog i negativnog pokrivanja tema koje se na njih odnose i senzacionalistički pristup problemu maloletničkog prestupništva još uvek mogu da se tolerišu i pravdaju komercijalnim ciljevima i(li) patetično, navodnim teškim uslovima u kojima danas rade novinari i velikim „pritiskom” ka objavljivanju negativnih priča. Onespokojava činjenica da se deca i mladi u toj meri komercijalizuju, da su praktično zloupotrebljeni kao lake mete da posluže kao igračke u rukama medija koji ih vesno prikazuju kao aktere negativnih priča ne bi li privukli publiku koja će dugoročno konzumirati upravo takve sadržaje (Clark i dr, 2008: 17). Još više, pak, poražava činjenica da pojedinci koji istupaju u medijima ispred stručne i naučne javnosti nisu uvek kritično oprezni u izjavama, niti ostavljaju utisak da mare za značaj, uticaj i posledice svog javnog istupanja.

Premda je u današnje vreme veoma teško videti svetlo na kraju tunela i mogućnost za pozitivne promene u načinu na koji se mladi ljudi i problem maloletničkog prestupništva prezentuje, bilo bi veoma blagorodno da mediji sa više svesti i odgovornosti razmotre uspostavljanje kakvog-takvog balansa između negativnih i pozitivnih priča o svemu što se tiče adolescenata i mladih ljudi, a uvek je dobro, kad god je moguće, uključiti i njihovu perspektivu u priče koje se njih tiču (Clark i dr, 2008). Najzad, prava maloletnih lica na zaštitu bezbednosti, privatnosti i zaštitu od sekundarne viktimizacije, kao, uopstalom, i standardi novinarske profesije, apsolutno obavezuju medije na neizostavno i značajno popravljjanje prakse izveštavanja o krivičnim događajima u kojima se maloletna lica pojavljuju kao žrtve.

LITERATURA

- Amundson, D. R., Lichter, L. S., Lichter, S. R. (2005). *What's The Matter With Kids Today Television Coverage of Adolescents in America*, Frameworks Institute, Center for Media and Public Affairs. [https://frameworksinstitute.org/assets/files/PDF/Youth_Whats_the_Matter.pdf], pristupljeno 2. marta 2018.
- Andersson, G., Lundström, T. (2007). Teenagers as victims in the press, *Children & Society*, 21(3): 175–188.
- Bennett, W. J., DiIulio, J. Jr., Walters, J. P. (1996). *Body count: Moral poverty ... and how to win America's war against crime and drugs*. New York: Simon & Schuster.
- Clark, C., Ghosh, A., Green, E., Shariff, N. (2008). *Media Portrayal of Young People. Impact and Influences*. London: Young Researchers Network. [<http://www.open.ac.uk/researchprojects/childrens-research-centre/files/crc-pr/file/ecms/web-content/clarke.pdf>], pristupljeno 02.03.2018.
- Cohen, P. (1997). „The same old generation game?”, *CMJ*, 28, Summer 1997: 8–9.
- „Deca u medijima između kodeksa i tabloida” (intervju sa Zoricom Đoković), *Nedeljne novine Kragujevačke*, od 26.01.2016. [http://www.kragujevacke.rs/DRUSTVO/DECA-U-MEDIJIMA_13/], pristupljeno 02.03.2018.

- Devlin, M. (2006). *Inequality and the Stereotyping of Young People*. Dublin: The Equality Authority.
- DiIulio, J. Jr. (1995). „The coming of the super-predators,” *The Weekly Standard*, November 27: 23–28. [<https://www.weeklystandard.com/john-j-dilulio-jr/the-coming-of-the-super-predators>], pristupljeno 10.04.2018.
- DiIulio, J. Jr. (1996). *How to Stop the Coming Crime Wave*, Manhattan Institute, Center for Civic Innovation.
- Dorfman, L., Schiraldi, V. (2001). *Off balance: Youth, race & crime in the news*, Building Blocks for Youth. [<http://www.justicepolicy.org/research/2060>], pristupljeno 07.03.2018.
- Fox, J.A. (1996). *Trends in Juvenile Violence: A Report to the United States Attorney General on Current and Future Rates of Juvenile Offending*. Prepared for the Bureau of Justice Statistics US Department of Justice Washington, D.C. [<https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/tjvfox.pdf>], pristupljeno 11.03.2018.
- Griffin, C. (2004). ‘Representation of the Young,’ in J. Roche et al. (eds.) *Youth in Society – Contemporary theory, policy and practice* (2nd ed.), Sage Publications, pp. 10–18.
- Halsey, K., White, R. (2008). *Young People, Crime and Public Perceptions: a Review of the Literature* (LGA Research Report F/SR264). Slough: NFER.
- Howell, J. C. (2009). *Preventing and reducing Juvenile Delinquency: A Comprehensive Framework* (2nd ed.), Sage.
- Ignjatović, Đ. (2014). Stanje i tendencije kriminaliteta maloletnika u Srbiji: Analiza statističkih podataka, *Crimen*, 2: 173–195.
- Jupp, E., Gaitskell, J., Escrig, J., Newman, L., Gallagher, M., Coelho, S., Evans, S. (2011). *Unbalanced negative media portrayal of youth*, Hertsmere Young Researchers. [<https://betheredoithertsmere.files.wordpress.com/2011/07/final-report-unbalanced-negative-media-portrayal-of-youth.pdf>], pristupljeno 12.03.2018.
- Kaplan, T., deBraga, F., Taylor, M., Mulvey, P., Miller, M. K. (2017). Individual Differences Relate to Juvenile Offender Stereotypes, *Applied Psychology in Criminal Justice*, 13(2): 125–141.
- Krisberg, B. (2004). *Juvenile Justice: Redeeming Our Children*. Sage Publications.
- Lopušina, M. (2012). „Maloletnička delinkvencija: Ulaznica za mafijaški život”, *Večernje novosti*, 29.07.2012. [<http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/hronika/aktuelno.291.html:390570-Maloletnicka-delinkvencija-Ulaznica-za-mafijaski-zivot>], pristupljeno 01.04.2018.
- „Maloletnici brutalniji od starijih!”, *Večernje novosti*, 04.09.2013. [<http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/hronika/aktuelno.291.html:452265-Maloletnici-brutalniji-od-starijih>], pristupljeno 02.03.2018.
- Nedeljković, N.M. (2013). „Maloletnički kriminal: Golobradi i surovi”, *Večernje novosti*, 30.09.2013. [<http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/hronika/aktuelno.291.html:456609-Maloletnicki-kriminal-Golobradi-i-surovi>], pristupljeno 01.04.2018.
- Ruigrok, N., van Atteveldt, W., Gagestein, S., Jacobi, C. (2017). Media and Juvenile Delinquency: A study into the relationship between journalists, politics and public, *Journalism*, 8(7): 907–925.

Biljana Simeunović-Patić

The Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

MEDIA REPRESENTATIONS OF JUVENILE DELINQUENCY AND YOUNG PEOPLE

SUMMARY

The paper analyses current media representations of juvenile delinquency in a wider context of prevailing media portrayals of juveniles and young people, with particular attention to the situation in Serbia. In order to examine prevailing media contents and messages on juvenile delinquency and young people, articles published during a four-week period in selected Serbian daily newspapers (two tabloid and one larger-format newspapers) reporting on crimes involving juveniles, and articles generally referring to minors and youth were analysed.

The findings indicate the majority of sampled articles reported on criminal incidents involving juveniles as possible perpetrators and/or victims. It was concluded that Serbian media, especially tabloids, foster highly marked sensationalistic and dramatic approach to juvenile delinquency problem, and widely exploit events that involve victimisation of minors, without sufficient attention to the rights of victims, including the rights to security and privacy. Overall, misleading representations and negative stereotyping of teenagers and young people are very common.

Key words: juvenile delinquency, minors, youth, media representation, Serbia.

RADNA EKSPLOATACIJA – ODREĐENJE POJMA, RAZGRANIČENJE OD DRUGIH SLIČNIH POJAVA I NJIHOV MEĐUSOBNI ODNOS

Apstrakt: Radna prava su prava koja pripadaju radnicima kao takvima, bilo da traže zaposlenje, ili su angažovani za obavljanje plaćenog rada ili su bili radno angažovani. Uživanje ovih prava obezbeđuje radnicima ekonomsku sigurnost, ali i ostvarivanje ličnog dostojanstva i porodične stabilnosti. Navedene ciljeve odlikava koncepcija pristojnog rada, koja podrazumeva obavljanje poslova u uslovima slobode, pravde, sigurnosti i dostojanstva, kao i zaštitu ekonomskih, socijalnih i drugih ljudskih prava radnikâ. U praksi, uslovi rada, na žalost, mogu biti i drugačiji od onih koje afirmiše koncepcija pristojnog rada. Moguće su, naime, povrede merodavnih izvora (heteronomnog i autonomnog) radnog prava, koje mogu voditi i radnoj eksploataciji, a u najekstremnijim slučajevima i prinudnom radu, kao negaciji slobode rada i prava na rad. U tom smislu se u literaturi, zaštita od radne eksploatacije (ili pravo da se ne bude eksploatisan na radu) razume i kao vrednost koja izvire iz prava na dostojanstvo. Pojam radne eksploatacije, pri tom, nije jedinstveno određen u savremenoj literaturi, ali se, najšire posmatrano, može razumeti kao korišćenje tuđeg osetljivog položaja za izvlačenje lične koristi, odnosno profita. Element koji se tiče iskorišćavanja tuđeg osetljivog položaja se, pri tom, sastoji u povredi radnih i drugih ljudskih prava radnikâ, poput prava na život i prava na zaštitu od nečovečnog i ponižavajućeg postupanja. To, dalje, znači da radna eksploatacija podrazumeva rad u lošim, nestandardnim i degradirajućim uslovima. S tim u vezi, nameće se i pitanje stepena pogoršanja uslovâ rada koji je dovoljan za kvalifikaciju radne eksploatacije, jer svaki slučaj rada u takvim uslovima neće prerasti (zapravo, izobličiti se) u radnu eksploataciju. U radu polazimo od postavke da takvoj kvalifikaciji ima mesta samo onda kada postoji očigledna nesrazmera između zagarantovanih i eksploatatorskih uslova rada, kao i onda kada radnici nemaju drugog izbora do da nastave da rade u uslovima koji narušavaju zdravlje, vređaju njihovo dostojanstvo ili ugrožavaju ekonomsku sigurnost radnikâ ili su degradirajući na neki drugi način. Radna eksploatacija se može pojaviti i kao posledica ili cilj trgovine ljudima, što dodatno zahteva razgraničenje pojmova kršenje radnih prava (i kršenje radnopravnih propisa), radna eksploatacija, prinudni rad i trgovina ljudima u svrhu radne eksploatacije. Ovo tim pre što pomenuti pojmovi, uz izuzetak prinudnog rada, nisu jasno određeni u zakonodavstvu i teoriji, dok, u praksi, odgovarajuće pojave neretko nastaju jedna za drugom.

Ključne reči: koncepcija pristojnog rada, kršenje radnih prava, radna eksploatacija, trgovina ljudima u svrhe radne eksploatacije, prinudni rad, ropstvo, ropски položaj.

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

1. KONCEPCIJA PRISTOJNOG RADA I KRŠENJE RADNIH PRAVA

Ljudska prava su tesno povezana sa svetom rada, budući da je jedan od osnovnih ciljeva zaštite ljudskih prava „druge generacije” bilo i priznavanje radnih prava (engl. *labour rights*). Reč je, preciznije, o pravima koja pripadaju radnicima kao takvima, dakle, o pravima koja nužno proizlaze iz činjenice da je neko radnik, u najširem smislu te reči, odnosno iz činjenica da neko treba da bude radno angažovan ili je (bio) radno angažovan za obavljanje plaćene aktivnosti. Potonja činjenica čini jedno lice radnikom, zbog čega ono stiče prava inherentna tom svojstvu.¹ Ipak, ne sme se gubiti iz vida ni to da se neki pisci uzdržavaju od toga da radna prava kvalifikuju kao ljudska prava ili izražavaju sumnju u takvu kvalifikaciju smatrajući da za nju nije dovoljno to što su prava radnikâ priznata kao ljudska prava u mnogim međunarodnim instrumentima za zaštitu ljudskih prava.² Takva uzdržanost ili kategoričko odbijanje odražavaju stari spor o pravnoj prirodi ekonomskih i socijalnih prava i ideju o neophodnosti povlačenja linije razgraničenja između ove grupe prava, sa jedne strane, i građanskih i političkih prava, sa druge strane.³ Danas se, međutim, taj spor smatra prevaziđenim, baš kao i povlačenje oštrih granica između pojedinih vrsta ljudskih prava. O tome svedoči, između ostalog, i nova tehnika tumačenja koju je razvio Evropski sud za ljudska prava, kako bi zaštitio određena radna prava i pored toga što nisu izričito zajemčena u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. U pitanju je „integrisani” („holistički”) pristup tumačenju Konvencije, po kojem, pored zabrane prinudnog rada i prava na sindikalno udruživanje (čl. 4 i 11), suštinskim elementima Konvencije treba smatrati i određene komponente nekih drugih radnih prava.⁴ Na ovaj način je potvrđeno to da delotvorna zaštita određenih sloboda i prava, zapravo, i nije moguća, ako se svako od njih ne smatra sastavnim i ravnopravnim delom jedinstvenog i nedeljivog korpusa ljudskih prava i sloboda. Stoga se i dilema da li su radna prava ljudska prava čini neprihvatljivom, jer je pozitivan odgovor na ovo pitanje stekao primat.

Osnovno ekonomsko pravo jeste pravo svakog da zarađuje za život na osnovu slobodno izabranog ili prihvaćenog zaposlenja. Reč je, preciznije, o „pravu svakog da obavlja ili da odbije obavljanje bilo koje profesionalne aktivnosti”, što znači da se *pravo na rad* može ostvariti kako radom u okviru radnog odnosa (tj. obavljanjem zavisnog i podređenog rada), tako i radom van radnog odnosa.⁵ Delotvorno ostvarivanje ovog prava doprinosi ne samo „preživljavanju pojedinca i njegove porodice,

1 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, 57.

2 Virginia Mantouvalou, „Are labour rights human rights?”, *UCL Labour Rights Institute On-Line Working Papers*, X, 2012, 1.

3 Više o ovom sporu vid. u Borivoje Šunderić, „Osnovi međunarodnog radnog prava”, u: Katica Bobar (ur.), *Radni odnosi*, Glosarijum, Beograd, 2004, 203–289.

4 Virginia Mantouvalou, „Labour rights in the European Convention on Human Rights: An intellectual justification for an integrated approach to interpretation”, *Human Rights Law Review*, vol. 13, broj 3/2013, 536.

5 Nicolas Font, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, Dalloz, Paris, 2009, 264.

već i njegovom razvoju i priznanju u zajednici, ukoliko je rad slobodno izabran ili prihvaćen”.⁶ Tako shvaćeno pravo na rad predstavlja „neodvojivi i inherentni deo ljudskog dostojanstva”,⁷ jer je rad izvor ličnog dostojanstva, ekonomske sigurnosti i porodične stabilnosti radnika, ali i osnov socijalnog mira i privrednog rasta u svakoj državi. U stvarnosti, rad za drugog može se obavljati u različitim uslovima. Stvaranje idealnih uslova rada predstavlja cilj koncepcije pristojnog rada (engl. *decent work*, fr. *travail décent*), koja podrazumeva obavljanje „pristojnog i produktivnog posla u uslovima slobode, pravde, sigurnosti i dostojanstva, u kojima su zaštićena prava [radnika] i obezbeđeni odgovarajuća naknada za rad i socijalno osiguranje”.⁸ Reč je, dakle, o produktivnom i sigurnom radu, radu pri čijem se obavljanju poštuju radna prava, a što uključuje i isplatu odgovarajuće zarade, slobodu udruživanja i pravo na participaciju (u odlučivanju i u upravljanju preduzećem). Takođe, pristojni rad podrazumeva i to da je radniku obezbeđena zaštita od osnovnih socijalnih rizika (bolest, povreda, profesionalno oboljenje, povreda na radu, materinstvo, starost, invalidnost, smrt izdržavaoca, nezaposlenost).

Ukoliko se rad obavlja u okviru radnog odnosa, pomirenju osnovnih radnih prava sa poslodavčevim (upravljačkim, normativnim i disciplinskim) ovlašćenjima doprinose različiti radnopravni instituti kojima se ograničava poslodavčeva vlast i štiti dostojanstvo i dobrobit zaposlenih. Oni omogućavaju smeštanje vlasti poslodavca u okvire koji su nužni za dobro funkcionisanje preduzeća, s tim što se, na kolektivnom planu, kao svojevrсна „kompenzacija” za ograničenje autonomije zaposlenih na radu, ostvaruju sloboda udruživanja i druga prava iz kolektivnog radnog odnosa. To, međutim, nije dovoljno za stvarnu zaštitu zaposlenih, jer radno zakonodavstvo mora i da se poštuje. Bez delotvorne primene, ono nema vrednost veću od mrtvog slova na hartiji, jer u praksi, uslovi rada, nažalost, mogu biti i drugačiji od onih koje afirmiše koncepcija pristojnog rada. Moguće su, naime, povrede merodavnih izvora (heteronomnog i autonomnog) radnog prava, koje mogu voditi i radnoj eksploataciji, a u najekstremnijim slučajevima i prinudnom radu, kao negaciji slobode rada i prava na rad. U tom smislu se u literaturi, zaštita od radne eksploatacije (ili pravo da se ne bude eksploatisan na radu /engl. *right*

6 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *The right to work: General comment No. 18*, adopted on 24 November 2005, UN Doc E/C.12/GC/18, stav 1. Pravo na rad potvrđeno je u Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima (član 23, stav 1), Međunarodnom paktu o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, „Službeni list SFRJ”, broj 7/71, (član 6) i Evropskoj socijalnoj povelji, „Službeni glasnik RS”, broj 42/09 (član 1).

7 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *The right to work: General comment No. 18*, stav 1.

8 ILO, *Decent work*, Report of the Director-General, International Labour Conference, 87th Session, Geneva, 1999; više o koncepciji pristojnog rada vid. u: Dharam Ghai, „Decent work: Concept and indicators”, *International Labour Review*, broj 2/2003, 113–145; Michèle Bonnechère, „Loptique du travail décent”, *Droit ouvrier*, février 2007, 57–74; Anne Trebilcock, *From social justice to decent work: An overview of the ILO's guiding ideals 1919–2008*, International Labour Office-International Institute for Labour Studies, Geneva, 2009; Radomir Brković, Bojan Urdarević, „Koncept pristojnog posla sa primerenom zaradom”, *Pravni život*, broj 11/2010, 805–817; Slobodanka Perić, *Pristojan rad*, Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, Kosovska Mitrovica, 2013.

not to be exploited at work/) razume i kao vrednost dodata dostojanstvu i samoostvarenju, a, u skladu sa postavkom da je pravo na rad zasnovano na vrednostima ljudskog dostojanstva i samoostvarenja.⁹

Postojanje solidnog pravnog okvira za zaštitu zaposlenih ne može, naime, biti dovoljno za njihovu stvarnu zaštitu od arbitrarnog postupanja poslodavaca, o čemu svedoče povrede obaveze uzdržavanja od diskriminacije i zlostavljanja na radu, izdavanje nezakonitih i nemoralnih radnih naloga, neobezbeđivanje bezbedne i zdrave radne sredine, zloupotreba prava na otkaz ugovora o radu, zahtevanje prekovremenog rada i onda kada za to ne postoje valjani razlozi, uskraćivanje nedeljnog i godišnjeg odmora i tsl. Isto vredi i za povrede pravnih pravila vezanih za obezbeđivanje novčanih prestacija, poput neisplaćivanja zarada, isplaćivanja minimalne zarade i onda kada za to ne postoje opravdani razlozi, neisplaćivanja uvećane zarade za prekovremeni i noćni rad ili neuplaćivanja doprinosa za obavezno socijalno osiguranje. Ovaj niz nastavlja i tzv. isplata zarade na ruke i nedostavljanje obračuna zarada i naknada zarada zaposlenima, čime se umanjuje njihova mogućnost da pokrenu postupak zbog povrede prava, ali i otvaraju vrata povredama poreskopравnih propisa. Sa druge strane, kod nekih poslodavaca može postojati i praksa uplate korektnog iznosa zarade na račun zaposlenog, ali uz njegovu obavezu da deo tog iznosa vrati poslodavcu u gotovom novcu, dok se u slučaju rada migranata može pojaviti i zahtev da se, prilikom zasnivanja radnog odnosa, poslodavcu preda neka vrsta depozita, koji će im biti vraćen tek ako ostanu na poslu tokom određenog minimalnog perioda, ili ako, u slučaju prestanka radnog odnosa, rade tokom otkaznog roka koji je mnogo duži od onog predviđenog merodavnim propisima.¹⁰ Nažalost, radnici neretko pristaju da rade u uslovima kršenja njihovih osnovnih radnih prava, što se, najpre, može objasniti činjenicom da za veliku većinu njih, rad za poslodavca predstavlja isključivi ili pretežni izvor sredstava za izdržavanje, tako da ekonomska zavisnost zaposlenog od (rada za) poslodavca i strah od gubitka sredstava za izdržavanje otvaraju vrata radnoj eksploataciji.¹¹

Udaljavanje od garantija osnovnih radnih prava je, pri tom, redovno povezano sa nastojanjima poslodavaca da snize troškove rada, radi očuvanja kontinuiteta poslovanja, izbegavanja insolventnosti, ali i postizanja konkurentne prednosti i maksimizacije profita. Prekomerno ograničavanje radnih prava i njihovo spuštanje ispod granice egzistencije, koju određuje sama suština ovih prava, je intenzivirano i promenama koje se dešavaju u svetu rada, od pojave novih režima organizacije i izvršavanja rada do podsticanja fleksibilizacije i deregulacije radnih odnosa. Ovom faktorom, svakako, valja dodati i veliku nezaposlenost, zbog koje neki poslodavci ostvaruju mnogo veći faktički uticaj na radnike nego što ih pravo na to ovlašćuje, naročito kada je reč o posebno osetljivim kategorijama radnika i o radnicima koji

9 V. Mantouvalou, „The right to non-exploitative work”, *op. cit.*, 39.

10 Za ilustraciju vid. Laurie Berg, Bassina Fabenblum, *Wage theft in Australia. Findings of the National Temporary Migrant Work Survey*, Migrant Worker Justice Initiative / UNSW Sydney / University of Technology, Sydney, 2017.

11 Bridie France, *Labour compliance to exploitation and the abuses in-between*, Labour Exploitation Advisory Group, 2016, 2.

rade sa atipičnim radnom odnosom, kao i radnicima koji rade „na crno” ili obavljaju prividni nezavisni rad. Na to se nadovezuje i činjenica da je rad agencija za zapošljavanje nedovoljno uređen i kontrolisan, da su socijalno partnerstvo i socijalni dijalog u Srbiji nedovoljno razvijeni, da proliferaciju radnopravnih normi ne prati osmišljavanje odgovarajućih mehanizama, institucija i postupaka za ostvarivanje i zaštitu pravâ, te da je pristup socijalnoj pravdi otežan. Tako, primera radi, rad inspekcije rada opterećuju brojni problemi, od kojih se najznačajniji tiču njenih skromnih finansijskih sredstava, kao i nedovoljnog broja inspektorâ rada i njihove nedovoljne obučenosti. Tome valja dodati i nejasnu strukturu nadležnosti inspekcije rada, što neretko ima za posledicu to da se ona oglašava nenadležnom za prijavljene slučajeve. Sa druge strane, najveći broj radnih sporova se rešava pred sudovima, u parnicama koje, u proseku, traju duže od četiri godine. Sudije, pri tom, po pravilu sporo reaguju na promene koje se dešavaju u svetu rada i ne prepoznaju značaj interpretativne upotrebe međunarodnog i evropskog radnog prava. Osim toga, čini se da nije iskorišćen ni sav potencijal koji metodi mirnog rešavanja radnih sporova mogu imati za uspostavljanje i očuvanje socijalnog mira, što dodatno širi prostor za kršenje radnih prava.

S tim u vezi, posebnu pažnju treba pokloniti pitanju odnosa koji postoji između zloupotrebe prava koja poslodavcima pripadaju na osnovu merodavnih izvora prava, sa jedne strane, i radne eksploatacije, sa druge strane. Radna eksploatacija se, pri tom, u pojedinim situacijama, može pojaviti i kao posledica trgovine ljudima,¹² što dodatno zahteva razgraničenje pojmova kršenje radnih prava (i kršenje radnopravnih propisa), radna eksploatacija, prinudni rad i trgovina ljudima u svrhu radne eksploatacije. Ovaj zadatak nije nimalo jednostavan, budući da pomenuti pojmovi, uz izuzetak pojma prinudnog rada, nisu jasno određeni, dok, u praksi, odgovarajuće pojave neretko nastaju jedna za drugom. Istovremeno, ne sme se gubiti iz vida ni to da prinudni rad i trgovina ljudima u svrhu radne eksploatacije nisu samo krivična dela, već i povrede merodavnih izvora radnog prava, u smislu zloupotrebe poslodavčevih ovlašćenja i neostvarivanja ili nedelotvornog ostvarivanja radnih prava. To je važno i zbog zaštite radnikâ, jer omogućava da se pitanje radne eksploatacije ne posmatra samo u kontekstu trgovine ljudima i drugih krivičnih dela u ovoj oblasti, već i u kontekstu zaštite radnih prava i koncepcije pristojnog rada.¹³ To, konačno, znači da postoji potreba da krivično zakonodavstvo bude dopunjeno i odgovarajućim radnopravnim instrumentima usmerenim na odvracanje od prinudnog ili obaveznog rada, ropstva ili ropuskog položaja i trgovine ljudima u svrhu radne eksploatacije, kao i na zaštitu žrtava radne eksploatacije, počevši od namirenja njihovih nenamirenih, a, dospelih prestacija i naknade štete koja im je prouzrokovana.¹⁴

12 Početkom ovog milenijuma, trgovina ljudima počinje da se ispoljava kao ozbiljan problem, dok se danas procenjuje da se u svetu, svake godine pojavi između 700.000 i dva miliona žrtava trgovine ljudima. Nav. prema Elena Sychenko, „United Nation Organization”, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale – English electronic edition*, broj 4/2017, 216.

13 Klara Skrivankova, *Between decent work and forced labour: examining the continuum of exploitation*, The Joseph Rowntree Foundation, 2010, 16.

14 V. Mantouvalou, „The right to non-exploitative work”, *op. cit.*, 60.

2. ODREĐENJE POJMA RADNA EKSPLOATACIJA

Najopštije posmatrano, eksploatacija podrazumeva *nepošteno iskorišćavanje drugog*, odnosno *korišćenje tuđeg osetljivog položaja za sopstvenu korist*.¹⁵ Najpoznatiju i najuticajnije koncepciju eksploatacije razvio je Karl Marks (Karl Marx), po kojem kapitalističko društvo odlikuje eksploatacija radnikâ, jer su u takvom uređenju, oni prinuđeni da prodaju svoju radnu snagu kapitalistima za naknadu čija je visina niža od pune vrednosti robe koja se proizvodi ili usluga koje se pružaju zahvaljujući njihovom radu. Reč je, preciznije, o uverenju da je u kapitalizmu, rad roba i da se ne obavlja dobrovoljno, budući da radnici ne poseduju sredstva za proizvodnju i da su, posledično, prinuđeni da rade za drugog, jer bi u suprotnom umrli od gladi. Sa druge strane, poslodavci prisvajaju deo vrednosti stvorene radom radnikâ i na taj način koriste svoj povoljniji položaj za eksploataciju njihovog rada. Osnovne postavke ove koncepcije su, uz manje ili veće izmene, široko prihvaćene u literaturi ili su poslužile kao inspiracija za izgradnju novih koncepcija. U jednoj od njih, podcrtava se veza između eksploatacije i štete koju ona prouzrokuje žrtvi eksploatacije, zbog čega se smatra da eksploatacija nužno ne dovodi žrtvu u gori položaj od onog u kojem bi bila da nije uspostavljen odnos eksploatacije. Umesto toga, eksploatacija ima za posledicu to da se žrtva nalazi u položaju koji je gori od onog u kojem je trebalo da bude, da je prema njoj pošteno postupano.¹⁶ Sa druge strane, ima i autora koji pojam eksploatacije određuju u svetlu osnovnih potreba žrtve eksploatacije, tj. kao stupanje u odnos sa jednim licem radi ostvarivanja prednosti, i to na takav način da se ne poštuju njegove osnovne potrebe.¹⁷ Postoje, konačno i shvatanja eksploatacije u kojima centralno mesto zauzima iskorišćavanje tuđeg osetljivog položaja, pri čemu činioci osetljivosti položaja radnika mogu biti različiti, tj. ticati se različitih ekonomskih okolnosti (npr. siromaštvo i ekonomske teškoće koje optrećuju radnika), socijalnih, kulturnih i jezičkih okolnosti (npr. izolacija stranaca od društva i nepoznavanje jezika i prilika u državi prijema) ili pravnih okolnosti (isključenost određene kategorije radnika iz područja primene zaštitnog radnog zakonodavstva, npr. ilegalnih migranata iz područja primene radnog zakonodavstva ili zaposlenih koji obavljaju plaćeni rad u domaćinstvu poslodavca, u delu koji se tiče zakonodavstva o zaštiti bezbednosti i zdravlja na radu).¹⁸ Takvu koncepciju afirmiše i Mantouvalou (*Virginia Mantouvalou*) podrazumevajući pod eksploatacijom, „zloupotrebu osetljivog položaja jednog lica koji je stvoren ili pogoršan zakonom, a kojoj se pribegava u cilju stvaranja profita”.¹⁹ Premda je ova koncepcija izgrađena imajući u vidu samo jednu kategoriju radnika – migrante koji nezakonito borave na teritoriji države prijema, njene postavke čine se prihvatljivim,

15 Matt Zwolinski, Alan Wertheimer, Odrednica „Exploitation”, u: Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford encyclopedia of philosophy* (summer 2017 edition), <https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/exploitation/>, 19.3.2018.

16 *Ibid.*

17 *Ibid.*

18 Mariyana Radeva Berket, „Labour exploitation and trafficking for labour exploitation – trends and challenges for policy-making”, *ERA Forum*, 2015, 365–368.

19 V. Mantouvalou, „The right to non-exploitative work”, *op. cit.*, 49.

pre svega u delu koji se tiče uočavanja *zloupotrebe tuđeg osetljivog položaja i usmerenosti eksploatacije na stvaranja profita* – kao bitnih elemenata pojma eksploatacija. Element koji se tiče iskorišćavanja tuđeg osetljivog položaja se, pri tom, sastoji u povredi radnih i drugih ljudskih prava radnikâ, poput prava na život i prava na zaštitu od nečovečnog i ponižavajućeg postupanja.²⁰

Pojam radne eksploatacije (engl. *exploitation of labour / labour exploitation*, fr. *exploitation du travail*) nije definisan u merodavnim izvorima prava, niti je jedinstveno određen u savremenoj literaturi, ali se, najšire posmatrano, može odrediti kao *zloupotreba tuđeg osetljivog položaja koja se postiže uskraćivanjem ili sužavanjem radnih prava, odnosno nametanjem uslova rada koji su takvi da se njima povređuju međunarodni i evropski standardi*.²¹ Ipak, verujemo da bi povredu radnih prava trebalo razlikovati od radne eksploatacije, jer svaka povreda radnih prava ne može biti tako ozbiljno kvalifikovana.²² Umesto toga, uže značenje ovog pojma podrazumeva *rad u eksploatorskim uslovima*, tj. rad u slučajevima kada poslodavac iskorišćava osetljiv položaj u kojem se radnik nalazi, i to nezavisno od toga da li je on bio saglasan da bude angažovan u takvim uslovima ili ne, što je značajno zbog pravljenja razlike između radne eksploatacije i prinudnog rada.²³ Ovako shvaćena radna eksploatacija podrazumeva, naime, to da „poslodavac izvlači koristi od tuđeg rada, iako određenom licu ne obezbeđuje odgovarajuću naknadu za rad niti pristojne uslove rada. Naknada za rad i uslovi rada su mnogo niži, odnosno gori od njihovog redovnog nivoa ili stanja u određenom sektoru, s tim što je raskorak koji, na štetu radnika, postoji između pruženog rada i ostvarene koristi, omogućen zbog zavisnosti radnika od poslodavca. Poslodavac, dakle, koristi osetljivi položaj radnika kako bi nametnuo eksploatorske uslove rada, a nekad u te svrhe može upotrebiti i pretnju”.²⁴

Iskorišćavanje, tj. zloupotreba tuđeg osetljivog položaja postoji onda kada *jedno lice nema nikakvu drugu stvarnu ili prihvatljivu mogućnost nego da se prepusti iskorišćavanju*. Takva ugroženost može se ispoljiti na najrazličitije načine i može se ticati bilo koje nevolje zbog koje je radnik prinuđen da prihvati da bude eksploatisan.²⁵ Poslodavci, pri tom, mogu koristiti različita sredstva za iskorišćavanje tuđeg rada (i tuđeg osetljivog položaja), uključujući i uvođenje i održavanje vrlo nepovolj-

20 *Ibid.*

21 V. Mantouvalou, „The right to non-exploitative work”, *op. cit.*, 16 i 18.

22 Sa druge strane, ima autora koji izraz radna eksploatacija koriste za označavanje čitavog niza pojava, koje se mogu gradirati od „lakših” oblika eksploatacije, kakva je povreda radnih prava, do ekstremnih oblika eksploatacije, kakav je prinudni rad. Takvo shvatanje radne eksploatacije je, međutim, preširoko i neprecizno, posebno što, po oceni Skrivankove, može voditi stvaranju svojevrstne „hijerarhije patnje”, a što može biti štetno, iz ugla zaštite žrtava radne eksploatacije. K. Skrivankova, *op. cit.*, 18.

23 Postoje, međutim, i autori koji pojam radna eksploatacija vezuju, upravo, za slučajeve prinudnog rada, ropstva i položaja sličnog ropstvu, dok se za označavanje povreda unutrašnjeg i međunarodnog radnog prava (dakle, i povreda radnih prava koja su potvrđena u odgovarajućim izvorima radnog prava unutrašnjeg i međunarodnog porekla) koristi izraz zloupotreba rada (engl. *labour abuses*). Tako: B. France, *op. cit.*, 1.

24 K. Skrivankova, *op. cit.*, 10–11.

25 Ivana Krstić, Bojana Čučković, *Trgovina ljudima – međunarodni i domaći pravni standardi: Praktikum*, Zajednički program UNHCR, UNODC, IOM za brobu protiv trgovine ljudima u Srbiji, Beograd, 2012, 104.

nih uslova rada, bez pribegavanja nasilju ili ograničavanju kretanja radnika. Ova-ko shvaćen pojam radne eksploatacije vrlo je *blizak radu u lošim, nestandardnim i degradirajućim uslovima rada*, zbog čega valja imati u vidu da svaki slučaj rada u takvim uslovima neće prerasti (zapravo, izobličiti se) u radnu eksploataciju, a, tim pre ni u prinudni rad, budući da kvalifikacija prinudnog rada pretpostavlja postojanje dvaju bitnih elemenata: pretnje kaznom i izostanka dobrovoljnosti radnog angažovanja. S tim u vezi, nameće se i pitanje *stepena pogoršanja uslovâ rada koji je dovoljan za kvalifikaciju radne eksploatacije ili prinudnog rada*. Čini se da takvoj kvalifikaciji ima mesta samo onda kada radnici nemaju drugog izbora do da nastave da rade u uslovima rada koji su upadljivo nesrazmerni zagarantovanim, odnosno standardnim uslovima rada. Ovo pitanje se, primera radi, otvorilo pred Vrhovnim sudom Indije u predmetu od 1982. godine koji se ticao angažovanja radnikâ za zaradu nižu čak i od minimalne zarade.²⁶ Sud je zaključio da se isplata zarade u toj visini može smatrati vrstom prinudnog rada, jer radnici, zbog alimentacionog karaktera zarade, nisu imali drugog izbora nego da rade za zaradu nižu od minimalne zarade, što se može smatrati pretnjom kaznom, u smislu opšteprihvaćene definicije prinudnog rada.²⁷ Taj stav je kasnije napušten u sudskoj praksi ove države,²⁸ što znači da rad za zaradu koja je niža od minimalne predstavlja radnu eksploataciju, ali ne i prinudni rad.

Preciziranju pojma radna eksploatacija doprinose, konačno, i odredbe Direktive Evropskog parlamenta i Saveta 2009/52/EZ, po kojima naročito eksploatatorski uslovi rada (engl. *particularly exploitative working conditions*) znače, „uslove rada [...] u kojima postoji upadljiva nesrazmera u poređenju sa uslovima rada zakonito angažovanih radnika, a što, primera radi, utiče na zdravlje i bezbednost radnikâ, i vređa ljudsko dostojanstvo”.²⁹ Reč je, dakle, o situaciji koja značajno odstupa od standardne situacije u kojoj se obavlja rad – dakle, od rada u poštenim i pravednim uslovima utvrđenim radnim zakonodavstvom, posebno u pogledu zarade, radnog vremena, godišnjeg odmora, zaštite bezbednosti i zdravlja na radu i pristojnog ponašanja prema radnicima.³⁰

Interesantno je uočiti i to da u nekim državama, krivičnopravna definicija prinudnog rada, pored izostanka dobrovoljnosti radnog angažovanja i pretnje kaznom,

26 Nav. prema K. Skrivankova, *op. cit.*, 11.

27 *Ibid.*

28 Navedeni stav bio je suprotan i jurisprudenciji tela zaduženih za kontrolu primene standarda Međunarodne organizacije rada, po kojima se prinudnim radom ne može smatrati rad koji se obavlja iz ekonomske nužde, tj. zbog činjenice da radnik ne može sebi da dozvoli luksuz da dà otkaz, jer nije u mogućnosti da pronade novo zaposlenje, kao ni rad koji se obavlja za nedovoljnu naknadu ili u lošim uslovima. International Labour Conference, *A global alliance against forced labour. Global report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, International Labour Office, Geneva, 2005, 5.

29 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 (*Official Journal* L 168, 30.6.2009, p. 24–32), član 2, tačka i).

30 *Severe labour exploitation: workers moving within or into the European Union*, FRA, 2, fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2016-severe-labour-exploitation-summary_en_0.pdf, 23.3.2018.

kao bitan element, sadrži i *pogoršanje uslova rada*. Tako se, primera radi, u Brazilu ovaj element pojavljuje kao *rad u degradirajućim uslovima*, u Belgiji se koristi sintagma *rad u uslovima koji su suprotni ljudskom dostojanstvu* (isplaćivanje izuzetno niskih zarada, obezbeđivanje nehigijenskog ili suviše skromnog smeštaja i održavanja loših uslova rada, što znači da poslodavci nastoje da ostvare profit bez ikakve brige o uslovima u kojima njihovi radnici žive i rade), dok se u Nemačkoj, kao odgovarajući element prinudnog rada pojavljuje *rad u uslovima koji su drugačiji od uslova rada drugih lica koja obavljaju isti posao*.³¹ U potonjoj državi je, naime, potrebno da postoji očigledna nesrazmera između zagarantovanih minimalnih uslova rada i uslova koji se obezbeđuju žrtvi, npr. rad za naknadu koja je niža od 2/3 zarade utvrđene prema lokalnim običajima ili kolektivnom ugovoru).³²

Navedeni primeri iz evropskog i stranih prava svedoče da *uskraćivanje, odnosno snižavanje zaštite radnih i drugih ljudskih prava radnikâ omogućava eksploataciju*, ali i da nije lako povući matemački preciznu liniju pre koje se završava jedan, a posle koje počinje drugi oblik radne eksploatacije. Skrivankova (*Klara Skrivankova*) vispreno označava ovu pojavu izrazom ‘*kontinuum eksploatacije*’, želeći da podcrta to da je eksploatacija jedan dinamičan proces i da se oblici iskorišćavanja tuđeg rada stalno menjaju. Iskorišćavanju tuđeg rada, otud, može prethoditi i rad u prihvatljivim uslovima, koji kasnije mogu biti pogoršani do te mere da se izobličie u prinudni rad.³³ To, dalje, znači da kontinuum eksploatacije obuhvata različita ponašanja, tj., složenu kombinaciju situacija koje postoje u prostoru između pristojnog i prinudnog rada (dakle, sredinu u kojoj se radi u uslovima koji su nepovoljniji od standardnih).³⁴ U praksi, primena koncepcije kontinuuma eksploatacije treba da omogući sprečavanje, prepoznavanje i kažnjavanje svih situacija koje se ne mogu kvalifikovati kao pristojan rad, budući da se na taj način neutrališu radne sredine koje predstavljaju pogodno tle za pojavu prinudnog rada. Državna intervencija na ovu pojavu, pri tom, može biti i radnopravna i krivičnopravna, zbog čega Skrivankova uvodi i pojam „kontinuum intervencija”, a, u cilju uvažavanja svih uzroka i složenosti određene eksploatatorske aktivnosti.³⁵ Tako u slučaju narušavanja uslova rada postoji potreba za primenom radnog zakonodavstva, ali nije isključena ni mogućnost postojanja potrebe za krivičnopravnom zaštitom, dok bi u slučaju prinudnog rada, bez obzira na to da li je on nastao kao rezultat trgovine ljudima ili ne, intervencija trebalo da usledi u obema granama prava, u smislu mogućnosti da u krivičnom postupku bude utvrđena odgovornost za krivično delo prinudnog rada, a da u radnom sporu bude pružena zaštita zbog povreda osnovnih načela radnog prava.

31 K. Skrivankova, *op. cit.*, 10–14.

32 Johanna Probst, Denise Efonyai-Mäder, *Exploitation du travail dans le contexte de la traite des êtres humains. Etat des lieux en Suisse*, Université de Neuchâtel – Institut SFM, Neuchâtel, 2016, 28.

33 K. Skrivankova, *op. cit.*, 16. Slično i J. Probst, D. Efonyai-Mäder, *op. cit.*, 87 („trgovina ljudima u svrhe radne eksploatacije i radna eksploatacija su samo vrh ledenog brega, čija je osnova tesno povezana sa poremećajima koji postoje na tržištu rada i u migracionoj politici”).

34 K. Skrivankova, *op. cit.*, 19.

35 *Ibid.*, 30.

3. UGROŽENOST POSEBNO OSETLJIVIH KATEGORIJA RADNIKA RIZIKOM RADNE EKSPLOATACIJE

Osetljiv položaj radnikâ koji poslodavac iskorišćava radi maksimizacije profita može biti određen različitim činiocima. Tako se, u najširem smislu, svi zaposleni (dakle, radnici koji rade u okviru radnog odnosa) mogu smatrati radnicima koji se nalaze u osetljivom položaju, budući da obavljaju podređeni rad i da su ekonomski zavisni od poslodavca.³⁶ Sa druge strane, u koncepciji eksploatacije koju je afirmisao Marks, čitava radnička klasa se nalazi u osetljivom položaju i, posledično, biva izložena eksploataciji. Ovo stoga što zarade koje zaposleni ostvaruju radeći u ime, za račun i pod vlašću poslodavaca, za veliku većinu njih, predstavljaju jedini ili isključivi izvor sredstava za život.³⁷ Ovo tim pre što radnici kojima je očajnički potrebna zarada za sopstveno i izdržavanje članova porodice, po pravilu, neće pokrenuti postupak protiv poslodavca ni kada su njihovi uslovi rada ozbiljno pogoršani, posebno što će u toj situaciji poslodavac neretko i pretiti zaposlenom otkazom kao vidom odmazde za pokretanje sudskog ili drugog postupka.

Shvatanje po kojem se svi radnici nalaze u osetljivom položaju, zbog ekonomske zavisnosti od poslodavca, čini se, međutim, preširokim. Umesto toga, prihvatljivije je govoriti o posebnoj osetljivosti položaja pojedinih kategorija radnika koji poslodavci koriste kao mogućnost da ostvare svoje ekonomske interese. To, najpre, vredi za *maloletnike*, kod kojih je rizik eksploatacije intenziviran činjenicom da se za njihovo zapošljavanje vezuje predrasuda da su „jeftiniji i manje zahtevni radnici, koje poslodavac može lakše da kontroliše nego njihove odrasle kolege”.³⁸ Na to se nadovezuju i nezrelost maloletnikâ, nedostatak iskustva, smanjena pažnja i nedovoljno poznavanje radnog procesa i radnih prava.³⁹ Osim toga, osobena svojstva maloletnikâ mogu uticati i na njihovu mogućnost pravilnog shvatanja događaja, procenjivanja sopstvenog ponašanja i usmeravanja ličnih postupaka. To je i razlog što se jedna od prvih intervencija država u svetu rada ticala, upravo, zaštite dece i omladine, tj. ukidanja najgorih oblika njihove ekonomske eksploatacije.⁴⁰ Ipak, za razliku od drugih osetljivih kategorija radnika, posebna zaštita maloletnikâ nije uključila samo unapređivanje njihovih uslova rada, već podrazumeva i isključivanje lica mlađih od određenog uzrasta iz tržišta rada. Zajedno sa protekcionizmom, afirmisan je, dakle,

36 Na to upozorava i Blagojević, kada piše da, uprkos formalno priznatoj slobodi rada, radnik nije ni najmanje slobodan u pogledu izbora da li da radi ili ne, pa, čak, i u pogledu izbora same vrste rada (posebno ako neko privredno društvo uživa monopol), zbog čega se, u ovakvim prilikama, radi o „najjačem stupnju nužnosti, koja proističe iz potrebe opstanka, održanja u životu”. Borislav T. Blagojević, „Ugovori po pristanku: formularni ugovori”, doktorska rasprava, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1934, 42.

37 Više o pojmu ekonomske zavisnosti vid. u našem radu *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice* Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, 93–100.

38 United Nations General Assembly, *Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of slavery, including its causes and consequences*, 18 June 2010, st. 22, 35–42.

39 Assefa Bekele, Jo Boyden, *Combating child labour*, International Labour Organization, Geneva, 1988, 3.

40 Bob Hepple, „Introduction”, u: Bob Hepple (ed.), *The making of labour law in Europe: A comparative study of nine countries up to 1945*, Mansell, London/New York, 1986, 11–12.

abolicionizam,⁴¹ što je, nažalost, uticalo i na angažovanje dece za faktički rad (tzv. rad na crno) i druge oblike eksploatacije, što zahteva poseban oprez.⁴²

Sa druge strane, radno angažovanje *migranata* može da se izobličiti u radnu eksploataciju, pre svega zbog nepoznavanja jezika države porekla i s tim povezanog nepoznavanja subjektivnih prava koja im pripadaju (i /objektivnog/ prava države prijema uopšte). Na to se nadovezuje i izolacija stranaca od društva, što, takođe, negativno utiče na dostupnost informacija značajnih za ostvarivanje, korišćenje i zaštitu pravâ iz radnog odnosa,⁴³ a, čemu neretko doprinosi i ograničenje slobode kretanja i ograničenje kontakata sa trećim licima.⁴⁴ Položaj migranata posebno osetljivim čini i nedostatak materijalnih sredstava, kao i pritisak koji dolazi zbog članova porodice koji su ostali u državi prijema, te nesigurnost boravka u državi prijema. Navedeni činioci su ponekad toliko razvijeni da poslodavci nemaju potrebu da pribegavaju dodatnim sredstvima pritiska na radnike,⁴⁵ posebno kada je reč o migrantima koji nezakonito borave u državi prijema, budući da je kod njih prisutan i stalni strah od otkrivanja takvog statusa.⁴⁶ U nekim slučajevima, to može imati za posledicu i negaciju slobode rada, u tom smislu da radnik nema slobodu izbora da li će raditi za poslodavca ili ne,⁴⁷ jer teško da može očekivati da će se njegova

41 Ben White, *Children, work and 'child labour': Changing responses to the employment of children*, Institute of Social Studies, The Hague, 1994, 1.

42 O tome, primera radi, svedoči i usvajanje indijskog Zakona o fabrikama (1948), kojim je bio zabranjen rad dece u fabrikama. Njegovim stupanjem na snagu došlo je, međutim, do reorganizacije proizvodnje i poveravanja poslova koji su ranije obavljani u fabrikama – manjim preduzećima, koja su bila isključena iz područja primene ovog zakona i kojim, posledično, nije bilo zabranjeno zapošljavanje dece. Lammy Betten, *International labour law – Selected issues*, Kluwer, Deventer/Boston, 1993, 289.

43 B. France, *op. cit.*, 1.

44 J. Probst, D. Efnonyi-Mäder, *op. cit.*, 71.

45 *Ibid.*, 89.

46 Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Silijadan (*Siliadin*) protiv Francuske od 26. jula 2005. godine (predstavka br. 73316/01), stav 118. Mantuvaluova, s pravom, ukazuje na to da se migrantima koji nezakonito borave na teritoriji države prijema odriče pravo na rad zbog pravila o kretanju i boravku stranaca na teritoriji određene države i da, upravo to, neretko vodi u njihovu eksploataciju. Ovo uprkos činjenici da pravo na rad (i pravo na dostojanstvo kao njegova osnova) pripada svim ljudskim bićima, zbog čega je u međunarodnom pravu ljudskih prava zabranjen ovaj vid iskorišćavanja: „pravo na neeksploatacioni rad (engl. *right of non-exploitative work*), i kao moralno pravo i kao pravo priznato u međunarodnom pravu ljudskih prava, jeste istinski univerzalno pravo koje važi za sve. Treba ga razlikovati od prava na pristup poslu koje legitimno može biti ograničeno na određene grupe stanovništva”. Migrantima je, naime, redovno potrebna radna dozvola i odobrenje za privremeni boravak ili stalno nastanjenje na teritoriji određene države da bi ostvarivali pravo na rad, a, zbog nastojanja država da kontrolišu imigracije i zaštite nacionalno tržište rada (a, posledično, i pravo na rad domaćih državljana). Otud migranti koji nezakonito borave u državi prijema nemaju zakonsko pravo da budu radno angažovani, iako u stvarnosti izuzetno veliki broj njih radi. Ovo tim pre što je rad u državi prijema i najčešći razlog prekograničnog kretanja najvećeg broja migranata. Uslovljavanje ostvarivanja prava na pristup poslu domaćim državljanstvom ili važećom radnom dozvolom, pri tom, ne znači i povredu univerzalnog prava na rad, osim ako je određeno ograničenje arbitrerno. V. Mantouvalou, „The right to non-exploitative work”, *op. cit.*, 39–40, 43–44.

47 Manisuli Ssenyonjo, *Economic, social and cultural rights in international law*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2009, 309.

situacija poboljšati. Ovo tim pre što je alternativa radu u eksploatatorskim uslovima – verovatna deportacija u državu porekla, gde radnika, po pravilu, očekuje život ispod granice siromaštva, a, što, uzeto zajedno, pogoduje uspostavljanju, održavanju i produbljivanju zavisnosti od poslodavca.⁴⁸ To, konačno, znači da koliko god da su loši uslovi u kojima rade, migranti neće lako napustiti poslodavca, jer ih strah od kažnjavanja za nezakoniti boravak u državi prijema i strah od proterivanja odvrća od pokretanja postupka za zaštitu prava. Istovremeno, valja imati u vidu i to da poslodavci, prilikom izbora kandidata za zaposlenje, daju prednost migrantima, upravo, zato što znaju da prema njima mogu da se ponašaju nepovoljnije nego prema drugim radnicima.⁴⁹ Ovo kako zbog činjenice da migranti koji nezakonito borave u određenoj državi žele da ostanu „nevidljivi” za javne vlasti (zbog čega i neće pokretati postupke za zaštitu prava), tako i zbog činjenice da u nekim državama, poslodavci nemaju zakonsku obavezu da obezbede uslove za delotvorno ostvarivanje osnovnih prava ove kategorije migranata.⁵⁰

48 Virginia Mantouvalou, „Servitude and forced labour in the 21st century: The human rights of domestic workers”, *Industrial Law Journal*, broj 4/2006, 414.

49 Upravo to se dogodilo državljanima Srbije, Bosne i Hercegovine i Makedonije koji su 2009. godine bili angažovani u Azerbejdžanu, za obavljanje građevinskih radova na više gradilišta kompanije *SerbAz Project and Construction LLC* registrovane u Holandiji i Azerbejdžanu. Njihova prava i obaveze bili su uređeni ugovorima koji su sačinjavani u jednom primerku, koji je ostajao kod poslodavca. Od trenutka ulaska u Azerbejdžan, radnicima su oduzimani pasoši koji su čuvani u sedištu kompanije, dok im je sloboda kretanja bila ograničena, pod izgovorom da je to neophodno zbog njihovog ilegalnog boravka i sprečavanja privođenja u slučaju da ih policija legitimise. Poslodavac je, pri tom, neredovno (zapravo, sa značajnim zakašnjenjem) isplaćivao zarade i to u visini nižoj od ugovorene, dok ugovorena naknada za topli obrok nikada nije bila isplaćena. Visina zarade mogla je biti dodatno snižena zbog obustave od isplate zarade određenog iznosa na ime novčanih kazni koje je poslodavac primenjivao protiv radnikâ zbog povreda radnih obaveza i nepoštovanja radne discipline, kako su kvalifikovani, između ostalog, i nenameštanje kreveta u spavaonici, odlazak u toalet više od dva puta u toku smene, prestanak rada duži od jednog minuta, konzumiranje alkohola van radnog vremena i iniciranje prestanka radnog odnosa pre isteka roka na koji je zasnovan. Ove kazne su, pri tom, bile izricane bez sprovedenog disciplinskog postupka, tj. usmeno i odmah pošto bi nadređeni primetio da postoji povreda radne obaveze ili nepoštovanje radne discipline. Sa druge strane, radno vreme je trajalo po 12 sati dnevno, uz pravo poslodavca da u svakom trenutku, i nezavisno od postojanja opravdanih razloga, zahteva prekovremeni rad. Na gradilištima se radilo u velikim limenim halama, u kojima je ventilacija bila izuzetno loša, radnici su mogli da koriste samo poljske toalete koji su bili bez tekuće vode i sredstava za higijenu, dok im poslodavac nije obezbedio ni standardnu zaštitnu opremu, niti su imali pravo na odsustvo sa rada u slučaju bolesti ili povrede. Hrana u menzi na gradilištima bila je nedovoljna i jednolična, dok je smeštaj bio obezbeđen u domovima u kojima su važila stroga pravila kućnog reda i koje radnici nisu smeli da napuštaju bez prethodne dozvole. U domovima neretko nije bilo pijaće vode, kao ni vode za tuširanje i pranje veša, neredovan je bio i dotok plinskog grejanja, dok su sanitarni uslovi bili izuzetno loši (primera radi, u jednom mestu, 96 radnika moglo je da koristi samo tri toaleta). Nav. prema: NVO ASTRA – Akcija protiv trgovine ljudima, NVO La Strada, NVO Partnerstvo za društveni razvoj, *Slučaj radne eksploatacije državljana Republike Srbije, Republike Bosne i Hercegovine i Republike Makedonije u Republici Azerbejdžanu – Izveštaj iz zemalja porekla*, 2009; vid. Grupa eksperata za suzbijanje trgovine ljudima, *Nacrt izveštaj o sprovođenju Konvencije Saveta Evrope o borbi protiv trgovine ljudima za Srbiju*, GRETA(2017)37, stav 189, <https://rm.coe.int/greta-2017-37-fgr-srb-srb/16807809fe>, 17.3.2018.

50 U nekim pravnim sistemima ilegalni migranti mogu ostvariti odgovarajuću zaštitu, primera radi, tako što će neisplaćene zarade i druga davanja namiriti u skladu sa pravilima koja važe za pravno neosnovano obogaćenje. V. Mantouvalou, „The right to non-exploitative work”, *op. cit.*, 52.

Posebna osetljivost na pojavu radne eksploatacije postoji i u pogledu tzv. lažnih samozaposlenih lica (engl. *false self-employed*, *bogus self-employed*, fr. *faux travailleurs indépendants*, nem. *Scheinselbständige*). Njihov rad se označava i kao prividni nezavisni rad ili prikriveni radni odnos (engl. *disguised employment relationship*, fr. *relation de travail déguisé*) i predstavlja ozbiljan problem u mnogim državama, gde značajan broj radnika, naročito u oblasti saobraćaja, građevinarstva, hotelijerstva i pružanja savetodavnih usluga, radi na osnovu ugovora građanskog prava i onda kada stvarno postoje elementi radnog odnosa. Osnovni razlog za zaključivanje simulovanog pravnog posla, pri tom, valja tražiti u nastojanju poslodavaca da snize troškove rada, radi veće konkurentnosti na tržištu. Na taj način, oni, suprotno duhu radnog prava i suprotno koncepciji pristojnog rada, izbegavaju obaveze predviđene radnim, socijalnim i poreskim zakonodavstvom.⁵¹ Pri tome, valja imati u vidu da zahtevi za fleksibilnijom organizacijom rada i pritisci sa kojima se poslodavci suočavaju u vezi sa tim – ne smeju biti opravdanje za uskraćivanje radnopravne i socijalnopravne zaštite ovih lica. Kvalifikacija samozaposlenih lica, u ovom slučaju, čini položaj lažnih samozaposlenih lica nestabilnim i produbljuje njihovu zavisnost od poslodavca, budući da su slabije zaštićeni od lica koja rade u radnom odnosu.⁵² U međunarodnom radnom pravu, ovaj problem se rešava primenom *pravila o prevashodstvu stvarne u odnosu na deklarativno izraženu volju ugovornih strana*, što izražava načelo činjeničnog prvenstva (engl. *principle of primacy of facts*, fr. *principe de réalité/primaauté/ des faits*). Reč je, preciznije, o zahtevu da se prilikom odlučivanja o postojanju radnog odnosa mora rukovoditi činjenicama, a ne nazivom ili formom koje su određenom pravnom odnosu dale njegove strane.⁵³ Postojanje radnog odnosa, otud, ne zavisi od načina na koji su strane opisale svoj odnos, već od ispunjenosti određenih objektivnih uslova, tako da je u slučajevima zloupotrebe ovog pravnog instituta moguće utvrditi postojanje ugovora o radu i nevažnost pravnih akata koji se koriste za njegovu prikrivanje. Država, otud, ima zadatak da, pored odgovarajuće zakonodavne intervencije, obezbedi i mehanizme koji će doprineti sprečavanju prividnog nezavisnog rada i zaštiti lica koja stvarno rade pod vlašću drugog, posebno kada je reč o obezbeđivanju mogućnosti za jeftino i brzo (sudsko i alternativno) rešavanje sporova o postojanju radnog odnosa, blagovremeno i delotvorno postupanje inspekcije rada, nosilaca poslova obaveznog socijalnog osiguranja i poreske uprave, te podsticanje kolektivnog pregovaranja i socijalnog dijaloga o merodavnim pitanjima.⁵⁴

- 51 U skladu s Preporukom Međunarodne organizacije rada broj 198, prikriveni radni odnos postoji onda kada „poslodavac postupa sa pojedincem kao sa radnikom koji nije zaposleni, skrivajući njegov pravni status zaposlenog, a te situacije mogu nastati kada ugovori imaju za posledicu to da se radnik lišava zaštite koja mu pripada” (Recommendation concerning the Employment Relationship, stav 4, tačka b).
- 52 B. France, *op. cit.*, 5.
- 53 International Labour Conference, 95th Session, *Report V(1). The employment relationship*, International Labour Office, Geneva, 2006, 7–8.
- 54 ILO Recommendation concerning the employment relationship, st. 14–18. Sprečavanju prividnog nezavisnog rada doprinosi i pravo zaposlenog da bude obavešten o svim bitnim elementima ugovora koji zaključuje sa poslodavcem, i to na osnovu pisanog predloga ugovora o radu, pisanog teksta ugovora o radu ili nekog drugog pisanog dokumenta. Ovo važno pitanje neposredno je uređeno Direktivom Saveta 91/533/EEZ (Council Directive 91/533/EEC of 14 October 1991 on an employer’s obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract or employment relationship / *Official Journal* L 288, 18.10.1991, 32–35/, čl. 2–3).

Pored lažnih samozaposlenih lica, rizik od narastanja zloupotreba poslodavčevih ovlašćenja do nivoa radne eksploatacije posebno je izražen i u slučaju *podugovaranja*, naročito u oblastima građevinarstva i usluga čišćenja prostorija. Reč je, dakle, o situaciji u kojoj je jednom licu dodeljeno ispunjenje svih ili dela obaveza koje proizlaze za neko drugo lice iz prethodno zaključenog ugovora. To je razlog što radnici, posebno u slučaju dugačkog lanca podugovaranja, neretko nisu ni sigurni u to ko je njihov poslodavac, tj. kome i protiv koga bi trebalo da se žale u slučaju povrede merodavnih propisa. Slično, posebno osetljiv položaj pripisuje se i *zaposlenima koji rade na osnovu određenih fleksibilnih ugovora o radu*, poput ugovora o plaćenom radu u domaćinstvu poslodavca. Zaključivanje i primenu ove vrste ugovora prati, naime, potreba da se spreče zloupotrebe plaćenog rada u domaćinstvu poslodavca (rada tzv. pomoćnog kućnog osoblja), kao i da se otkloni problem njegove nedovoljne i neodgovarajuće uređenosti. Zaposleni u domaćinstvu su suočeni sa brojnim rizicima, počevši od rizika nesigurnosti zaposlenja, budući da opstanak ugovora zavisi prevashodno od potreba domaćinstva (npr. radni odnos prestaje kada porastu deca koju zaposleni čuva, kada starije lice o čijoj se ishrani i higijeni brine bude smešteno u zdravstvenu ustanovu ili premine, ako se razvede bračni par kod kojeg je radio ili se značajno smanje prihodi domaćinstva).⁵⁵ Tome treba dodati i rizik nesigurnosti zarada, kao i rizik isplate skromnih (nedovoljnih) zarada, što je posledica tradicionalnog potcenjivanja značaja kućnih poslova i uverenja da za njihovo obavljanje nisu potrebne posebne kvalifikacije. Osim toga, ne treba gubiti iz vida ni to da su zaposleni u domaćinstvu, poput zaposlenih koji rade kod kuće, (za druge) „nevidljivi” na mestu rada. Oni su, štaviše, izolovani i u svetu rada, što se može objasniti i izuzetno slabom pregovaračkom pozicijom na kolektivnom nivou i brojnim preprekama koje stoje na putu delotvornom ostvarivanju prava iz kolektivnog radnog odnosa. U literaturi se plaćenom radu u domaćinstvu poslodavca pripisuje i rizik *‘legislativne nesigurnosti’* (engl. *legislative precariousness*), koji podrazumeva „posebnu ranjivost određenih kategorija radnika stvorenu njihovim izričitim isključenjem iz zaštitnog zakonodavstva ili nižim stepenom zaštite”.⁵⁶ Ovaj rizik nastaje poglavito zbog toga što se plaćeni rad u domaćinstvu razume kao rad koji nije kao nijedan drugi,⁵⁷ tako da postoji dilema o krugu lica koja se mogu kvalifikovati kao zaposleni. To može imati za posledicu njihovo isključivanje iz područja primene određenog zakona ili uređivanje njihovih prava i uslovâ rada posebnim izvorima prava, što je skopčano sa rizikom nedovoljne i neodgovarajuće uređenosti njihovog radnopravnog statusa. Navedeni činioци presudno utiču na to da plaćeni rad u domaćinstvu poslodavca ugrožava i rizik povrede osnovnih ljudskih prava zaposlenih u domaćinstvu, posebno kada je reč o riziku (višestruke) diskriminacije, ali i riziku izobličavanja njihovog angažovanja u prinudni rad.⁵⁸

55 Opinon of the European Economic and Social Committee on the professionalisation of domestic work, Brussels, 26 May 2010 (SOC/372), stav 2.4.1.

56 Virginia Mantouvalou, „Human rights for precarious workers: The legislative precariousness of domestic labour”, *UCL Labour Rights Institute On-Line Working Papers*, broj 2/2012, 1.

57 International Labour Conference, 99th session, Report IV(1), *Decent work for domestic workers*, International Labour Office, Geneva, 2010, st. 45–47.

58 Više o ovim rizicima vid. u našem članku „Plaćeni rad u domaćinstvu poslodavca”, *Radno i socijalno pravo*, broj 2/2013, 75–102.

4. ODNOS IZMEĐU TRGOVINE LJUDIMA I RADNE EKSPLOATACIJE

Radna eksploatacija može postojati nezavisno od trgovine ljudima, ali se može pojaviti i kao njen cilj ili posledica. U potonjem slučaju, izražen je komercijalni aspekt radne eksploatacije koji implicira to da se prema jednom licu postupa kao prema stvari, naročito prilikom njegovog vrbovanja, odnosno regrutovanja za radno angažovanje (usmenim putem, preko štampe ili interneta i sl.) ili ulaska na teritoriju druge države, odnosno prevoza sa jednog na drugo mesto (unutar ili preko granica određene države, zakonito ili nezakonito), i to sve u cilju izvlačenja koristi od kasnije eksploatacije rada određenog lica.⁵⁹

U svetlu odredaba Konvencije Saveta Evrope o borbi protiv trgovine ljudima, trgovina ljudima podrazumeva „vrbovanje, prevoz, premeštanje, skrivanje ili prihvatanje lica, uz primenu pretnje ili sile ili drugih oblika prinude, otmice, prevare, obmane, zloupotrebe ovlašćenja ili stanja ugroženosti, ili davanje ili primanje novčanih sredstava ili druge koristi radi dobijanja pristanka lica koje ima kontrolu nad drugim licem, u cilju eksploatacije”.⁶⁰ Eksploatacija, pri tom, u najmanju ruku, treba da uključi „iskorišćavanje prostitucije drugih lica ili druge oblike seksualnog iskorišćavanja, prinudni rad ili pružanje usluga, ropški položaj, ropstvo ili praksu sličnu ropstvu, ili uklanjanje ljudskih organa”.⁶¹

Na osnovu navedene definicije može se zaključiti da je iskorišćavanje tuđeg rada, tj. radna eksploatacija – *jedan od ciljeva (i moguća posledica) trgovine ljudima*. Trgovina ljudima može, međutim, imati i drugačije ciljeve, poput seksualnog iskorišćavanja i vađenja organa, pri čemu u praksi mogu nastati i situacije u kojima različiti oblici eksploatacije koegzistiraju, kao što je to neretko slučaj sa radnom i seksualnom eksploatacijom u seksualnoj industriji.⁶² Radna eksploatacija i trgovina ljudima su, dakle, dve različite pojave, koje mogu ići i „ruku pod ruku” i udružene dovesti do trgovine ljudima u svrhu radne eksploatacije. Tada se prema čoveku postupa kao prema stvari, koja se može prodavati i kupovati, uz podvrgavanje prinudnom radu ili drugom vidu radne eksploatacije, neretko bez ikakve ili uz minimalnu naknadu za rad, uz intenzivan nadzor nad aktivnostima radnika, život u lošim uslovima i primenu pretnje i/ili nasilja.⁶³

59 J. Probst, D. Efonayi-Mäder, *op. cit.*, 28.

60 Konvencija Saveta Evrope o borbi protiv trgovine ljudima („Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori”, broj 19/09), član 4, tačka a). Jedini izuzetak kada nije potrebno sadejstvo svih triju elemenata (specifične radnje, sredstva i cilja) za kvalifikaciju trgovine ljudima jeste trgovina decom koja postoji uvek kada se deca vrbuju, prevoze, premeštaju, skrivaju ili prihvataju sa ciljem iskorišćavanja, nezavisno od toga da li se koriste pretnja ili druga sredstva.

61 Konvencija Saveta Evrope o borbi protiv trgovine ljudima („Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori”, broj 19/09), član 4, tačka a).

62 J. Probst, D. Efonayi-Mäder, *op. cit.*, 26–27.

63 Presuda u predmetu Rancev (*Rantsev*) protiv Kipra i Rusije, od 7. januara 2010. godine, predstavka broj 25965/04, stav 281. Trgovina ljudima u svrhu radne eksploatacije obuhvata, preciznije, *niz aktivnosti usmerenih na iskorišćavanje rada jednog lica*: „iskorišćavanjem osetljivog položaja licâ ili njihovim obmanjivanjem u pogledu prirode ili uslovâ rada, trgovci prisiljavaju žrtve da pristanu na zapošljavanje i da rade u eksploatatorskim uslovima, što, u nekim slučajevima, uključuje i

Pojam radne eksploatacije, pri tom, ne određuju ni Konvencija Saveta Evrope o borbi protiv trgovine ljudima, ni Protokol za prevenciju, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudskim bićima, naročito ženama i decom,⁶⁴ ni Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta 2011/36/EU o sprečavanju i borbi protiv trgovine ljudima i zaštiti žrtava⁶⁵, niti to čine nacionalna zakonodavstva. Umesto toga, različite države različito shvataju pojam radne eksploatacije, te se, primera radi, u Austriji i Rumuniji, trgovina ljudima u svrhe koje se ne tiču seksualnog iskorišćavanja odnosi samo na trgovinu ljudima u svrhu radne eksploatacije u užem smislu, ne i na ropstvo ili položaj sličan ropstvu.⁶⁶ Austrijska sudska praksa, pri tom, po uzoru na stavove zauzete u vezi sa značenjem pojma seksualne eksploatacije, vezuje radnu eksploataciju za ugnjetavanje vitalnih interesa radnika, neravnotežu između rada i naknade za rad (u smislu neisplaćivanja naknade ili isplaćivanja nedovoljne naknade), prekomernog trajanja radnog vremena i rada u neprihvatljivim uslovima.⁶⁷ Sa druge strane, u rumunskom pravu postoji vrlo široka definicija radne eksploatacije, pod kojom se podrazumeva povreda pravnih pravila o uslovima rada, zaradama i bezbednosti i zdravlju na radu.⁶⁸ Slično austrijskom rešenju, i holandski Vrhovni sud afirmiše to da stavove koje je sudska praksa zauzela u pogledu određenja bitnih elemenata pojma seksualne eksploatacije (konkretno, elementa koji se tiče zloupotrebe tuđeg osetljivog položaja, odnosno zloupotrebe vlasti) treba *mutatis mutandis* primeniti i na slučajeve radne eksploatacije.⁶⁹ Postojanje radne eksploatacije se, pri tom, procenjuje kao faktičko pitanje za svaki slučaj ponaosob, pri čemu se naročito uzimaju u obzir trajanje i priroda radnog angažovanja, ograničenja koja za zaposlenog proizlaze iz tog radnog angažmana i finansijska dobit koju ostvaruje korisnik rada.

Praktičnu pomoć u identifikaciji trgovine ljudima u svrhu radne eksploatacije mogu pružiti *indikatorii različitih elemenata trgovine ljudima u svrhu radne eksploatacije* koji su identifikovani pod okriljem Međunarodne organizacije rada. Reč je, preciznije, o indikatorima prevare prilikom zapošljavanja, indikatorima prinudnog

zastrašivanje fizičkim nasiljem ili njegovu primenu". Na sličan način, radnu eksploataciju razume i Federalni savet Švajcarske. U ovoj državi, radna eksploatacija je, naime, zabranjena krivičnim zakonodavstvom samo kao posledica trgovine ljudima, ne i kao samostalno krivično delo: „radna eksploatacija žrtve postoji onda kada se jedno lice stalno ometa u uživanju svojih osnovnih prava zbog povrede pravila rada ili odredaba koje se odnose na zaradu i bezbednost i zdravlje na radu. Konkretno, može se naročito raditi o uskraćivanju, uceni, izolaciji, telesnim povredama, seksualnom nasilju ili pretnji smrću." Bundesrat, *Botschaft über die Genehmigung des Fakultativprotokolls vom 25. Mai 2000 zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes*, Bundeskanzlei, Bern, 2005, 2836, nav. prema J. Probst, D. Efonyi-Mäder, *op. cit.*, 4 i 26.

64 Protokol za prevenciju, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudskim bićima, naročito ženama i decom koji dopunjava Konvenciju Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala („Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori”, broj 6/01).

65 Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA (*Official Journal* L 101, 15.4.2011, 1–11).

66 Conny Rijken, „Trafficking in human beings for labour exploitation: Cooperation in an integrated approach”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 21, 2013, 13.

67 *Ibid.*, 13–14.

68 *Ibid.*, 14.

69 *Ibid.*

zapošljavanja, indikatorima eksploatacije, indikatorima prinude na mestu rada, indikatorima zapošljavanja uz zloupotrebu tuđeg osetljivog položaja, i indikatorima zloupotrebe tuđeg osetljivog položaja na mestu rada, pri čemu se već prisustvo dvaju snažnih indikatora, ili jednog snažnog i jednog srednjeg ili slabog indikatora, ili dva srednjih i jednog slabog indikatora – smatra pouzdanim pokazateljem postojanja svakog od elemenata trgovine ljudima u svrhu radne eksploatacije.⁷⁰ Tako, primera radi, snažni *indikator eksploatacije* predstavlja predugo trajanje radnog vremena, dok su kao srednji indikatori određeni loši uslovi života, opasan posao, niske zarade ili njihovo neisplačivanje, manipulacije zaradama, nepoštovanje radnog zakonodavstva i potpisanog ugovora o radnom angažovanju, neobezbeđivanje zaštite od socijalnih rizika i veoma loši uslovi rada. Kao slab indikator eksploatacije je, međutim, određeno uskraćivanje mogućnosti radnika da se obrazuje. Sa druge strane, utvrđen je samo jedan snažan indikator *prevare prilikom zapošljavanja*. Reč je o prevari u pogledu prirode posla, mesta rada ili poslodavca, dok se srednjim indikatorima smatraju prevare u pogledu uslova rada, sadržine ili zakonitosti ugovora o radnom angažovanju, spajanja porodice, smeštaja i uslova života, dobijanja statusa migranta, uslova putovanja i zapošljavanja i zarada ili drugih naknada za rad, kao i prevare vezane za obećanje braka ili usvojenje. Sa druge strane, prevara u pogledu mogućnosti radnika da se obrazuje smatra se slabim indikatorom prevare prilikom zapošljavanja.⁷¹

Trgovina ljudima pretpostavlja postojanje *procesa*, u kojem se neko dovodi u situaciju da bude iskorišćavan. On obuhvata seriju aktivnosti čiji je krajnji cilj nečije iskorišćavanje, iako to ne mora uvek biti vidljivo, posebno ne u početnim fazama ovog procesa. Taj cilj može uključiti i iskorišćavanje rada određenog lica, što može

70 International Labour Organization, *Operational indicators of trafficking in human beings: Results from a Delphi survey implemented by the ILO and the European Commission*, ILO, Geneva, 2009, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@declaration/documents/publication/wcms_105023.pdf, 23.3.2018.

71 Pod okriljem Međunarodne organizacije rada utvrđeni su i snažni i srednji *indikator* *prinudnog zapošljavanja*. U prvu grupu spada nasilje prema žrtvi, dok srednje indikatore čine: otmica, prinudni brak, prinudno usvojenje ili prodaja žrtve; oduzimanje dokumenata; dužničko ropstvo; izolacija, zatvaranje ili nadziranje žrtve; pretnja prijavljivanjem javnim vlastima; pretnja nasiljem upućena žrtvi; pretnja ili primena nasilja nad članovima porodice žrtve; zadržavanje novca. Neki od ovih indikatora utvrđeni su i kao *indikator* *prinude na mestu rada*, s tim što su ovde oduzimanje dokumenata, dužničko ropstvo, izolacija, zatvaranje i nadziranje – strogi indikatori, dok se u srednje indikatore ubrajaju prinuđivanje na kriminalne i druge nezakonite aktivnosti, na izvršavanje određenih zadataka ili na rad za određene klijente, kao i na saopštavanje lažnih podataka javnim vlastima i porodici žrtve. Isto vredi i za pretnju prijavljivanjem javnim vlastima, nametanjem gorih uslova rada i nasiljem nad žrtvom, kao i nasilje nad članovima porodice i zadržavanje zarada, dok je kao slab indikator određena pretnja da će porodica, zajednica ili javnost biti obavješteni o činjenicama koje ne pogoduju radniku. Identifikovani su, takođe, i *indikator* *zapošljavanja uz zloupotrebu tuđeg osetljivog položaja*, i to kako oni srednji (zloupotreba teške porodične situacije, ilegalnog statusa, nedostatka obrazovanja ili nepoznavanja jezika, kontrola, ekonomski razlozi, lažne informacije o pravu, praksi javnih vlasti i uspešnoj imigraciji, porodična i lična situacija, psihološka ili emocionalna zavisnost, odnos sa javnim vlastima), tako i jedan slab indikator (zloupotreba verskih uverenja). Naposljetku, stručnjaci Međunarodne organizacije rada utvrdili su i *indikator* *zloupotrebe tuđeg osetljivog položaja na mestu rada*. Njih pet, pri tom, spada u kategoriju srednjih indikatora (zavisnost od poslodavca, teškoća življenja u nepoznatom kraju, nepovoljni ekonomski razlozi, nepovoljna porodična situacija, nepovoljan odnos sa javnim vlastima), dok se teškoće iz prošlosti i lične karakteristike pojavljuju kao slabi indikatori.

obuhvatiti i njegov prinudni rad.⁷² S tim u vezi, valja imati u vidu da za razliku od ropstva, ropskog položaja i prinudnog ili obaveznog rada, zaštita od trgovine ljudima nije izričito potvrđena članom 4 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda,⁷³ iako zabrana radne eksploatacije predstavlja načelo na kojem počiva i oko kojeg je izgrađena ova odredba. To, po tumačenju Evropskog suda za ljudska prava, nije smetnja da odredbom člana 4 Konvencije bude pokrivena i zaštita od trgovine ljudima, što dodatno uvećava značaj malobrojnih presuda u kojima je razmatrano ovo pitanje. To je prvi put učinjeno u presudi u predmetu *Rancev (Rantsev) protiv Kipra i Rusije*, iako u njoj Sud, nažalost, nije povukao iole jasnu granicu između trgovine ljudima, sa jedne strane, i ropstva, ropskog položaja i prinudnog i obaveznog rada, sa druge strane. Ova presuda je posebno značajna zbog činjenice da je u njoj, u svetlu Protokola za prevenciju, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudskim bićima, naročito ženama i decom, ukazano na potrebu da se obezbedi sveobuhvatan pristup borbi protiv trgovine ljudima. Reč je, preciznije o pristupu koji, pored mera usmerenih na kažnjavanje trgovaca ljudima, uključuje i mere za sprečavanje trgovine ljudima i zaštitu žrtava trgovine ljudima.⁷⁴ Države ugovornice Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, otud, imaju pozitivne obaveze da uspostave i očuvaju odgovarajući zakonodavni i administrativni okvir za borbu protiv trgovine ljudima, kao i da preduzmu procesne mere koje se tiču istrage trgovine ljudima, kako u pogledu lica koja koriste tuđi rad, tako i u odnosu na lica koja su obezbedila ili ugovorila eksploataciju, kao i istrage spoljašnje dimenzije ropstva, ropskog položaja, prinudnog ili obaveznog rada.⁷⁵ Pozitivne obaveze država ugovornica dodatno su precizirane i u presudi u predmetu *Čaudhari (Chowdhury) i*

72 K. Skrivankova, *op. cit.*, 8.

73 Virginia Mantouvalou, „The many faces of slavery: the example of domestic work”, <http://ssrn.com/abstract=2046039>, 8.3.2018.

74 Presuda u predmetu *Rancev (Rantsev) protiv Kipra i Rusije*, od 7. januara 2010. godine, predstava broj 25965/04, stav 293. U ovom predmetu, devojka iz Rusije dobila je odobrenje za privremeni boravak i dozvolu za rad u jednom kabareu na Kipru, posle tri dana rada pobešla je od poslodavca, ali je posle toga bila predata policiji, koja nije sprovela istragu u ovom slučaju niti je preduzela dalje mere da je zaštiti. Budući da je zakonito boravila na Kipru, devojka je bila „vraćena” poslodavcu, koji ju je smestio u stan njenog kolege, ali je istog dana pronađena mrtva na ulici ispred zgrade. Postupak je pokrenuo njen otac smatrajući da su Rusija i Kipar povredili Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Sud je utvrdio, između ostalog, i to da su kiparskim zakonodavstvom bile predviđene mere za sprečavanje trgovine ljudima, ali da režim tzv. umetničkih viza koje su izdavane migrantima starijim od 18 godina za rad u kabareima i drugim noćnim klubovima – nije mogao da omogući stvarnu i delotvornu zaštitu ovih lica od trgovine ljudima i eksploatacije.

75 Bojan Milisavljević, Bojana Čučković, *Case-law of the European Court of Human Rights relating to trafficking in human beings*, u: Dragana Kolarić (ur.), „Međunarodni naučni skup ‘Dani Arčibalda Rajsa’, Beograd, 3–4. mart 2015”, tom II, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2015, 263. Sud je, preciznije, potvrdio da države ugovornice Konvencije imaju sledeće obaveze i dužnosti: 1) obaveze da zakonom zaštite pojedince od abuzivnog ponašanja; 2) dužnost da preduzmu pozitivne operativne mere usmerene na zaštitu žrtava ili potencijalnih žrtava u slučaju kada su javne vlasti svesne ili bi morale biti svesne okolnosti postojeće trgovine ljudima ili rizika od nastanka trgovine ljudima; 3) dužnost da istraže situacije potencijalne trgovine ljudima, a što ne bi smelo da zavisi od podnošenja formalne pritužbe; 4) dužnost da saraduju sa vlastima države porekla, tranzita ili odredišta žrtve. Virginia Mantouvalou, „The prohibition of slavery, servitude and forced and compulsory labour under article 4 ECHR”, u: Filip Dossement, Klaus

drugi protiv Grčke, i to u smislu potrebe da se među merama za sprečavanje trgovine ljudima nađu i koordinacija aktivnosti subjekata odgovornih za borbu protiv trgovine ljudima, kao i mere usmerene na sprečavanje praksi koje idu na ruku uspostavljanju različitih oblika eksploatacije ljudi, uključujući nadzor na državnim granicama kako bi se otkrila trgovina ljudima.⁷⁶ Države su dužne da preduzmu i zaštitne mere, poput organizovanja specijalizovanih obuka državnih službenika i zaposlenih u javnim službama, kako bi oni bili u stanju da lakše identifikuju žrtve trgovine ljudima i doprinesu njihovom fizičkom, psihičkom i socijalnom oporavku.⁷⁷

5. ODNOS IZMEĐU PRINUDNOG RADA I RADNE EKSPLOATACIJE

5.1. Razvoj uređivanja zabrane prinudnog rada

Sloboda rada je bitan element prava na rad i obuhvata tri elementa: *slobodu izbora zanimanja i zaposlenja; zabranu prinudnog rada i dostupnost poslova pod jednakim uslovima*. Sloboda izbora zaposlenja se, pri tom, može posmatrati i iz ugla koncepcije pristojnog rada, budući da u postupku zapošljavanja, radnik ima pregovaračku moć, tj. mogućnost da sa poslodavcem pregovara o uslovima rada. I suprotno, u slučaju prinudnog rada, poslodavac ima neograničenu mogućnost nametanja uslova rada, tako da radnik ne može da odbije da u njima radi bez suočavanja sa nekom vrstom kazne.⁷⁸

Zabrana prinudnog rada danas predstavlja sastavni deo korpusa ljudskih prava, dok se prinudni ili obavezni rad smatraju povredom ljudskog dostojanstva i drugih ljudskih prava.⁷⁹ Najznačajniji standardi zaštite od prinudnog rada usvo-

Lörcher, Isabelle Schömann (ed.), *The European Convention on Human Rights and the employment relation*, Hart Publishing, Oxford – Portland, Oregon, 2013, 148.

76 Presuda u predmetu Čaudhari (*Chowdhury*) i drugi protiv Grčke, predstavka broj 21884/15, od 30. marta 2017. godine, stav 110. I u ovom predmetu, osetljivost položaja radnika bila je presudno definisana njihovim nereguliranim migrantskim statusom i strahom da će zbog toga biti uhapšeni i proterani. Žrtve trgovine ljudima bili su, naime, ilegalni emigranti iz Bangladeša koji su radili po 12 sati dnevno na jednoj farmi malina u Grčkoj i to u nezdravim uslovima, pod stalnim nadzorom naoružanih čuvara. Poslodavac im, pri tom, uopšte nije isplaćivao zarade, uz obećanje da će to uraditi ako nastave da rade za njega. Budući da obećanje nije ispunjeno, ni nakon angažovanja nove grupe migranata, radnici su obustavili rad i zahtevali neisplaćene zarade, zbog čega je jedan od čuvara pucao na njih. Sud u Strazburu je utvrdio postojanje prinudnog rada i trgovine ljudima u svrhu radne eksploatacije, budući da su radnici dobrovoljno prihvatili da rade za poslodavca, ali su njihovi uslovi rada bili značajno gori od dogovorenih i bilo im je zaprećeno da im zarade neće biti isplaćene ako prestanu sa radom. Takva kvalifikacija je, po oceni Suda, primerena, uprkos tome što radnicima nije bila ograničena sloboda kretanja, jer to ograničenje ne predstavlja nužan element pojma trgovine ljudima u svrhu radne eksploatacije.

77 Presuda u predmetu Čaudhari (*Chowdhury*) i drugi protiv Grčke, predstavka broj 21884/15, od 30. marta 2017. godine, stav 110.

78 K. Skrivankova, *op. cit.*, 7.

79 Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, pri tom, ne sadrži izričitu zabranu prinudnog rada, ali potvrđuje slobodu rada /kao sastavni deo prava na rad/ (član 23, stav 1). Ipak, pripremni radovi (*travaux préparatoires*), koji su prethodili utvrđivanju teksta Deklaracije, pokazuju da je zabranom ropstva i ropskog položaja iz člana 4 Deklaracije obuhvaćena i zabrana prinudnog

jeni su pod okriljem Međunarodne organizacije rada. Konvencijom broj 29 ove organizacije (1930) utvrđena je, naime, obaveza država ugovornica da „ukinu korišćenje prinudnog ili obaveznog rada u svim njegovim oblicima, u što je moguće kraćem roku,⁸⁰ a, što je bilo usmereno prevashodno na ukidanje prinudnog rada korišćenog iz ekonomskih razloga u kolonijama i nekim nerazvijenim državama. Tri decenije kasnije usvojena je Konvencija broj 105, čijim je odredbama, u svetlu novih društvenih okolnosti, zabranjena, između ostalog, i upotreba prinudnog rada kao sredstva za političko prevaspitavanje neistomišljenika, postizanje privrednog rasta ili obezbeđivanje radne discipline.⁸¹ Premda su bezmalo univerzalno prihvaćene,⁸² prilikom implementacije ovih dveju konvencija pojavljivaju se propusti, o čemu, između ostalog, govori i podatak da je u 2012. godini, čak 20,9 miliona lica obavljalo prinudni rad.⁸³ S tim u vezi, valja imati u vidu da je novo vreme donelo sa sobom i nove oblike prinudnog rada i drugačiji kontekst njegovog obavljanja, što posebno uključuje trgovinu ljudima u svrhu prinudnog rada i/ili seksualne eksploatacije, protiv kojih treba osmisliti i preduzeti delotvorne mere. Ta potreba prepoznata je od strane više međunarodnih organizacija, kojima se 2014. godine priključila i Međunarodna organizacija rada usvajanjem Protokola uz Konvenciju broj 29, koji je dve godine kasnije stupio na snagu.⁸⁴ Ovim protokolom uređene su mere za sprečavanje novih oblika prinudnog rada, kao i mere za zaštitu njihovih žrtava (kompenzacija i rehabilitacija), a isti predmet regulisanja ima i Preporuka o dopunskim merama za delotvorno ukidanje prinudnog rada (2014).⁸⁵ Potonja dva izvora prava Međunarodne organizacije rada se nadovezuju na međunarodne instrumente za zaštitu od trgovine ljudima, ali, za razliku od njih, svoju „snagu” izvlače i iz činjenice da su usvojena kao rezultat kompromisa postignutog ne samo od strane predstavnika vlada država članica, već i predstavnika radnika i poslodavaca u tim državama. Na taj način je, u skladu

rada, jer je on smatran posebnim oblikom eksploatacije ljudi. Sa druge strane, na izričitu zabranu prinudnog rada nailazimo u Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima (član 8, stav 3) i mnogim regionalnim instrumentima za zaštitu ljudskih prava, uključujući Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (član 4, st. 2–3). U tom nizu se ne nalazi i Evropska socijalna povelja, ali je u jurisprudenciji Evropskog komiteta za socijalna prava potvrđeno to da obaveza delotvorne zaštite prava svakog da zarađuje za život na slobodno odabranom poslu (član 2, stav 2 Povelje) uključuje i obavezu država ugovornica da obezbede zaštitu od prinudnog rada.

- 80 Konvencija Međunarodne organizacije rada broj 29 o prinudnom ili obaveznom radu („Službene novine Kraljevine Jugoslavije”, broj 297/1932), član 1, stav 1.
- 81 Konvencija Međunarodne organizacije rada broj 105 koja se odnosi na ukidanje prinudnog rada („Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori”, broj 13/2002), član 1.
- 82 Ratifikovalo ih je čak 178, odnosno 175 od ukupno 187 država članica Međunarodne organizacije rada, nav. prema podacima dostupnim na adresi: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:1:.....;10.3.2018>.
- 83 Žrtve radne eksploatacije činilo je 68% ovih lica, s tim što je ¼ ukupnog broja žrtava bila izložena prinudnom radu usled migracija unutar države porekla ili usled prekograničnog kretanja. „New ILO global estimate of forced labour”, http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_182109/lang-en/index.htm, 6.3.2018.
- 84 ILO Protocol of 2014 to the Forced Labour Convention.
- 85 ILO Recommendation No. 203 on supplementary measures for the effective suppression of forced labour.

sa načelom tripartizma, omogućena i intenzivnija integracija predstavnika radnika u proces razvoja zaštite od prinudnog rada, što nije slučaj sa ostalim međunarodnim organizacijama i njihovim ugovornim telima.

Zaštita od prinudnog rada i kažnjavanje lica koja ga koriste ne može se obezbediti samo na osnovu garantija sadržanih u ratifikovanim međunarodnim konvencijama ili samo na osnovu ustavne zabrane prinudnog rada. Standardima Međunarodne organizacije rada je, otud, propisana obaveza da se prinudni rad zabrani krivičnim zakonodavstvom.⁸⁶ To nisu učinile sve države ugovornice Konvencije broj 29, dok je u državama u čije je zakonodavstvo uvedeno krivično delo prinudni rad, to učinjeno na dva načina. Prvi od njih podrazumeva neposrednu zabranu prinudnog rada (i ropstva i položaja sličnog ropstvu), kao takvog, dok se po drugom pristupu prinudni rad tretira samo kao posledica trgovine ljudima.⁸⁷ Potonji pristup, preciznije, podrazumeva uvođenje krivičnog dela trgovina ljudima u svrhu prinudnog rada, tako da je kažnjavanje za prinudni rad moguće samo ako je on bio cilj trgovine ljudima. Žrtve prinudnog rada, na taj način, bivaju dovedene u nepovoljniji položaj, jer nemaju pristup programima pomoći i zaštite žrtava trgovine ljudima, ako su prinudnom radu bili izloženi van konteksta trgovine ljudima.⁸⁸ Sa druge strane, nacionalna iskustva pokazuju da uspešna zaštita od prinudnog rada pretpostavlja kombinaciju krivičnopravne i radnopravne intervencije, budući da stvaranje uslova za delotvornu primenu radnopravnih propisa, uključujući i postojanje inspeksijskog i drugih oblika nadzora nad njihovom primenom – omogućava suzbijanje radne eksploatacije i njenog izobličavanja u prinudni rad.

5.2. Sadržina pojma prinudnog rada

5.2.1. Izostanak dobrovoljnog pristanka za rad

U zakonodavstvu, praksi i teoriji radnog prava opšteprihvaćenom definicijom prinudnog rada smatra se definicija iz Konvencije Međunarodne organizacije rada broj 29: *'svaki rad ili služba koja se zahteva od nekog lica pod pretnjom bilo kakve kazne, a za koje se to lice nije dobrovoljno ponudilo.'*⁸⁹ Na osnovu predmetne definicije moguće je uočiti dva bitna elementa prinudnog rada: *izostanak dobrovoljnog pristanka na rad, i pretnju kaznom.*

86 „Nezakonito podvrgavanje prisilnom ili obaveznom radu mora biti kažnjivo kao krivično delo, i svaka članica koja ratifikuje ovu konvenciju obavezna je da osigura to da su zakonom propisane kazne zaista primerene i da se strogo primenjuju”. Konvencija Međunarodne organizacije rada broj 29, član 25.

87 K. Skrivankova, *op. cit.*, 7.

88 *Ibid.*

89 Konvencija Međunarodne organizacije rada broj 29 o prinudnom ili obaveznom radu („Službene novine Kraljevine Jugoslavije”, broj 297/1932), član 2, stav 1; za analizu ove i drugih odredaba Konvencije vid.: Borivoje Šunderić, *Pravo Međunarodne organizacije rada*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2001, 165–171; Goran Obradović, *Prinudni rad u međunarodnom i uporednom pravu*, u: Radoje Brković (prir.), „Radno pravo u uslovima tranzicije”, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2003, 179–186; Aleksandar Petrović, *Međunarodni standardi rada*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2009, 145–165.

Prvi element podrazumeva da niko nije dužan da prihvati ponuđeno zaposlenje, niti može biti primoran da se stavi u službu drugog, baš kao što je zabranjen i trajni (doživotni) rad.⁹⁰ To, dalje, znači da prinudni rad postoji onda kada je inicijalno izostala dobrovoljnost za radno angažovanje jednog lica, kao i onda kada je ono slobodno angažovano, ali više ne želi da nastavi sa radom.⁹¹ Radnik, otud, ima pravo da u svakom slučaju povuče ranije datu saglasnost za rad, jer je pravo na slobodan izbor zaposlenja neotuđivo i takvo treba da bude u svakom trenutku.⁹² Postojanje saglasnosti za rad pretpostavlja i pravo radnika da u svakom trenutku inicira prestanak radnog angažovanja, ako to želi, naravno, uz obavezu poštovanja zakonskog pravila o otkaznom roku i načela savesnosti i poštenja, tako da će prinudni rad postojati i onda kada radnik ne može da se povuče sa rada, bez rizika da zbog toga bude kažnjen. Ova okolnost najčešće nastaje onda kada je radnik, po stupanju na rad, shvatio da je bio u zabludi u pogledu prirode poverenog posla ili uslovâ u kojima se on obavlja. U tom smislu se u jurisprudenciji nadležnih međunarodnih ugovornih nadzornih tela, kao i nacionalnih sudova nemalog broja država, inicijalna saglasnost radnika da bude angažovan ne smatra smetnjom za kvalifikaciju prinudnog rada, ako je on bio prevaren u vezi sa prirodom posla i uslovima rada.⁹³ Sa druge strane, prinudnim radom se, videli smo, ne može smatrati ni rad koji se obavlja iz ekonomske nužde, tj. zbog činjenice da, uprokos degradirajućim uslovima rada, radnik ostaje u radnom odnosu jer ne može da pronadje novo zaposlenje.⁹⁴

Pravilno razumevanje pojma prinudnog rada, pri tom, pretpostavlja i njegovo razgraničenje od drugih srodnih pojmova, pre svega od pojma obaveznog rada (engl. *compulsory labour*, fr. *travail obligatoire*), budući da odredbe pomenutih izvora prava međunarodnog porekla govore o „prinudnom ili obaveznom radu”. Iz takvog nomotehničkog rešenja proizlazi to da se prinudni i obavezni rad smatraju istovetnim oblicima rada, s tim što valja imati u vidu da se obavezni rad obavlja „uz formalni, ne i stvarni, pristanak radnika”.⁹⁵ Pridev „obavezni” u sintagmi obavezni rad ne podrazumeva, međutim, bilo koji oblik pravne obaveze, zbog čega se tako ne može kvalifikovati situacija u kojoj je jedno lice dobrovoljno zaključilo ugovor, a sukontrahtent od njega zahteva da izvrši prestaciju rada preteći mu kaznom ukoliko to ne bude učinjeno.⁹⁶

90 Borivoje Šunderić, *Radni odnos: teorija, norma, praksa*, Kultura, Beograd, 1990, 47.

91 Lenia Samuel, *Droits sociaux fondamentaux – Jurisprudence de la Charte sociale européenne*, 2^e édition, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2002, 19.

92 International Labour Organization (2007) *Report III (Part 1 B), General Survey concerning the Forced Labour Convention, 1930 (No.29), and the Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (No. 105)*, International Labour Conference, 96th Session, Geneva, stav 40.

93 K. Skrivankova, *op. cit.*, 7.

94 International Labour Conference, *A global alliance against forced labour. Global report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, International Labour Office, Geneva, 2005, 5.

95 Anton Ravnić, *Osnove radnog prava – domaćeg, usporednog i međunarodnog*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2004, 85–86.

96 Council of Europe/European Court of Human Rights, *Prohibition of slavery and forced labour. Article 4 of the Convention – Key case-law issues*, 2012, stav 23.

5.2.2. Pretnja kaznom

Kao element prinudnog rada, pretnja kaznom se može ispoljiti u različitim oblicima, od onih najekstremnijih, koji uključuju fizičko nasilje, preko pretnje krivičnom sankcijom,⁹⁷ do gubitka bilo kog prava ili pogodnosti, koje mogu biti vezane za napredovanje, raspoređivanje na drugi posao, pristup novom zaposlenju, korišćenje stana, učešće u određenom obrazovnom programu i slično.⁹⁸ Takođe, kazna može biti i finansijske prirode, kao što je to, primera radi, slučaj sa pretnjom otkazom ugovora o radu ili neisploćavanjem minimalne zarade zaposlenom koji odbija da postupi u skladu sa nezakonitim poslodavčevim zahtevom za prekovremenim radom, budući da se u tim slučajevima zloupotrebljava osetljiv položaj radnika, koji se ne može izjednačiti sa pogoršanjem uslova rada.⁹⁹ Sa druge strane, Evropski sud za ljudska prava kvalifikuje kao pretnju kaznom i pretnju brisanjem advokatskog pripravnika iz spiska advokatskih pripravnika (i pretnju odbijanjem njegove prijave za upis u registar advokata), ako je, bez opravdanog razloga, odbio da besplatno brani lice koje nije moglo da plati advokatske usluge.¹⁰⁰ Evropski komitet za socijalna prava smatra kaznom i gubitak prava iz osiguranja za slučaj nezaposlenosti koji su pojedina zakonodavstva o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti utvrđivala kao posledicu povrede obaveze nezaposlenog lica da aktivno traži zaposlenje, a, naročito kao posledicu neprihvatanja *nedogovarajućeg (nepodesnog)* zaposlenja koje mu je ponudila služba za zapošljavanje.¹⁰¹ Ovo tim pre što je jedan od ciljeva osiguranja za slučaj nezaposlenosti to da, barem u inicijalnom periodu nezaposlenosti, zaštititi nezaposlenog od obaveze da prihvati bilo koje zaposlenje, odnosno da mu omogućiti da pronade zaposlenje koje odgovara njegovim sposobnostima i veštinama.¹⁰² U jurisprudenciji istog ugovornog nadzornog tela Saveta Evrope zauzet je stav da kvalifikaciji prinudnog rada ima mesta i u slučaju da se od nezaposlenog, takođe, pod pretnjom gubitka socijalnih prestacija, zahteva prihvatanje ponuđenog zaposlenja, ako se radi u uslovima koji su gori od onih u kojima

97 Tako je, primera radi, u jurisprudenciji Evropskog komiteta za socijalna prava, kao prinudni rad kvalifikovana pretnja krivičnom sankcijom pomorcima koji napuste svoje položaje, uključujući i situacije u kojima nije ugrožena bezbednost ljudi na palubi broda. Nav. prema Simon Deakin, „The right to work”, u: Niklas Bruun, Klaus Lörcher, Isabelle Schömann, Stefan Clauwaert (eds.), *The European Social Charter and employment relation*, Hart Publishing, Oxford – Portland, Oregon, 2017, 158.

98 Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, *General survey concerning the Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), and the Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (No. 105)*, International Labour Conference, 96th Session, Geneva, 2007, stav 37.

99 International Labour Conference, *A global alliance against forced labour*, 5.

100 Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Van der Musel (*Van der Mussele*) protiv Belgije od 23. novembra 1983. godine (predstavka broj 8919/80), stav 35.

101 L. Samuel, *op. cit.*, 20.

102 Tako je rezonovao i Komitet eksperata za primenu konvencija i preporuka Međunarodne organizacije rada, vid.: Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, *General survey concerning the Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), and the Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (No. 105)*, stav 129. Više o ovom pitanju vid. u našem radu *Zabrana prinudnog rada u međunarodnom pravu, sa posebnim osvrtom na granice obaveznog rada zatvorenika*, u: Đorđe Ignjatović (ur.), „Kaznena reakcija u Srbiji. III deo”, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, 225–226.

se redovno obavlja određeni posao, kao i ako se za rad dobija naknada niža od one koja se redovno isplaćuje za određeni posao ili, pak, niža od minimalne zarade na regionalnom ili nacionalnom nivou.¹⁰³ Isto vredi i za situacije u kojima se nezaposlenim licima nudi posao koji ugrožava njihovo zdravlje ili vređa njihovo dostojanstvo i integritet, ali i posao čije obavljanje nije moguće bez nerazumno dugog putovanja zaposlenog od kuće do mesta rada i nazad.¹⁰⁴ Takođe, prinudnim radom treba smatrati i obavezu dugotrajnog radnog staža koja, po završenom obrazovanju i obuci, postoji za stipendiste ministarstava nadležnih za poslove odbrane ili za unutrašnje poslove, a, pod pretnjom povraćaja sredstava koje je država uložila u njihovo obrazovanje i obuku, u slučaju da iniciraju prestanak radnog odnosa pre isteka određenog perioda (konkretno 25 godina radnog staža).¹⁰⁵

Navedeni primeri daju mesta zaključku da se prinudni rad uspostavlja onda kada postoji *neposredna ili posredna pretnja kaznom*, kao i da pojam kazne treba *ekstenzivno tumačiti* ne bi li se zabranom prinudnog rada obuhvatili svi njegovi oblici.¹⁰⁶ To je potvrđeno i u presudi Evropskog suda za ljudska prava u *predmetu Silijadan (Siliadin) protiv Francuske*, u kojem nije postojala pretnja kaznom u klasičnom smislu reči, već se radnica nalazila u situaciji koja je, zbog svoje ozbiljnosti, bila *ekvivalentna postojanju opasnosti od kazne*.¹⁰⁷ Ovo stoga što je, tokom dužeg vremena, radila bez naknade za rad, i živela u stalnom strahu od otkrivanja njenog ilegalnog migrantskog statusa i hapšenja, a, što, zajedno sa nedovoljnim poznavanjem prilika u državi prijema, pogoduje uspostavljanju, održavanju i produbljivanju njene zavisnosti od poslodavca.¹⁰⁸ Sud je našao da je u ovom slučaju postojao i element prinudnog rada koji se tiče izostanka dobrovoljnog pristanka na rad, budući da radnica nije imala nikakvu mogućnost da bira da li će raditi za svog „poslodavca” ili ne.¹⁰⁹ Ovo naročito stoga što je, kao ilegalni migrant i radnik u domaćinstvu poslodavca, bila izolovana od francuskog društva i nije mogla očekivati da će se njena situacija poboljšati, dok je alternativa radu i životu u nehuman-

103 Nav. prema S. Deakin, 159.

104 U praksi Evropskog komiteta za socijalna prava, uslovljavanje ostvarivanja socijalnih prestacija prihvatanjem ponuđenog radnog angažovanja ne smatra se prinudnim radom, samo ako određeni angažman ne povređuje dostojanstvo radnika i njegove porodične dužnosti i ako se, opštije posmatrano, ne može smatrati eksploatatorskim. S. Deakin, *op. cit.*, 159.

105 Odluka Evropskog komiteta za socijalna prava u predmetu *FIDH protiv Grčke*, od 2. decembra 2000. godine, kolektivna pritužba broj 7/2000, stav 21, <https://rm.coe.int/no-7-2000-international-federation-of-human-rights-leagues-fidh-v-gree/1680743541>, 23.3.2018.

106 A. Ravnić, *op. cit.*, 85.

107 Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Silijadan (Siliadin) protiv Francuske*, od 26. jula 2005. godine (predstavka br. 73316/01), stav 118. Radnica je bila adolescentkinja iz Togo koja se obavezala da će obavljati kućne poslove u domaćinstvu „poslodavca”, dok ne isplati cenu avionske karte koju joj je on prethodno kupio, nakon čega je poslodavac trebalo da se postara o njenom obrazovanju i dobijanju odobrenja za boravak na teritoriji Francuske. Suprotno dogovoru, poslodavac je radnici oduzeo pasoš i zahtevao od nje da besplatno obavlja poslove u njegovom domaćinstvu, da bi je kasnije „uputio” na rad kod jednog bračnog para, za koji je tri godine besplatno obavljala kućne poslove i starala se o njihovoj deci 15 sati svakog dana, stanujući u dečijoj sobi, uz pravo da napusti kuću samo radi odvođenja dece na časove ili druge aktivnosti.

108 V. Mantouvalou, „Servitude and forced labour in the 21st century”, *op. cit.*, 414.

109 M. Ssenyonjo, *op. cit.*, 309.

nim uslovima bila njena verovatna deportacija u domovinu. Presuda u pomenutom predmetu osobena je i po tome što je Evropski sud za ljudska prava ignorisao zahtev podnositeljke predstavke da ponašanje prema njoj kvalifikuje kao trgovinu ljudima, potvrdivši da su u datom slučaju postojali samo elementi prinudnog rada i ropskog položaja. To se može objasniti, između ostalog, i činjenicom da u vreme odlučivanja o ovom predmetu, Konvencija Saveta Evrope o borbi protiv trgovine ljudima još nije bila stupila na snagu.¹¹⁰

6. ODNOS ROPSTVA, ODNOSNO ROPSKOG POLOŽAJA, I RADNE EKSPLOATACIJE

Ropstvo podrazumeva vršenje nekog ili svih ovlašćenja proisteklih iz prava svojine prema jednom licu,¹¹¹ zbog čega se i može razumeti kao „eksploatacija čoveka”¹¹². Premda se u slučaju ropstva, od određenog lica redovno zahteva i obavljanje prinudnog rada, taj zahtev nije specifično obeležje ropstva. Umesto toga, njegovo specifično obeležje predstavlja vršenje svojinskih ovlašćenja u odnosu na drugog, kako bi se on nagnao da radi ili kako bi se njime raspolagalo.¹¹³ Tog obeležja nema kod prinudnog rada, budući da lice koje zahteva prinudni rad nema pravo da prema radniku vrši svojinska ovlašćenja, niti nad njim može vršiti apsolutni nadzor.

Konceptija ropstva, pri tom, nije statična, već neprestano zadobija nove oblike, zbog čega se u literaturi neretko pominje i pojam *modernog ili savremenog ropstva*, istina sa toliko širokim značenjem da, bezmalo, ostaje bez značenja.¹¹⁴ No, i pored ove ograde, može se konstatovati da oblike modernog ropstva, uz svojinska ovlašćenja, a u nekim slučajevima, čak i mnogo više od svojinskih ovlašćenja, bitno određuje *prekomerna kontrola drugog lica*.¹¹⁵ Tako se kao najrasprostranjeniji moderni

110 B. Milisavljević, B. Čučković, *op. cit.*, 259.

111 „Ropstvo je stanje ili položaj u kojem se nalazi lice nad kojim se vrše sva ili neka ovlašćenja iz prava svojine”. Konvencija o ropstvu („Službene novine Kraljevine SHS”, broj 234/1929), član 1, stav 1.

112 Suzanne Miers, „Le nouveau visage de l’esclavage au XX^e siècle”, *Cahier d’études africaines*, vol. XLV, br. 3–4/2005, 682–683. U vanpravnoj literaturi, pre svega onoj sociološkoj, osporava se davanje prevashodstva svojinskim ovlašćenjima u odnosu na druge elemente pojma ropstva. Neki autori, poput Petersona (*Orlando Patterson*), veruju da vršenje svojinskih ovlašćenja nije dovoljno za kvalifikaciju ropstva, budući da u savremenom svetu postoje slučajevi u kojima se prema određenim licima ponaša kao prema stvarima koje se mogu kupovati i prodavati, ali se ne mogu smatrati robovima, kao što je to slučaj sa profesionalnim sportistima. Stoga se nameće potreba za drugim, pouzdanijim kriterijumima za kvalifikaciju ropstva, poput vlasti koju vrši druga strana, korena te vlasti i otuđenja žrtve od društva (koje Peterson označava izrazom „društvena smrt” / engl. *social death*). Ipak, postoji i drugačije stanovište, po kojem moderne oblike ropstva, ipak, odlikuje vršenje svojinskih ovlašćenja, ako ne *de iure*, onda, svakako, *de facto*. To je, primera radi, vidljivo kod lica koje drugo lice premešta iz jednog mesta u drugo i predaje trećem licu, koje ga, opet, prihvata kao neku vrstu poklona, a što svedoči o neposrednom, ekskluzivnom i opipljivom posedovanju žrtve, koja je, uz sve to, i izolovana od društva. V. Mantouvalou, „The prohibition of slavery, servitude and forced and compulsory labour under article 4 ECHR”, *op.cit.*, 150.

113 J. Probst, D. Efionayi-Mäder, *op. cit.*, 25.

114 S. Miers, *op. cit.*, 683.

115 *Ibid.*, 687. To je potvrđeno i u praksi Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju, po kojoj, elementima modernog ropstva treba smatrati, između ostalog, i kontrolu nečijeg kretanja,

oblici ropstva pominju dužničko ropstvo (kao rad koji se obavlja radi otplate duga, pri čemu dug može nastati kao posledica pravnog posla između radnika ili člana njegove porodice i „poslodavca”, ali može biti i fiktivan), dečije ropstvo, neželjena prostitucija i trgovina ljudima. Na ovom fonu bila je i presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Rancev protiv Kipra i Rusije, u kojoj je zaključeno da je trgovina ljudima, zbog svoje prirode i eksploatatorskog cilja, zasnovana na vršenju ovlašćenja koja se pripisuju pravu svojine.¹¹⁶ Kod trgovine ljudima, ljudska bića se tretiraju kao „roba koja se kupuje i prodaje i podvrgava prinudnom radu, neretko za nisku ili nikakvu naknadu, uobičajeno u seksualnoj industriji ili bilo gde drugde. Ona povlači za sobom blizak nadzor nad aktivnostima žrtava, čije je kretanje često ograničeno. Uključuje i upotrebu nasilja i pretnji protiv žrtava, koje žive i rade u skromnim uslovima”.¹¹⁷

Vršenje ovlašćenja koja čine sadržinu prava svojine izostaje i u slučaju *ropskog položaja*, premda se i tada jedno lice lišava lične autonomije. Po mišljenju Evropskog suda za ljudska prava, reč je o naročito ozbiljnom obliku odricanja slobode, koji uključuje obavezu, odnosno primoravanje na pružanje usluga drugom licu, obavezu stanovanja u tuđim prostorijama i nemogućnost promene ovog stanja.¹¹⁸ Ropstvu i ropskom položaju zajedničko je i to da se odnose prevashodno na položaj određenog lica i njegove uslove života, dok je prinudni rad vezan za neželjeno obavljanje rada pod pretnjom kazne. Tako je u predmetu Silijadan protiv Francuske, Evropski sud za ljudska prava, pored postojanja prinudnog rada, utvrdio i postojanje ropskog položaja, zaključivši da sloboda radnice nije bila ograničena samo u pogledu obavljanja rada, već i u pogledu uslovâ života za čije unapređenje nije bilo izgleda.¹¹⁹ Radnica je, naime, bila u podređenom položaju, budući da nije imala

kontrolu fizičkog okruženja, psihološku kontrolu, mere koje se preduzimaju radi sprečavanja ili odvratanja od bekstva, silu, pretnju silom ili primoravanje, okrutno postupanje prema drugom, kontrolu seksualnosti i prinudni rad. Presuda u predmetu Kunarac, Vuković i Kovač, od 12. juna 2002. godine, stav 119, nav. prema: V. Mantouvalou, „The prohibition of slavery, servitude and forced and compulsory labour under article 4 ECHR”, *op.cit.*, 149.

- 116 Presuda u predmetu Rancev (*Rantsev*) protiv Kipra i Rusije, od 7. januara 2010. godine, predstavka broj 25965/04, stav 281.
- 117 *Ibid.* Više je indikatora modernog ropstva, poput niskih zarada i zadržavanja zarada, pretnje pogoršanjem uslovâ rada, oduzimanja dokumenata, izolacije, nasilja prema žrtvi, nepoštovanja heteronomnih i autonomnih izvora radnog prava i ugovora o radu, zloupotrebe činjenice da radnik nije obrazovan ili da nema potrebne informacije, pretnje prijavljivanjem nadležnim organima, posebno ako lice ilegalno boravi na teritoriji određene države, obavljanja posla koji je štetan po zdravlje zaposlenog, i prekovremenog rada bez postojanja opravdanih razloga za to. Caroline Robinskon, *Combating labour exploitation through labour inspection*, Focus on Labour Exploitation, 2015, 8.
- 118 V. Mantouvalou, „The prohibition of slavery, servitude and forced and compulsory labour under article 4 ECHR”, *op. cit.*, 145.
- 119 Supružnici za koje je radnica radila su, po njenoj tužbi, bili krivično gonjeni zbog zloupotrebe zavisnog položaja, nedovoljno plaćenog rada i prisiljavanja radnice na život i rad u uslovima nedostojnim čoveka. Za razliku od prvostepenog suda, koji utvrdio njihovu odgovornost, Apelacioni sud u Parizu je oslobodio ova lica optužbe, utvrdivši da radnica nije radila u nehumanim uslovima, jer se, poput mnogih majki, svakodnevno starala o deci i spremala kuću. Ocenjeno je i da se njeni životni uslovi, i pored ograničene privatnosti, ne mogu kvalifikovati kao nehumani, jer nije stanovala u nehigijenskoj i nezdravoj sredini. Bračnom paru je, stoga, bila naložena samo

slobodu kretanja, a, zbog toga, kao i zbog iscrpljivanja svakodnevnim petnaestočasovnim radnim zadacima i bezmalo stalnom pripravnosti za rad – ni mogućnost da se obrazuje i socijalizuje. U ovoj presudi, ropски položaj je kvalifikovan i kao *naročito ozbiljan (pogoršan) oblik prinudnog ili obaveznog rada*, čime je ustanovljena *svojevrсна 'skala' ili 'unutrašnja hijerarhija' različitih oblika eksploatacije*, u kojoj ropски položaj predstavlja „blažu” eksploataciju od ropstva, ali ozbiljniji oblik eksploatacije od prinudnog rada.

Premda je u jednom delu literature, kvalifikacija ropskog položaja u predmetu Silijadan protiv Francuske ocenjena kao moderno čitanje i evolutivno tumačenje odredaba Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, pojedini pisci upozoravaju da je Sud, odlučivši da takvu eksploataciju u domaćinstvu poslodavca ne kvalifikuje kao ropstvo, propustio priliku da dâ značajniji doprinos borbi protiv modernih oblika ropstva.¹²⁰ Ovo stoga što je i ropstvu i ropskom položaju i prinudnom radu – svojstveno odsustvo saglasnosti žrtve i postojanje prinude, tako da se sva tri oblika eksploatacije suštinski razlikuju prema ograničenjima saglasnosti žrtve i stepenu prinude kojoj je ona izložena. U tom smislu se zaključuje da je Sud neopravdano podveo pod pojam ropskog položaja jedan moderan oblik ropstva, samo zato što „poslodavac”, pravno posmatrano, nije prema radnici ostvarivao pravo svojine. Ovo tim pre što opšteprihvaćena defincija ropstva iz Konvencije Društva naroda ne uslovljava postojanje ropstva vršenjem prava svojine, već vršenjem svih ili nekih ovlašćenja koja iz tog prava proizlaze. Stoga se i predlaže preispitivanje koncepcije ropstva i njeno proširenje sa „tradicionalnog” oblika najekstremnijeg potčinjavanja ljudi na savremene oblike eksploatacije, kojima je, i pored razlika u pojavnim oblicima, zajednička negacija ljudskog bića (tj. negacija humanosti žrtve).¹²¹ Smatra se, naime, da, i pored toga što imaju određena obeležja koja nisu upodobljena „klasičnom” ropstvu (odsustvo najpotpunijeg oblika ostvarivanja prava svojine, koji podrazumeva to da se prema određenom licu postupava kao

isplata pravične zarade. Ovaj slučaj je ispitivan pred Evropskim sudom za ljudska prava, u svetlu odgovora na pitanje da li je Francuska povredila odrebu člana 4 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, jer nije obezbedila dovoljnu i delotvornu krivičnopravnu zaštitu od ropstva, ropskog položaja i prinudnog ili obaveznog rada. Sud je našao da u krivičnom zakonodavstvu ove države nije postojala jasna i delotvorna zabrana ropstva, ropskog položaja i prinudnog ili obaveznog rada, čime je povređena (pozitivna) obaveza država ugovornica Konvencije da usvoje i primenjuju krivičnopravna pravila o kažnjavanju ovih pojava. Iako to ne može biti dovoljno za ukidanje ropstva, ropskog položaja i prinudnog ili obaveznog rada, njihova neposredna penalizacija i delotvorno krivično gonjenje osnažuju veru u delotvornu zaštitu osnovnih ljudskih prava radnikâ, čak i u najtežim slučajevima (Dragoljub Popović, *Evropsko pravo ljudskih prava*, JP „Službeni glasnik”, Beograd, 2012, 208–209. i 214). Ovo tim pre što u Francuskoj nije bilo neuobičajeno angažovanje migranata (pre svega migrantkinja), prevashodno iz zapadne Afrike (Obala Slonovače, Togo i Benin), ali i iz Madagaskara, Maroka, Indije, Šri Lanke i Filipina, za obavljanje kućnih poslova.

120 Michele Cavallo, „Formes contemporaines d'esclavage, servitude et travail forcé: LeTPIY et la CEDH entre passé et avenir”, *Droits fondamentaux*, broj 6, 2006, 1–16; Joël Andriantsimbazovina, „L'esclavage, la servitude et le travail forcé ou obligatoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Une échelle pertinente des formes d'exploitation de l'être humain?”, *Droits*, broj 52, 2010, 97–115.

121 *Ibid.*

prema stvari), novi oblici ropstva *de facto* proizvode posledice tipične za ropstvo. To je i razlog što se veruje da pojam modernog ropstva može da „apsorbuje” i slučajeve ropskog položaja i prinudnog rada.¹²²

LITERATURA

- Joël Andriantsimbazovina, „L'esclavage, la servitude et le travail forcé ou obligatoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Une échelle pertinente des formes d'exploitation de l'être humain?”, *Droits*, broj 52, 2010, 97–115.
- Assefa Bekele, Jo Boyden, *Combating child labour*, International Labour Organization, Geneva, 1988.
- Laurie Berg, Bassina Fabenblum, *Wage theft in Australia. Findings of the National Temporary Migrant Work Survey*, Migrant Worker Justice Initiative / UNSW Sydney / University of Technology, Sydney, 2017.
- Lammy Betten, *International labour law – Selected issues*, Kluwer, Deventer/Boston, 1993.
- Borislav T. Blagojević, „Ugovori po pristanku: formularni ugovori”, doktorska rasprava, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1934.
- Michèle Bonnechère, „L'optique du travail décent”, *Droit ouvrier*, février 2007, 57–74; Anne Trebilcock, *From social justice to decent work: An overview of the ILO's guiding ideals 1919–2008*, International Labour Office-International Institute for Labour Studies, Geneva, 2009.
- Radimir Brković, Bojan Urdarević, „Koncept pristojnog posla sa primerenom zaradom”, *Pravni život*, broj 11/2010, 805–817.
- Michele Cavallo, „Formes contemporaines d'esclavage, servitude et travail forcé: LeTPIY et la CEDH entre passé et avenir”, *Droits fondamentaux*, broj 6, 2006, 1–16.
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *The right to work: General comment No. 18*, adopted on 24 November 2005, UN Doc E/C.12/GC/18.
- Simon Deakin, „The right to work”, u: Niklas Bruun, Klaus Lörcher, Isabelle Schömann, Stefan Clauwaert (eds.), *The European Social Charter and employment relation*, Hart Publishing, Oxford – Portland, Oregon, 2017.
- Nicolas Font, *Le travail subordonné entre droit privé et droit public*, Dalloz, Paris, 2009.
- Bridie France, *Labour compliance to exploitation and the abuses in-between*, Labour Exploitation Advisory Group, 2016.
- Dharam Ghai, „Decent work: Concept and indicators”, *International Labour Review*, broj 2/2003, 113–145.
- Bob Hepple (ed.), *The making of labour law in Europe: A comparative study of nine countries up to 1945*, Mansell, London/New York, 1986.
- Virginia Mantouvalou, „Are labour rights human rights?”, *UCL Labour Rights Institute On-Line Working Papers*, X, 2012, 1–27.
- Ljubinka Kovačević, „Plaćeni rad u domaćinstvu poslodavca”, *Radno i socijalno pravo*, broj 2/2013, 75–102.
- Ljubinka Kovačević, *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice* Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013.
- Ljubinka Kovačević, *Zabrana prinudnog rada u međunarodnom pravu, sa posebnim osvrtom na granice obaveznog rada zatvorenika*, u: Đorđe Ignjatović (ur.), „Kaznena reakcija u Srbiji. III deo”, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, 220–245.

122 *Ibid.*

- Ivana Krstić, Bojana Čučković, *Trgovina ljudima – međunarodni i domaći pravni standardi: Praktikum*, Zajednički program UNHCR, UNODC, IOM za brobu protiv trgovine ljudima u Srbiji, Beograd, 2012.
- Virginia Mantouvalou, „Human rights for precarious workers: The legislative precariousness of domestic labour”, *UCL Labour Rights Institute On-Line Working Papers*, broj 2/2012.
- Virginia Mantouvalou, „Labour rights in the European Convention on Human Rights: An intellectual justification for an integrated approach to interpretation”, *Human Rights Law Review*, vol. 13, broj 3/2013, 529–555.
- Virginia Mantouvalou, „Servitude and forced labour in the 21st century: The human rights of domestic workers”, *Industrial Law Journal*, vol. 35, broj 4/2006, 395–414.
- Virginia Mantouvalou, „The many faces of slavery: the exemple of domestic work”, <http://ssrn.com/abstract=2046039>, 8.3.2018.
- Virginia Mantouvalou, „The prohibition of slavery, servitude and forced and compulsory labour under article 4 ECHR”, u: Filip Dossemont, Klaus Lörcher, Isabelle Schömann (ed.), *The European Convention on Human Rights and the employment relation*, Hart Publishing, Oxford – Portland, Oregon, 2013, 143–157.
- 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.
- Suzanne Miers, „Le nouveau visage de l’esclavage au XX^e siècle”, *Cahier d’études africaines*, vol. XLV, br. 3–4/2005, 667–688.
- Bojan Milisavljević, Bojana Čučković, *Case-law of the European Court of Human Rights relating to trafficking in human beings*, u: Dragana Kolarić (ur.), „Međunarodni naučni skup ‘Dani Arčibalda Rajsa’, Beograd, 3–4. mart 2015”, tom II, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2015, 257–266.
- NVO ASTRA – Akcija protiv trgovine ljudima, NVO La Strada, NVO Partnerstvo za društveni razvoj, *Slučaj radne eksploatacije državljana Republike Srbije, Republike Bosne i Hercegovine i Republike Makedonije u Republici Azerbejdžanu – Izveštaj iz zemalja porekla*, 2009.
- Goran Obradović, *Prinudni rad u međunarodnom i uporednom pravu*, u: Radoje Brković (prir.), „Radno pravo u uslovima tranzicije”, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2003, 179–186.
- Aleksandar Petrović, *Međunarodni standardi rada*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2009.
- Slobodanka Perić, *Pristojan rad*, Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, Kosovska Mitrovica, 2013.
- Dragoljub Popović, *Evropsko pravo ljudskih prava*, JP „Službeni glasnik”, Beograd, 2012.
- Johanna Probst, Denise Efonayi-Mäder, *Exploitation du travail dans le contexte de la traite des êtres humains. Etat des lieux en Suisse*, Université de Neuchâtel – Institut SFM, Neuchâtel, 2016.
- Mariyana Radeva Berket, „Labour exploitation and trafficking for labour exploitation – trends and challenges for policy-making”, *ERA Forum*, 2015, 359–377.
- Anton Ravnić, *Osnove radnog prava – domaćeg, usporednog i međunarodnog*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2004.
- Conny Rijken, „Trafficking in human beings for labour exploitation: Cooperation in an integrated approach”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 21, 2013, 9–35.

- Caroline Robinskon, *Combatting labour exploitation through labour inspection*, Focus on Labour Exploitation, 2015.
- Lenia Samuel, *Droits sociaux fondamentaux – Jurisprudence de la Charte sociale européenne*, 2^e édition, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2002.
- Klara Skrivankova, *Between decent work and forced labour: examining the continuum of exploitation*, The Joseph Rowntree Foundation, 2010.
- Manisuli Ssenyonjo, *Economic, social and cultural rights in international law*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2009.
- Elena Sychenko, „United Nation Organization”, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale – English electronic edition*, broj 4/2017, 214–217.
- Borivoje Šunderić, *Radni odnos: teorija, norma, praksa*, Kultura, Beograd, 1990, 47.
- Borivoje Šunderić, *Pravo Međunarodne organizacije rada*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2001.
- Borivoje Šunderić, „Osnovi međunarodnog radnog prava”, u: Katica Bobar (ur.), *Radni odnosi*, Glosarijum, Beograd, 2004, 203–289.
- United Nations General Assembly, *Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of slavery, including its causes and consequences*, 18 June 2010.
- Ben White, *Children, work and 'child labour': Changing responses to the employment of children*, Institute of Social Studies, The Hague, 1994.
- Matt Zwolinski, Alan Wertheimer, Odrednica „Exploitation”, u: Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford encyclopedia of philosophy* (summer 2017 edition), <https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/exploitation/>, 19.3.2018.
- ***, „New ILO global estimate of forced labour”, http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_182109/lang--en/index.htm, 6.3.2018.
- ***, *Severe labour exploitation: workers moving within or into the European Union*, FRA, 2, fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2016-severe-labour-exploitation-summary_en_0.pdf, 23.3.2018.

IZVORI PRAVA I DOKUMENTI UGOVORNIH TELA

- Konvencija o ropstvu („Službene novine Kraljevine SHS”, broj 234/1929).
- Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima ((Universal Declaration of Human Rights, adopted by General Assembly resolution 217 /III/ of 10 December 1948).
- Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, „Službeni list SFRJ”, broj 7/71.
- Protokol za prevenciju, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudskim bićima, naročito ženama i decom koji dopunjava Konvenciju Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala („Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori”, broj 6/01).
- Konvencija Međunarodne organizacije rada broj 29 o prinudnom ili obaveznom radu („Službene novine Kraljevine Jugoslavije”, broj 297/1932).
- Konvencija Međunarodne organizacije rada broj 105 koja se odnosi na ukidanje prinudnog rada („Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori”, broj 13/02).
- ILO Protocol of 2014 to the Forced Labour Convention.
- ILO Recommendation No. 203 on supplementary measures for the effective suppression of forced labour.

- ILO Recommendation No. 198 concerning the Employment Relationship.
- International Labour Conference, *A global alliance against forced labour. Global report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, International Labour Office, Geneva, 2005.
- International Labour Conference, 95th Session, *Report V(1). The employment relationship*, International Labour Office, Geneva, 2006.
- International Labour Conference, 99th session, Report IV(1), *Decent work for domestic workers*, International Labour Office, Geneva, 2010.
- International Labour Organization, *Report III (Part 1 B), General Survey concerning the Forced Labour Convention, 1930 (No.29), and the Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (No. 105)*, International Labour Conference, 96th Session, Geneva, 2007.
- International Labour Organization, *Operational indicators of trafficking in human beings: Results from a Delphi survey implemented by the ILO and the European Commission*, ILO, Geneva, 2009, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@declaration/documents/publication/wcms_105023.pdf, 23.3.2018 Evropska socijalna povelja, „Službeni glasnik RS”, broj 42/09.
- ILO, *Decent work*, Report of the Director-General, International Labour Conference, 87th Session, Geneva, 1999.
- Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, *General survey concerning the Forced Labour Convention, 1930 (No. 29), and the Abolition of Forced Labour Convention, 1957 (No. 105)*, International Labour Conference, 96th Session, Geneva, 2007.
- Konvencija Saveta Evrope o borbi protiv trgovine ljudima („Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori”, broj 19/09).
- Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Van der Musel (*Van der Mussele*) protiv Belgije od 23. novembra 1983. godine (predstavka broj 8919/80).
- Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Siliјadan (*Siliadin*) protiv Francuske od 26. jula 2005. godine (predstavka br. 73316/01).
- Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Rancev (*Rantsev*) protiv Kipra i Rusije, od 7. januara 2010. godine, predstavka broj 25965/04.
- Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Čaudhari (*Chowdhury*) i drugi protiv Grčke, od 30. marta 2017. godine, predstavka broj 21884/15.
- Odluka Evropskog komiteta za socijalna prava u predmetu *FIDH protiv Grčke*, od 2. decembra 2000. godine, kolektivna pritužba broj 7/2000, <https://rm.coe.int/no-7-2000-international-federation-of-human-rights-leagues-fidh-v-gree/1680743541>, 23.3.2018.
- Council of Europe/European Court of Human Rights, *Prohibition of slavery and forced labour. Article 4 of the Convention – Key case-law issues*, 2012.
- Council Directive 91/533/EEC of 14 October 1991 on an employer's obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract or employment relationship (*Official Journal* L 288, 18.10.1991, 32–35).
- 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 (*Official Journal* L 168, 30.6.2009, 24–32).
- Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA (*Official Journal* L 101, 15.4.2011, 1–11).
- Opinion of the European Economic and Social Committee on the professionalisation of domestic work, Brussels, 26 May 2010 (SOC/372).

Grupa eksperata za suzbijanje trgovine ljudima, *Nacrt izveštaj o sprovođenju Konvencije Saveta Evrope o borbi protiv trgovine ljudima za Srbiju*, GRETA(2017)37, stav 189, <https://rm.coe.int/greta-2017-37-frg-srb-srb/16807809fe>, 17.3.2018.

Ljubinka Kovačević

Faculty of Law, University of Belgrade

Labour exploitation – definition, differentiation from other similar phenomena and their mutual relationship

SUMMARY

Labour rights are rights that belong to workers as such, whether they are seeking employment, or are commissioned to perform paid work or used to be employed. These rights provide workers with economic security, as well as personal dignity and family stability. The aforementioned goals are reflected in the concept of decent work, which includes carrying out the work under the conditions of freedom, justice, security and dignity, as well as the protection of economic, social and other human rights of workers. Unfortunately, in practice, working conditions may differ from those promoted by the concept of decent work. Namely, violations of the relevant sources of (heteronomous and autonomous) labour law do occur, which can lead to labour exploitation or, at its extreme, to forced labour as a form of negation of the freedom of labour and the right to work. The literature, in this sense, recognizes the protection against labour exploitation (or the right to not be exploited at work) as a value derived from the right to dignity (V. Mantouvalou).

The term labour exploitation doesn't have a singular definition in contemporary literature, although, broadly speaking, it can be defined as exploiting someone else's vulnerable position to acquire personal gain or profit. The component that concerns the exploitation of someone else's vulnerable position consists of the violation of labour and other human rights, such as the right to life and the right to protection from inhuman and degrading treatment. This further means that labour exploitation implies working in poor, non-standard and degrading working conditions. In this regard, there is a question of how much the working conditions have to deteriorate in order to qualify as labour exploitation, since not every case of work in such conditions will develop (or get distorted) into labour exploitation. Such qualification will take place only when there is an apparent disproportion between the guaranteed and the exploitative working conditions, as well as when workers have no choice but to continue to work in conditions that damage their health or offend their dignity or endanger the economic safety of workers and their families or are degrading in some other way. It is not easy to pinpoint where one form of labour exploitation ends and another form begins, since exploitation of someone's work can be preceded by work in acceptable conditions, which can later be exacerbated to the extent of being distorted into forced labour, which is why the so-called the continuum of exploitation is worth being discussed (K. Skrivankova). There is a certain similarity between these phenomena as well as important differences, which is why establishing clear criteria for delineation of labour exploitation from other similar phenomena represents a prerequisite for effective implementation of the principle of legal certainty as well as effective protection of victims.

Moving away from the guarantee of basic labour rights is regularly associated with employers' efforts to reduce labour costs, in order to preserve business continuity, achieve com-

petitive advantage and maximize profits. Excessive limitation of labour rights and their lowering below the survival threshold, which is determined by the very essence of these rights, has been intensified by the changes occurring in the world of work, from the emergence of new organizational and performance regimes to fostering flexibility and deregulation of employment relations. A contributing factor here is the high unemployment rate, which is why employers hold a much greater actual influence over their workers than what is granted by law, especially when it comes to particularly sensitive categories of workers as well as workers with atypical employment and workers who work on the black market or have a disguised employment relationship. This is further enhanced by the fact that the work of employment agencies is insufficiently regulated and controlled, that the social partnership and social dialogue in Serbia are underdeveloped, that the proliferation of labour norms isn't accompanied by establishment of appropriate mechanisms, institutions and procedures for the realization and protection of rights as well as the fact that access to social justice is difficult. For example, the work of the labour inspection is burdened with numerous problems, the most significant of which is the modest financial resources at their disposal, as well as the insufficient number and insufficient training of labour inspectors. Adding to the problem is the ambiguous structure of their scope of work, which often results in them declaring that the reported cases fall outside of their jurisdiction. On the other hand, most of the labour disputes are handled by the Courts, in litigations that last longer than four years, on average. As a rule, the judges are slow to react to changes in the world of work and often fail to recognize the importance of interpretative use of international and European labour law. In addition, it seems that the potential of peaceful settlement of labour disputes hasn't been used enough in establishing and preserving the social peace, which further expands the possibility of violation of labour rights.

Labour exploitation can also occur as a consequence of human trafficking, which requires additional differentiation between violation of labour rights (and violation of labour legislation), labour exploitation, forced labour and trafficking for the purpose of labour exploitation. This is not an easy task, considering that the aforementioned terms, except for forced labour, haven't been clearly defined, while, in practice, they often occur one after the other. Having said that, we can conclude that labour exploitation and human trafficking are two different phenomena that can often go "hand in hand" and lead to human trafficking for the purpose of labour exploitation. In such cases, as confirmed in the ECtHR jurisprudence, human beings are treated as things that can be bought and sold and subjected to forced labour or other forms of labour exploitation, often without any or with minimal remuneration, with intense control over workers' activities, poor conditions of living and the use of threats and/or violence.

The concept of forced labour is built on two essential elements: absence of consent to work, and the threat of punishment. The first element means that no one is obliged to accept the offered employment, nor can be compelled to be put into service of another, just as the permanent (lifelong) work is forbidden. On the other hand, the element of punishment should be thoroughly studied, as it can manifest itself in various forms, from the most extreme, which involves the likelihood of physical violence, to the threat of criminal sanctions, to the threat of loss of certain rights or benefits.

On the other hand, slavery implies the exercise of some or all the prerogatives derived from the right of ownership over another person. In the case of slavery, a person is regularly required to perform forced labour, although this is not considered to be a specific feature of slavery. Instead, its distinctive feature is the exercise of ownership over another, in order to force them to work or have them at their owner's disposal. The concept of slavery, by the way, is not static, and continually takes new forms, which is why the term modern or

contemporary slavery is often cited in literature, although with such broad meaning that it becomes almost insignificant. Having said that, we can note that forms of modern slavery, besides ownership rights, and in some cases more than that, are significantly determined by excessive control over another person. Namely, even though they have certain features that are not considered “traditional” slavery (absence of the most complete form of exercise of ownership rights, meaning that a person is treated as a thing), new forms of slavery *de facto* produce consequences that are typical of slavery. This is why it is believed that the term modern slavery can “absorb” the cases of forced labour and servitude. Servitude, in the opinion of the ECtHR, includes the obligation to serve another person, to live on their premises and inability to change this. This represents a serious (“worse”) form of forced or compulsory labour, which establishes a certain gradation of various forms of exploitation, in which servitude represents “milder” form of exploitation than slavery, but a more serious form of exploitation than forced labour.

Key words: concept of decent work, violation of labour rights, exploitation of labour, trafficking in human beings for labour exploitation, forced labour, slavery, servitude.

KRAĐA IDENTITETA I KRIVIČNOPRAVNA ZAŠTITA LIČNIH PODATAKA U SAJBER OKRUŽENJU

Apstrakt: U radu se razmatra pitanje primerenosti postojeće pravne regulative sve češćim krađama i zloupotrebama ličnih podataka koje se vrše putem Interneta. Nakon uvodnih razmatranja u prvom delu rada se objašnjavaju najčešće tehnike neovlašćenog pribavljanja ličnih podataka u sajber okruženju. U drugom delu se analiziraju različiti vidovi zloupotrebe ličnih podataka koji mogu žrtvi naneti kako materijalnu tako i moralnu štetu. Na kraju se bavimo procesnim problemima sa akcentom na problematiku odnosno nemogućnost otkrivanja učinioca kod krivičnih dela koja se gone po privatnoj tužbi.

Ključne reči: Identitet, lični podaci, Internet, sajber kriminal.

1. UVOD

Nedavna afera u kojoj je kompanija Fejsbuk (*Facebook*) prodavala lične podatke korisnika kompaniji Kembridž Analitika (*Cambridge Analytica*) u prvi plan je stavilo pitanje značaja, vrednosti i zaštite ličnih podataka.¹ U anglosaksonskim državama krađa identiteta predviđena je kao posebno krivično delo,² dok evrokontinentalne države stoje na stanovištu da je identitet dovoljno zaštićen postojećim krivičnim delima poput prevare, lažnog predstavljanja, falsifikovanja isprave, neovlašćenog objavljivanja tuđe fotografije, neovlašćenog prikupljanja ličnih podataka i sl.³

Pojam identiteta je složen filozofski pojam i prevazilazi lične podatke kojima se lice služi u pravnom prometu u smislu imena, prezimena, matičnog broja, broja pasoša i slično. Po Zakonu o zaštiti ličnih podataka (ZZPL)⁴ podatak o ličnosti je svaka informacija koja se odnosi na fizičko lice (čl. 3 st. 1 t. 1 ZZPL), a identitet fizičkog lica je određen ili odrediv na osnovu ličnog imena, jedinstvenog matičnog broja gra-

* docent, bajovic@ius.bg.ac.rs

1 O tome: <https://www.investopedia.com/tech/how-much-can-facebook-potentially-make-selling-your-data/>

2 Krađa identiteta je kao krivično delo predviđena u SAD-u (*United States Code*, Title 18, Section 1028 (a) (7)), Velikoj Britaniji (*The UK Fraud Act 2006*), Australiji i Kanadi i čini ga onaj ko „neovlašćeno pribavlja, poseduje, koristi ili trguje ličnim podacima drugog lica”. Vidi: OECD, *Scoping Paper on Online Identity Theft*, 2007, str. 13, dostupno na: <http://www.oecd.org/sti/40644196.pdf>

3 U Francuskoj je 2005. godine pred Senat iznet predlog zakona po kome bi krađa identiteta bila definisana kao posebno krivično delo ali je predlog odbijen pod obrazloženjem da zloupotreba ličnih podataka već adekvatno sankcionisana drugim krivičnim delima kao što su lažno predstavljanje, prevara, uvreda i sl. OECD, *op. cit.*, str. 14.

4 „Sl. glasnik RS”, br. 97/2008, 104/2009– dr. Zakon, 68/2012– odluka US i 107/2012.

dana, adresnog koda ili drugog obeležja njegovog fizičkog, psihološkog, duhovnog, ekonomskog, kulturnog ili društvenog identiteta (čl. 3 st. 1 t. 2 ZZLP). Navedene komponente identiteta (fizička, psihološka, duhovna, ekonomska, kulturna ili društvena) podrazumevaju različita obeležja ličnosti poput fizičkog izgleda, veroispovedi, kluba za koji navija, muzike koju sluša, mesta na kojima se kreće, knjiga koje čita, hobija koje ima itd. Lični identitet svakako ne spada u „pokretnu stvar” da bi bio predmet krivičnog dela krađe, ali nameće se pitanje da li su postojeće inkriminacije dovoljan garant njegove zaštite posebno u doba informatičke revolucije.

Sa razvojem interneta i sveopštom digitalizacijom, fizička krađa ili falsifikovanje pasoša, lične karte i ostalih ličnih dokumenata postala je prevaziđen metod. Za sve veći broj transakcija potrebni su nam samo brojevi dokumenata, ne i njihovo fizičko pokazivanje i „provlačenje” kartica. Primera radi prilikom kupovine avio karte preko interneta ne traži se uvid u putnu ispravu već samo njen broj, za uvid u birački spisak, poresku evidenciju, registar neplaćenih novčanih kazni i druge zvanične registre potrebno je samo ukucati JMBG, preko Interneta je moguće osnovati kompaniju, završiti fakultet, plaćati račune i sl. Pojedine lične podatke poput imena, prezimena, datuma rođenja i slično, sami dobrovoljno ostavljamo prilikom otvaranja profila na raznim društvenim mrežama i drugim internet stranicama, drugi se nalaze u digitalizovanim registrima raznih državnih organa, a svi podaci se nalaze u našim ličnim računarima. To olakšava život i poslovanje kako nama, tako i sajber prestupnicima koji na različite načine mogu doći do ovih podataka.

2. KAKO SE KRADU PODACI?

U virtuelnom okruženju učinilac može doći do ličnih podataka tako što neovlašćeno pristupi tuđem računaru ili računarskoj mreži (tzv. hakovanje) ili navede žrtvu da mu sama prosledi potrebne informacije različitim tehnikama društvenog inženjeringa odnosno tzv. „pecanja na Internetu” (*phishing*).

Imajući u vidu značaj podataka i dokumenata koji se danas čuvaju u računarima, neovlašćen pristup tuđem računaru može se porediti sa neovlašćenim ulaskom u tuđ stan i predstavlja krivično delo u većini država.⁵ Neovlašćen pristup zaštićenom računaru, računarskoj mreži i elektronskoj obradi podataka predviđen je kao krivično delo u članu 302 Krivičnog Zakonika (KZ)⁶ i čini ga onaj ko se, kršeći mere zaštite, neovlašćeno uključi u računar ili računarsku mrežu ili neovlašćeno pristupi elektronskoj obradi podataka. Teži oblik dela postoji ako učinilac snimi ili upotrebi podatak dobijen na taj način, a drugi teži oblik postoji ako je time došlo do zastoja ili ozbiljnog poremećaja funkcionisanja elektronske obrade i prenosa podataka ili mreže ili su nastupile druge teške posledice.⁷ Ovakvo ponašanje se naziva

5 O motivima hakera i pravnoj regulativi ovakvih napada u različitim državama opširnije: Chawki M, Darwish A, Khan M.A, Tyagi S, *Cybercrime, Digital Forensics and Jurisdiction*, Springer, 2015, 27–37.

6 „Sl. glasnik RS”, br. 85/2005, 88/2005-ispr., 107/2005-ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016.

7 O ovom delu opširnije: Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Sužbeni glasnik, Beograd, 2016, str. 912–913.

hakovanje dok se lica koja „upadaju” u tuđe računarske sisteme nazivaju hakerima.⁸ U nedostatku adekvatnog domaćeg izraza za navedene pojmove služićemo se ovom terminologijom koja se duboko ukorenila i u našem jeziku.

Meta napada mogu biti privatni računari korisnika a nisu isključeni ni „upadi” u elektronske baze podataka banaka, državnih organa, zdravstvenih i drugih ustanova koje raspolažu bazama podataka građana i preuzimanje ličnih podataka iz baze.⁹ Za neovlašćen pristup zaštićenom računaru, računarskoj mreži ili elektronskoj obradi podataka u našem pravu je predviđena novčana kazna ili kazna zatvora do šest meseci, dok je snimanje ili upotreba tako dobjenih podataka kažnjivo novčanom kaznom ili kaznom zatvora do dve godine.¹⁰ Za postojanje dela je neophodno da je učinilac prekršio „mere zaštite” što je po pravilu slučaj imajući u vidu da su današnji računari obično zaštićeni šifrom, ali je problem što žrtva napada najčešće i ne zna da je žrtva pa se ovakva dela i ne prijavljuju. Zbog toga pojedine države neovlašćeni pristup računarskom sistemu ne kažnjavaju, već posmatraju kao pripremnu radnju za izvršenje nekog drugog krivičnog dela, što se argumentuje time da pristup sam po sebi nema negativne posledice već čak može i ukazati na propuste u sistemu zaštite računara.

U pogledu načina izvršenja, fizički pristup i uključivanje tuđeg računara na mestu gde se on fizički nalazi nije isključena, ali je davno prevaziđena metoda.¹¹ Danas hakeri „upadaju” u tuđe računare i računarske sisteme sa prostorne udaljenosti koja se meri hiljadama kilometara i to putem virusa i drugih zlonamernih programa. Posećivanjem određenih web strana, instaliranjem određenih programa, ili skidanjem (*download*-ovanjem) određenih sadržaja, korisnik nesvesno na svoj računar može instalirati različite špijunske softvere od kojih su posebno rasprostranjeni tzv. *keylogger*-i koji registruju svaki pokret korisnika na tastaturi (samim tim i pristupne šifre) i dostavljaju ga trećem licu. Pravljenje i unošenje računarskih virusa

-
- 8 Veruje se da su hakeri nastali sa pojavom prvih računara, a njihovi motivi variraju i kreću se od prostog intelektualnog izazova, preko namere da se pribave podaci koji se čuvaju na računaru pa sve do politički motivisanih krivičnih dela. O tome: Anderson, *Hacktivism and Politically Motivated Computer Crime*, 2005, dostupno na: <http://www.rageuniversity.org/PRISONESCAPE/ANTI-TERROR%20LAWS/Politically-Motivated-Computer-Crime.pdf>
- 9 Primera radi pre par godina u domaćim medijima osvanula je vest da su hakeri preuzeli matične brojeve, brojeve telefona i druge podatke građana Srbije i to sa ciljem da ukažu na slabu zaštitu sistema. (O tome: <https://www.blic.rs/vesti/drustvo/drzimo-srbiju-u-saci-hakeri-tvrde-da-su-ukrali-jmbg-gotovo-svih-gradana/j59315x>). Pored toga, mete hakerskih napada bile su i NASA, Pentagon, Yahoo, Google, eBay itd. Detaljan istorijski prikaz hakerskih napada: http://en.wikipedia.org/wiki/Timeline_of_computer_security_hacker_history
- 10 Treći oblik dela odnosi se na situaciju kada usled neovlašćenog pristupa dođe do zastoja ili ozbiljnog poremećaja funkcionisanja elektronske obrade i prenosa podataka ili mreže ili nastupe druge teže posledice. Ovo se pre svega odnosi na tzv DoS (*Denial of Service*) napade kojima se mreža ili računar privremeno čini nedostupnom korisnicima i nije usmereno na preuzimanje podataka, pa i nisu predmet naše analize.
- 11 Realno zamisliv i pretpostavljamo relativno čest primer ovakvog izvršenja dela bi postojao ako neko uzme i „otključa” tuđ mobilni telefon zaštićen šifrom. Iako na taj način čini sva obeležja dela iz člana 302 st. 1 KZ-a sumnjamo da bi iko ovo prijavio kao krivično delo, da bi nadležni organi reagovali u slučaju prijave, kao i da je zakonodavac prilikom propisivanja ove inkriminacije uopšte imao na umu ovakve slučajeve imajući u vidu da su „pametni telefoni” koji u sebi sadrže računarske sisteme doživeli ekspanziju nakon propisivanja krivičnih dela protiv bezbednosti računarskih podataka u KZ Srbije.

je u našem pravu predviđeno kao krivično delo (čl. 300 KZ), za koje niko nikada nije odgovarao, budući da korisnik najčešće i ne zna da mu je računar „zaražen”. Čak i kada primeti nepravilnosti u radu računara korisniku je daleko jednostavnije da se obrati IT stručnjaku za rešavanje problema, nego da podnosi krivičnu prijavu za delo iz člana 300 i čeka da se „slučaj rasvetli”. Virusi se u virtuelnom okruženju šire istom brzinom kao virusi u realnom, fizičkom okruženju, pa je faktički nemoguće utvrditi način na koji se računar „zarazio”, ko je tvorac virusa, ko je prvi uneo virus u tuđ računar ili računarsku mrežu i druge pravno relevantne činjenice za postojanje ovog dela.

Učinilac ne mora biti kompjuterski „mag” da bi pribavio tuđe podatke. U sajber okruženju su sve razvijene tehnike tzv. fišinga (*phishing*) ili „pecanja” na mreži, kojima se lakoverna žrtva sama navodi da dostavi određene podatke.¹² Učinilac šalje na hiljade e-mailova iste sadržine nadajući se da će u moru internet korisnika neko „upecati” na ovaj mamac.¹³ Veoma popularan način fišinga su takozvane nigerijske prevare ili nigerijske šeme u kojima se na obično lošem i gramatički neispravnom jeziku od korisnika zahteva da dostavi lične podatke i broj bankovnog računa ili da uplati po pravilu malu sumu novca kako bi joj bilo prosleđeno nasledstvo od iznenada preminulog rođaka iz Nove Gvineje ili deo profita nepoznatog milijardera u zamenu za prebacivanje određene svote novca preko bankovnog računa žrtve.

Nešto lukaviji način „pecanja” su e-mailovi koji naizgled potiču od administratora mreže, banke, legitimne državne ili međunarodne institucije, organizatora naučne konferencije i slično, u kojima se od korisnika zahteva da unese određene podatke kako mu nalog ne bi bio ugašen, kako bi se ažurirali određeni podaci, radi prijave na naučnu konferenciju i slično. Ovakvi mailovi neretko imaju e-mail adresu koja sadrži ime dotične institucije i neretko se služe njenim logom (npr. umesto pravni@ius.bg.ac.rs, „pecaroška” poruka može stizati sa adrese pravni.fakultet@yahoo.com). Pored toga korisnik se može „upecati” i na raznim web stranicama koje naizgled nalikuju originalnim stranicama ali se nalaze na drugom serveru i pod kontrolom neovlašćenog lica (tzv. *snoofing* stranice). Primera radi od korisnika se u „pecaroškom” mailu može zahtevati da ažurira svoje podatke na određenoj internet strani čiji se link nalazi u mailu, ali umesto da ga uputi na pravu stranicu Komercijalne banke (www.kombank.com) link ga vodi na naizgled pravu stranicu na adresi (www.kombanka.net). Isto tako od korisnika se može zahtevati da instalira određen program kako mu nalog ne bi bio ugašen, kako bi mogao da vidi određenu prezentaciju, iz bezbedonosnih i drugih razloga, a instaliranjem programa korisnik nesvesno instalira špijunske softvere i druge maliciozne programe o kojima je bilo reči a putem kojih učinilac preuzima kontrolu nad računarom korisnika i svim podacima koji se u njemu nalaze.

12 Prvobitni napadi su korišćeni kako bi se dobio *password* žrtve u cilju besplatnog pristupa Internetu, u vreme kada se internet vreme kupovalo na sate. Kasnije su lični podaci korišćeni kako bi se organizovale nepostojeće i prevarne aukcije pod imenom žrtve kao organizatora. Vremenom su napadi usavršavani, a obično se izvode sa servera lociranih u drugoj državi. O tome: Holly K. Towle, „Identity Theft: Myths, Methods, and New Law”, 30 *Rutgers Computer & Technology Law Journal* 237, 2004, str. 302–305.

13 Jennifer Linch, „Identity Theft in Cyberspace: Crime Control Methods and Their Effectiveness in Combating Phishing Attacks”, *Berkley Technology Law Journal* 20/2005, 259–302.

Slanje „pecaroških” mailova i pravljenje lažnih web strana može se kvalifikovati kao računarska prevara u smislu člana 301 KZ koju čini onaj „ko unese netačan podatak, propusti unošenje tačnog podatka ili na drugi način prikrije ili lažno prikaže podatak i time utiče na rezultat elektronske obrade i prenosa podataka u nameri da sebi ili drugom pribavi protivpravnu imovinsku korist i time drugom prouzrokuje imovinsku štetu.” Teži oblici dela postoje ako je pribavljena imovinska korist u određenom iznosu, dok lakši oblik postoji ako je delo izvršeno samo u nameri da se drugi ošteti.¹⁴ Međutim problem kod ovakve kvalifikacije leži u činjenici da krađa pojedinih ličnih podataka ne mora rezultirati nikakvom direktnom materijalnom štetom (npr. krađa imena, prezimena, matičnog broja i slično) pa zavisi od toga da li namera da se „drugi ošteti” podrazumeva samo materijalnu ili i nematerijalnu štetu.¹⁵ Pored toga, žrtva najčešće i ne zna da je prevarena i da se njeni ukradeni podaci prodaju na raznim internet forumima, a kada to shvati svi dokazi su već uništeni. Lažni sajtovi i prevarne e-mail adrese se brzo gase,¹⁶ tako da je učiniocima maltene nemoguće ući u trag. Ali, sa izuzetkom brojeva bankovnih računa i brojeva kreditnih kartica čije neovlašćeno korišćenje žrtvi može naneti velike finansijske gubitke, čitalac može postaviti logično pitanje šta će nekome uopšte moj matični broj i drugi lični podaci?

3. ŠTA ĆE NEKOME MOJI PODACI?

Za mnoge transakcije više se ne zahtevaju papirna dokumenta i lične isprave, već je preko interneta moguće završiti studije, kupiti avio kartu, „čekirati” se na let, otvoriti račun u banci, otvoriti kompaniju, uzeti kredit i napraviti dugovanja „u ime i za račun” drugoga. Sa tuđim imenom i matičnim brojem lice može izraditi lažna dokumenta kojima skriva svoju kriminalnu prošlost ili pak ulazi u nove kriminalne aktivnosti. U SAD-u gde su krađe identiteta česte i definisane kao posebno krivično delo,¹⁷ ukradeni podaci se koriste za izradu lažnih dokumenata, otvaranje bankovnih računa, podizanje kredita i slično. Po nekim procenama oko 9 miliona Amerikanaca godišnje je žrtva nekog vida zloupotrebe ličnih podataka, a prosečni godišnji gubici zbog krađe identiteta iznose 56,6 biliona dolara.¹⁸ Primera radi, ilegalni migranti koriste ukradene SSN brojeve¹⁹ kako bi mogli da se zaposle, a zabeležena je

14 O delu opširnije: Z. Stojanović, *op. cit.*, str. 911–912.

15 Konvencija o Visokotehnoškom kriminalu ne daje osnova za ovakvo tumačenje, budući da uopšte ne predviđa ovaj lakši oblik računarske prevare, već kod ovog krivičnog dela akcenat stavlja isključivo na pribavljanju protivpravne imovinske koristi. Vidi: Council of Europe, *Explanatory Report to the Convention on Cybercrime*, Budapest, 2001, str. 14–15

16 Po nekim procenama „pecaroške” web strane nisu u funkciji duže od 54 časa. Vidi: Jennifer Linch, *op. cit.*, str. 271.

17 Konstatacija o učestalim krađama identiteta u SAD-u mora se shvatiti sa rezervom jer ne znači da se lični podaci tamo krađu češće nego u drugim državama. Poenta je u tome da je krađa identiteta tamo definisana kao posebno krivično delo pa su raspoloživi statistički podaci o njenoj učestalosti, dok u većini drugih država ona nije definisana na taj način i nemoguće je stoga proceniti njen udeo u ukupnoj stopi kriminaliteta.

18 O tome: Finklea M, *Identity Theft: Trends and Issues*, 2014. dostupno na: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R40599.pdf>

19 *Social Security Number* (SSN) je pandan našem matičnom broju i neophodan je za zaposlenje u SAD-u.

upotreba lažnih podataka i u terorističkim aktivnostima.²⁰ I kod nas su zabeleženi slučajevi da se registruju firme preko tuđeg matičnog broja, preko kojih bi se zatim naručivala roba i podizali krediti, a žrtva saznaje da je prevarena tek kada krenu da joj stižu opomene za neizmirene dugove i kazne za različite prekršaje.²¹ Grubo posmatrano, žrtva krađe i zloupotrebe ličnih podataka može trpeti materijalnu ili moralnu štetu.

3.1. Materijalna šteta

Po definiciji iz ZZLP broj tekućeg računa i platne kartice takođe spada u podatak o ličnosti jer se njima između ostalog, definiše ekonomski identitet pojedinca. Prema sprovedenim istraživanjima pribavljeni podaci najčešće se koriste kod prevara sa platnim karticama.²² Online bankarstvo i sve učestalije kupovine i ostale finansijske transakcije putem interneta ne zahtevaju fizičko posedovanje tuđe platne kartice, dovoljno je imati njen broj ili broj računa sa kojeg bi se sredstva prebacila na račun pod kontrolom učinioca. KZ u članu 243 predviđa kao krivično delo falsifikovanje i zloupotrebu platnih kartica. Stav 4 ovog člana predviđa da će se kazniti i „učinilac koji delo učini neovlašćenom upotrebom tuđe kartice ili poverljivih podataka koji jedinstveno uređuju tu karticu u platnom prometu”. Ovim je dakle pokrivena situacija kada neko neovlašćeno upotrebi broj tuđe platne kartice bez njenog fizičkog falsifikovanja odnosno pravljjenja i preinačenja.²³ Međutim pojedina pitanja ostaju sporna.

Prvo da li ova odredba pokriva i situaciju prebacivanja sredstava sa tuđeg bankovnog računa na račun učinioca? Ovde naime uopšte ne dolazi do upotrebe platne kartice niti podataka koji je uređuju, budući da samo broj platne kartice i broj na poleđini iste karticu određuje kao jedinstveno sredstvo plaćanja u platnom prometu, dok tekući račun nekog lica uopšte ne mora biti vezan za platnu karticu. Da li ovakva situacija može da se podvede pod krivično delo krađe ili računarske prevare, zavisi od toga da li se broj tekućeg računa može smatrati računarskim podatkom u smislu člana 112 t. 17 KZ-a. Krađa naime postoji u slučaju oduzimanja „tuđe, pokretne stvari u nameri pribavljanja protivpravne imovinske koristi”, a pod pojam pokretne stvari između ostalog spadaju i računarski podatak i računarski program (čl. 112 t. 16 KZ). Računarsku prevaru čini onaj ko unese netačan podatak, propusti unošenje tačnog podatka ili na drugi način prikrije ili lažno prikaže podatak i time utiče na elektronsku obradu i prenos podataka u nameri da sebi ili drugome pribavi

20 Primera radi pre par godina su članovi Alkaide uhapšeni u Kanadi sa australijskim pasošima. Ispostavilo se da su lične podatke kupili u Španiji a između ostalog su ih koristili i za otvaranje bankovnih računa na koja su im uplaćivana sredstva za finansiranje terorističkih aktivnosti. O tome: A. Hedayati, „An analysis of identity theft: Motives, related frauds, techniques and prevention”, *Journal of Law and Conflict Resolution* Vol. 4(1), 2012, pp. 1–12.

21 O žrtvama krađe identiteta kojima je nepoznat „dvojnič” zloupotrebio lična dokumenta, otvorio na njih firme, podigao kredite, kupovao robu i naručivao usluge, više na: https://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2014&mm=11&dd=03&nav_category=206&nav_id=919183

22 Federal Trade Commission, *Consumer Fraud and Identity Theft Complain Data*, 2006, dostupno na: www.consumer.gov/sentinel/pubs/Top10Fraud2005.pdf.

23 Pored korišćenja broja tuđe platne kartice u online transakcijama, ovo pokriva i situaciju kada neko pronade ili ukrade a zatim neovlašćeno koristi tuđu platnu karticu.

protivpravnu imovinsku korist i time drugome prouzrokuje imovinsku štetu (čl. 301 KZ). Prema čl. 112 t. 17 KZ računarski podatak je svako predstavljanje činjenica, informacija ili koncepta u obliku koji je podesan za njihovu obradu u računarskom sistemu, uključujući i odgovarajući program na osnovu koga računarski sistem obavlja svoju funkciju. Navedena definicija je preširoka imajući u vidu da se danas maltene svaka činjenica, informacija ili koncept može obrađivati u računarskom sistemu, a posebno se svaki lični podatak može smatrati i računarskim podatkom. Ako se prihvati tumačenje da se broj tekućeg računa može smatrati računarskim podatkom onda se po istoj logici i broj platne kartice mora smatrati računarskim podatkom, pa inkriminacija iz člana 243 stav 4 i nije bila neophodna. Sa druge strane ako se pođe od shvatanja da se broj tekućeg računa ne može smatrati računarskim podatkom, onda gore opisana situacija uopšte nije kažnjiva.

Drugo, šta ako učinilac samo pribavlja brojeve platnih kartica ili računa, ali ih ne koristi u platnom prometu? Na Internetu se prodaju različite baze podataka, između ostalog i baze brojeva platnih kartica, a građani i ne znaju da im se podaci nalaze u ovakvim bazama dok ne pretrpe štetu. Po nekim procenama, cene se kreću od 0,85–30 \$ za informacije vezane za jednu platnu karticu, 15–850 \$ za informacije o tuđem bankovnom računu, dok se baze sa brojevima kreditnih kartica prodaju po ceni od svega 60\$.²⁴ Ilustrativan u tom smislu je slučaj pred posebnim odeljenjem Višeg suda za visokotehnoški kriminal u kome su trojica mlađih punoletnika sa brojevima tuđih platnih kartica preko Interneta naručivali i podizali karte za koncerte u beogradskoj Areni koje bi zatim preprodavali po nižoj ceni i na taj način pribavljali protivpravnu imovinsku korist. U svojoj odbrani jedan od okrivljenih je istakao da je preko internet foruma video reklamu za internet sajt na kome se prodaju podaci o platnim karticama, na tom sajtu se registrovao i otvorio nalog a zatim je kupio podatke o platnim karticama u vrednosti od 200 \$, a koji su sadržali ime i prezime vlasnika kartice, broj kartice, datum isteka i Cvv2 broj.²⁵

Nesporno je da korisnici ovako pribavljenih podataka mogu odgovarati za krivično delo iz člana 243 KZ (falsifikovanje i zloupotreba platnih kartica), ali se nameće pitanje odgovornosti lica koje je ove brojeve pribavilo i koje prodaje gore navedene baze podataka putem Interneta. Članom 243 stav 5 je predviđeno da će se novčanom kaznom ili zatvorom do tri godine kazniti onaj ko nabavi lažnu platnu karticu u nameri da je upotrebli kao pravu ili *ko pribavlja podatke u nameri da ih iskoristi za pravljenje lažne platne kartice*. Međutim gore opisano ponašanje ne može se kvalifikovati kao ovo delo jer se podaci tj. brojevi kartica ne pribavljaju u nameri pravljenja lažnih kartica već je akcenat na pribavljanju i prodaji podataka sa platne kartice. Lice koje pribavlja ovakve podatke može odgovarati za krivično delo iz člana 302 (neovlašćen pristup zaštićenom računaru, računarskoj mreži i elektronskoj obradi podataka) pod uslovom da su podaci pribavljeni neovlašćenim uključivanjem u računar ili računarsku mrežu ili neovlašćenim pristupom elektronskoj obradi podataka, dakle pod uslovom da su podaci pribavljeni putem Interneta odnosno iz tuđeg računara i to „kršenjem mera zaštite”. Ako su podaci pribavljeni

24 Symantec Global Internet Security Threat Report, Trends for 2009, 2010, dostupno na: www.symantec.com/business/theme.jsp?themeid=threatreport.

25 Navedeno prema: B. Stamenković i drugi, *Visokotehnoški kriminal – praktični vodič kroz savremeno krivično pravo i primeri iz prakse*, OEBS, Podgorica, 2014, str. 130–134.

u „realnom” svetu (primera radi neko vidi i zapamti ili slika broj naše kartice) može odgovarati samo za delo iz člana 146 (neovlašćeno prikupljanje ličnih podataka). Za oba dela predviđene su relativno blage kazne.

Opet, šta je sa licem koje prodaje preko interneta ovako pribavljene baze podataka, a koje ne mora uvek nužno i biti njihov „pribavljač”. Ovo lice ne može odgovarati za falsifikovanje i zloupotrebu platnih kartica jer ne pravi lažne platne kartice niti preinačuje prave niti upotrebljava tuđe platne kartice i njihove brojeve (tj. podatke koji jedinstveno uređuju tu karticu u platnom prometu) već jedino prodaje lične podatke pribavljene od strane drugog lica. Prodaja ličnih podataka nije predviđena kao krivično delo i teško da bi se mogla svrstati pod krivično delo nedozvoljene trgovine (čl. 235 st. 3) koje čini onaj ko „neovlašćeno prodaje, kupuje ili vrši razmenu robe ili predmeta čiji je promet zabranjen ili ograničen” jer se lični podaci ne mogu smatrati robom ili predmetom. Ovo lice bi jedino moglo odgovarati za krivično celo iz člana 146 st. 1 jer podatke o ličnosti neovlašćeno pribavlja, saopštava drugom i upotrebljava u svrhu za koju nisu namenjeni. Bez obzira na milionske iznose koje lice može zaraditi prodajom ličnih podataka, ovo krivično delo se goni po privatnoj tužbi i za njega je zaprećena novčana kazna ili kazna zatvora do jedne godine.

Materijalna šteta ne mora nužno nastati zloupotrebom ličnih podataka koji se odnose na broj platne kartice i bankovnog računa. U pomenutim primerima iz domaće prakse učinilac je preko podataka žrtve registrovao firmu preko koje je zatim naručivao robu i podizao kredite. Žrtva bi shvatila da je žrtva tek kada su počele da stižu vrtoglave kazne za carinske, poreske i druge prekršaje. Za koje krivično delo učinilac može odgovarati? I laičkom posmatraču je ovde jasno da se radi o prevari, ali postavlja se pitanje ko je pravno posmatrano lice oštećeno prevarom? Kako žrtva i ne zna da su joj podaci ukradeni i da se neovlašćeno koriste, ona nije dovedena u zabludu niti održavana u zabludi lažnim prikazivanjem ili prikrivanjem činjenica. Ovde je zapravo dovedena u zabludu Agencija za privredne registre prilikom registracije privrednog subjekta na tuđe podatke, kao i banka ili druga kompanija sa kojom je tako osnovan privredni subjekt poslovao, a ne lice čiji su lični podaci neovlašćeno korišćeni za osnivanje privrednog subjekta. Odgovornost za krađu zavisi od toga da li se lični podatak može smatrati „pokretnom stvari”. Iako po izričitoj zakonskoj definiciji računarski podatak spada u pokretnu stvar (čl. 112 t. 16) pitanje je šta je sa ličnim podatkom koji nije pribavljen putem interneta ili računara već u „realnom svetu”. Odgovor opet zavisi od toga da li prihvatiti tumačenje po kome se svaki lični podatak može ujedno smatrati i računarskim podatkom budući da je podesan za obradu u računarskom sistemu. Nesporno je da učinilac u ovakvom slučaju može odgovarati za krivično delo iz člana 146 stav 2 budući da je neovlašćeno koristio tuđe podatke, ali se opet nameće pitanje da li je novčana kazna ili zatvor do godinu dana adekvatna kazna za ovo delo posebno imajući u vidu štetu nanetu žrtvi.

3.2. *Moralna šteta*

Razvoj Interneta i društvenih mreža promenio je i koncept druženja. U svetu u kome se popularnost meri brojem lajkova, profili na raznim sajtovima predstavljaju još jedan način za građenje „imidža” i identiteta kroz javno prikazivanje destinacija koje smo obišli, hrane koju smo jeli, muzike koju slušamo, filmova koje gledamo,

mesta na kojima se krećemo, knjiga koje čitamo, ličnosti kojima se divimo i ostalih obeležja fizičkog, psihološkog, duhovnog, ekonomskog, kulturnog ili društvenog identiteta. Čak iako čitalac ovog rada nema profile na društvenim mrežama, ako bude pretraživao svoje ime na *Google*-u verovatno da će naići na neku svoju fotografiju ili podatak o sebi.

Fotografije svakako predstavljaju obeležje nečijeg fizičkog identiteta, ali one koje su javno objavljene i dostupne ne potpadaju pod zaštitu ZZLP. Shodno članu 5 ovog zakona njegove odredbe se između ostalog ne primenjuju na podatke koji su dostupni svakome i objavljeni u javnim glasilima i publikacijama kao i na podatke koje je lice, sposobno da se samo stara o svojim interesima objavilo o sebi. Kako su fotografije javno dostupne svima i lako ih je „skinuti” sa mreže, velika je verovatnoća i njihove zloupotrebe. Motivi učinioca mogu biti različiti – od udvaranja suprotnom polu, „špijuniranja” partnera u virtuelnom svetu pod lažnim imenom, otvaranja lažnog profila na društvenim mrežama u cilju prikriivanja sopstvenog identiteta, pa do svesnog objavljivanja uvredljivih sadržaja pod likom i imenom žrtve, kako bi ona bila prikazana podrugljivo i u negativnom svetlu.²⁶

Laičkom posmatraču bi prvo palo na pamet da se radi o krivičnom delu lažnog predstavljanja (čl. 329 KZ), međutim navedeno ponašanje nema obeležje ovog dela jer ono postoji jedino ako se neko predstavlja kao službeno ili vojno lice ili neovlašćeno nosi znake službenog ili vojnog lica u nameri da sebi ili drugome pribavi kakvu korist ili drugome nanese kakvu štetu. Eventualno se može govoriti o krivičnim delima iz člana 145 KZ (neovlašćeno objavljivanje i prikazivanje tuđeg spisa, portreta i snimka), 146 KZ (neovlašćeno prikuljanje ličnih podataka), 170 KZ (uvreda) i 198 KZ (povreda moralnih prava autora i interpretatora).

Krivično delo iz člana 145 KZ (neovlašćeno objavljivanje i prikazivanje tuđeg spisa, portreta i snimka) čini onaj ko objavi ili prikaže spis, portret, fotografiju, film ili fonogram ličnog karaktera bez pristanka lica koje je spis sastavilo ili na koga se spis odnosi, odnosno bez pristanka lica koje je prikazano na portretu, fotografiji ili filmu ili čiji je glas snimljen na fonogramu ili bez pristanka drugog lica čiji se pristanak po zakonu traži i time osetno zadre u lični život tog lica. Međutim, ovakva kvalifikacija takođe povlači brojne nedoumice. Imajući u vidu da se učinilac poslužio fotografijama koje su javno dostupne, odnosno javno objavljene na internetu, one ne uživaju zaštitu u smislu člana 5 ZZLP. Element neovlašćenosti leži u činjenici da je fotografija u ovom slučaju objavljena bez našeg pristanka. Situacija je „čista” i nesporna ako je učinilac „skinuo” fotografije koje smo sami objavili na nekom od naših internet profila, međutim problem nastaje ako fotografije nismo sami objavili već su one „skinute” sa neke javno dostupne internet stranice (primera radi Internet stranice Pravnog fakulteta, medija centra, suda i sl.). U ovom slučaju nameće se i pitanje odgovornosti prvobitnog „objavljiivača” fotografije. Po članu 80 Zakona o javnom informisanju (ZJI)²⁷ fotografija se ne može objaviti bez pristanka lica na koje se odnosi a pristanak je potreban i za neposredno prenošenje lika i glasa putem televizije, radija i slično jer se pristanak dat za jedno objavljivanje, za određeni način

26 O ljudima iz Srbije kojima je ukraden identit preko FB: <https://www.vice.com/rs/article/433a53/ljudi-iz-srbije-kojima-su-ukrali-identitet-na-internetu>

27 „Sl. glasnik RS”, br. 83/2014, 58/2015 i 12/2016

objavljivanja, odnosno za objavljivanje u određenom cilju ne smatra pristankom za ponovno objavljivanje, za objavljivanje na drugi način odnosno za objavljivanje za druge ciljeve. Po članu 82 istog zakona pristanak za objavljivanje lica koje se nalazi na fotografiji se, između ostalog ne zahteva u slučaju kada smo mi sami (odnosno lice na fotografiji) dostavili fotografiju mediju u cilju objavljivanja, kao i kada se lice nije protivilo pribavljanju informacije odnosno pravljenju zapisa, iako je znalo da se to čini radi objavljivanja. Shodno tome, odgovornost prvobitnog objavljivača fotografije zavisi od toga da li je fotografija objavljena bez našeg pristanka kao i da li postoji neka od okolnosti iz člana 82 ZJI koja omogućava objavljivanje fotografije i bez pristanka.

Krivično delo iz člana 146 KZ (neovlašćeno prikupljanje ličnih podataka) čini onaj ko podatke o ličnosti koji se prikupljaju, obrađuju i koriste na osnovu zakona neovlašćeno pribavi, saopšto drugom ili upotrebi za svrhu za koju nisu namenjeni. Nesumnjivo je da učinilac, prilikom otvaranja lažnog profila na društvenoj mreži sa tuđim podacima, koristi podatke drugog lica za svrhu za koju nisu namenjeni, ali se kod ovakve kvalifikacije javljaju procesni problemi vezani za pronalaženje i krivično gonjenje učinioca jer je reč o delu koje se goni po privatnoj tužbi. Isti je slučaj i sa krivičnim delom uvrede iz člana 170 KZ.

Krivično delo povrede moralnih prava autora i interpretatora (čl. 198 KZ) čini onaj ko pod svojim imenom ili imenom drugog u celini ili delimično objavi, stavi u promet primerke tuđeg autorskog dela ili interpretacije ili na drugi način javno saopšti tuđe autorsko delo ili interpretaciju. Zakon o autorskim i srodnim pravima (ZASP)²⁸ definiše autorsko delo kao originalnu duhovnu tvorevinu autora, izraženu u određenoj formi, bez obzira na njegovu umetničku, naučnu ili drugu vrednost, njegovu namenu, veličinu, sadržinu i način ispoljavanja kao i dopuštenost javnog saopštavanja njegove sadržine (čl. 2 ZASP). Po ovom Zakonu fotografija se izričito smatra autorskim delom (čl. 2 st. 2 t. 9) pa je autoru fotografije povređeno autorsko pravo u slučaju njenog neovlašćenog objavljivanja. Prilikom propisivanja ove odredbe zakonodavac sigurno nije imao na umu razvoj i ekspanziju digitalnih fotografija koje preplavljaju internet i koje svakodnevno „skidamo”, delimo sa prijateljima i prerađujemo u različitim programima, čineći time krivično delo iz člana 198 KZ. Međutim, mala je verovatnoća da bi u gore navedenom primeru autor fotografije reagovao, ali ako smo sami autori svoje fotografije (reč je o sve popularnijim selfijima) lice koje ju je neovlašćeno objavilo pod lažnim imenom na svom internet profilu bi na taj način, strogo pravno posmatrano, povredilo i naše autorsko pravo nad fotografijom.

4. PROCESNI PROBLEMI

Identifikacija učinioca u sajber okruženju moguća je jedino preko IP adrese računara i to pod pretpostavkom da je delo izvršio sa svog računara ili mobilnog telefona. IP adresa je zapravo identifikator računara na Internetu. Ona je sastavljena od četiri broja vrednosi između 0 i 250 (npr. 134.244.72.129) i svaki uređaj ima jedinstvenu IP adresu, koju dodeljuje Internet operater iz registra. Shodno tome,

28 „Sl. glasnik RS”, br. 104/2009, 99/2011 i 29/2016– odluka US.

prilikom zaključivanja ugovora sa Internet operaterom, on raspolaže podacima ko se „krije” iza određene IP adrese, ali je prethodno neophodno utvrditi sa koje IP adrese je izvršeno delo, što je opet moguće isključivo preko praćenja internet saobraćaja na mreži.²⁹

Za utvrđivanje identiteta učinioca neophodna je dakle saradnja internet operatera čije poslovanje uređuje Zakon o elektronskim komunikacijama (ZEK).³⁰ Po članu 126 ovog Zakona presretanje elektronskih komunikacija kojim se otkriva sadržaj komunikacije nije dopušteno bez pristanka korisnika osim na određeno vreme i na osnovu odluke suda, ako je to neophodno radi vođenja krivičnog postupka ili zaštite bezbednosti RS, na način predviđen zakonom. Međutim, Zakonik o krivičnom postupku (ZKP)³¹ sadrži dosta praznina i nedorečenosti po pitanju praćenja elektronskih komunikacija i otkrivanja korisnika IP adrese.

Po članu 286 stav 3 ZKP policija je u predistražnom postupku ovlašćena da pribavi evidenciju ostvarene telefonske komunikacije, korišćenih baznih stanica ili izvrši lociranje mesta sa kojeg se obavlja komunikacija i to po nalogu sudije za prethodni postupak, a na predlog javnog tužioca. Reč je dakle isključivo o telefonskoj komunikaciji dok se elektronska komunikacija ne pominje, pa jedino tumačenjem putem analogije ovu odredbu pod istim uslovima, možemo primeniti i na elektronske komunikacije.³²

Zakonikom o krivičnom postupku je u okviru dokazne radnje pretresanja izričito regulisano i „pretresanje računara” te je u tom smislu predviđeno da se „pretresanje uređaja za automatsku obradu podataka i opreme na kojoj se čuvaju ili se mogu čuvati elektronski zapisi, preduzima na osnovu naredbe suda i uz pomoć stručnog lica” (čl. 152. st. 3. ZKP). Takođe se, shodno članu 147. stav 3. ZKP mogu i privremeno oduzeti uređaji za automatsku obradu podataka i uređaji i oprema na kojoj se čuvaju ili se mogu čuvati elektronski zapisi. Ali problem nastaje jer je zakonodavac, štiteći zabranu samooptuženja, izričito isključio okrivljenog od dužnosti da preda računar, omogućavajući mu šta više, i da onemogućiti pristup računaru! Okrivljeni je oslobođen dužnosti predaje predmeta (čl. 149 ZKP), što znači da mu računar ne može biti privremeno oduzet, već se svi digitalni dokazi moraju pribaviti na licu mesta, opet pod uslovom da sam okrivljeni omogućiti pristup računaru?! Jer zakon izričito predviđa da je prilikom pretresa držalac ili prisutno lice dužno da omogućiti pristup računaru i da pruži obaveštenja potrebna za njihovu upotrebu (a isto se odnosi i na mobilne telefone, kao i sve ostale uređaje za obradu podataka od-

29 Sud pravde Evropske Unije je nedavno doneo odluku u kojoj je stao na stanovište i time „presekao” dugogodišnju diskusiju po tom pitanju, da se IP adresa smatra podatkom o ličnosti u smislu Direktive 95/46 o zaštiti podataka Evropske Unije. Iako presude ovog suda ne obavezuju direktno našu državu, one su od uticaja na Savet Evrope, a samim tim i na Evropski sud za zaštitu ljudskih prava, čije su odluke relevantne za domaće zakonodavstvo i sudsku praksu. Reč je o slučaju *Patric Breyer vs. Bundesrepublik Deutschland*, C-528/14, odluka od 19.10.2016.

Dostupno na: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=184668&doclang=EN>

30 „Sl. glasnik RS”, br. 44/2010, 60/2013-odluka US i 62/2014.

31 „Sl. glasnik RS”, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014

32 Dok je u krivičnom materijalnom pravu primena analogije striktno zabranjena, ona je dopuštena u krivičnom procesnom pravu. O tome: M. Škulić, *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet, Beograd, 2014, str. 8–10

nosno opreme na kojoj se čuvaju elektronski zapisi), osim ako se radi o okrivljenom odnosno licima koja su oslobođena odnosno isključena od dužnosti svedočenja?! (čl. 157 st. 3 ZKP). Opravdavanje ovih odredbi privilegijom protiv samooptuženja u neku ruku zvuči licemerno, budući da nadležni organi od okrivljenog i bez njegovog pristanka mogu uzeti biometrijske uzorke (čl. 140 ZKP), uzorke biološkog porekla (čl. 141 ZKP) ili uzorke za forenzičko-genetičku analizu (čl. 142 ZKP), ali mu ne mogu oduzeti računar, čak šta više ne mogu ni pristupiti njegovom računaru! Imajući u vidu ove odredbe, nameće se pitanje kako je uopšte moguće pribaviti digitalne dokaze u našem pravu, ako okrivljeni nije dužan ni da preda računar niti da nadležnim organima omogući pristup istom?! Jedina mogućnost je dakle pribavljanje dokaza od Internet provajdera, što opet nameće problem sa aspekta prava na privatnost, u kojim su slučajevima i pod kojim uslovima Internet provajderi dužni da policiji dostavljaju informacije kojima raspolažu.³³

Po članu 166 ZKP sud može, na obrazloženi predlog javnog tužioca odrediti nadzor i snimanje komunikacije koja se obavlja putem telefona ili drugih tehničkih sredstava ili *nadzor elektronske ili druge adrese osumnjičenog* i zaplenu pisama i drugih pošiljki (*tajni nadzor komunikacija*). Po članu 178 ZKP sud može, na obrazloženi predlog javnog tužioca odrediti računarsko pretraživanje već obrađenih ličnih i drugih podataka i njihovo poređenje sa podacima koji se odnose na osumnjičenog i krivično delo (*računarsko pretraživanje podataka*).

Međutim, primena ovih posebnih dokaznih radnji nije moguća u pogledu svih krivičnih dela već samo onih taksativno navedenih u članu 162 ZKP. ZKP je u ovom članu neusklađen sa Zakonom o organizaciji i nadležnosti državnih organa za borbu protiv visokotehnološkog kriminala (ZVTK).³⁴ Po čl. 162 st. 1 t. 1 ZKP primena svih posebnih dokaznih radnji je moguća u pogledu krivičnih dela za koja je posebnim zakonom određeno da postupa javno tužilaštvo posebne nadležnosti. Kako je tužilaštvo za VTK tužilaštvo posebne nadležnosti, proizilazi da je primena svih posebnih dokaznih radnji moguća u svim predmetima u kojima ono postupa. Nedoumice dalje izaziva član 162 stav 3 ZKP koji predviđa da se mera tajnog nadzora komunikacije može odrediti i za pojedina taksativno nabrojana krivična dela protiv bezbednosti računarskih podataka (iz čl. 298 st. 3, 299, 301 st. 3 i 302 KZ). Sva ova dela su dela iz nadležnosti tužilaštva za VTK dakle obuhvaćena su stavom 1 ovog člana i nije bilo neophodno njihovo posebno predviđanje stavom 3. Pored toga, ova kva regulativa nameće i nedoumicu da li se u pogledu ovih krivičnih dela mogu primeniti sve posebne dokazne radnje, što proizilazi iz stava 1 ovog člana ili samo mera tajnog nadzora komunikacija kako proizilazi iz stava 3. Iako je prvo tumačenje celishodnije i logičnije, odredba člana 162 stava 3 ZKP ostavlja prostora veštijim advokatima da traže izuzimanje dokaza pribavljenih primenom posebnih dokaznih radnji kod navedenih krivičnih dela, osim ako su dokazi pribavljeni isključivo tajnim nadzorom komunikacije.

33 U SAD-u je primera radi izričito regulisano da se informacije od Internet provajdera mogu pribavljati samo na osnovu naredbe suda, kada postoji osnovana sumnja da je lice u pogledu koga treba dostaviti informacije o aktivnostima na mreži, izvršilo krivično delo. *Electronic Communication Privacy Act of 1986*, 18 U.S.C. & 2510-22

34 „Sl. glasnik RS” br. 61/2005 i 104/2009

No u pogledu našeg problema vezanog za utvrđivanja i krivično gonjenje učinioca relevantan nam je član 3 Zakona o VTK po kome se ovaj zakon primenjuje (a samim tim i postupa posebno odeljenje Višeg tužilaštva u Beogradu za borbu protiv visokotehnološkog kriminala) radi otkrivanja, krivičnog gonjenja i suđenja za:

1. Krivična dela protiv bezbednosti računarskih podataka određena Krivičnim zakonikom;
2. Krivična dela protiv intelektualne svojine, imovine, privrede i pravnog saobraćaja kod kojih se kao objekat ili sredstvo izvršenja javljaju računari, računarski sistemi, računarske mreže i računarski podaci kao i njihovi proizvodi u materijalnom ili elektronskom obliku, ako broj primeraka autorskih dela prelazi 2000 ili nastala materijalna šteta prelazi iznos od 1.000.000 dinara;
3. Krivična dela protiv sloboda i prava čoveka i građanina, polne slobode, javnog reda i mira i ustavnog uređenja i bezbednosti Republike Srbije, koja se zbog načina izvršenja ili upotrebljenih sredstava mogu smatrati krivičnim delima visokotehnološkog kriminala u skladu sa članom 2 stav 1. ovog zakona.

Kada govorimo o delima vezanim za zloupotrebu ličnih podataka analiziranim u ovom tekstu, nadležnost tužilaštva za VTK je nesporna kada su u pitanju krivična dela neovlašćenog pristupa zaštićenom računaru, računarskoj mreži i elektronskoj obradi podataka (čl. 302 KZ), pravljenje i unošenje računarskih virusa (čl. 300 KZ) i računarska prevara (čl. 301 KZ), kojima se, kako smo videli, mogu neovlašćeno pribaviti tuđi podaci.

Falsifikovanje i zloupotreba platnih kartica je, kao krivično delo protiv privrede, takođe u nadležnosti tužilaštva za VTK, ali pod dva kumulativno postavljena uslova. *Prvo*, da je kao objekat ili sredstvo izvršenja korišćen računar, računarski sistem, računarska mreža i računarski podatak, što je i slučaj u našim primerima, kada govorimo o krađi podataka u sajber okruženju. *Drugo*, zahteva se da nastala materijalna šteta prelazi iznos od 1.000.000 dinara, što zavisi od slučaja do slučaja. U vezi sa ovim uslovom nameće se i problem što učinilac u sajber okruženju retko „skida” velike iznose sa jedne platne kartice, već je obično način izvršenja takav da sa velikog broja platnih kartica „skida” manje sume. Na taj način pojedine žrtve niti primećuju niti prijavljuju materijalnu štetu, a njegova pribavljena korist može premašivati milionske iznose.³⁵ Zbog toga bi adekvatnije bilo ovaj uslov postaviti tako da „pribavljena imovinska korist” prelazi iznos od 1.000.000 dinara, ali opet ni to ne predstavlja neki veći problem budući da je svakako reč o delu koje se goni po službenoj dužnosti, pa je irelevantno da li je u nadležnosti običnog tužilaštva ili tužilaštva za VTK, jer sud svakako, na zahtev javnog tužioca može preko internet operatera doći do podataka o licu koje koristi određenu IP adresu.

Problem nastaje kod dela koja se direktno odnose na zaštitu ličnih podataka i to neovlašćeno objavljivanje i prikazivanje tuđeg spisa, portreta i snimka (čl. 145 KZ) i neovlašćeno prikupljanje ličnih podataka (čl. 146 KZ). Radi se o krivičnim

35 O tome opširnije: V. Bajović, *Krivično pravo i internet-(Ne)mogućnost suzbijanja kompjuterskog kriminala klasičnim krivičnopravnim mehanizmima*, tematska monografija: „Kaznena reakcija u Srbiji”, V deo (ur. Đ. Ignjatović), Beograd, 2015., str. 236–254.

delima koja spadaju u krivična dela protiv slobode i prava čoveka i građanina i po načinu i sredstvima izvršenja u našim primerima se može smatrati krivičnim delom visokotehnološkog kriminala u smislu čl. 3 st. 3 ZVTK, ali je problem što se ova dela po KZ-u gone po privatnoj tužbi, što po logici stvari isključuje nadležnost tužioca za VTK. Isti je slučaj i sa uvredom koja se goni po privatnoj tužbi. Privatni tužilac ne može zahtevati od suda da izda naredbu za primenu posebnih dokaznih radnji, a samim tim ni od Internet operatera ne može zahtevati da prati saobraćaj na mreži i dostavi podatke o korisniku određene IP adrese, čime dolazimo u pat poziciju jer niti možemo otkriti učinioca niti pribaviti dokaze.

5. ZAKLJUČAK

Uprkos činjenici da je krađa i zloupotreba ličnih podataka poslednjih godina masovni fenomen, na globalnom nivou ne postoji jedinstven pristup u pogledu njihove zaštite. Jedan trend je primetan u anglosaksonskim državama u kojima je krađa identiteta predviđena kao posebno krivično delo koje čini onaj ko neovlašćeno pribavlja, poseduje, koristi ili trguje ličnim podacima drugog lica. Drugi pristup koji zastupaju evro kontinentalne države nastoji da postojećim inkriminacijama obuhvati i tipične radnje koje dovode do pribavljanja i zloupotrebe ličnih podataka. Kao jedan od argumenata za ovakvu regulativu navodi se to da „krađa” ličnih podataka obično nije sama po sebi cilj već samo pripremna radnja ili sredstvo za izvršenje nekih drugih krivičnih dela.

U našem pravu krivičnopravna zaštita ličnih podataka koji čine pravnu komponentu ličnog identiteta ostvaruje se nizom krivičnih dela kao što su neovlašćeno prikupljanje ličnih podataka, falsifikovanje isprave, falsifikovanje i zloupotreba platnih kartica i sl. Međutim, sa razvojem interneta i modernih tehnologija ova krivična dela dobijaju nove pojavne oblike koji je u nekim slučajevima nemoguće podvesti pod postojeće definicije. Primera radi, falsifikovanje i zloupotreba platnih kartica uopšte ne obuhvata prilično čestu situaciju u sajber okruženju koja podrazumeva prebacivanje sredstava sa bankovnog računa žrtve na račun učinioca, imajući u vidu da bankovni računi uopšte ne moraju biti vezani za platne kartice.

Uprkos sve češćim zloupotrebama ličnih podataka, pravo i dalje daje različiti krivičnopravni tretman ličnim ispravama i ličnim podacima. Osnovno krivično delo kojima se štite lični podaci je delo iz člana 146 KZ odnosno neovlašćeno prikupljanje ličnih podataka koje čini onaj ko podatke o ličnosti koji se prikupljaju, obrađuju i koriste na osnovu zakona neovlašćeno pribavi, saopšti drugom ili upotrebi za svrhu koju nisu namenjeni kao i onaj ko protivno zakonu prikuplja podatke o ličnosti građana ili tako prikupljene podatke koristi. Ovo delo goni se po privatnoj tužbi i kažnjivo je novčanom kaznom ili zatvorom do jedne godine. Teži oblik dela postoji ako ga učini službeno lice u vršenju službe kada je zaprećena kazna zatvora do tri godine i goni se po službenoj dužnosti. Lične isprave sa druge strane uživaju daleko jaču krivičnopravnu zaštitu. Za osnovni oblik falsifikovanja isprave zaprećena je kazna zatvora do tri godine dok je za teži oblik koji postoji u slučaju falsifikovanja javne isprave, testamenta, menice, čeka, javne ili službene knjige ili druge knjige koja se mora voditi po zakonu zaprećena kazna od tri meseca do pet godina zatvora. Pored toga i pokušaj ovog dela je kažnjiv i ono se goni po službenoj dužnosti.

Opšteprisutna digitalizacija smanjuje značaj fizičkih isprava u pravnom prometu prebacujući umesto toga fokus na lične podatke. Primera radi, za uvid u digitalne registre ne zahteva se više fizičko pokazivanje lične karte službeniku na šalteru već unošenje JMBG u za to predviđeno polje na ekranu. Imajući to u vidu, ličnim podacima treba pružiti jednaku pravnu zaštitu koju uživaju lične isprave. Argument da je krađa podataka najčešće sredstvo ili pripremna radnja za izvršenje nekog drugog krivičnog dela je neodrživ ako se ima u vidu činjenica da je isti slučaj i sa falsifikovanjem isprave, pa je opet i sam pokušaj ovog dela kažnjiv. Jer postojeća krivičnopravna zaštita ličnih podataka i ličnog identiteta kreirana je u vremenu bez Interneta i primerena je tom vremenu, ali teško da može da odgovori na sve izazove i pretnje u sajber okruženju.

Vanja Bajović

Law Faculty, University of Belgrade

IDENTITY THEFT AND LEGAL PROTECTION OF PERSONAL DATA IN CYBERSPACE

SUMMARY

Despite the fact that misuse of personal data and identity theft has been a mass phenomenon in Internet era, there is no single and unique approach to this problem. In common-law countries identity theft is particular criminal offence, perpetuated by the person who unauthorized acquires, owns, trades with or uses a personal data of another person. At the other hand European civil law countries believe that personal identity is adequately protected by existing crimes, such as fraud, forgery of documents, unauthorized collection of personal data, etc.

The notion of identity is a complex philosophical concept that exceeds personal data used in legal transactions like name, surname, passport number etc. It certainly cannot be classified as a “moveable thing” as an object of theft, but the question is whether existing criminal offences are sufficient and adequate guarantees of its protection, especially in cyberspace. With the development Internet and the general digitalization, physical theft or forgery of passports, identity cards and other personal documents has become an old-fashioned method. For an increasing number of transactions we need only the numbers of documents, not their physical presence or “pull-out” of the (physical) payment cards. Some personal data we voluntarily left when opening profiles on different social networks, others are preserved in different records of state authorities and majority of data is found in our personal computers.

First part of the paper analyzes different ways of data theft in cyberspace (hacking and phishing) as well as criminal responsibility of offender. In the second part we answer the question why somebody needs my data, focusing on material and moral damage. Third part deals with procedural issues related to identification and criminal prosecution of offender.

Key words: Identity, personal data, Internet, cybercrimes.

Ivan Đokić*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

O POJMU JEDINSTVA RADNJE (DELA) U KRIVIČNOM PRAVU

Apstrakt: Jednom krivičnopravnom radnjom se po pravilu ostvaruje biće jednog krivičnog dela. To ipak ne isključuje mogućnost da jednim ponašanjem učinioca bude ostvareno biće većeg broja krivičnih dela, kao što je moguće i veći broj odvojenih akata činjenja ili nečinjenja prirodno ili pravno objediniti u jedno ponašanje. Radnja krivičnog dela može biti ne samo jedan voljni telesni pokret, ili voljno propuštanje telesnog pokreta, kada se govori o prirodnoj radnji, ili radnji u prirodnom smislu, već i čitav niz isprepletanih i usko povezanih pojedinačnih pokreta koje je ponekad opravdano (pravno) povezati u jedinstveno ponašanje. Ovo stoga što je ljudsko ponašanje uglavnom složen i kompleksan čin sastavljen od pluraliteta akata koji predstavljaju samo delove jedne šire celine. Pitanju jedinstva radnje pridaje se nešto veća pažnja u nemačkoj dogmatici i judikaturi s obzirom na činjenicu da zakonodavac kod krivičnih dela učinjenih u sticaju predviđa drugačija pravila za odmeravanje kazne u zavisnosti od toga da li je reč o idealnom ili realnom sticaju. No, to pitanje je od značaja i za naše krivično pravo, jer od odgovora na njega zavisi da li će se učiniocu uračunati jedno ili više zakonskih bića krivičnih dela.

Ključne reči: radnja, prirodno jedinstvo radnje, iterativno i sukcesivno ostvarenje bića krivičnog dela, pravno jedinstvo radnje, sticaj.

1. UVOD

Preduzimanje jedne radnje kojom se jedanput ostvaruju sva konstitutivna obeležja iz zakonskog opisa kakvog bića znači da je time učinjeno samo jedno krivično delo.¹ Nije pri tome nužno, a najčešće i nije slučaj, da radnju čini samo jedan telesni, fizički pokret.² Moguće je međutim da jednom radnjom (izvršenja) budu ispunjeni elementi dva ili više krivičnih dela, kao što je moguće da i više odvojenih, pojedinačnih radnji predstavlja u svom konačnom rezultatu samo jedno krivično delo. U prvom slučaju, pod određenim uslovima, govori se o sticaju krivičnih dela, a u drugom o prirodnom ili pravnom jedinstvu dela. Pravi smisao učenja o sticaju krivičnih dela, koji postoji ukoliko učinilac preduzimanjem jedne (idealni sticaj) ili više radnji (realni sticaj)³ ostvari više zakonskih bića za koja mu se istovremeno

* docent, djokic@ius.bg.ac.rs

1 Ž. Topalović /1909/: *Krivično pravo po predavanjima dr. Božidara Markovića*, Beograd, 511.

2 Vid. J. Tahović /1961/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd, 259.

3 Izrazi idealni i realni sticaj (*Idealkonkurrenz/Realkonkurrenz*) potiču otud što samo realni sticaj podrazumeva stvarno (realno) postojanje većeg broja krivičnih dela, tj. u stvarnosti je ostvareno više samostalnih krivičnih dela, dok je kod idealnog sticaja množina krivičnih dela samo jedna ideja, oslonjena na veći broj ostvarenih bića krivičnih dela, dok u stvarnosti egzistira samo jedna radnja izvršenja. C. Roxin /2003/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungs-*

sudi, sastoji se u predviđanju naročitih pravila za odmeravanje kazne za sva učinjena dela.⁴ Pri tome, naš zakonodavac ne pravi nikakvu razliku na planu odmeravanja kazne za dela učinjena u sticaju u zavisnosti od toga da li je učinilac već jednom radnjom ostvario obeležja većeg broja krivičnih dela, ili je to učinio preduzimajući više odvojenih pojedinačnih radnji.⁵ Usled toga vrlo je važno utvrditi da li je učinilac svojim ponašanjem ostvario samo jedno biće krivičnog dela, ili se radi o pluralitetu krivičnih dela, pošto će mu u prvom slučaju sud izreći kaznu u granicama propisane kazne za to krivično delo, dok će u drugom slučaju važiti posebna pravila predviđena u članu 60. Krivičnog zakonika⁶.

Pre svega u nauci krivičnog prava, a delimično i u sudskoj praksi, razvijeno je učenje koje pomoću određenih kriterijuma nastoji da razgraniči slučajeve kada naizgled postoji više krivičnih dela, ali se uzima da postoji samo jedno krivično delo i slučajeve kada zaista postoji veći broj krivičnih dela učinjenih od strane istog učinioca. S tim u vezi, naročito je važno shvatanje o jedinstvu radnje (dela) koje omogućava da se veći broj samostalnih akata smisljeno poveže u jedinstvenu radnju (sa posledicom odgovornosti učinioca za samo jedno krivično delo), kao i slučajeve prividnog (nepravog) sticaja krivičnih dela, gde se i pored ostvarenosti više zakon-

formen der Straftat, München, 797. U ranijoj literaturi zastupnici realističkog pojma krivičnog dela dosledno svom učenju da je krivično delo pre svega jedan realni fenomen, tj. prouzrokovanje u spoljnom svetu ljudskom voljnom radnjom, smatrali su da ima onoliko krivičnih dela koliko ima i preduzetih radnji. Ovakvo učenje je zasnovano na negiranju idealnog sticaja krivičnih dela, jer tu postoji samo jedna radnja, pa ako njome i budu ostvarena obeležja većeg broja istog bića postojaće samo jedno delo, a ako je ostvareno biće više različitih krivičnih dela onda se radi o prividnom sticaju, tj. sticaju krivičnih zakona. T. Živanović /1922/: *Osnovi krivičnog prava. Opšti deo*, Beograd, 188. Prema ovom shvatanju koje potiče od Lista (Liszt) o sticaju krivičnih dela može se govoriti samo kod realnog sticaja. *Objašnjenja uz Nacrt Krivičnog zakonika FNRJ*, Beograd 1951, 134. Kod nas ovo razlikovanje nema neki veći praktični značaj, za razliku od rešenja koje je prihvaćeno u nemačkom krivičnom pravu, koje predviđa različita pravila za odmeravanje kazne u zavisnosti od toga da li se radi o idealnom ili realnom sticaju krivičnih dela. Tako se u slučaju idealnog sticaja primenjuje kazna za najteže od učinjenih dela ako se radi o heterogenom idealnom sticaju (apsorpcija) – isto je predviđao i naš Krivični zakonik iz 1860. god. u § 68, vid. D. Nikolić /1991/: *Krivični zakonik Kneževine Srbije*, Niš, 210 – dok se kod realnog sticaja najpre utvrđuje kazna za svako pojedino delo, da bi potom one poslužile kao polazna osnova za jednu ukupnu (jedinstvenu) kaznu. Pri tome se takvom rešenju upućuju zamerke, s obzirom da se u evrokontinentalnom krivičnom pravu uglavnom jedinstveno reguliše materija odmeravanja kazne za dela učinjena u sticaju (takav je slučaj u Austriji § 28 I StGB, Švajcarskoj § 68 StGB), jer je i sam osnov razlikovanja između postojanja jedne i više radnji nedovoljno precizan i pouzdan. C. Roxin /2003/: 798–799.

4 Z. Stojanović /2018/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd, 240.

5 U obzir dolazi preduzimanje ne samo radnje izvršenja, već i radnje saučesništva, i to ne samo kod realnog, već i kod idealnog sticaja. „Kad se jednim podstrekavanjem podstreklo na više krivičnih dela, ili kad se jednom radnjom pomoglo u izvršenju više krivičnih dela, postoji idealni sticaj više podstrekavanja odn. pomaganja”. T. Živanović /1922/: 189.

6 Krivični zakonik („Sl. glasnik RS”, br. 85/2005, 88/2005 – ispr, 107/2005 – ispr, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 198/2014 i 94/2016) – u daljem tekstu KZ. Iako zakonodavac u članu 60. KZ pre svega predviđa posebna pravila za odmeravanje kazne za dela učinjena u sticaju, to ne znači da je ova materija isključivo vezana za oblast krivičnih sankcija, jer pod okrilje učenja o opštem pojmu krivičnog dela spadaju pitanja vezana za pojam i vrste sticaja (pravog i prividnog), kao i učenje o jedinstvu radnje (dela) kada se ova posebna pravila i ne primenjuju, s obzirom na to da se uzima da postoji samo jedno krivično delo. Vid. Z. Stojanović /2018/: 239.

skih opisa jednom radnjom uzima da je samo jedno delo krivičnopravno relevantno (zakonski opisi se međusobno isključuju), iako se ove forme delimično i prepliću.⁷ U ovom radu biće razmatrana samo materija koja se bliže odnosi na učenje o tzv. jedinstvu radnje (koje delimično zadire i u materiju prividnog realnog sticaja), dok će pitanja koja se tiču materije prividnog idealnog sticaja ostati nepokrivena, s obzirom na to da su ona u našoj literaturi već dovoljno obrađena.⁸

2. O POJMU I POJAVNIM FORMAMA JEDINSTVA RADNJE (HANDLUNGSEINHEIT)

Kao jedan od najvećih problema u materiji sticaja krivičnih dela pojavljuje se pitanje da li se za određeno ponašanje učinioca može reći da predstavlja jednu ili više krivičnih radnji.⁹ Ljudsko ponašanje se sastoji od jednog kontinuiranog niza isprepletanog od činjenja i nečinjenja. Stoga se postavlja pitanje na osnovu kojih kriterijuma čitav taj proces rastaviti na manje isečke koji bi se mogli označiti kao jedinstvo ili množina radnji.¹⁰ U nauci na ovo pitanje u njegovoj celokupnosti još uvek nije pružen zadovoljavajući odgovor. Raščlanjivanje složenog ljudskog ponašanja na manje celine prema merilu broja mišićnih inervacija (fiziološko shvatanje jedinstva radnje) samo po sebi očigledno nema mnogo smisla, tako da je neophodno razmatranje koje bi podrazumevalo odgovarajuće pravne (normativne) kriterijume.¹¹ Od ranijeg shvatanja koje je odlučnim smatralo broj nastupelih posledica mora se odustati, s obzirom na to da je takav rezultat moguć i preduzimanjem samo jednog voljnog telesnog pokreta. Isto važi i za eventualno uzimanje u obzir broja ostvarenih bića krivičnih dela, jer ih je moguće ostvariti i samo jednom radnjom.¹² Jedinstvo u nauci postoji i u pogledu toga da pitanje pojma radnje u materiji sticaja krivičnih dela nije identično krivičnopravnom učenju o pojmu radnje (koja mora biti biću odgovarajuća, protivpravna i skrivljena).¹³ Opšte učenje o radnji krivičnog dela ovde ne zadovoljava i nije od naročite pomoći, s obzirom da ono ima za cilj

7 Učenje o jedinstvu radnje ima nešto veći značaj za nemačko krivično pravo, s obzirom na to da od rezultata učenja zavisi da li će čak i u slučaju većeg broja preduzetih radnji postojati samo jedno ponašanje i stoga samo jedno krivično delo ako tim radnjama nisu povređene različite krivičnopravne zabrane ili zapovesti, ili će u slučaju da su ostvarena obeležja većeg broja krivičnih dela zavisiti kvalifikovanje, tj. postojanje idealnog ili realnog sticaja.

8 Vid. Đ. Lazin /1982/: *Prividni idealni sticaj krivičnih dela*, Beograd; Z. Stojanović /2009/: „Prividni idealni sticaj”, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 3, Beograd, 9–22.

9 C. Roxin /2003/: 799.

10 H-H. Jescheck /1978/: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. II*, Berlin, 578. Tako, prema primeru poznatom u starijoj literaturi ukoliko jedan spis sadrži više krivičnih dela onda se postavlja pitanje da li postoji idealni ili realni sticaj. To pitanje zavisi od toga šta se smatra radnjom izvršenja, pisanje ili slanje, tj. objavljivanje spisa. Ukoliko se pođe od stava da je radnja pisanje onda bi se radilo o realnom sticaju, jer ima više radnji izvršenja. U stvari ovde postoji idealni sticaj, jer se slanje spisa, ili objavljivanje, sastoji iz jedne delatnosti, te postoji samo jedna radnja izvršenja. T. Živanović /1922/: 190.

11 H-H. Jescheck /1978/: 578; vid. H. Welzel /1965/: *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin, 203–204.

12 H-H. Jescheck /1978/: 578.

13 C. Roxin /2003/: 799.

da utvrdi samo minimalne pretpostavke da se neka delatnost čoveka može smatrati krivičnopravno relevantnim ponašanjem (na koje se tek kasnije nadovezuju elementi koji označavaju istinsko krivičnopravno vrednovanje). Jedno ponašanje koje se načelno može smatrati krivičnopravno relevantnim na opštem nivou obuhvata ne samo one radnje koje su opisane kao krivično delo, već i biću neodgovarajuće voljno odnošenje prema društvenoj stvarnosti, dok se u materiji sticaja pojam radnje odnosi na radnju koja je označena kao obeležje određenog krivičnog dela.¹⁴

Kada je reč o pojavnim formama u okviru učenja o jedinstvu radnje u nemačkoj literaturi se izdvajaju određene varijante, između kojih ipak nije do kraja sprovedeno jasno razgraničenje.¹⁵ Uglavnom se u doktrini prihvata dvodeoba koja se svodi na razlikovanje A) **radnje u prirodnom smislu** (*Handlung im natürlichen Sinn*), i B) **radnje u pravnom smislu** (*Handlung im juristischen Sinn*),¹⁶ dok se u okviru ove druge grupe razlikuju tri podgrupe: a) jedinstvo radnje zasnovano na zakonskom biću (*tatbestandliche Handlungseinheit*), b) prirodno jedinstvo radnje (*natürliche Handlungseinheit*) i c) radnja kod produženog krivičnog dela (*fortgesetzte Handlung*).¹⁷

A. Prirodna radnja (*natürliche Handlung*), tj. radnja u prirodnom smislu (*Handlung im natürlichen Sinn*)

O pojmu radnje u **prirodnom smislu** govori se najpre onda kada je biće krivičnog dela ostvareno jednim telesnim pokretom, ili njegovim propuštanjem.¹⁸ Radnja u prirodnom smislu reči je jedan krivičnopravno relevantni izaz ličnosti koji se kod krivičnih dela činjenja svodi na određeni pozitivni utrošak energije, najčešće u formi kakvog voljnog telesnog pokreta: bacanje kamena, ili npr. smrtonosni pucanj. Ovo su nesporne konstelacije slučajeva kada se radnja krivičnog dela zaista svodi na jedan voljom iniciran telesni pokret (iako i sam taj pokret može biti usitnjen na dalje pomake tela – pronalaženje i podizanje kamena, zamahivanje i konačno bacanje). Nesumnjivo je da u tom slučaju postoji samo jedna radnja, iako njome može biti ostvareno biće većeg broja krivičnih dela.¹⁹ Nije sporno pri tome da radnju u prirodnom smislu čini i odgovarajući izostanak energije, tj. to može biti i pasivno ponašanje, pod uslovom da su ispunjeni uslovi za kakvo krivično delo nečinjenja. Ovde se polazi od toga da radnju čini zaista *jedan* pojedinačni akt,²⁰ tako da se to

14 *Ibid.*, 800.

15 *Ibid.* Posebno se u nemačkoj nauci ističe da pojam jedinstva radnje (*Handlungseinheit*) ne treba mešati sa pojmom jedinstva dela (*Tateinheit*) kako je on određen u § 52 StGB; u pitanju je u stvari pojam idealnog sticaja.

16 T. Fischer /2011/: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, 421. U ranijoj jugoslovenskoj literaturi ovu dvodeobu prihvata Frank. Vid. S. Frank /1955/: *Teorija kaznenog prava po Krivičnom zakoniku od godine 1951. Opći dio*, Zagreb, 245.

17 Prisutna je i Roksinoва trodeoba koja podrazumeva razlikovanje između 1) radnje u prirodnom smislu (*Handlung im natürlichen Sinn*), 2) jedinstvo radnje zasnovano na zakonskom biću (*tatbestandliche Handlungseinheit*) i 3) prirodno jedinstvo radnje (*natürliche Handlungseinheit*). C. Roxin /2003/: 800.

18 U. Kindhäuser /2011/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden-Baden, 384.

19 K. Kühl /2008/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 769–770.

20 J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch /2003/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld, 808.

uzima kao odlučujući kriterijum, nezavisno od toga da li je istovremeno preduzeta i neka druga radnja.²¹ Radnja u prirodnom smislu dakle postoji kada se odluka da se preduzme određeno ponašanje realizuje u jednom voljnom pokretu.²² Ovo je stoga najuže shvatanje jedinstva radnje. Tako se neće smatrati jednom radnjom u prirodnom smislu ponašanje učinioca koji i desnom i levom rukom istovremeno zadaje udarce drugom licu. Smatra se da u ovom slučaju postoje zapravo dve radnje u prirodnom smislu,²³ iako bi se one zbog svoje povezanosti mogle podvesti pod jedno prirodno jedinstvo radnje (*natürliche Handlungseinheit*).²⁴

Međutim, krivičnopravno relevantno ponašanje po pravilu se sastoji iz jednog niza pojedinačnih akata, koji u svojoj sveukupnosti grade određeno smisljeno socijalno jedinstvo. Stoga je u slučaju kada spolja posmatrano postoji veći broj odvojenih akata potrebno odgovarajuće merilo na osnovu koga bi se izvršilo jasno razgraničenje između situacija kada postoji samo jedna radnja od onih situacija kada se može govoriti o većem broju radnji. U tom smislu je neophodno utvrditi odgovarajuću vezu između svih pojedinačnih radnji, polazeći od njihove socijalne i pravne povezanosti u jednu smislenu celinu.²⁵

B. Radnja u pravnom smislu/pravno jedinstvo radnje (*Handlung im juristischen Sinn*)

Određene radnje koje ne predstavljaju jednu radnju u prirodnom smislu mogu biti obuhvaćene jednom jedinstvenom radnjom u **(krivično)pravnom smislu**. Pravno jedinstvo radnje postoji stoga kada je više radnji u prirodnom, ontološkom smislu određenim normativnim kriterijumima povezano u samo jednu radnju, tako da se može govoriti o pravnom jedinstvu radnje.²⁶ Ovde postoji sticaj radnji u prirodnom smislu, ali jedinstvo radnje u krivičnopravnom smislu.²⁷ U okviru ove grupe u savremenoj nemačkoj literaturi razlikuje se nekoliko podgrupa.

a) Jedinstvo radnje zasnovano na zakonskom biću (*tatbestandliche Handlungseinheit*)

Pravno jedinstvo radnje postoji najpre onda kada zakonsko biće krivičnog dela veći broj prirodnih voljnih telesnih pokreta povezuje u odgovarajuće pravno-socijalno jedinstvo,²⁸ tj. kada ponašanje opisano bićem krivičnog dela podrazumeva *pojmovno, faktički* ili na *tipičan* način preduzimanje većeg broja pojedinačnih

21 C. Roxin /2003/: 801.

22 J. Wessels, W. Beulke /2011/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg (etc.), 305.

23 Tako i Živanović: „Prema tome postojaće dve radnje, kad A istovremeno ispali iz dva revolvra, držeći jedan u desnoj, drugi u levoj ruci. Istovremenost ne može da načini od dva telesna pokreta jedan”. T. Živanović /1922/: 189.

24 C. Roxin /2003/: 801.

25 J. Wessels, W. Beulke /2011/: 305.

26 V. Kambovski /2006/: *Kazneno pravo. Opšt del*, Skopje, 585–586.

27 J. Tahović /1961/: 265.

28 J. Wessels, W. Beulke /2011/: 305; G. Stratenwerth, L. Kuhlen /2011/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat*, München, 328.

radnji.²⁹ S obzirom na to da je sam zakonodavac dve ili više radnji pravno povezao u jedinstveno ponašanje, neki naročiti problemi na planu utvrđivanja postojanja jedne radnje i eventualnog sticaja tu nisu prisutni.³⁰

Tu se najpre radi o **dvoaktnim/višeaktnim deliktima**, gde je za ostvarenost bića potrebno preduzimanje većeg broja opisanih radnji. Npr. razbojništvo, kao konstrukcija svojevrstnog složenog krivičnog dela sastoji se iz upotrebe prinude i krađe. Iako su to odvojene radnje kojima se ostvaruju obeležja dva krivična dela, one čine pravno jedinstvo radnje razbojništva, tako da je tu pitanje sticaja krivičnih dela od samog starta isključeno. Prema preovlađujućem shvatanju, smatra se pravnim jedinstvom radnje i slučaj onih bića krivičnih dela gde je zakonskim opisom potrebna namera u odnosu na kakav dodatni akt, ako on u konkretnom slučaju zaista i usledi (iako to nije nužno za formalno dovršenje dela). Nrp. oduzimanje i prisvajanje tuđe stvari predstavljaju samo jednu radnju krivičnog dela krađe, iako bi delo postojalo čak i da do prisvajanja nije došlo, pod uslovom da je kod učinioica postojala namera da se prema stvari ponaša kao vlasnik.³¹ Ovo je opravdano, s obzirom na to da je za formalno dovršenje dela dovoljno samo postojanje odgovarajuće namere u vreme preduzimanja radnje izvršenja, dok njeno realizovanje označava materijalno dovršenje dela.³²

Pravno jedinstvo radnje postoji i kod **trajnih krivičnih dela** između onih radnji koje zasnivaju protivpravno stanje i radnji kojima učinilac to protivpravno stanje održava.³³ Tako kod protivpravnog lišenja slobode postoji samo jedna radnja u pravnom smislu kada učinilac drugog protivpravno zatvori, a zatim kasnijim radnjama održava takvo protivpravno stanje.³⁴ Pravno jedinstvo radnje kod trajnih krivičnih dela neće biti negirano kratkotrajnim prekidima. Tako neće biti reči o dva krivična dela narušavanja nepovredivosti stana ukoliko učinilac koji je neovlašćeno ušao u tuđ stan na kratko izađe iz stana da bi dozvao saučesnika.³⁵ Svi pojedinačni akti koji ostvaruju zakonski opis trajnog krivičnog dela se zbog pripadnosti istom biću smatraju sastavnim delovima jedne radnje.³⁶

Kao sledeća podgrupa krivičnih dela kod kojih su pojedinačne radnje usled odgovarajućih izraza koje je zakonodavac upotrebio pravno obuhvaćene jednom radnjom navode se delikti kod kojih je opisano ponašanje za koje se zahteva da traje **određeno, duže vreme**. Ilustrativan je primer novouvedenog krivičnog dela proganjanja (član 138a. KZ), gde se zahteva da se određene, alternativno predviđene radnje preduzimaju u određenom trajanju.³⁷ Za postojanje dela nije dovoljno jed-

29 C. Roxin /2003/: 801–802.

30 K. Kühl /2008/: 776.

31 Slično se i u našoj literaturi u ovakvim slučajevima govori o naknadnom nekažnjivom delu. Vid. M. Đorđević /1988/: *Komentar Krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije*, (redaktor: N. Srzentić), Beograd, 226–227; Z. Stojanović /2018/: 243.

32 C. Roxin /2003/: 802.

33 H.-H. Jescheck /1978/: 580; J. Wessels, W. Beulke /2011/: 306.

34 K. Kühl /2008/: 777.

35 C. Roxin /2003/: 802.

36 J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch /2003/: 810.

37 Iako je takav izraz nedovoljno precizan i bilo je bolje bliže ga odrediti unošenjem u zakonski opis dela iz člana 138a. KZ izraza „uporno”, ili u „dužem vremenu”.

nokratno ponašanje, već ponavljanje određenih radnji, a između svih pojedinačno preduzetih radnji mora postojati kontinuitet, tj. naročita veza koja zasniva nepravo, s obzirom na to da pojedinačno posmatrano pojedine radnje koje u svojoj ukupnosti grade radnju izvršenja proganjanja mogu da predstavljaju i društveno prihvatljivo ponašanje, ili ako nisu društveno prihvatljive ne predstavljaju u toj meri opasno ponašanje da bi ih izolovano trebalo inkriminisati.³⁸ U novijoj stranoj doktrini je čak razvijeno shvatanje o proganjanju kao vrsti jednog novog tipa delikta, tj. govori se o tzv. sukcesivnom deliktu (*sukzessives Delikt*) kod koga pojedinačne radnje izolovano uzev ne ispunjavaju uslove za sva bitna obeležja bića krivičnog dela. Sve one su ipak sauzročne za dovršenje dela i nije nužno da između svih pojedinih aktivnosti postoji čvrsta i bliska vremenska povezanost, već su mogući i neki vremenski intervali.³⁹ Međutim, tek sve radnje u svojoj ukupnosti (to ne moraju biti istovetne, već i različite forme radnje izvršenja) grade biću odgovarajuće nepravo i predstavljaju samo jednu radnju u pravnom smislu.

U grupu krivičnih dela kod kojih je radnja u pravnom smislu označena kao jedinstveno ponašanje na osnovu samog zakonskog bića spadala bi i ona krivična dela kod kojih je doduše moguće ostvarenje bića i preduzimanjem samo jedne radnje, ali je u konkretnom slučaju **faktički** neophodno preduzeti više pojedinačnih akata. Ko primera radi drugog usmrti tek nakon desetog uboda nožem odgovara naravno samo za jedno krivično delo ubistva, jer svi konkretni pojedinačni akti grade sliku samo jedne jedinstvene radnje. Ili ko u više navrata obmanjuje drugoga lažnim prikazivanjem činjenica vrši samo jednu prevarnu radnju. Takođe, i ko potencijalnom izvršiocu uputi više podsticajnih izjava kojima na kraju kod njega stvori odluku da ovaj izvrši neko krivično delo, u pravnom smislu vrši samo jednu radnju podstrekanja.⁴⁰ Slično, postojaće samo jedno pomaganje, iako je u vezi sa jednim krivičnim delom izvršeno više radnji pomaganja.⁴¹

Osim toga, u ovu grupu bi spadala i bića onih delikata kod kojih je za postojanje dela dovoljna i samo jedna radnja, ali je ipak za takav opis bića **tipično** preduzimanje većeg broja individualnih akata. Dobar primer u tom kontekstu pruža krivično delo falsifikovanja novca, kod kojeg je za postojanje dela dovoljno pravljenje i samo jedne lažne novčanice u odgovarajućoj nameri, ali ono po pravilu podrazumeva pravljenje većeg broja novčanica.⁴² U našoj literaturi za ovaj oblik koristi se izraz krivično delo sa indiferentnim brojem činjenja ili prouzrokovanja. To je ono krivično delo čije je zakonsko biće tako određeno da je bez značaja da li je radnja krivičnog dela, shvaćena u prirodnom smislu, učinjena jednom ili više puta i time ostvareno jedno ili više prouzrokovanja.⁴³ Uglavnom je kod takvih krivičnih dela zakonodavac radnju izvršenja odredio trajnim glagolskim oblikom⁴⁴ (npr. ko

38 Z. Stojanović /2017a/: „Proganjanje – novo krivično delo u Krivičnom zakoniku Srbije”, *Kaznena reakcija u Srbiji. VII deo*, (urednik: Đ. Ignjatović), Beograd, 2.

39 G. Hochmayr, „Das sukzessive Delikt – ein neuer Deliktstypus”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 4/2010, 770–771.

40 C. Roxin /2003/: 803.

41 J. Tahović /1961/: 267.

42 C. Roxin /2003/: 804.

43 M. Đorđević /1988/: 226.

44 Lj. Lazarević /2006/: *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd, 216.

neovlašćeno proizvodi, prerađuje, prodaje... vid. član 246. KZ). Prema interpretativnoj odredbi člana 112. KZ kad je radnja krivičnog dela određena trajnim glagolom smatra se da je delo učinjeno, ako je radnja izvršena jednom ili više puta (stav 30.). Ova krivična dela ipak ne treba mešati sa tzv. deliktima bavljenja, za čije postojanje nije dovoljno da se radnja preduzme samo jedanput.⁴⁵

Konačno, ovde pripadaju i krivična dela sa **mešovitim bićem**,⁴⁶ tj. krivična dela kod kojih je radnja izvršena postavljena alternativno, a izvršilac preduzme ne samo jednu, već više radnji navedenih u zakonskom opisu, kada se uzima da on odgovara samo za jedno krivično delo (vid. član 344a. KZ). U tom smislu odgovaraće samo za jedno krivično delo falsifikovanja novca učinilac koji najpre napravi lažni novac, a kasnije ga i stavi u opticaj.

Za sve navedene slučajeve je karakteristično da se pravno jedinstvo radnje uspostavlja na osnovu zakonskog bića krivičnog dela.

b) Prirodno jedinstvo radnje (natürliche Handlungseinheit)

Veći broj pojedinačnih radnji, koje izolovano posmatrano već zasnivaju nepravo delikta, mogu se preko (normativnog) kriterijuma **prirodnog jedinstva radnje** povezati u samo jednu radnju.⁴⁷ U ovom slučaju potrebno je preduzimanje većeg broja radnji iste vrste, koje su pokrivene jedinstvenom odlukom i koje u okviru istog događaja iznova ili postepeno ostvaruju isto biće krivičnog dela, iako pojedinačne radnje samo deluju kao kvantitativno pojačavanje stepena već ostvarenog neprava.⁴⁸ Iako se u literaturi uobičajeno govori o *prirodnom* jedinstvu radnje, kriterijum za procenu da li odvojeni pojedinačni akti predstavljaju jedinstvo ipak je normativne prirode. Njihovo povezivanje i pripadanje jednom ponašanju zasniva se na socijalnom vrednovanju preduzetih radnji, tako da se ova podgrupa svrstava u grupu radnje u pravnom smislu, „jer ništa nije prirodno u okviru učenja o prirodnom jedinstvu radnje”; ono je u potpunosti obojeno normativnim vrednovanjem.⁴⁹ Ovde je dakle odlučujući normativni momenat: socijalni i pravni smisao odnosnog zakonskog bića dela. Serija radnji može pravno da predstavlja samo jednu radnju, ako to nije u suprotnosti sa socijalnim i pravnim smislom datog zakonskog opisa.⁵⁰

U delu nemačke doktrine je sporno da li pravna figura prirodnog jedinstva radnje uopšte zasluđuje da se smatra zasebnom varijantom u okviru učenja o jedinstvu radnje,⁵¹ i često se označava kao najsporniji pojam u materiji konkurencije (sticaja) bića,⁵² s obzirom na nepouzdana merila za njeno utvrđivanje.⁵³ Ipak, i u nemačkoj literaturi vladajuće učenje prihvata ovaj oblik jedinstva radnje, a od njega polazi i naša dogmatika.⁵⁴

45 Z. Stojanović /2017b/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 411–412.

46 J. Tahović /1961/: 267.

47 U. Kindhäuser /2011/: 385.

48 J. Wessels, W. Beulke /2011/: 306–307.

49 J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch /2003/: 808–809.

50 F. Bačić /1986/: *Krivično pravo. Opći dio*, Zagreb, 390.

51 C. Roxin /2003/: 804.

52 K. Kühl /2008/: 771.

53 G. Stratenwerth, L. Kuhlen /2011/: 329.

54 Z. Stojanović /2018/: 240.

Ovim pojmom obuhvaćene su one radnje koje doduše nisu bićem krivičnog dela opisane kao jedinstvena radnja izvršenja, već se takva procena vrši na osnovu njihove međusobne subjektivne i objektivne povezanosti. Iako je preduzeto više odvojenih voljnih akata postojaće jedna radnja, kao složen, kompleksan čin.⁵⁵ Prema shvatanju nemačkog Saveznog suda prirodno jedinstvo radnje postoji kada učinilac koji je svoju volju usmerio ka ostvarenju određene posledice u spoljnom svetu preduzme veći broj akata iste vrste, koji zbog prostorne i vremenske povezanosti do te mere čine celinu, da se na osnovu uobičajenog životnog shvatanja mogu smatrati jednom radnjom. Polazeći od ovog shvatanja, za postojanje prirodnog jedinstva radnje potrebno je ispunjenje četiri kumulativna uslova. Najpre, potrebna je jedinstvena volja, zatim, množina istovrsnih radnji, tesna prostorna i vremenska povezanost pojedinačnih akata, kao i odgovarajuća procena, tj. da sve te radnje prema životnom iskustvu predstavljaju celinu.⁵⁶ Nije sasvim sigurno da u pojedinim slučajevima baš svi ovi uslovi moraju biti ispunjeni, ali nije sporno da se ukoliko su ostvarene sve navedene pretpostavke može govoriti o postojanju samo jedne radnje.⁵⁷ Na ovom mestu se razlikuju dve podgrupe: 1) iterativno i 2) sukcesivno ostvarenje bića krivičnog dela.⁵⁸

b.1) Iterativno (ponovljeno) ostvarenje bića krivičnog dela

Iterativno ostvarenje bića krivičnog dela postoji u slučaju preduzimanja većeg broja pojedinačnih akata iste vrste koji međusobno slede jedan za drugim u kratkim vremenskim intervalima i kojima se ostvaruje biće istog krivičnog dela.⁵⁹ Ono je zamislivo kod velikog broja krivičnih dela. Tako primera radi bujica omalovažavajućih izjava upućenih drugom licu zasniva odgovornost samo za jedno krivično delo uvrede, ili veći broj udaraca kojima je oštećena ili uništena tuđa stvar označava samo jednu radnju dela iz člana 212. KZ.⁶⁰ Slično vredi i za slučaj kada učinilac u toku noći krišom uđe u tuđ stan i oduzima novac, nakit i druge vredne predmete koje pojedinačno odnosi do svog motornog vozila, vraćajući se po ostatak plena,⁶¹ ili kada učinilac nizom radnji pokupi sve plodove sa jednog stabla.⁶²

Sporno je da li zaista kao važan preduslov uvek mora postojati jedinstvena volja u smislu da ona postoji za sve vreme preduzimanja pojedinačnih akata. Smatra se da je jedinstvena volja po pravilu potrebna za psihičku komponentu prirodnog jedinstva radnje, ali da nije uvek nužna u varijanti jedinstvenog umišljaja, već se ponekad dovoljnim uzima i opšta volja da se postigne određeni cilj, ili uopšteno shvaćen zajednički subjektivni element.⁶³

55 F. Bačić /1986/: 389.

56 Slično u jugoslovenskoj literaturi zaključuje Bačić. Da bi prema njegovom shvatanju postojalo jedinstvo radnje zasnovano na smislenom tumačenju zakonskog opisa dela neophodno je da su radnje vremenski i prostorno usko povezane, da iza njih stoji jedinstvena volja, kao i da su upravljene na povređivanje istog pravnog dobra. F. Bačić /1986/: 389.

57 C. Roxin /2003/: 805.

58 U. Kindhäuser /2011/: 386. Pojedini autori ove forme podvode pod jedinstvo radnje zasnovano na zakonskom biću, a ne pod prirodno jedinstvo radnje. Vid. Wessels, W. Beulke /2011/: 306–307.

59 C. Roxin /2003/: 805; Z. Stojanović /2018/: 240.

60 C. Roxin /2003/: 806.

61 J. Wessels, W. Beulke /2011/: 307.

62 F. Bačić /1986/: 389.

63 Vid. C. Roxin /2003/: 806; R. R-van Saan /2006/: *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, (herausgegeben von: H. W. Laufhütte, R. R-van Sann, K. Tiedemann), Berlin, 1254.

Takođe, kao sporno se pojavljuje i pitanje da li se o prirodnom jedinstvu radnje može govoriti u slučaju kada pojedine radnje nisu upravljene protiv istog pasivnog subjekta.⁶⁴ Uopšteno se može reći da je i takva mogućnost prihvatljiva, ali pod uslovom da se ne radi o krivičnim delima kojima se vrši napad na neko strogo lično dobro,⁶⁵ kao i da postoji jedna jedinstvena odluka;⁶⁶ u ovom slučaju u obzir bi dakle došla pre svega neka krivična dela iz grupe protiv imovine.⁶⁷ Tako, ukoliko učinilac jednom psovkom uvredi dva lica ne bi se moglo uzeti da postoji prirodno jedinstvo radnje i samo jedno krivično delo uvrede, jer je reč o delu kojim se vrši napad na neko lično dobro.⁶⁸ Ipak, ukoliko napad nije usmeren protiv nekog strogo ličnog dobra i ovakva varijanta izuzetno dolazi u obzir. I nemački Savezni sud je zauzeo u jednom primeru ove vrste stav da je moguća konstrukcija prirodnog jedinstva radnje iako je svaka pojedina radnja usmerena ka drugom licu. Učinilac je iste noći na istom mestu obio putnička vozila koja pripadaju različitim vlasnicima. Slično bi se moglo uzeti i u slučaju kada učinilac istim trikom na istom mestu neposredno jedno za drugim prevari više lica. Ukoliko se radi o napadu na neko lično dobro, iako ima i drugačijih mišljenja, trebalo bi isključiti mogućnost podvođenja pojedinih sličnih radnji učinjenih prema različitim subjektima pod prirodno jedinstvo radnje i uzeti da postoji samo jedno krivično delo. Ovde je, barem kada je reč o našem krivičnom pravu, moguća i analogija sa institutom produženog krivičnog dela, koje ukoliko je upravljeno protiv ličnosti ne može postojati ako sva dela nisu učinjena prema istom licu (član 61. stav 2. KZ).

b.2) Sukcesivno (postepeno) ostvarenje bića krivičnog dela

O **sukcesivnom** ostvarenju bića krivičnog dela govori se kada učinilac preduzimanjem većeg broja radnji postepeno ostvaruje svoj plan. „Kod sukcesivnog ostvarenja bića krivičnog dela radi se o tome da sve radnje predstavljaju samo pojedinačne etape koje ne moraju biti u takvoj tesnoj vremenskoj vezi kao iterativne radnje, niti pak moraju biti identične, ali je neophodno da su upravljene ka istom cilju”.⁶⁹

Ovoj grupi pripadaju dakle slučajevi u kojima učinilac svoj naum postiže tek preduzimanjem većeg broja različitih, vremenski odvojenih pojedinačnih radnji. Npr. učinilac konačno obija trezor tek četvrte noći, nakon što je radnjama preduzetim prethodne tri to sebi omogućio. Ili učinilac nakon neuspešnog prvog sredstva (udarac flašom po glavi) prelazi na drugo sredstvo usmrćenja drugoga (davljenje).⁷⁰ I u ovim slučajevima praksa i pretežni deo literature prihvataju učenje o prirodnom jedinstvu radnje, zahtevom svih pretpostavki potrebnih i za iterativno ostvarenje bića krivičnog dela. U svakom slučaju, te pretpostavke ovde zbog nešto promenjene objektivne slike podrazumevaju izvesno modifikovanje. Tako se ne zahteva tesna vremenska povezanost kao u slučaju iterativnog ostvarenja bića (i određeni kraći

64 K. Kühl /2008/: 774.

65 J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch /2003/: 809.

66 R. R-van Saan /2006/: 1255.

67 C. Roxin /2003/: 806–807.

68 U. Kindhäuser /2011/: 385; vid. T. Fischer /2011/: 423.

69 Z. Stojanović /2018/: 240.

70 C. Roxin /2003/: 810; Vid. J. Wessels, W. Beulke /2011/: 307.

prekidi ne dovode u pitanje prirodno jedinstvo radnje). Nadalje, i pojedinačne radnje ne moraju nužno da budu iste vrste, već je važno da su sve usmerene ka istom cilju.⁷¹ Međutim, distanca od više meseci između pojedinačnih radnji prekida kontinuitet, tako da se mora odreći prihvatanje prirodnog jedinstva radnje.⁷²

Nemačka praksa ide čak i dalje od prethodno navedenih slučajeva i smatra da jedinstvo radnje postoji i onda kada je određenim ponašanjem ostvareno biće više krivičnih dela različite prirode.⁷³ Tako primera radi uzima se da postoji jedinstvo radnje ukoliko učinilac ukrade tuđ automobil, pa mu nakon toga izmeni broj motora, kako bi bez opasnosti prodao motorno vozilo, tako da između krađe i falsifikovanja isprave postoji idealni sticaj, za koji se prema nemačkom KZ primenjuje samo kazna propisana za teže delo.⁷⁴ Slično se postupa i u slučajevima tzv. bekstva od policije (*Polizei flucht*) kada npr. učesnik u jednoj saobraćajnoj nezgodi, želeći da prikrije ranije učinjeno delo, beži sa mesta izvršenja i pri tome ostvari i neke druge kažnjive radnje (oštećenje ili uništenje tuđih stvari, telesna povreda, napad na službeno lice u vršenju službene dužnosti).⁷⁵

S pravom se u literaturi upućuju kritike takvoj praksi, jer se na taj način ozbiljno prelazi na teren pravne neizvesnosti i nesigurnosti, uz argument da određene kohezivne okolnosti (jedinstvena volja, isto ili slično ponašanje) ne mogu opravdati odlučivanje za postojanje jedinstva radnje u slučajevima ostvarenja različitih zakonskih opisa.⁷⁶

c) Produženo krivično delo

Zasebnu formu pravnog jedinstva radnje predstavlja radnja kod **produženog krivičnog dela**.⁷⁷ Ova pravna figura razvijena u našoj sudskoj praksi, a i u literaturi je uglavnom nailazila na pristalice, iako je naše ranije krivično zakonodavstvo nije poznavalo,⁷⁸ omogućavala je objedinjavanje više odvojenih istih ili istovrsnih radnji povezanih vremenskim kontinuitetom i uz prisustvo dodatnih vezivnih faktora u jedno pravno jedinstvo radnje, s rezultatom postojanja samo prividnog (nepravog) realnog sticaja.⁷⁹ Iako sve pojedine radnje već ostvaruju isto (istovrsno) biće krivičnog dela, smatra se da ih zbog tesne unutrašnje i spoljašnje veze treba smatrati jednom produženom radnjom. Tako bi primera radi veći broj odvojenih krađa

71 C. Roxin /2003/: 809.

72 *Ibid*, 810.

73 R. R-van Saan /2006/: 1256–1258.

74 C. Roxin /2003/: 811.

75 R. R-van Saan /2006/: 1256–1257.

76 C. Roxin /2003/: 813–814.

77 J. Wessels, W. Beulke /2011/: 309.

78 Slično je i u nemačkoj sudskoj praksi, uprkos nepostojanju zakonske odredbe i konkretne pravne legitimacije, dugi niz godina primenjivana pravna figura produženog krivičnog dela. J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch /2003/: 811.

79 Produženo krivično delo, kao vid privilegovanja učinioca, bilo je poznato još u srednjovekovnoj italijanskoj nauci, ali su ga zakonodavstva izričito prihvatila tek u XIX veku (to je bio slučaj i sa Krivičnim zakonikom za Kneževinu Srbiju). U novije vreme ova pravna figura se dovodi u pitanje i uglavnom je na udaru kritika, tako da je u pojedinim krivičnopravnim sistemima napuštena. G. Stratenwerth, L. Kuhlen /2011/: 330; K. Kühl /2008/: 779; R. R-van Saan /2006/: 1286–1288.

učinjenih u vremenskoj povezanosti prema istom licu mogle predstavljati samo jedno (produženo) krivično delo krađe. Iako se svakom pojedinom radnjom ostvaruje biće samostalnog dela, odredbe člana 61. KZ omogućavaju objedinjavanje svih tih radnji u jednu (produženu) radnju s posledicom odgovornosti za samo jedno krivično delo.

Slično važi i za već spomenutu konstrukciju složenog krivičnog dela, kao i za prevaziđenu pravnu figuru kolektivnog krivičnog dela.⁸⁰ Sve pojedinačne radnje povezane su u pravno jedinstvo i smatraće se samo jednom radnjom, tako da svi slučajevi privednog realnog sticaja u stvari predstavljaju konstrukciju jedne radnje u pravnom smislu.⁸¹

3. JEDINSTVO RADNJE I MNOŽINA RADNJI KOD KRIVIČNIH DELA NEČINJENJA

U materiji **krivičnih dela (nepravog) nečinjenja** pojavljuje se problem što kod takvih delikata ne postoje pojedinačni akti koji bi se mogli povezati u jedinstvo radnje. Činjenica da učinilac uprkos postojanju različitih zapovesti činjenja ostaje pasivan ne opravdava još uvek jedinstvo propuštanja.⁸² U literaturi se zastupa stav prema kome u slučaju da je ostvarena samo jedna posledica u pravnom smislu postoji samo jedno propuštanje dužnog činjenja, iako je učinilac zanemario možda i veći broj mogućih spasilačkih radnji.⁸³ Ukoliko je pak garant propustio da spreči veći broj posledica nemačka praksa i preovlađujuće shvatanje u doktrini polazi od toga da li je različite obaveze sprečavanja posledice bilo moguće ispuniti samo jednom radnjom činjenja (onda jedinstvo radnje) ili preduzimanjem većeg broja radnji (onda množina radnji).⁸⁴ Kada na primer radnik na železnici propusti prilikom ulaska voza na kolosek da spusti rampu usled čega više osoba nastrada postoji samo jedna radnja (u formi nečinjenja), jer su se samo jednom radnjom (zatvaranjem rampe) sve nastupele posledice mogle izbeći. Nasuprot tome, ukoliko primera radi otac prilikom požara koji je zahvatio kuću propusti da spase oba svoja deteta ima se smatrati da postoji više radnji nečinjenja, ukoliko je s obzirom na okolnosti bilo neophodno preduzimanje dve odvojene spasilačke radnje.⁸⁵

Slična pravila važe i za **prave delikte nečinjenja**, kada je povređeno više konkretnih obaveza koje nalažu odgovarajuće činjenje.⁸⁶ Ukoliko su te obaveze međusobno nezavisne postojaće veći broj relevantnih propuštanja.⁸⁷ Tako, u slučaju

80 Vid. Ž. Topalović /1909/: 520–521; H-H. Jescheck /1978/: 585–586.

81 Ovde dolaze u obzir i različite radnje saučesništva u istom krivičnom delu. Ko npr. drugoga sa umišljajem navede na izvršenje kakvog krivičnog dela, a kasnije mu određenim radnjama olakša izvršenje, neće biti kažnjen i za podstrekavanje i za pomaganje, već će odgovarati samo kao podstrekač (teži oblik saučesništva obuhvata lakši). Vid. Z. Stojanović /2018/: 243.

82 C. Roxin /2003/: 815.

83 J. Wessels, W. Beulke /2011/: 306.

84 K. Kühl /2008/: 771.

85 C. Roxin /2003/: 815.

86 J. Wessels, W. Beulke /2011/: 306.

87 R. R-van Saan /2006/: 1299.

da neko propusti da ukaže pomoć jedno za drugim većem broju osoba postojaće više krivičnih dela nepružanja pomoći (član 127. KZ). Ukoliko su svi koji su se nalazili u opasnosti mogli biti spaseni samo jednom radnjom (stanari jedne kuće koji su mogli biti spaseni gašenjem požara) onda će postojati samo jedno delo nečinjenja.⁸⁸

4. JEDINSTVO RADNJE KOD NEHATNIH KRIVIČNIH DELA

U odnosu na **nehatna krivična dela** osnovna pravila za postojanje jedinstva radnje zahtevaju nužno izvesnu modifikaciju, s obzirom na to da ovde nije moguće postojanje jedinstvene volje. U osnovi treba poći od toga da li je nastupila jedna ili više posledica.⁸⁹ Ukoliko je ostvarena samo jedna posledica, postojaće samo jedna radnja, pa i onda kada je ona zasnovana na većem broju prekršenih zapovesti brižljivog ponašanja, čak iako se prostire u dužem vremenskom periodu.⁹⁰ Ako je pak ostvareno više posledica onda rešenje zavisi od toga da li su sve one rezultat povrede jedne ili više zapovesti koje nalažu brižljivo ponašanje. Ovaj drugi slučaj će postojati ukoliko je između pojedinačnih prekršaja postojala mogućnost vraćanja na teren brižljivog ponašanja. Kada neko prilikom neprekidne brze vožnje prouzrokuje jednu za drugom više saobraćajnih nezgoda postojaće onoliko krivičnih dela koliko je posledica ostvareno, jer je učinilac kod svake nezgode mogao usporiti vozilo i izbeći ostale. Naprotiv, ukoliko vozač usled nedovoljne pažnje izgubi kontrolu nad vozilom i pregazi više prolaznika, bez mogućnosti da u međuvremenu ponovo uspostavi kontrolu nad vozilom, postojaće samo jedna radnja. Slično treba postupiti i u odnosu na nehatne formalne delikte.⁹¹

5. ZAKLJUČAK

Radnja krivičnog dela može biti jednostavna delatnost sačinjena od samo jednog (voljnog) telesnog pokreta. Ali, krivičnopravnu radnju najčešće čini veći broj međusobno povezanih pojedinačnih akata iste ili različite vrste, ponekad kombinovanih od raznih formi činjenja ili propuštanja. Nikakvi problemi na planu (krivično) pravnog kvalifikovanja ponašanja ne postoje ukoliko je jednim pokretom tela ostvareno biće jednog krivičnog dela. U tom slučaju govori se o postojanju jedne prirodne radnje, tj. radnje u prirodnom smislu. Međutim, kada se više odvojenih telesnih pokreta pojavljuje kao (sa)uzrok većeg broja istih ili različitih posledica otvara se složeno pitanje razgraničenja između jedne i množine radnji. U tu svrhu u nauci (jer to pitanje po svojoj prirodi ne predstavlja legitimnu materiju zakonskog regulisanja) stvoreno je učenje o jedinstvu radnje koje na osnovu normativnih merila nastoji da izvrši pomenuto razgraničenje. Tako će pokatkada i određena serija pojedinačnih radnji u (krivično)pravnom smislu predstavljati izraz jedinstvenog ponašanja. Kao

88 C. Roxin /2003/: 816.

89 *Ibid*, 817.

90 H-H. Jescheck /1978/: 581.

91 C. Roxin /2003/: 817.

što je s jedne strane i sticaj krivičnih dela moguć usled preduzimanja samo jedne radnje, tako s druge strane u određenim slučajevima postoji opravdanje da se čitav niz nezavisnih radnji posmatra u okvirima samo jednog bića krivičnog dela. Stoga je precizno izdvajanje situacija kada se odvojene, samostalne radnje pravno mogu objediniti u jednu radnju krivičnog dela osnovna pretpostavka za ispravno kvalifikovanje ponašanja. Može se zaključiti da je ovo pitanje od nešto većeg značaja u onim krivičnopravnim sistemima koji predviđaju drugačija pravila za odmeravanje kazne za krivična dela učinjena u sticaju, gde za idealni sticaj krivičnih dela važi blaži režim. No, i nezavisno od toga, za položaj učinioca je izuzetno važno da li će se njegovo ponašanje pravno vrednovati kao jedna ili veći broj krivičnopravnih radnji.

LITERATURA

- Bačić Franjo /1986/: *Krivično pravo. Opći dio*, Zagreb
- Baumann Jürgen, Weber Ulrich, Mitsch Wolfgang /2003/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld
- Đorđević Miroslav /1988/: *Komentar Krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije*, (redaktor: N. Srzentić), Beograd
- Fischer Thomas /2011/: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München
- Frank Stanko /1955/: *Teorija kaznenog prava po Krivičnom zakoniku od godine 1951. Opći dio*, Zagreb
- Hochmayr Gudrun, „Das sukzessive Delikt – ein neuer Deliktstypus”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 4/2010, 757–784
- Jeschek Hans-Heinrich /1978/: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. II*, Berlin
- Kambovski Vlado /2006/: *Kazneno pravo. Opšt del*, Skopje
- Kindhäuser Urs /2011/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden-Baden
- Kühl Kristian /2008/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München
- Lazarević Ljubiša /2006/: *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd
- Lazin Đorđe /1982/: *Prividni idealni sticaj krivičnih dela*, Beograd
- Nikolić Dragan /1991/: *Krivični zakonik Kneževine Srbije*, Niš
- Objašnjenja uz nacrt Krivičnog zakonika FNRJ*, Beograd 1951
- Roxin Claus /2003/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, München
- Saan Ruth Rissing-van /2006/: *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, (herausgegeben von: H. W. Laufhütte, R. R-van Sann, K. Tiedemann), Berlin
- Stojanović Zoran /2009/: „Prividni idealni sticaj”, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 3, Beograd, 9–22
- /2017a/: „Proganjanje – novo krivično delo u Krivičnom zakoniku Srbije”, *Kaznena prakcija u Srbiji. VII deo*, (urednik: Đ. Ignjatović), Beograd, 1–10
- /2017b/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd
- /2018/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd
- Stratenwerth Günter, Kuhlen Lothar /2011/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat*, München
- Tahović Janko /1961/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd
- Topalović Živko /1909/: *Krivično pravo po predavanjima dr. Božidara Markovića*, Beograd
- Welzel Hans /1965/: *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin
- Wessels Johannes, Beulke Werner /2011/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg (etc.)
- Živanović Toma /1922/: *Osnovi krivičnog prava. Opšti deo*, Beograd

Ivan Đokić

Assistant Professor

Faculty of Law, University of Belgrade

ON THE UNITY OF THE ACT (OFFENCE) IN CRIMINAL LAW

SUMMARY

As a rule, one criminal offence involves taking only one act from the perpetrator. This does not, however, exclude the possibility that more than one criminal offence will be committed by performing one behavior, as it is possible to integrate a number of separate actions naturally or legally into one behavior. The actus reus of a criminal offence can be not only one voluntary bodily movement, or an omission, but also a whole series of closely related individual movements that are sometimes (legally) connected in a unified behavior. This is because a human action is a complex behavior composed of plurality of acts that represent only parts of a wider whole. The question of the unity of the act is given somewhat greater attention in German literature in view of different rules for determining the sentence, depending on whether several crimes have been committed by performing only one act, or by taking several actions. But it is also important for our criminal law, because it depends on whether the perpetrator will be responsible for one or more offences.

Key words: act, natural unity of act, legal unity of act, one or more criminal offences.

TRETMAN OSUĐENIKA ZAVISNIH OD PSIHOAKTIVNIH SUPSTANCI – TEORIJSKA RAZMATRANJA

Apstrakt. U radu autor razmatra teorijska pitanja u pogledu primene tretmana na lica koja su krivična dela učinila usled zavisnosti od opojnih droga. Pažnja je posevećena klasifikaciji ovih programa kao i pitanju njihove delotvornosti na planu smanjenja recidivizma i ponovne zloupotrebe opojnih droga. Takođe, razmatrani su i različiti nedostaci sa kojima je suočena primena ovih tretmana u praksi kao što je selekcija zatvorenika koji će biti podvrgnuti lečenju, negativan uticaj zavoda, odnos lica zaduženih za tretman prema osuđenima. Predmet rada je i krivičnopravni aspekt tretmana ove kategorije osuđenika, a autor analizira pravna rešenja u pojedinim državama kao i u nacionalnom krivičnom zakonodavstvu. Ukazano je na određena sporna pitanja u vezi sa krivičnopravnim merama, odnosno sankcijama, koje se izriču sa ciljem lečenja zavisnika, a posebna pažnja je poklonjena i pitanju efikasnosti prinudnih tretmana i njihovoj komparaciji sa dobrovoljnim učestvovanjem učinilaca u ovim programima.

Ključne reči: tretman, zavisnost, opojne droge, mere bezbednosti, efikasnost.

1. UVOD

Nesumnjivo je da je kriminalitet na različite načine povezan sa opojnim drogama i drugim psihoaktivnim supstancama.¹ Osim nedozvoljenog posedovanja kao i proizvodnje i trgovine, koji pod određenim uslovima predviđenim krivičnim zakonima predstavljaju krivična dela, povezanost kriminaliteta sa opojnim drogama ispoljava se i na druge načine. Jedan od njih podrazumeva da njihovo korišćenje, a pre svega heroina, doprinosi vršenju krivičnih dela i to najčešće imovinskih kako bi učinilac na taj način došao do finansijskih sredstava za kupovinu droga. Drugi način podrazumeva da uključenost u kriminalne aktivnosti, posebno u okviru podkultura, povećava mogućnost da učinioci dođu o kontakt sa ovim supstancama.² Goldštajn (*Goldstein*) je identifikovao tri glavna načina na koje korišćenje droga dovodi do kriminalnog postupanja: a) ekonomsko-kompulsivni; b) psihofarmakološki; c)

* docent, natalija.lukic@ius.bg.ac.rs

1 Prema čl. 2 Zakona o kontrolisanim psihoaktivnim supstancama („Sl. glasnik RS”, br. 99/2010) psihoaktivne kontrolisane supstance obuhvataju: opojne droge odnosno narkotike, psihotropne supstance, proizvode biološkog porekla koji imaju psihoaktivno dejstvo i druge psihoaktivne kontrolisane supstance. Imajući u vidu da se u Krivičnom zakoniku spominju pre svega opojne droge (definisane u čl. 112, st. 15), u daljem tekstu ćemo koristiti ovaj termin.

2 N. South, *Drugs, Alcohol and Crime*, in: (M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner, eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford – New York, 2007, 810–838.

sistemske. Prvi je već opisan i podrazumeva vršenje najčešće imovinskih krivičnih dela kako bi se došlo u posed droge. Pod drugi se podvode situacije u kojima se krivično delo vrši pod uticajem droge, dok treći podrazumeva ilegalnu trgovinu.³ Prema podacima INTERPOLa veliki deo međunarodnog kriminaliteta je u nekoj (posrednoj ili neposrednoj) vezi sa narkoticima. Prema nekim procenama oko 70% kriminaliteta u razvijenim državama je u vezi sa narkoticima, dok se na primer za SAD navodi da je procenat ubistava koja su povezana sa ovim supstancama u poslednjoj deceniji XX veka sa 20% porastao na 80%.⁴

Procenjuje se da oko dve trećine zatvorenika redovno zloupotrebljava neku opojnu drogu⁵, dok se oko 95% osuđenika, kod kojih je utvrđena istorija zloupotrebe narkotika, po izdržavanju kazne zatvora ponovo vraća njihovom korišćenju. Stopa recidivizma kod ovih lica je takođe visoka imajući u vidu da oko 68% biva ponovo uhapšeno po izlasku iz zatvora, 47% osuđeno, a u 25% slučajeva se ponovo izriče zatvorska kazna.⁶ Osim toga, zatvorenici koji zloupotrebljavaju opojne droge disproporcionalno svom učešću u penitencijarnim ustanovama doprinose kršenju pravila ponašanja, a posebno kada je u pitanju nasilničko ponašanje.⁷ Zbog navedenih činjenica u literaturi se smatra da primena tretmana u odnosu na ovu kategoriju zatvorenika može doprineti smanjenju zloupotrebe ovih supstanci po izlasku iz kaznenih ustanova kao i smanjenju povrata.

U nastavku rada biće ukazano na vrste tretmana koje se primenjuju prema ovoj kategoriji osuđenika, uticaju na ponašanje u zavodima kao i po izlasku na slobodu, a biće reči i o nedostacima koji su uočeni u njihovoj primeni. Takođe, predmet analize je i krivičnopravno regulisanje tretmana i komparacija njegovih efekata na ponašanje učinilaca krivičnih dela u poređenju sa dobrovoljnim tretmanom.

2. TRETMAN OSUĐENIKA ZAVISNIH OD PSIHOAKTIVNIH SUPSTANCI

2.1. Vrste tretmana

a) Terapeutska zajednica (*therapeutic community program*). Ovo je vrlo rasprostranjena vrsta tretmana koja se primenjuje na slobodi, ali i u kazneno-popravnim zavodima. Radi se o intenzivnom programu koji se odvija u zasebnim odeljenjima i čiji je akcenat na interakciji između osuđenika i lica zaduženih za tretman. Kroz primenu tretmana utiče se na stavove zavisnika od opojnih droga, njihovu percepciju

3 Navedeno prema: S. J. Bahr et al., An Evaluation of a Short-Term Drug Treatment for Jail Inmates, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, vol. 57, n. 10, 2012, 1275–1296.

4 Đ. Ignjatović, *Kriminologija*, Beograd, 2018, 139.

5 S. Belenko, K. A. Houser, W. Welsh, Understanding the Impact of Drug Treatment in Correctional Settings, in: (J. Petersilia, K. R. Reitz, eds.), *The Oxford Handbook of Sentencing and Corrections*, Oxford – New York, 2012, 463–491.

6 H. K. Wexler, B. W. Fletcher, National Criminal Justice Drug Abuse Treatment Studies (CJ-DATS) Overview, *The Prison Journal*, vol. 87, n. 1, 2007, 9–24.

7 T. W. Kinlock, K. O'Grady, T. E. Hanlon, The Effects of Drug Treatment on Institutional Behavior, *The Prison Journal*, vol. 83, n. 3, 2003, 257–276.

i ponašanje u vezi sa korišćenjem ovih supstanci, a osuđenici se uče prihvatanju društvenih normi i razvijanju efektivnijih društvenih veština. Cilj tretmana je promena načina života. Program se sastoji iz više faza koje se u principu mogu svesti na tri glavne: orijentacija (oko tri meseca), glavna faza tretmana (5–6 meseci) i priprema za izlazak na slobodu koja uključuje jačanje stavova u vezi korišćenja opojnih droga, prevenciju ponovne zloupotrebe i osmišljavanje individualnih planova za budućnost.⁸ Ovaj tip programa po pravilu uključuje i kognitivnu terapiju, a odvija se u individualnim i grupnim sesijama.⁹ Za ovaj tretman se navodi da se u praksi pokazao kao najefektniji na planu smanjenja recidivizma¹⁰, ali se ističe da postoje određeni razlozi zbog kojih se navedeno može dovesti u pitanje (mali uzorci, selekcija lica za tretman, slabi statistički pokazatelji itd)¹¹.

b) Tretmani manje intenzivnog tipa koji se ne odvijaju u zasebnim odeljenjima, već zatvorenici ostaju u svojim regularnim prostorijama za vreme tretmana. Ovi programi traju od nekoliko nedelja do nekoliko meseci. Vrlo često i oni podrazumevaju primenu kognitivne terapije.¹² Tako se kao primer može navesti jedan program koji je osmišljen za zatvorenike osuđene na kraće zatvorske kazne. Tretman traje 30 dana i cilj je da pomogne zatvorenicima koji su zavisni od korišćenja opojnih droga da se pripreme za život na slobodi. Program se zasniva na korišćenju kognitivnih tehnika kojima treba postići sledeće: 1) individualnu procenu uzroka zloupotrebe opojnih droga i kriminalnog ponašanja; 2) učenje alternativnih kognitivnih i bihevioralnih strategija za postupanje u takvim situacijama na socijalno prihvatljiv način; 3) dubinska introspekcija. Tretman se primenjuje 5 sati dnevno 5 dana u nedelji i svaka od ukupno četiri nedelje ima predviđene ključne teme za rad sa osuđenima.¹³

c) Farmakološki tretman. Ova vrsta tretmana podrazumeva upotrebu različitih lekova koji deluju kao antagonisti zbog toga što imaju suprotan efekat u odnosu na opojne droge. Najčešće se koristi metadon i to prevashodno u odnosu na zavisnike od heroina. Zatim, u primeni je i buprenorfin i to za zavisnike od opijata. Pokazalo se da korišćenje ovog leka dovodi do duže apstinencije u poređenju sa licima koja su činila kontrolnu grupu i u odnosu na koje je korišćen placebo efekat. Lek naltrekson se koristi tretiranje zavisnika od opijata kao i kokaina. Rezultati primene ovog leka su oprečni. Dok pojedini autori ističu da je ovaj lek efektivan, drugi prednost daju

8 S. Belenko, K. A. Houser, W. Welsh, *op.cit.*, 467.

9 S. J. Bahr, A. L. Masters, B. M. Taylor, What Works in Substance Abuse Treatment Programs for Offenders? *The Prison Journal*, vol. 92, n. 2, 2012, 155–174.

10 Vidi: W. N. Welsh, A Multisite Evaluation of Prison-Based Therapeutic Community Drug Treatment, *Criminal Justice and Behavior*, vol. 34, n. 11, 2007, 1481–1498; W. N. Welsh, G. Zajac, A Multisite Evaluation of Prison-Based Drug Treatment: Four-Year Follow-up Results, *The Prison Journal*, vol. 93, n. 3, 2013, 251–271.

11 W. N. Welsh, G. Zajac, A Census of Prison-Based Drug Treatment Programs: Implications for Programming, Policy and Evaluation, *Crime and Delinquency*, vol. 50, n. 1, 2004, 108–133.

12 Ova vrsta terapije podrazumeva promenu mišljenja i stavova zatvorenika kao i razvoj interpersonalnih veština. Cilj je da se negativni stavovi i mišljenja zatvorenika promene. Navedeno prema: S. J. Bahr, A. L. Masters, B. M. Taylor, *op. cit.*, 157.

13 S. J. Bahr et al., *op.cit.*, 1278–1280. O još jednom primeru manje intenzivnog tretmana kao i komparaciji sa terapeutskim modelom vidi: T. W. Kinlock, K. O'Grady, T. E. Hanlon, *op. cit.*, 262–263.

buprenorfinu. Studije koje su sprovedene sa ciljem ispitivanja dejstva ovih lekova pokazuju da se najbolji efekti postižu kombinovanjem njihove primene sa određenim oblicima terapije u vidu individualnog ili grupnog savetovanja.¹⁴ Sa druge strane, navodi se da zanemarljiv broj zatvorenika dobija terapiju metadonom zbog dominacije drugih oblika tretmana, averzije prema farmakološkom načinu tretiranja kao i troškova. Što se tiče drugih pomenutih lekova, mali broj kazneno-popravnih ustanova omogućava njihovu primenu u tretiranju lica zavisnih od korišćenja opojnih droga.¹⁵

d) Ne-klinički tretmani. U kazneno-popravnim zavodima na raspolaganju su po pravilu i edukativni programi u vezi sa zloupotrebom opojnih droga (o pitanjima zavisnosti, ilegalne proizvodnje i trgovine kao i vrstama tretmana). Ovakvi programi u vidu savetovanja traju ne duže od 1–2 nedelje. U okviru ove vrste tretmana uvrštavaju se i tzv. savetovanja u 12 koraka kao što su na primer „anonimni narkomani” koja postoji u većini kazneno-popravnih ustanova.¹⁶ Ključni elementi ovih programa su: a) shvatanje da će lice uvek biti zavisnik; b) nedeljno sastajanje u okviru neprofesionalne grupe za podršku koju čine pojedinci sa sličnim problemima; c) prepoznavanje i oslanjanje na moć jaču od pojedinca; d) pružanje usluga drugima; e) grupne i individualne sesije.¹⁷

2.2. Uticaj tretmana na ponašanje osuđenih lica

Cilj primene tretmana u odnosu na lica koja su zavisna od upotrebe droga i psihoaktivnih supstanci može biti različit. Sprovedene studije ispitivale su kako i da li primena tretmana utiče na ponašanje u kaznenim ustanovama, odnosno da li lica koja su uključena u ove programe više poštuju pravila ponašanja u odnosu na kontrolnu grupu. Potom, ispitivano je i da li tretirani osuđenici u manjoj meri recidiviraju po izlasku iz zavoda, a veliki broj istraživanja analizira i uticaj na kasniju zloupotrebu opojnih droga i drugih psihoaktivnih supstanci.

Tako je na primer jednim istraživanjem bilo obuhvaćeno 70 lica na koja je primenjen tretman, a isti toliki broj činio je kontrolnu grupu. Rezultati su pokazali da je 27% ispitanika iz prve grupe ponovo osuđeno na zatvorsku kaznu u poređenju sa 46% iz kontrolne grupe. Kada su u pitanju samo hapšenja, ta razlika je bila manja (49% i 63%). Analize su pokazale da su razlike između ovih grupa manje u prvih nekoliko meseci po izlasku iz zatvora, a postaju izraženije sa protekom vremena.¹⁸ Kada je u pitanju ponašanje zatvorenika u kaznenim ustanovama, manji broj studija uspeo je da potvrdi da primena tretmana redukuje disciplinske prestupe. U jednom istraživanju uzorak je bio sastavljen od 1,073 osuđenika i podeljen prema tome da li je tretman primenjen ili ne. Takođe, autori su klasifikovali prestupe zatvorenika od najtežih (krivična dela) do najlakših (lakši disciplinski prestupi). Međutim, oni nisu uspeali da potvrde polaznu hipotezu po kojoj primena tretmana utiče na smanjenje

14 S. J. Bahr, A. L. Masters, B. M. Taylor, *op. cit.*, 161–163.

15 S. Belenko, K. A. Houser, W. Welsh, *op. cit.*, 467.

16 *Ibid.*

17 S. J. Bahr, A. L. Masters, B. M. Taylor, *op. cit.*, 163–164.

18 S. J. Bahr et al., *op. cit.*, 1280–1289.

broja kršenja propisa za vreme izdržavanje kazne zatvora. Umesto toga, kao najznačajniji prediktori pokazali su se uzrast i ranija osuđivanost.¹⁹ Druga studija vršila je poređenje dve vrste primenjenih tretmana (intenzivnije kognitivno-bihejvioralno savetovanje i savetovanje kraće po trajanju, učestalosti viđenja i ulozi savetnika) na ponašanje u okviru zavoda. Ispostavilo se da intenzivniji tretman daje bolje rezultate kada je u pitanju premeštanje osuđenika u odeljenja sa većim stepenom obezbeđenja. Naime, članovi prve grupe su ređe zbog svog postupanja bili premešteni u pomenuta odeljenja u poređenju sa osuđenicima koji su prošli manje intenzivan tretman.²⁰ U još jednom istraživanju ispitivano je kako primena tretmana u tri faze (za vreme izvršenja kazne, u pripremama za puštanje na slobodu i posle izlaska iz zatvora) utiče na recidivizam i ponovnu zloupotrebu droga. Autori su došli do zaključka da najbolje rezultate ostvaruju lica koja su prošla tretman u sve tri faze (70% nije uhapšeno nijednom u periodu od tri godine po izlasku iz zatvora, a 35% nije ponovo koristilo opojne droge). Kada je u pitanju kontrolna grupa (osuđenici koji nisu bili podvrgnuti tretmanu), 29% nije ponovo uhapšeno u istom vremenskom periodu, odnosno 5% osuđenika nije ponovo zloupotrebljavalo opojne droge.²¹ U istraživanju koje je ispitivalo uticaj jedne vrste programa na ishode po izdržavanju kazne zatvora (ponovno izricanje zatvorske kazne, ponovno hapšenje i ponovno korišćenje opojnih droga) ustanovljeno je da program daje doprinos u redukovanju broja lica koji su ponovo osuđeni na kaznu zatvora, ali istraživači nisu uspeli da ustanove statistički značajnu vezu između primene ove vrste tretmana i druga dva analizirana ishoda.²² Velš (*Welsh*) u još jednom istraživanju nije uspeo da ustanovi povezanost primene tretmana na kasnije korišćenje opojnih droga. Umesto toga, utvrdio je da na ponovnu zloupotrebu ovih supstanci utiče uzrast učinioca (stariji su pre nego mlađi ponovo koristili opojne droge) kao i zaposlenost po izlasku iz zatvora (oni koji su imali posao u manjoj meri su se vraćali korišćenju opojnih droga). Kako ovaj autor ukazuje, na smanjenje ponovnog korišćenja opojnih droga uticaj ima obavezan tretman koji se pruža osuđenicima kada izađu na slobodu²³, dok to nije slučaj sa ponovnim hapšenjem odnosno izricanjem nove zatvorske kazne na čiju manju zastupljenost utiče i tretman primenjen za vreme boravka u zatvoru.²⁴

U kriminološkoj literaturi se posvećuje pažnja i uticaju tretmana na ponašanje osuđenih žena koje su zavisne od upotrebe opojnih droga i drugih psihoaktivnih supstanci. Iako ove studije nisu brojne, rezultati pokazuju da žene u nekim segmen-

19 W. N. Welsh et al., Effects of Prison Drug Treatment on Inmate Misconduct: A Repeated Measures Analysis, *Criminal Justice and Behaviour*, vol. 34, n. 5, 2007, 600–615.

20 T. W. Kinlock, K. O'Grady, T. E. Hanlon, *op. cit.*, 261–269.

21 S. Belenko, K. A. Houser, W. Welsh, *op. cit.*, 469–470.

22 W. N. Welsh, G. Zajac (2013), *op. cit.*, 263–266.

23 Programi koji se primenjuju po izlasku na slobodu su različiti po modalitetu (smeštaj u centar za rehabilitaciju, primena tretmana samo tokom dana, grupne podrške), po teoretskom pristupu (terapeutska zajednica, kognitivno-bihejvioralna terapija i ili program 12 koraka), po okruženju (napuštanje zavoda tokom dana radi sprovođenja programa, programi na pola puta od kuće, primena tretmana na ugovornoj osnovi) kao i po trajanju (3, 6, 9 ili 12 meseci). No, navodi se da nema jedinstvenog stava po pitanju šta se podrazumeva pod primenom tretmana posle izdržavanja zatvorske kazne. Vidi: W. N. Welsh, G. Zajac (2013), *op. cit.*, 252–253.

24 W. N. Welsh, *op. cit.*, 1493.

tima ostvaruju čak i bolje rezultate u poređenju sa muškarcima. Sa druge strane, za njih je karakteristično da su često bile žrtve fizičkog i seksualnog zlostavljanja, da uz zloupotrebu opojnih droga često pate od nekog psihičkog poremećaja, a istorija korišćenje psihoaktivnih supstanci po pravilu je duža i teža.²⁵ U jednom istraživanju ispitivana je vrsta tretmana koja se zasnivao na kognitivno-bihejvioralnoj terapiji u odnosu na recidivizam i ponovno korišćenje psihoaktivnih supstanci žena osuđenih na kaznu zatvora. Rezultati su pokazali da je procentualno manje žena koje su uspešno završile program recidiviralo, ali ta veza se nije pokazala kao statistički značajna. No, kada je u pitanju ponovno korišćenje psihoaktivnih supstanci, rezultati su pokazali da je program imao uticaja u poređenju sa kontrolnom grupom.²⁶

2.3. Nedostaci u primeni tretmana

U literaturi se ukazuje na niz nedostataka kada je u pitanju primena tretmana prema licima zavisnim od upotrebe opojnih droga. Procena tretmana vrši se na osnovu anketiranja i intervjuisanja zaposlenih koji su uključeni u ove programe. Podaci dobijeni na osnovu sprovedenih istraživanja pokazuju da se nedostaci u primeni u ovih programa mogu svrstati u tri kategorije:

- a) Zatvorska sredina
- b) Neujednačenost dostupnih programa
- c) Uloga lica zaduženih za tretman

Kada je u pitanju prva vrsta nedostatka, navodi se da zatvori ne predstavljaju adekvatno okruženje za primenu tretmana. Primena tretmana u okviru kaznionica ima sekundarni karakter, dok je na prvom mestu osiguranje bezbednosti. Kod primene većine tretmana zatvorenici se posle učestvovanja u programskim aktivnostima vraćaju u svoje ćelije što može negativno delovati na postignute efekte. Pored toga, zatvorska sredina podstiče zloupotrebu opojnih droga što takođe može imati suprotan efekat od onoga koji se želi postići primenom tretmanom.²⁷ Ipak, ako se ima u vidu da je veliki broj zatvorenika podvrgnut primeni tretmana odlukom suda, izlazak iz zatvora takođe utiče negativno kada je u pitanju ponovno korišćenje opojnih droga. Naime, kao što je već o tome bilo reči, najveći učinak ima kombinovana primena tretmana u okviru zavoda i na slobodi za vreme uslovnog otpusta. Po rezultatima nekih istraživanja zatvorenici koji samo učestvuju u zatvorskom tretmanu ostvaruju iste rezultate na planu recidivizma i ponovne zloupotrebe opojnih droga kao oni koji uopšte nisu bili podvrgnuti tretmanu.²⁸

Analiza postojećih tretmana pokazuje da ne postoje ujednačeni kriterijumi na osnovu kojih se utvrđuje ko su zatvorenici kojima se pruža tretman, da li je tretman

25 E. A. Hall et al, Treating Drug-Abusing Women Prisoners: an Outcomes Evaluation of the Forever Free Program, *The Prison Journal*, vol. 84, n. 1, 2004, 81–105.

26 *Ibid.*

27 J. McIntosh, E. Saville, The Challenges Associated with Drug Treatment in Prison, *Probation Journal*, vol. 53, n. 3, 2006, 230–247.

28 D. Farabee et al, Barriers to Implementing Effective Correctional Drug Treatment Programs, *The Prison Journal*, vol. 79, n. 2, 1999, 150–162.

uspešno okončan ili ne, koliko lica zaduženih za tretman je angažovano u odnosu na broj osuđenika, koje su obaveze itd. Tako se na primer navodi da se u primeni tretmana koriste različiti kriterijumi za ocenu da li je program uspešno okončan. Najveći broj postojećih tretmana kao ocenu koristi broj sati koje je osuđenik proveo u ovim aktivnostima, dok se kao kriterijumi koriste i testiranje znanja o zloupotrebi alkohola i opojnih droga, promena u stavovima i ponašanju zatvorenika. Uvođenje bolje standardizacije različitih vrsta tretmana bilo bi korisno i za same učesnike koji bi unapred mogli da se detaljnije upoznaju sa mogućnostima koje tretmani pružaju.²⁹ Još jedna neujednačenost postoji i kada je u pitanju odabir lica koja će učestvovati u tretmanu. Kriterijumi takođe zavise i od toga da li se radi o sudskom određenju da se lice podvrgne tretmanu ili je u pitanju dobrovoljno učestvovanje za vreme izdržavanja zatvorske kazne. U literaturi se pominju nivo zavisnosti od opojnih droga, uključenost u ilegalnu trgovinu ovim supstancama, motivacija zatvorenika, nasilno ponašanje, težina krivičnog dela, pripadnost zatvorskim gangovima, uključenost u druge aktivnosti u zavodu.³⁰ I kada se odaberu određeni kriterijumi javljaju se dileme u pogledu njihovog preciznog određenja. Tako na primer težina krivičnog dela može da se utvrđuje i na osnovu vrste dela, ali i na osnovu dužine izrečene zatvorske kazne, dok nivo zavisnosti od opojnih droga može da se utvrđuje na osnovu dužine njihove zloupotrebe, vrste korišćene opojne droge, psihičkih komplikacija koje su zbog toga prouzrokovane, vrste i težine krivičnih dela koja su učinjena da bi se došlo u njihov posed.³¹

Kada je u pitanju odabir lica koja će raditi sa zatvorenicima navodi se da se problem najpre javlja kada je u pitanju pronalaženje i angažovanje dovoljnog broja obučanih službenika za ovaj posao. Drugo, lica zadužena za tretman imaju drugačiji pristup prema zatvorenicima u odnosu na zaposlene koji su zaduženi za očuvanje bezbednosti. U praksi se pokazalo da nije retka situacija da zaposleni u kazneno-popravnim zavodima promene zaduženja i da lica koja su bila prvobitno angažovana na poslovima očuvanja bezbednosti budu upućena na obavljanje tretmana.³² U tim situacijama istraživači su utvrdili da zaposleni nemaju previše volje i entuzijazma da rade sa zavisnicima od opojnih droga što je delimično uzrokovano i strahom od prenošenja bolesti kao što je HIV.³³ Iako se smatra da su poslovi bezbednosti i tretmana međusobno isključivi, ima predloga da bi trebalo raditi na jačanju saradnje ove dve zatvorske službe. Na taj način bi se unapred moglo znati u kojim situacijama ponašanje zatvorenika prevazilazi tretmanski pristup i zahteva institucionalni, u kojoj meri zatvorska straža treba da se uključi u sprovođenje tretmana, a koje su obaveze lica zaposlenih u službi za tretman.³⁴ Predlozi da je najbolje primenjivati multi-disciplinarni pristup koji podrazumeva anagažovanost različitih zavodskih službi (za bezbednost, za tretman, za zdravstvenu zaštitu) uz podršku probacione

29 W. N. Welsh, G. Zajac (2004), *op. cit.*, 125–127.

30 W. N. Welsh, G. Zajac (2004), *op. cit.*, 123; D. Farabee et al, *op. cit.*, 152.

31 J. McIntosh, E. Saville, *op. cit.*, 244.

32 D. Farabee et al, *op. cit.*, 155.

33 J. McIntosh, E. Saville, *op. cit.*, 237.

34 D. Farabee et al, *op. cit.*, 155.

službe suočeni su sa problemom nedovoljno raspoloživih sredstava i mogućnosti za njihovu realizaciju.³⁵

Pored evaluacije koja se vrši ispitivanjem lica zaduženih za tretman, kao i analize samih tretmana, procene se vrše i ispitivanjem osuđenika koji su bili podvrgnuti tretmanu. U jednoj takvoj studiji koja je obuhvatila lica koja su u 13 američkih kazneno-popravnih zavoda bila podvrgnuta tretmanu ispitivane su karakteristike programa (kao nezavisna varijabla), i reakcija osuđenika na primenjeni tretman (zavisna varijabla). Ustanovljeno je da se respondenti klasifikuju u tri grupe prema tome da li tretmanu daju visoku, srednju ili nisku ocenu. Interesantno je da grupa koja je dala visoku ocenu bila najzastupljenija. Nju je činilo dvostruko više respondenata u poređenju sa grupom koja je tretman loše ocenila. Svakako da na datu ocenu utiče i činjenica da li je ispitanik uspešno završio program, pa su tako osuđenici koji nisu završili tretman skloniji da ga doživljavaju kao kaznu, dok to nije slučaj sa onima koji su ga uspešno okončali.³⁶

3. KRIVIČNOPRAVNO REGULISANJE TRETMANA

Veliki broj država predviđa mogućnosti da se u sudskim postupcima (krivičnim kao i građanskim) naloži licu, koje je po pravilu zavisnik od upotrebe psihoaktivnih supstanci ili alkohola, da se podvrgne primeni tretmana. Tretman se sprovodi ili u odgovarajućoj instituciji ili na slobodi.³⁷ Autori koji su analizirali da li i u kojim državama postoji obavezan tretman određen u sudskim postupcima prave razliku između dve situacije. U prvoj se licu nalaže podvrgavanje tretmanu bez mogućnosti da ono odluči da li tretman prihvata, dok se u drugom slučaju radi o kvazi-obaveznom tretmanu, jer lice ima mogućnost da izabere da li će se podvrgnuti njegovoj primeni ili će mu umesto toga biti izrečena zatvorska kazna. U jednoj opsežnoj studiji u kojoj su autori analizirali zakonske propise kojima se reguliše određivanje tretmana u građanskim kao i u krivičnim postupcima obuhvaćene su 104 države i njihovi pravni propisi u tri određene godine (1986, 1999, 2009). Utvrđeno je da je od početka posmatranog perioda došlo do smanjenja broja pravnih sistema koji predviđaju mogućnost određenja tretmana u građanskom postupku, a primetan je trend porasta država koje tu mogućnost predviđaju u okviru krivičnih postupaka. Takođe, autori primećuju da je vreme trajanja tretmana određenog u krivičnom postupku u posmatranom periodu uvećano, a nije zanemarljiv broj država koje uopšte ne predviđaju vremensko ograničenje trajanja tretmana. Broj zavisnika kojima je određen tretman značajno je porastao u periodu od 2002–2006. godine u većini evropskih država koje su bile uvrštene u uzorak.³⁸

35 J. McIntosh, E. Saville, *op. cit.*, 243.

36 G. Melnick, J. Hawke, H. K. Wexler, Client Perceptions of Prison-Based Therapeutic Community Drug Treatment Programs, *The Prison Journal*, vol. 84, n. 1, 2004, 121–138.

37 D. Werb et al, The Effectiveness of Compulsory Drug Treatment: A Systematic Review, *International Journal of Drug Policy*, n. 28, 2016, 1–9.

38 M. Israelsson, A. Gerdner, Compulsory Commitment to Care of Substance Misusers: International Trends during 25 Years, *Europaen Addiction Research*, n. 18, 2012, 302–321.

Tako je na primer određivanje tretmana u krivičnim postupcima postalo vrlo učestala pojava u SAD. Zakonske mogućnosti su različite počevši od opcije da se odustane od krivičnog gonjenja ukoliko se okrivljeni podvrgne tretmanu pa do toga da lice ne bude kažnjeno ili da izrečena sankcija bude blaža. Tretman se može sprovoditi ili pre ili za vreme izdržavanja kazne, a takođe može biti sastavni deo izrečene uslovne osude ili određenog uslovnog otpusta.³⁹ Kada je u pitanju isključenje krivice, sudska praksa stoji na stanovištu da je ova vrsta odbrane prihvatljiva samo kod krivičnih dela za čije se postojanje zahteva specifična kriminalna namera, a čak i tada je moguće da okrivljeni bude oglašen krivim ali za neko lakše krivično delo. Kada su u pitanju krivična dela za čije je postojanje potrebna samo generalna kriminalna namera pozivanje na ovaj osnov isključenja krivice nije prihvaćen u krivičnim postupcima. Tako je na primer sud u slučaju krivičnog dela razbojništva zauzeo stav da okrivljeni ne može da se poziva na dobrovoljnu intoksikaciju kao razlog isključenja krivice, jer je u pitanju krivično delo kod koga ne treba utvrđivati specifičnu već samo generalnu kriminalnu nameru.⁴⁰ Krivična odgovornost zbog dobrovoljne intoksikacije može biti isključena samo ukoliko okrivljeni dokaže da je intoksikacija imala isti efekat kao i neuračunljivost.⁴¹

U nemačkom krivičnom pravu predviđena je posebna mera koja se može odrediti licima koja su učinila protivpravno delo u stanju intoksikacije ili usled zavisnosti od upotrebe alkohola ili opojnih droga. Uslov je da je lice zavisnik od upotrebe navedenih supstanci, da je u tom stanju ili usled zavisnosti učinilo protivpravno delo kao i da postoji opasnost da će zbog postojanja zavisnosti u budućnosti opet učiniti neko teže protivpravno delo. Za određivanje ove mere dovoljno je da se utvrdi da postoji psihička zavisnost, a ne nužno i fizička.⁴² Između učinjenog protivpravnog dela i zavisnosti mora postojati uzročna veza, a ta povezanost mora biti utvrđena i u odnosu na buduća teža protivpravna dela za koja se očekuje da će biti učinjena. Za određivanje ove mere nije relevantno da li je učinilac u trenutku izvršenja protivpravnog dela bio uračunljiv ili nije.⁴³ Interesantno je da nemački zakonodavac u čl. 64 KZ kojim je ova mera regulisana, predviđa da će ona biti određena samo ako se utvrdi da postoje dovoljno konkretni izgledi da će učinilac u roku od dve odnosno deset godina izlečiti ili da će se u nekom značajnijem vremenskom periodu uzdržati od povrata u stanju intoksikacije ili usled zavisnosti.

U našem zakonodavstvu predviđena je posebna mera bezbednosti koja se odnosi na lica koja su krivično delo učinila usled zavisnosti od upotrebe opojnih droga (obavezno lečenje narkomana).⁴⁴ Osim uslova da je krivično delo učinjeno usled

39 S. Klag, F. O'Callaghan, P. Creed, The Use of Legal Coercion in the Treatment of Substance Abusers: An Overview and Critical Analysis of Thirty Years of Research, *Substance Use and Misuse*, n. 40, 2005, 1777–1795.

40 T. J. Gardner, T. M. Anderson, *Criminal Law*, Belmont, 2009, 133.

41 Vidi: M. Škulić, Načelo krivice u krivičnom zakonodavstvu Srbije i mere bezbednosti, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 1, 2017, 9–50.

42 A. Schönke, H. Schröder (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 2010, 975–976.

43 B. D. Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, Berlin, 2006, 267–281.

44 Čl. 83 KZ. „Sl.glasnik RS”, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016.

zavisnosti, drugi uslov podrazumeva postojanje ozbiljne opasnosti da će se usled zavisnosti i dalje vršiti krivična dela. Kada je u pitanju vrsta zavisnosti, ima mišljenja da se mora raditi o fizičkoj zavisnosti i da prema tome postojanje samo psihičke zavisnosti od upotrebe opojnih droga ne bi ispunjavalo ovaj uslov. U slučaju postojanja samo psihičke zavisnosti prema osuđenom licu trebalo bi da bude određena neka od psihijatrijskih mera bezbednosti.⁴⁵ No, imajući u vidu da se mera bezbednosti obaveznog lečenja narkomana određuje samo u odnosu na uračunljiva lica, proizlazi da bi u svim situacijama kada je utvrđena samo psihička zavisnost, a lice jeste bilo uračunljivo, bila isključena mogućnost određivanja psihijatrijskih mera. Naime, ako je delo učinjeno u stanju neuračunljivosti ili bitno smanjene uračunljivosti do koje je došlo zbog zloupotrebe droga može se, ako su ispunjeni i drugi potrebni uslovi, primeniti samo mera bezbednosti iz čl. 81 ili 82. Mera bezbednosti obaveznog lečenja narkomana mogla bi se odrediti samo ako bi bili ispunjeni uslovi za primenu instituta *actiones liberae in causa*⁴⁶. Zbog navedenog bi trebalo smatrati da je dovoljna i psihička zavisnost da bi bio ispunjen ovaj uslov za primenu mere bezbednosti iz čl. 83 KZ. Tome u prilog govori i činjenica da se kod nekih opojnih droga (na primer halucinogene droge) javlja prvenstveno psihička zavisnost.⁴⁷ U slučaju da je usled korišćenja opojnih droga došlo do nekih psihičkih poremećaja (na primer psihoze) zbog čega je lice u trenutku izvršenja protivpravnog dela bilo neuračunljivo određuje se mera psihijatrijskog lečenja.⁴⁸

Drugi uslov podrazumeva postojanje ozbiljne opasnosti da će usled zavisnosti od opojnih droga u budućnosti biti vršena krivična dela. Kako zakonodavac zahteva da se ne radi o bilo kakvoj, već *ozbiljnoj* opasnosti, postavlja se pitanje šta se podrazumeva pod navedenim pojmom. Proizlazi da samo postojanje mogućnosti da se ponovo učini krivično delo ne bi bilo dovoljno, već bi trebalo da se radi o visokom stepenu sigurnosti da će do recidivizma doći. U obzir bi trebalo uzeti i čl. 78 KZ koji je opšteg karaktera i odnosi se na sve mere bezbednosti. Navedenim članom propisano je da je svrha mera bezbednosti otklanjanja stanja i uslova koji mogu biti od uticaja da učinilac ubuduće ne vrši krivična dela. Pod pojmom stanja podrazumevaju se psihička stanja učinioca i za izricanje mere bezbednosti bitno je utvrditi postojanje uzročne veze između psihičkog stanja i učinjenog krivičnog dela, kao i da takva stanja mogu voditi ponovnom vršenju krivičnih dela. Pod uslovima se podrazumeva povezanost ličnosti učinioca i njegove sredine i prilika.⁴⁹ Buduća krivična dela ne moraju biti iz iste grupe dela kao i već učinjeno krivično delo.⁵⁰ Zakonodavac ne predviđa bilo kakav dodatni uslov u pogledu budućih krivičnih dela što znači da bi i postojanje ozbiljne opasnosti da će lice ponovo učiniti neko

45 D. Drakić, Mere bezbednosti obaveznog lečenja narkomana i alkoholičara prema novom Krivičnom zakoniku Srbije, u: *Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu*, br.1–2, 2008, 613–626.

46 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2018, 344.

47 P. Kaličanin, *Psihijatrija I*, Beograd, 2001, 535.

48 O psihičkim poremećajima i poremećajima ponašanja usled zloupotrebe opojnih droga vidi: P. Kaličanin, *op. cit.*, 522–525.

49 Z. Stojanović, *op.cit.*, 332–334.

50 Tako na primer: A. Schönke, H. Schröder (Hrsg.), *op. cit.*, 978.

lakše krivično delo ispunilo ovaj uslov. Pitanje je da li je ovakvo zakonsko rešenje opravdano ili bi bilo bolje da se uslov ograniči tako što bi se zahtevala ozbiljna opasnost od vršenja težih krivičnih dela. Prema postojećem zakonskom rešenju ovu meru bi trebalo odrediti ako postoji ozbiljna opasnost da će na primer biti učinjeno krivično delo iz čl. 246a KZ (neovlašćeno držanje opojnih droga), a ako se radi o dugogodišnjim zavisnicima vrlo je verovatno da će posle sprovedene mere, odnosno izdržane zatvorske kazne, doći do ponovne zloupotrebe opojnih droga.⁵¹ Navedeno potvrđuju rezultati empirijskih istraživanja o čemu je već bilo reči.

3.1. Kritika krivičnogpravnog regulisanja tretmana

U literaturi se ističe nekoliko prigovora u pogledu krivičnogpravnog regulisanja tretmana učinilaca krivičnih dela koji su zavisni od upotrebe opojnih droga. Najpre, navodi se da sa etičkog aspekta nije opravdano ova lica bez njihove volje, odnosno saglasnosti, podvrgavati lečenju.⁵² Osim etičke strane, postavlja se i pitanje kako uspešno sprovesti tretman ukoliko nije dobrovoljan. Odvikavanje od upotrebe psihoaktivnih supstanci ne uključuje samo tretiranje medikamentima, već i psihoterapijske i psihijatrijske metode lečenja čija primena teško može dati rezultate ukoliko nema saglasnosti lica prema kome se primenjuju.⁵³ Međutim, ove tvrdnje mogu se osporiti ako se uzme u obzir da nijedno društvo nije dužno da bezgranično trpi posledice ponašanja pojedinaca zbog njihove zloupotrebe alkohola ili opojnih droga. Pored toga, ne može se tvrditi da uspeh tretmana zavisi primarno od volje zavisnih lica. Motivacija za promenu ponašanja nije statična kategorija, već podložna promenama i upravo suprotno – navodi se da primena pravnih mera u odvikavanju od zavisnosti može podstaći lice da promeni stav i učestvuje u sprovođenju tretmana.⁵⁴

U vezi sa napred navedenim postavlja se i pitanje da li se i u kojoj meri kod prinudnog lečenja narkomana primenjuje princip srazmernosti i pravednosti. Naime, dok je svrha kazne prvenstveno generalno-preventivnog karaktera, izricanje mera bezbednosti je rukovođeno primarno specijalno-preventivnom svrhom, a samo uzgredno i generalnom prevencijom. No, iako se mera bezbednosti određuje na osnovu opasnosti učinioca (po okolinu, odnosno opasnosti od vršenja krivičnih dela), u novije vreme se sve više prihvata da se i kod ovih sankcija mora voditi računa o principu srazmernosti.⁵⁵ Pitanje je naime da li je opravdano lišiti slobode lice samo radi sprovođenja tretmana iako težina krivičnog dela i krivica to ne zahtevaju. U našem KZ ova mera bezbednosti može trajati najviše tri godine, ali izrečena za-

51 O uspehu lečenja narkomana vidi: P. Kaličanin, *op. cit.*, 539.

52 Po nekim mišljenjima više dilemma izaziva određivanje tretmana u građanskom nego u krivičnom postupku. Dok je u prvom primena tretmana rukovođena isključivo individualnim potrebama, cilj određivanja mera u krivičnim postupcima je i specijalno-preventivni, ali i zaštita društva od pojedinaca koji su već učinili krivična dela, a zbog zavisnosti postoji opasnost od recidivizma. Vidi: M. Israelsson, A. Gerdner, *op. cit.*, 317.

53 F. E. Zimring, Drug Treatment as a Criminal Sanction, *University of Colorado Law Review*, vol. 64, 1993, 809–825.

54 S. Klag, F. O'Callaghan, P. Creed, *op. cit.*, 1781.

55 Z. Stojanović, Mere bezbednosti psihijatrijskog lečenja – Prinudno psihijatrijsko lečenje kao kao krivična sankcija – *Crimen*, br. 2, 2014, 145–172.

tvorska kazna može biti i kraća od toga. U tom slučaju lice je lišeno slobode samo zbog lečenja, a kako se radi o uračunljivom učiniocu može se prigovoriti ovakvom zakonskom rešenju.

Treća vrsta prigovora odnosi se na efekte ovih mera. Rezultati sprovedenih studija koje su ispitivale uticaj sudski određenih tretmana su oprečni i ne može se tvrditi da je prinudno određivanje tretmana efektivnije u poređenju sa tretmanima kojima su se lica svojom voljom podvrgla. U jednoj meta-analizi se ukazuje da većina ovih studija nije uspeła da ustanovi statistički značajnu vezu između prinudnih tretmana i smanjene stope recidivizma ili ponovne zloupotrebe opojnih droga.⁵⁶ Problem koji se pojavljuje u vezi sa ocenom da li bolje efekte ostvaruju prinudni ili dobrovoljni tretmani je upravo u činjenici da se na osnovu prinude (sudske) vrši jedna simplifikovana klasifikacija koja zanemaruje niz drugih relevantnih činilaca. Istraživači, naime, zanemaruju da su lica zavisna od korišćenja opojnih droga izložena različitim vidovima pritisaka. Oni za koje se naizgled može reći da se dobrovoljno podvrgavaju tretmanu u stvarnosti mogu biti izloženi pritiscima porodice, prijatelja i zdravstvenih radnika. Stoga je moguće da različiti pritisci daju različite efekte u primeni ovih tretmana, a ne sme se zanemarati ni njihov međusoban uticaj. Pored toga, od uticaja na ishod tretmana jeste i percepcija zavisnika. Tako je na primer jedna studija pokazala da 35% lica kojima je u sudskom postupku određena ova mera nije imalo utisak da se radi o prinuđivanju. Uzimanje u obzir samo okolnosti da li je tretman prinudnog karaktera ili ne zanemaruje i činjenicu da između lica koja su podvrgnuta ovim tretmanima postoje i druge značajne razlike kao što su uzrast, dužina i težina zavisnosti od opojnih droga, zaposlenost, motivacija za učešće u tretmanu, sklonost kriminalnom ponašanju, antisocijalne karakteristike ličnosti i sl.⁵⁷

4. ZAKLJUČAK

Teorijska analiza primene tretmana prema licima koja su krivično delo učinila usled zavisnosti od opojnih droga omogućava izvođenje više zaključaka. Najpre, evidentno je da problem u vezi zloupotrebe opojnih droga veliki problem u kazni-onicama zbog čega primena tretmana u lečenju zavisnika ima važno mesto u okviru programa postupanja prema ovoj kategoriji zatvorenika. Sprovedena kriminološka istraživanja pokazuju da se u praksi primenjuju različite vrste tretmana i da osim tretiranja medikamentima značajnu ulogu imaju psihoterapijske metode. Najveći broj studija posvećen je pitanju delotvornosti ovih tretmana na ponašanje osuđenika u zavodu kao i posle izlaska na slobodu, a osim recidivizma efekti tretmana procenjuju se i u odnosu na ponovnu zloupotrebu opojnih droga. Rezultati su oprečni i ne daju osnovu za izvođenje zaključaka o značajnim efektima primene tretmana. Interesantno je da su bolji rezultati postignuti u odnosu na smanjenje stope recidivizma nego u odnosu na ponovno korišćenje opojnih droga. Takođe, većina istraživača je saglasna da primena tretmana samo za vreme izdržavanja zatvorske kazne nije u

56 D. Werb et al, *op. cit.*, 1–9.

57 S. Klag, F. O'Callaghan, P. Creed, *op. cit.*, 1782–1786.

dovoljnoj meri delotvorna i da se veći uspeh može postići ukoliko se lica podvrgnu lečenju i po izlasku iz kaznenih zavoda, a pre svega za vreme trajanja uslovnog otpusta. Sprovedene kriminološke studije ukazuju i na nekoliko uočenih nedostataka u vezi sa uslovima za sprovođenje ovih tretmana. Navodi se da zatvorska sredina ne predstavlja adekvatan ambijent za lečenje ovih zatvorenika i da neretko rasprostranjenost opojnih droga u kaznionicima deluje inhibirajuće na postignute efekte tretmana. Problem se dalje pojavljuje i u pogledu zaposlenih koji su zaduženi za sprovođenje tretmana, a ogleda se u njihovom nedeovoljnom broju kao i pitanju obučenosti za postupanje sa ovim zatvorenicima. Dalje, ne postoji ujednačenost primenjivanih tretmana u različitim kazneno-popravnim zavodima, kao što nema ni jedinstvenih kriterijuma kada je u pitanju odabir lica koja će biti podvrgnuta lečenju ili procene da li je tretman uspešno okončan ili nije.

Rezultati sprovedenih kriminoloških studija značajne su i sa krivičnopravnog aspekta. Analiza je naime pokazala da je u poslednje dve decenije primetan trend porasta broja država koje prinudno lečenje lica koja su krivično delo učinila usled zavisnosti od alkohola kao i opojnih droga određuju u okviru krivičnih postupaka. Takođe, primetno je da je u poslednje vreme došlo do produženja trajanja ovih mera, i da nije zanemarljiv ni broj država koje ne predviđaju vremensko ograničenje njihovog trajanja. Uzimajući u obzir da se na taj način lica lišavaju slobode što se može kositi sa krivičnopravnim principom pravednosti i srazmernosti, pojedini autori su ispitivali i da li sudski određeni tretmani postižu bolje efekte u poređenju sa onima kojima se zatvorenici ili lica na slobodi dobrovoljno podvrgavaju. No, takvi zaključci nisu mogli biti izvedeni što ukazuje da ograničeni domet ovih krivičnopravnih mera. Iako je nesporno da je kriterijum dobrovoljnosti relativna kategorija i da dihotomija između sudskog i dobrovoljnog tretmana predstavlja pojednostavljenu klasifikaciju, nesporno je da se ni prinudni tretmani nisu pokazali kao efektivni na planu smanjenja recidivizma i ponovne zloupotrebe opojnih droga. Ako se ima u vidu rasprostranjenost problema zavisnosti od opojnih droga među osuđenicima kao i činjenici da je u poslednje vreme u porastu broj učinjenih krivičnih dela u vezi sa narkoticima i shodno tome i broj određenih krivičnopravnih mera kojima bi trebalo uticati uklanjanje stanja i prilika učinilaca koji do vršenja krivičnih dela dovode, proizlazi da su pitanja o kriminološkim i krivičnopravnim aspektima primene tretmana i dalje vrlo aktuelna i da brojna sporna pitanja nisu razrešena.

LITERATURA

- S. J. Bahr et al., An Evaluation of a Short-Term Drug Treatment for Jail Inmates, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, vol. 57, n. 10, 2012.
- S. J. Bahr, A. L. Masters, B. M. Taylor, What Works in Substance Abuse Treatment Programs for Offenders? *The Prison Journal*, vol. 92, n. 2, 2012.
- S. Belenko, K. A. Houser, W. Welsh, Understanding the Impact of Drug Treatment in Correctional Settings, in: (J. Petersilia, K. R. Reitz, eds.), *The Oxford Handbook of Sentencing and Corrections*, Oxford – New York, 2012.
- D. Drakić, Mere bezbednosti obaveznog lečenja narkomana i alkoholičara prema novom Krivičnom zakoniku Srbije, u: *Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu*, br.1–2, 2008.

- D. Farabee et al, Barriers to Implementing Effective Correctional Drug Treatment Programs, *The Prison Journal*, vol. 79, n. 2, 1999.
- T. J. Gardner, T. M. Anderson, *Criminal Law*, Belmont, 2009.
- E. A. Hall et al, Treating Drug-Abusing Women Prisoners: an Outcomes Evaluation of the Forever Free Program, *The Prison Journal*, vol. 84, n. 1, 2004.
- M. Israelsson, A. Gerdner, Compulsory Commitment to Care of Substance Misusers: International Trends during 25 Years, *Europaen Addiction Research*, n. 18, 2012.
- P. Kaličanin, *Psihijatrija I*, Beograd, 2001.
- T. W. Kinlock, K. O'Grady, T. E. Hanlon, The Effects of Drug Treatment on Institutional Behavior, *The Prison Journal*, vol. 83, n. 3, 2003.
- S. Klag, F. O'Callaghan, P. Creed, The Use of Legal Coercion in the Treatment of Substance Abusers: An Overview and Critical Analysis of Thirty Years of Research, *Substance Use and Misuse*, n. 40, 2005.
- J. McIntosh, E. Saville, The Challenges Associated with Drug Treatment in Prison, *Probation Journal*, vol. 53, n. 3, 2006.
- B. D. Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, Berlin, 2006.
- G. Melnick, J. Hawke, H. K. Wexler, Client Perceptions of Prison-Based Therapeutic Community Drug Treatment Programs, *The Prison Journal*, vol. 84, n. 1, 2004.
- A. Schönke, H. Schröder (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 2010.
- N. South, Drugs, Alcohol and Crime, in: (M. Maguire, R. Morgan, R. Reiner, eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford – New York, 2007.
- Z. Stojanović, Mere bezbednosti psihijatrijskog lečenja – Prinudno psihijatrijsko lečenje kao kao krivična sankcija – *Crimen*, br. 2, 2014.
- Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2018.
- M. Škulić, Načelo krivice u krivičnom zakonodavstvu Srbije i mere bezbednosti, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 1, 2017.
- W. N. Welsh, G. Zajac, A Census of Prison-Based Drug Treatment Programs: Implications for Programming, Policy and Evaluation, *Crime and Delinquency*, vol. 50, n. 1, 2004.
- W. N. Welsh, A Multisite Evaluation of Prison-Based Therapeutic Community Drug Treatment, *Criminal Justice and Behavior*, vol. 34, n. 11, 2007.
- W. N. Welsh et al., Effects of Prison Drug Treatment on Inmate Misconduct: A Repeated Measures Analysis, *Criminal Justice and Behaviour*, vol. 34, n. 5, 2007.
- W. N. Welsh, G. Zajac, A Multisite Evaluation of Prison-Based Drug Treatment: Four-Year Follow-up Results, *The Prison Journal*, vol. 93, n. 3, 2013.
- D. Werb et al, The Effectiveness of Compulsory Drug Treatment: A Systematic Review, *International Journal of Drug Policy*, n. 28, 2016.
- H. K. Wexler, B. W. Fletcher, National Criminal Justice Drug Abuse Treatment Studies (CJ-DATS) Overview, *The Prison Journal*, vol. 87, n. 1, 2007.
- F. E. Zimring, Drug Treatment as a Criminal Sanction, *University of Colorado Law Review*, vol. 64, 1993.

Natalija Lukić

Law Faculty, University of Belgrade

DRUG TREATMENT OF OFFENDERS – THEORETICAL ANALYSIS

SUMMARY

In this paper the author discusses theoretical issues in regard to drug treatment of offenders. The subject of analysis is classification of different treatment models and a special attention is dedicated to examination of effectiveness of treatment programs in respect to recidivism and relapse. The results of empirical studies are different and they do not provide a basis for a conclusion that these programs necessarily lead to lower rate of recidivism or relapse. It is, however, interesting that better results have been achieved in regard to lowering the recidivism rate than re-use of drugs. Further, conducted criminological research point to several problems in respect to implementation of these programs such as negative influence of prison environment, recruitment and training of treatment staff, identification and assessment of prisoner who are eligible for treatment.

Drug treatment of offenders is also relevant from the criminal law point of view. It can be concluded that in last two decades the number of states that prescribe coerced drug treatment as a criminal sanction has risen. Also, the possible duration of these sanctions has grown in many countries and the number of the states that do not provide a time limit is not insignificant. Considering that coerced legal treatment can lead to an overreach of state power because convicted persons can be deprived of their liberty more than the seriousness of their crime and guilt demand, many authors have analyzed whether coerced treatments achieve better results in respect to recidivism rate and relapse. However, based on the conducted research it is not possible to make such a conclusion. Taking into account the fact that crime is very often in relation to drugs, that drug addiction is a widespread problem within prisons and that the number of offenders convicted of drug related crimes has risen, it can be concluded that criminological and criminal law analysis of drug treatment is very actual and that many issues need to be resolved in the future.

Key words: drug treatment, offenders, coerced treatment, addiction.

KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI
VIII deo
Tematska monografija

Biblioteka
CRIMEN
42

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 Vladan Petrov
v. d. dekana Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

Dizajn korica
Đorđe Ignjatović

Tehnička priprema
dr Natalija Lukić
Jovana Banović

Grafičko uređenje
Irena Đaković

Tiraž
100

ISBN 978-86-7630-772-2

Štampa
JP Službeni glasnik, Beograd

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд