



Biblioteka

CRIMEN

46

*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, 2019.

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

IX deo

Tematska monografija

Urednik

Đorđe Ignjatović

Recenzenti

Prof. dr Ljupčo Arnaudovski

Prof. dr Gorazd Meško

Prof. dr Zoran Ilić

Beograd, 2019.

SADRŽAJ

PREDGOVOR	VII
-----------------	-----

Dorđe Ignjatović

MEĐUNARODNI IZVORI PRAVA IZVRŠENJA KRIVIČNIH SANKCIJA PREMA NEPUNOLETNIM LICIMA – DOKUMENTI SAVETA EVROPE....	1
--	---

Milan Škulić

EFEKAT JAVNE KAMPANJE „NE ZNAČI NE” NA MODIFIKACIJU KRIVIČNIH DELA PROTIV SEKSUALNOG SAMOOPREDELJENJA U KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU NEMAČKE I MOGUĆE REFLEKSIJE U SRPSKOM KRIVIČNOM PRAVU	43
--	----

Boris Begović

SRAZMERNOST KAZNE I MARGINALNA PREVENCIJA: PRAVNOEKONOMSKA ANALIZA	85
---	----

Nataša Delić

STEČAJNA KRIVIČNA DELA NAKON NOVELE IZ 2016. GODINE.....	101
--	-----

Goran P. Ilić

MARGINALIJE O KAZNI DOŽIVOTNOG ZATVORA, USLOVNOM OTPUSTU I LJUDSKIM PRAVIMA	123
--	-----

Igor Vuković

KRIVIČNA ODGOVORNOST STRANIH (TERORISTIČKIH) BORACA....	143
---	-----

Marija Karanikić Mirić

ZABRANA SLANJA NENARUČENIH POŠILJAKA U SRPSKOM PRAVU I PRAVU EU: USKLAĐENOST I RAZVOJNE TENDENCIJE	174
---	-----

Jovan Ćirić

JEDAN POGLED IZ USTAVNOG SUDA – ŽIVOT JE NEŠTO DRUGO.....	190
---	-----

Dorđe Đorđević

NEKI PROBLEMI ODMERAVANJA KAZNE ZA KRIVIČNA DELA U STICAJU	207
---	-----

Dragana Kolarić

UTICAJ ODLUKA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA
I EVROPSKOG SUDA PRAVDE NA NACIONALNI PRAVNI POREDAK... 218

Biljana Simeunović-Patić

PERCEPCIJA POLICIJE I POLICIJSKOG RADA I MITOVI
O POLICIJSKOJ DELATNOSTI 240

Ljubinka Kovačević

PRAVNI INSTRUMENTI ZA SUZBIJANJE RADA „NA CRNO”
U EVROPSKOJ UNIJI – SADRŽINA I (NE)DELOTVORNOST 258

Vanja Bajović

„PREGOVARAČKA PRAVDA” I SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU..... 294

Ivan Đokić

ISTORIJSKI OSVRT NA INSTITUT POVRATA U SRPSKOM
(JUGOSLOVENSKOM) KRIVIČNOM PRAVU 308

Natalija Lukić

NASILNIČKI KRIMINALITET ŽENA 327

Jovana Banović

JAVNO PODSTICANJE NA IZVRŠENJE TERORISTIČKIH DELA
(ČL. 391a KZ) – IZMEĐU SLOBODE POJEDINCA I
BEZBEDNOG DRUŠTVA 349

Ivana Radisavljević

SLIČNOSTI I RAZLIKE IZMEĐU PREKRŠAJA I KRIVIČNOG DELA
U SRPSKOM PRAVU 365

PREDGOVOR

Deveti tom kolektivne monografije *Kaznena reakcija u Srbiji* sadrži sedamnaest priloga saradnika na istoimenom projektu koji finansira republičko Ministarstvo nauke. U knjizi se obrađuju vrlo raznovrsna pitanja čija zajednička tačka je to što se odnose na ponašanja koja su zaprećena u pravu predviđenim sankcijama ili se tiču primene tih mera i organa koji su za to zaduženi.

Prvi po redu prilog predstavlja neku vrstu skice za ono što bi se moglo nazvati „normativni okvir evropskog krivičnog izvršnog prava za nepunoletna lica“ i sadrži pregled dokumenata usvojenih od strane Saveta Evrope i praksu Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP) u slučajevima iz ove oblasti. Jedan od zaključaka koji se iz te analize može izvesti je da je pred našim izvršnim krivičnim zakonodavcem ozbiljan zahvat kako bi se norme našeg prava prilagodile rešenjima koja su sadržana u brojnim konvencijama, preporukama i rezolucijama iz ove oblasti.

Milan Škulić piše o uticaju kampanje „Ne znači ne“ na formulisanje krivičnih dela protiv seksualnog samoopredeljenja u zakonodavstvu Nemačke; on se kritički osvrće na njen efekat – Novelu nemačkog KZ iz 2016. godine čija rešenja su sve samo ne primer uspešnog normativnog zadiranja u ovu osetljivu oblast jer vrve od nepreciznosti i unose konfuziju. To nije ni čudno kada se ukaže da su te izmene bile posledica kampanje koja je bila reakcija na događaje koji su se odigrali u Kelnu u novogodišnjoj noći 2015/2016. i još nekoliko slučajeva u kojima su akteri bile poznate ličnosti; stvari su se dalje odvijale po poznatom obrascu kampanje moralne panike: mediji su iskoristili priliku da zapljusnu javnost dramatičnim podacima, naučni instituti su pokazali kako se može manipulirati podacima, a onda su se uključile nevladine (pre svega feminističke) organizacije i političari koji su videli priliku da poprave svoj rejting. Tako je „udruženim naporima“ navedenih aktera nemačko krivično pravo „obogaćeno“ rešenjima koja, po autorovom mišljenju, nikako ne bi trebalo da budu primer našem i drugim zakonodavstvima.

Ekonomskom analizom marginalne prevencije, odn. onim što se u krivičnim naukama označava sa „srazmernost visine kazne težini krivičnog dela“ bavi se u svom tekstu Boris Begović. Nataša Delić daje osvrt na krivična dela koja prethode stečaju u našem krivičnom zakonodavstvu, dok Marija Karanić piše o tome kako se u našem i pravu Evropske Unije sankcionišu isporuka nenaručenih pošiljki (i usluga).

Goran Ilić se bavi preispitivanjem rešenja sadržanih u Noveli našeg KZ usvojenoj maja ove godine. Njegovu pažnju privlače naročito uvođenje kazne doživotnog zatvora i rešenje po kome se za neka krivična dela isključuje mogućnost uslovnog otpusta osuđenog, čime ona (da upotrebimo termin iz slovenačkog jezika) zaista postaje „dosmrtna kazna zatvora“. Kritika tog rešenja zasniva se na kriminalno političkim, penološkim i komparativno pravnim argumentima koji, po autoru, ukazuju na njegovu neodrživost.

Kritički osvrt sadrži i tekst Igora Vukovića koji piše o krivično odgovornosti stranih boraca – terorista ističući nelogičnost nekih od u uporednom pravu zastupljenih solucija, poput one da se kriminalizuje samo putovanje u tzv. krizna područja. I ovaj slučaj pokazuje šta se dešava sa krivičnim pravom kada se u njegovo noveliranje uključe laici čija struka je – „humanisti“.

Jovan Ćirić sumira svoje dvogodišnje iskustvo u vršenju funkcije sudije Ustavnog suda. Uz niz interesantnih zapažanja, autor iznosi i optimističke ocene o nepostojanju korupcije u pravosuđu, o tome da se u ovoj državi poštuju ljudska prava, da nema torture prema prestupnicima i da je broj slučajeva u kojima je ESLJP obavezao Srbiju da naknadi štetu aplikantima iz naše zemlje na nivou statističke greške... Urednik ovog Zbornika bio bi zadovoljniji da su ovi zaključci izvedeni iz analize relevantnih podataka i istraživanja, kao i da su u tekstu razmatrane neke od odluka koje je usvojio Ustavni sud, a mogle bi se označiti kao kontroverzne.¹

Pitanjima odmeravanja kazne za krivična dela izvršena u sticaju bavi se Đorđe Đorđević, dok Dragana Kolarić ukazuje na uticaj odluka ESLJP i Evropskog suda pravde na nacionalna zakonodavstva fokusirajući se na odluke koje se tiču shvatanja načela *Ne bis in idem*. Ljubinka Kovačević piše o tome kojim se pravnim sredstvima Evropska unija suprotstavlja „radu na crno“. Ovo pitanje je naročito aktualizovano zbog potrebe da se zaštite prva radnika – migranata, ali i zbog zaštite radnika upućenih na rad u inostranstvo, među kojima je znatan broj lica i iz naše zemlje.

Biljana Simeunović je pažnju čitalaca usmerila na mitove o policijskom radu, percepciju policije od strane građana i pitanje kako sami zaposleni u policiji ocenjuju svoj rad. Analizirana je bogata strana literatura i ukazano na rezultate domaćih istraživanja koja pokazuju da je stepen poverenja građana u policiju u Srbiji daleko do željenog. Širenje primene mehanizama „pregovaračke pravde“ je povod da se Vanja Bajović pozabavi pre svega načinom na koji je uređen sporazum o priznanju krivice – institut koji je u naše krivično procesno pravo preuzet iz američkog. Autorka ukazuje da neka od tih zakonskih rešenja (i još više uspostavljena praksa) mogu dovesti do brojnih zloupotreba, naročito kod suđenja za krivična dela koja imaju elemente organizovanosti.

Istorijska analiza načina na koji je u našem krivičnom pravu regulisan institut povrata, uz osvrt na rešenje iz Novele KZ iz 2019. podstakli su Ivana Đokića da ukaže na neosnovanost ideje od koje su pošli njeni autori: da se problem recidivizma može rešiti strožijim kažnjavanjem. Tako se kod (ponovo uvedenog) višestrukog povrata došlo do rešenja koje sud obavezuje da se licu izrekne kazna iznad polovine zaprećene visine. Autor dosta odmereno napominje da se u reformisanju krivičnog zakonodavstva „stručna javnost ne uvažava previše“, da su bitniji politički interesi i da „naše krivično pravo nezaustavljivo korača putem represije“ i verovatno sve manje efikasnosti.

1 Sticajem prilika, u trenutku pisanja ovog Predgovora u štampi je prvi broj časopisa *Crimen* za 2019. u kome je analizirana odluka Ustavnog suda (usvojena uz jedno izdvojeno mišljenje) u kojoj se konstatuje da nema povrede prava u slučaju lica koje se šest meseci nalazilo u pritvoru bez rešenja o njegovom određivanju.

Natalija Lukić piše o jednoj u kriminološkoj literaturi zapostavljenoj temi – o nasilničkom kriminalitetu žena. Posle terminoloških razjašnjenja, ona ukazuje na fenomenološke crte ovog tipa kriminaliteta, da bi u etiološkom delu ukazala na teorijska objašnjenja koja nastoje da odgovore zašto žene pribegavaju nasilju. Jovana Banović na primeru normativnog uobličavanja inkriminacije javno podsticanja na izvršenje terorističkog dela predočava načine koje primenjujemo u nameri da rešimo sukob interesa da se poštuju slobode pojedinca i potrebe da se društvo zaštiti od najopasnijih vidova ugrožavanja.

Najzad, tekst Ivane Radisavljević odnosi se na pitanja koja dodiruju ona kojima se u svom radu u ovom Zborniku bavi i D. Kolarić: odnos krivičnog dela i prekršaja i sa njim povezano pitanje zabrane ponovnog kažnjavanja za isto delo. Autorka predlaže temeljno preispitivanje bića srodnih prekršaja i krivičnih dela i kao jednu od alternativa navodi dekriminalizaciju nekih od ovih drugih.

Kao što se iz ovog kratkog prikaza vidi, i ovaj tom kolektivne monografije *Kaznena reakcija u Srbiji* bavi se bitnim pitanjima naših krivičnih nauka, građanskog i radnog prava, ali i ekonomije. Već na prvi pogled u prilogima koji se nalaze na skoro 400 stranica knjige mogu se zapaziti bogatstvo ideja, mnoštvo predloga kako unaprediti tu reakciju, brojna kritička razmatranja, ali i optimistički pogled na ovu materiju. Sve to obogaćeno je uporednim analizama rešenja u međunarodnim instrumentima i u drugim sredinama koja (sa jednim izuzetkom) mogu biti smernice za naše zakonodavstvo i delovanje organa koji primenjuju sankcije u Srbiji.

Jedna od dominantnih tema u više radova je Novela KZ iz maja 2019.² i u njoj je očigledan kritički stav prema u njoj sadržanim rešenjima. Vreme će pokazati kakve efekte će ove izmene imati, ali je možda poslednji trenutak da se stane sa povlađivanjem kaznenom populizmu, pisanju krivičnog zakonodavstva pod presijom senzacionalističkih kampanja medija u stranom vlasništvu, zloupotrebe talasa emocionalnog reagovanja građana i akcija kojima neke nevladine organizacije opravdavaju svoje postojanje. Pisanje krivičnih zakona je nešto sasvim drugo od prizora prikazanog na poznatoj slici Ilje Rjepina na kojoj kozaci pišu pismo sultanu. Što pre to shvatimo, manje će biti štete od takvog pristupa u osetljivoj materiji kakva je kaznena reakcija.

U Beogradu
juna 2019.

PRIREĐIVAČ
Dorđe Ignjatović

2 Većina tekstova su pisani dok ove izmene nisu usvojene jer su – po dogovoru – predati sredinom aprila ove godine.

Dorđe Ignjatović*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

MEĐUNARODNI IZVORI PRAVA IZVRŠENJA KRIVIČNIH SANKCIJA PREMA NEPUNOLETNIM LICIMA – DOKUMENTI SAVETA EVROPE

Apstrakt: Normativna delatnost Saveta Evrope koja se odnosi na nepunoletna lica razvila se naročito poslednjih nekoliko decenija. Iz više razloga, mladi su – bilo kao izvršioци krivičnih dela, bilo kao njihove žrtve – došli u fokus ove regionalne organizacije i ostalih evropskih institucija zahvaljujući čemu je stvoren jedan novi pogled na načine reagovanja na njihovu kriminalnu aktivnost koji se ukratko može svesti na nekoliko ključnih pojmova: profilaksa, skretanje postupanja u nepenalnom pravcu i pravosuđe po meri deteta. Posle prikaza rešenja sadržanih u najznačajnijim instrumentima Saveta Evrope, biće ukratko razmotreno koliko su naše zakonodavstvo i praksa usklađeni sa njima.

Ključne reči: maloletnici, deca, krivične sankcije, izvršenje, diverzifikacija, reintegracija, Savet Evrope.

UVOD

Savet Evrope (SE) je od momenta donošenja njegovog Statuta¹ ili preciznije – od momenta kada je formiran,² do danas razvio živu normativnu aktivnost u kojoj na zakonodavstva država članica utiče donošenjem nekoliko vrsta pravnih instrumenata. Jedna od najvažnijih materija čijim uređenjem su se oni bavili bio je status nepunoletnih lica uopšte, kao i njihov položaj u sistemu krivične reakcije.

Interesantno je da je angažovanje SE u ovoj oblasti pojačano posle 1980-tih godina. Do tada je dominirao stav da je najbolji način reagovanja na kriminalitet mladih korišćenje mehanizama krivičnog prava. A onda su se u navedenom periodu dogodile dve važne stvari: pre svega promenio se ambijent u kome se kreću mladi, naročito u sredinama gde su se odvijale nagle socijalne promene³ koje su pojačale dejstvo činilaca koji utiču na porast rizika od nasilničkog ponašanja te kategorije lica.

U dokumentu koji je pod nazivom Objašnjavajući memorandum (*Explanatory Memorandum*) za Preporuku Rec(2003)20⁴ kao takve, navedene su: porast siromaš-

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

1 *Statute of Council of Europe* (ETS No.001), London 05.05.1949.

2 U literaturi se navodi da je 1974. godine na sastanku šefova vlada tadašnje Evropske ekonomske zajednice (EEZ) u Parizu formalno doneta odluka da se oni sastaju tri puta godišnje. Oni su se, istina, sastajali i do tada (u prvih 10 godina postojanja EEZ to se desilo tri puta) –v. Leonard /2004:72/

3 Kakve su zabeležene u na primer u državama u tranziciji.

4 O kojoj će više biti reči u celini 4.2.1.2. ovog rada.

tva kod mlađe populacije, naročito u državama Srednje i Istočne Evrope; porast broja razvoda i razorenih porodica koji negativno utiču na vršenje roditeljske uloge; širenje među mladima mode eksperimentisanja sa psihoaktivnim supstancama (PAS), uključujući i alkohol; opadanje stope zaposlenosti među mladima, što naročito pogađa lica sa nižim nivoom obuke za rad; porast koncentracije društvenih i ekonomskih problema povezanih sa zločinom i nasiljem u pojedinim područjima (najčešće sirotinjskim predgrađima);⁵ masovne migracije etničkih manjina u okviru i izvan Evrope; i povećan rizik od psiho-socijalnih poremećaja među mladim ljudima.

Ovde treba zapaziti da je postepeno došlo i do zaokreta u terminologiji. Umesto ranije korišćenog izraza „preddelinkvent“, sada se govori o „deci u riziku“. U jednom instrumentu SE⁶ navodi se kako su to „lica koja su mlađa od 18 godina a izložena su višestrukim faktorima rizika“; ovi poslednji se definišu kao „individualne karakteristike ili socio-ekonomske, kulturne, demografske ili slične okolnosti koje povećavaju sklonost ka budućem postojanom (perzistentnom) kriminalnom ponašanju.“⁷

Drugi impuls za dodatno fokusiranje na pitanja reagovanja na kriminalitet mladih dali su rezultati kriminoloških istraživanja koji su pokazali da se kod velikog broja lica koja nisu postigla punu zrelost kao mnogo delotvorniji od klasičnih⁸ mogu pokazati drugačiji zahvati kao što su diverzifikacija (skretanje) postupka u nepenalnom pravcu i primena alternativa uz korišćenje mehanizama restorativne pravde⁹ i intenzivno angažovanje zajednice u pružanju podrške i nadzora.

Kako se u *Objašnjavajućem memorandumu* navodi, kombinovanje alternativnih mera sa zahvatima koji podrazumevaju lišavanje slobode uz napore da se utiče na činioce prestupničkog ponašanja i smanjenje privlačnosti kriminalnog ponašanja produktivnije je od klasičnog zatvaranja maloletnika – gledano globalno, recidivizam je upola manji, dok je kod učinilaca teških i nasilničkih dela recidivizam niži za oko 20%.

Takođe, kada se radi o ovoj populaciji, u svakom trenutku treba imati u vidu da se radi o posebno osetljivoj (ranjivoj) grupi lica lišenih slobode jer u odnosu na punoletne situaciju im otežava njihov uzrast, stanje sazrevanja, razvojni proces, pol,

5 Vid. tekst Josiane Bigot o odgovoru pravosuđa na gradsko nasilje u koje su uključeni maloletnici /Bigot, 2014:3/.

6 Radi se o Preporuci o ulozi rane psihosocijalne intervencije u prevenciji kriminaliteta (*Recommendation Rec(2000)20 on the role of early psychosocial intervention in the prevention of criminality*) iz oktobra 2000 godine. U njoj je data i definicija pojma „prevencija kriminaliteta“ – ona obuhvata mere i aktivnosti posebno namenjene smanjenju sklonosti za buduće učešće u tvrdokornom kriminalnom ponašanju Dakle, radi se o profilaktičkim (*ante delictum*) merama i treba ih razlikovati od delovanja koje je usmereno na smanjenje broja i težine već izvršenih delikata (*post delictum*).

7 Antipod „faktorima rizika“ su „protektivni ili faktori zaštite“.

8 Misli se na retributivni model koji u centar stavlja kažnjavanje maloletnika –v. Mirosavljević /2010/.

9 Kako navodi Lode Walgrave, restorativna pravda je način reagovanja na neprihvatljivo ponašanje kod koga se umesto kažnjavanja primenjuju mehanizmi pregovaranja (medijacije) u cilju vraćanja stvari u prethodno stanje. Autor naglašava da ovakav način rešavanja stanja izazvanog povredom prava nije nov i da je izvan zapadne civilizacije primenjivan na primer u Japanu i Africi /Walgrave 2010:255.

etnička pripadnost, psihološka ranjivost, potencijalno traumiranje, fizička ili mentalna ometenost, zloupotreba supstanci, nivo obrazovanja, pravni i porodični status. Kako se sa puno osnova konstatuje u dokumentu belgijske organizacije *Međunarodna zaštita za decu*¹⁰ kod maloletnika je disbalans moći između lišenih slobode i osoblja u zavodima još izraženija u odnosu na populaciju punoletnih zbog zatvorenosti ustanova u odnosu na javnost, tako da im to – uz činjenicu da na njih na specifičan način deluje i sam režim u institucijama¹¹ – još više otežava situaciju. Problem predstavlja i pitanje odvajanja maloletnika od punoletnih, ali i od lica njihovog uzrasta, a tome treba dodati i stanje koje u mnogim zemljama karakterišu neodgovarajuće (ili izostale) mere individualnog staranja, tretmana i obrazovnih programa, nedostupnost opreme za rekreaciju i slobodne aktivnosti i nemogućnost uspostavljanja odgovarajućih kontakata sa porodicom i svetom izvan ustanove.

Pored ovih činilaca koji se odnose na celokupnu populaciju maloletnika, u dokumentu *Međunarodna zaštita za decu* govori se i o licima koja su posebno ranjiva i podložna diskriminaciji i zloupotrebama, zbog čega se njihovoj zaštiti mora posvetiti još veća pažnja. To su devojčice, deca stranci ili migranti, ona sa mentalnim problemima ili nedostacima, pripadnici etničkih, religioznih ili seksualnih manjina.

Pre no što se pozabavimo sadržajem instrumenata koje su usvojile evropske institucije, potrebno je na početku razrešiti jednu terminološku konfuziju. Član 1 Konvencije Ujedinjenih nacija (UN) o pravima deteta navodi da svako lice mlađe od 18 godina označava izrazom „dete”, što u našem jeziku i krivičnoj terminologiji stvara konfuziju budući da se ovde pod decom smatraju lica mlađa od 14 godina, koja ne podležu krivičnoj odgovornosti¹² (njih u literaturi na engleskom jeziku označavaju sa „*infants*”). Ovu razliku moramo sprovesti u radu jer se jedan broj odredaba međunarodnih akata koji su predmet analize u ovom radu odnosi upravo na ta lica. Zato bi najdoslednije rešenje bilo da se za sva lica mlađa od 18 godina upotrebljava izraz „nepunoletni”, za lica mlađa od 14 godina „deca” (e. *infants*), a za one od 14–18 godina maloletnici (e. *juveniles*). Taj način označavanja sadržan je u nekim od instrumenata koji će u ovom radu biti prikazani. Međutim, budući da je u većini izraz „dete” (e. *child*) zajednički za sva nepunoletna lica, pridržaćemo se doslovnog prevoda navedenih dokumenata.

U nastavku ćemo izvore krivičnog izvršnog prava prema nepunoletnim licima podeliti u nekoliko grupa: ► prvu čine oni koji određuju opšti položaj nepunoletnih lica u državama članicama SE; ► u drugu su svrstani instrumenti koji se odnose na zatvaranje i sankcije i mere u zajednici; ► treću čine odluke Evropskog suda za ljud-

10 O kome se izlaže u nastavku rada – v. deo pod 3.

11 A naročito nametanje određene discipline i primena mera obezbeđenja. U tom sklopu, posebno se ističe potreba da se nadzor vrši nad delovima ustanova u kojima se maloletnici izoluju ili smeštaju u posebne ćelije, kao i u odnosu na primenu sile i mera vezivanja prema njima. U dokumentu su navedene pretpostavke za vršenje nadzora i principi kojih se u tom postupku treba pridržavati.

12 Budući da naš krivični sistem od 2006. ne koristi izraz „krivična odgovornost”, Z. Stojanović /2018:160/ ukazuje da ga treba izbegavati jer dovodi do konfuzije. To mišljenje prihvata M. Škulić /2010/ koji govori o „starosnoj granici sposobnosti za snošenje krivice”. D. Drakić, međutim, u svojoj monografiji paralelno koristi izraze „krivična odgovornost” i „krivica” /Drakić, 2010:9/.

ska prava (ESLJP); ► a četvrtu instrumenti koji regulišu izvršenja krivičnih sankcija prema nepunoletnim licima (podeljeni na primarne i sekundarne izvore).

1. OPŠTI OKVIR ZA ODRŽIVANJE POLOŽAJA NEPUNOLETNIH LICA U ZEMLJAMA ČLANICAMA SAVETA EVROPE

Status ovih lica predmet je brojnih instrumenata donetih od strane SE kojima se uređuje njihov status, bilo da su namenjeni isključivo ovoj kategoriji lica ili da u svojim odredbama predviđaju njihovu posebnu zaštitu. Ti instrumenti mogu se podeliti u dve kategorije: prvi su pravno obavezujući, a drugi nisu.

a) **Pravno obavezujući** su, hronološki gledano, sledeći instrumenti:

- Konvencija o zaštiti prava i osnovnih sloboda (*Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*), usvojena u Rimu, novembra 1950; sa protokolima 1 (Pariz, mart 1952), 4 (Strazbur, septembra 1963) 7 (Strazbur, novembra 1984) 12 (Rim, novembar 2000).
- Evropska socijalna povelja (*European Social Charter*), revidirana, Strazbur maja 1996.
- Evropska konvencija o priznavanju i sprovođenju odluka u pogledu zatvaranja maloletnika i povratku u pređašnje stanje u tom pogledu (*European Convention on recognition and enforcement of decisions concerning custody of children and on restoration of custody of children*), Luksemburg, maja 1980.
- Evropska konvencija o ostvarenju prava deteta (*European Convention on Exercise of Children's Rights*), Strazbur, januar 1996.
- Konvencija o kontaktu sa maloletnicima (*Convention on Contact concerning Children*), Strazbur, maja 2003.
- Konvencija o kiber kriminalitetu (*Convention on Cybercrime*), Budimpešta, novembar 2001.
- Konvencija SE o akciji protiv trgovine ljudskim bićima (*Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*), Varšava, maj 2005.
- Konvencija SE o zaštiti dece od seksualne eksploatacije i seksualnog zlostavljanja (*Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse*), Lazarota, oktobar 2007.
- Evropska konvencija o usvajanju dece (*European Convention on the Adaptation of Children*) revidirana, Strazbur, novembar 2008.

b) **Pravno neobavezujući** instrumenti su rezolucije, preporuke, uputstva i komentari. Ovde će biti grupisani po karakteru i vremenu usvajanja

b1) rezolucije:

- o smeštaju maloletnika /*Resolution (77)33 on placement of children*/ usvojena novembra 1977.

- o kratkotrajnom tretmanu mladih prestupnika mlađih od 21 godine /*Resolution (66)25 on short-term treatment of young offenders of less than 21 years*/, april 1966.
- o maloletničkoj delinkvenciji i društvenim promenama / *Resolution (78)62 on juvenile delinquency and social change*/, novembar 1978.

b2) preporuke

- o roditeljskoj odgovornosti /*Recommendation R(84)4 on parental responsibilities*/ iz marta 1984.
- o nasilju u porodici /*Recommendation R(85)4 on violence in family*/, mart 1985.
- o hraniteljskim porodicama /*Recommendation R(87)6 on foster families*/, mart 1987.
- o hitnim merama u porodičnim stvarima /*Recommendation R(91)19 on emergency measures in family matters*/, septembar 1991.
- o primeni Evropske konvencije o priznavanju i primeni odluka u vezi sa zatvaranjem maloletnika i povratku u pređašnje stanje u tom pogledu /*Recommendation R(95)6 on the application of the European Convention on recognition and enforcement of decisions concerning custody of children and on restoration of custody of children*/, februar 1995.
- o porodičnoj medijaciji /*Recommendation R(98)1 on family mediation*/, januar 1998.
- o primeni Evropske konvencije o priznavanju i primeni odluka u vezi sa zatvaranjem maloletnika i povratku u pređašnje stanje u tom pogledu /*Recommendation R(99)7 on the application of the European Convention on recognition and enforcement of decisions concerning custody of children and on restoration of custody of children*/, februar 1999.
- o pravima maloletnika koji žive u rezidencijalnim ustanovama /*Recommendation Rec(2005) on the rights of children living in residential institutions*/, mart 2005.
- o zaštiti maloletnih od seksualne eksploatacije /*Recommendation Rec(2001)16 on protection of children against sexual exploitation*/, oktobar 2001.
- o društvenom reagovanju na maloletničku delinkvenciju /*Recommendation Rec(87)20 on social reaction to juvenile delinquency*/, septembar 1987.
- o društvenom reagovanju na maloletničku delinkvenciju mladih ljudi koji potiču iz migrantskih porodica /*Recommendation Rec(88)6 on social reaction to juvenile delinquency among young people coming from migrant families*/, april 1988.
- o ulozi rane psihosocijalne intervencije na prevenciju kriminaliteta /*Recommendation Rec(2000)20 on the role of early psychosocial intervention in the prevention of criminality*/, oktobar 2000.
- o novim vidovima postupanja sa maloletničkom delinkvencijom i ulozi maloletničkog pravosuđa /*Recommendation Rec(2003)20 concerning new ways*

of delaing with juvenile delinquency and the role of juvenile justice/, septembar 2003.

- o Evropskim pravilima o zatvaranju */Recommendation Rec(2006)2 on the European Prison Rules*/, januar, 2006.
- o zadržavanju u pritvoru i uslovima u kojima se on primenjuje i odredbama koje štite od zloupotrebe */Recommendation Rec(2006)13 on the use of remand in custody, the conditins in which it takes place and the provisions od safeguards against abuse*/, septembar 2006.
- o Evropskim pravilima za maloletne prestupnike prema kojima se primenjuju sankcije i mere */Recommendation Rec(2008)11 on European Rules for juvenile offenders subject to sanctions and measures*/, novembar 2008.
- o pravnom statusu lica kojima je dozvoljeno kompletiranje porodice */Recommendation Rec(2002)4 on legal status of persons admitted for family reunification*/, mart 2002.
- o merama zadržavanja tražilaca azila */ Recommendation Rec(2003)5 on measures of detention of asylum seekers*/, april 2003.
- o pomoći žrtvama zločina */Reccomendation Rec(2006)8 on assistance to crime victims*/, jun 2006.
- o projekciji života za maloletne migrante bez pratnje */ Reccomendation CM/ Rec(2007)9 on life project for unaccompanied migrant minors*/, juli 2007.

b3) uputstva:

- za bolju primenu postojeće Preporuke o porodičnoj medijaciji i medijaciji u civilnim stvarima */Guidelines for better implementation of the existing Recommendation concerning family mediation and mediation in civil matters – Document CEPEJ(2007)14*/.
- za bolju primenu postojeće Preporuke o medijaciji u krivičnim stvarima */ Guidelines for better implementation of the existing Recommendation concerning mediation in Penal Matters – Document CEPEJ(2007)13*/.

b4) komentari:

- Komentar Evropskih pravila o maloletnim prestupnicima prema kojima se primenjuju sankcije i mere */Commentary to the European Rules for juvenile offenders subject to sanctions and measures – Document CM(2008) 128 addendum I*/.
- Komentari o Dvadeset uputstava o prisilnom vraćanju */Comments on the Twenty guidelines on forced return –Document CM(2005)40 Addendum final*/, maj 2005.

Iako će nam u centru pažnje biti dokumenti koje je usvojio SE, treba napomenuti da pravni položaj maloletnika na našem kontinentu, pored nabrojanih, uređuje još niz međunarodnih instrumenata usvojenih od strane UN,¹³ kao i onih koje je usvojila Evropska unija (EU), a odnose se na seksualnu zloupotrebu dece i dečiju

13 Neki od njih obrađeni su u jednom skorašnjem tekstu ovog autora /Ignjatović, 2018/.

pornografiju (*Council Framework Decision 2004/68 on combating the sexual exploitation of children and child pornography – 2004/68 HA, December 2003*), na položaj žrtava u krivičnom postupku (*Council Framework Decision 2001/220 on the standing of victims in criminal proceedings – 2001/220/JHA, March 2001/* i na suprotstavljanje trgovini ljudskim bićima (*Council Framework Decision 2002/629/JHA, July 2002*).

2. KONVENCIJE, PREPORUKE I REZOLUCIJE KOJE SE ODNOSU NA ZATVARANJE I SANKCIJE I MERE U ZAJEDNICI

Ovih instrumenata je znatno manji broj i navešćemo ih sve iako se ne odnose samo na maloletnike jer stvaraju opšti okvir koji određuje položaj ove kategorije lica u materiji izvršenja krivičnih sankcija. Podela će biti izvršena prema vrsti dokumenta i vremenu usvajanja.

Konvencije

Evropska konvencija o nadzoru nad uslovno osuđenim ili uslovno otpuštenim prestupnicima /*European Convention on the Supervision of Conditionally Sentenced or Conditionally Released Offenders (1964) – ETS N°51/*.

Konvencija o transferu osuđenih lica /*Convention on the Transfer of Sentenced Persons (1983) – ETS N°112/*.¹⁴

Preporuke

- o primeni Evropske konvencije o nadzoru nad uslovno osuđenim ili uslovno otpuštenim prestupnicima /*R(79)14 concerning the application of the European Convention on the supervision of conditionally sentenced or conditionally released offenders/*;
- o otpuštanju sa izdržavanja kazne zatvora /*R(82)16 on prison leave/*;
- o informacijama koje se odnose na Konvenciju o transferu osuđenih lica /*R(84)11 concerning information about the Convention on the transfer of sentenced persons/*;
- o praktičnoj primeni Konvencije o transferu osuđenih lica /*R(88)13 concerning the practical application of the Convention on the Transfer of Sentenced Persons/*;
- o obrazovanju u zavodima /*R(89)12 on education in prison/*;
- o praktičnoj primeni Konvencije o transferu osuđenih lica /*R(92)18 concerning the practical application of the Convention on the transfer of sentenced persons/*;
- o zavodskim i kriminološkim aspektima kontrole prenosivih bolesti, uključujući AIDS i sa tim povezanim zdravstvenim problemima u zavodu /*R(93)6 concerning prison and criminological aspects of the control of transmissible diseases including aids and related health problems in prison/*;
- o osoblju koje se bavi primenom sankcija i mera /*R(97)12 on staff concerned with the implementation of sanctions and measures/*;

¹⁴ Ova Konvencija imala je dva dodatna protokola: *Additional Protocol to the European Convention on the Transfer of Sentenced Persons (1997) – ETS N°167/*; i *Protocol amending the Additional Protocol to the Convention on the Transfer of Sentenced Persons (2017) – ETS N°222/*.

- o etičkim i organizacionim aspektima zdravstvene zaštite u zavodima /R(98)7 concerning the ethical and organisational aspects of health care in prison/;
- o medijaciji u krivičnim stvarima /R(99)19 concerning mediation in penal matters/;
- o prenaseljenosti zavoda i inflaciji zavodske populacije /R(99)22 concerning prison overcrowding and prison population inflation/;
- o uslovnom otpustu /Rec(2003)22 on conditional release (parole)/;
- o postupanju zavodske administracije sa osuđenima na doživotnu ili dugotrajnu kaznu zatvora /Rec(2003)23 on the management by prison administrations of life sentence and other long-term prisoners/;
- o Evropskim pravilima o zatvaranju /Rec(2006)2 on the European Prison Rules/;
- o zadržavanju u pritvoru i uslovima u kojima se on primenjuje i odredbama koje štite od zloupotrebe /Rec(2006)13 on the use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse/;
- o Evropskim pravilima za maloletne prestupnike prema kojima se primenjuju sankcije i mere /CM/Rec(2008)11 on the European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures/;
- o probacionim pravilima SE /CM/Rec(2010)1 on the Council of Europe Probation Rules/;
- o Evropskom etičkom kodeksu zavodskog osoblja /CM/Rec(2012)5 on the European Code of Ethics for Prison Staff/;
- o stranim zatvorenicima /CM/Rec(2012)12 concerning foreign prisoners/;
- o opasnim prestupnicima /CM/Rec(2014)3 concerning dangerous offenders/;
- o elektronskom nadzoru /CM/Rec(2014)4 on electronic monitoring/;
- o Evropskim pravilima o sankcijama i merama u zajednici /CM/Rec(2017)3 on the European Rules on community sanctions and measures/; i
- o maloletnicima čiji roditelji su zatvoreni /CM/Rec(2018)5 concerning children with imprisoned parents/;

Ostali dokumenti usvojeni od strane Komiteta ministara

Priručnik SE za kaznene zavode i probacione službe u odnosu na radikalizaciju i nasilnički ekstremizam /PC-CP(2016)2 Handbook for prison and probation services regarding radicalisation and violent extremism/.

Rezolucije

- o izbornim, građanskim i socijalnim pravima zatvorenika /Resolution(62)2 on electoral, civil and social rights of prisoners/;
- o proučavanju zatvorenika iz individualnog ugla i u zavodskoj zajednici /Resolution(67)5 on research on prisoners considered from the individual angle, and on the prison community/; i
- o praktičnim organizacionim merama za nadzor nad uslovno osuđenim i uslovno otpuštenim prestupnicima /Resolution(70)1 on the practical organisation of measures for the supervision and after-care of conditionally sentenced or conditionally released offenders/.

Materija kojom se bavimo u ovom tekstu – maloletnici i izvršenje krivičnih sankcija – regulisana je nizom propisa od kojih prva grupa reguliše materiju izvršenja u opštim crtama (sekundarni izvori), dok se druga neposredno odnosi na maloletnike (primarni izvori). Pre no što pređemo na izlaganje o ovim izvorima, treba napomenuti da se kao instrumenti koji stvaraju opšti okvir za njihovo tumačenje i primenu pojavljuju Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i Evropska konvencija prevenciji mučenja, nehumanih i ponižavajućih postupaka i kažnjavanja.

A) *Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*¹⁵ usvojena je u Rimu 1950. (ratifikovana kod nas marta 2003). Ona Visoke države potpisnice obavezuje:

- da poštuju ljudska prava, pre svega pravo na život (čl. 2), na slobodu i sigurnost (čl. 5) na fer postupak (čl. 6), na poštovanje privatnog i porodičnog života (čl. 8), na sklapanje braka (čl. 12), na delotvoran pravni lek (čl. 13);
- da zabrane: torturu (čl. 3), ropstvo i prinudni rad (čl. 4), kažnjavanje za krivična dela bez zakona (čl. 7) i diskriminisanje po bilo kom osnovu (čl. 14);
- da garantuju sledeće slobode: misli, svesti i veroispovesti (čl. 9), izražavanja (čl. 10) i slobodu okupljanja i udruživanja (čl. 11).¹⁶

Za nas je posebno značajan čl. 3 koji zabranjuje mučenje i nehumani i degradirajući tretman i kažnjavanje i čl. 5 koji garantuje pravo na slobodu i sigurnost. U njemu se navodi da niko ne sme biti lišen slobode izuzev u slučajevima koji su u Konvenciji izričito navedeni (ako je osnov za to presuda nadležnog suda; neispunjenje zakonske obaveze; privođenje lica za koje se sumnja da je izvršilo krivično delo, da bi se takvo delo sprečilo ili se učinilac onemogućio da pobegne po njegovom izvršenju; zadržavanje maloletnika u cilju sprovođenja vaspitnog nadzora ili njihovo zakonito zadržavanje u cilju privođenje nadležnom organu; na zakonu zasnovano zadržavanje lica radi sprečavanja širenja zaraznih bolesti, kao i duševno poremećenih, alkoholičara, narkomana i skitnica; na pravu zasnovano zadržavanje lica kako bi se sprečilo da nezakonito uđe u zemlju, onih koji se deportuju ili ekstradiraju).

Svako lice lišeno slobode ima pravo da mu se bez odlaganja i na jeziku koji razume saopšte razlozi zašto je zatvoreno i za šta se optužuje. Svaka takva osoba biće bez odlaganja sprovedena do suda ili drugog nadležnog organa koji vrši sudsku vlast kako bi se sprovedo suđenje ili pustilo da se brani sa slobode. U ovom drugom slučaju, može se zatražiti da pruži garancije da će se pojaviti na suđenju.

Svako ko je lišen slobode ovlašćen je da preduzme pravna sredstva kako bi sud u najkraćem vremenu preispitao osnovanost njegovog zadržavanja i pustio ga na slobodu ako je odluka o zatvaranju nezakonita. Lice koje je bilo žrtva hapšenja koje je izvršeno protivno odredbama Konvencije ima pravo na naknadu štete.

15 *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Rome, 4.XI 1950.

16 Istina, u članu 15 Konvencije navedeno je kako se u vreme rata i ostalih vanrednih okolnosti (stanje „javne opasnosti po opstanak nacije” – „*public emergency threatening the life of nation*”) – i samo u najnužnijoj meri – mogu derogirati navedena prava i slobode, osim onih navedenih u čl. 2. (pravo na život), čl. 3 (zabrana torture), čl. 4 st. 1 (zabrana ropstva) i čl. 7 (zabrana kažnjavanje bez zakona).

B) *Evropska konvencija prevenciji mučenja, nehumanih i ponižavajućih postupaka i kažnjavanja*¹⁷ usvojena je novembra 1987. a stupila je na snagu februara 1989. pošto je ratifikovalo sedam država (naša zemlja¹⁸ učinila je to 2004). Njome je ustanovljen Evropski komitet za sprečavanje torture i nehumanog i ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja.¹⁹

3. PRAKSA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Najzad, specifičan izvor prava izvršenja krivičnih sankcija prema maloletnicima predstavlja i praksa ESLJP iz Starzbura koji je u više presuda usvojio pravna mišljenja koje države članice SE treba da imaju u vidu kada usvajaju normativna rešenja koja se odnose na izvršenja krivičnih sankcija prema maloletnicima, sudovi tih zemalja kada ih primenjuju, a u nizu međunarodnih instrumenata koje je usvojio SE, izričito se poziva na praksu ESLJP.

U dokumentu *Prava dece iza rešetaka – ljudska prava dece lišene slobode: unapređenje mehanizama nadzora*,²⁰ koji je rezultat rada grupe eksperata koje je koordinisala belgijska organizacija Međunarodna zaštita za decu (*Defence for Children International – Belgium*) prvo se određuju ključni pojmovi:

- *dete* (kao oznaka za lica mlađe od 18 godina koristi izraz „dete” kome se daje prednost u odnosu na termine „maloletnik” ili „mladi”);²¹
- *lišenje slobode* (pod ovim izrazom podrazumeva se svaki oblik zadržavanja ili zatvaranja ili smeštanja lica u javnu ili privatnu ustanovu na osnovu odluke organa koji vrši sudsku, upravnu ili drugu vlast; bitno je da lice iz takve ustanove ne može izaći svojom voljom),
- *ustanova u kojoj su lica lišena slobode* (kaznene, korekzione, obrazovne, zaštitne, socijalne, medicinske i upravne – bilo da su javne ili privatne);

U nastavku se sve ove ustanove dele na više vrsta i detaljno precizira koje spadaju u koju kategoriju. Dele se na:

- *ustanove u kontekstu krivičnog pravosuđa* i tu se nabrajaju: prostori u okviru policijskih stanica ili vozila; ćelije u okviru suda; prostori gde se sprovodi kućno zatvaranje; pritvorske jedinice; kazneni zavodi u kojima se izvršavaju od suda izrečene kazne zatvora;
- *ustanove zaštite dece*: obrazovne institucije i rehabilitacioni centri; škole za smeštaj dece; psihijatrijske i ustanove za decu sa smetnjama; zavodi gde su deca hospitalizovana za njihovo dobro; – ustanove za brigu o deci; zavodi

17 *European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or degrading Treatment or Punishment*, Strasbourg, 26.XI 1989.

18 Tada je to bila Srbija i Crna Gora.

19 European Committee for prevention of Torture and Inhuman or degrading Treatment – CPT.

20 *Children's Rights behind Bars: Human rights of children deprived of liberty; improving monitoring mechanisms* – JUST/2013/JPEN/AG/4516 (March 2014 – February 2016).

21 Iako se npr. lice u uzrastu od 17 godina sebe najčešće ne smatra detetom /p. 14/.

za rehabilitaciju narkomana; ćelije za izolaciju gde su smešteni kako bi bili zaštićeni ili iz disciplinskih odn. razloga bezbednosti;

- *ustanove za migrante*: centri za prijem ili deportaciju dece migranata; za njihovo zadržavanje; za smeštaj dok čekaju let za ekspedovanje iz zemlje u kojoj se nalaze; i – bilo koji oblik administrativnog zadržavanja /p. 23–24/.

lica u organima koji vrši sudsku, upravnu ili drugu vlast: radi se o: sudijama, policijskim funkcionerima, tužiocima, onima koja rade u upravnim organima (imigracioni servisi, granična policija, vojska i privatne agencije koje vrše javna ovlašćenja) i lekarima, psiholozima, socijalnim radnicima, članovima tela za zaštitu dece i komisija stvorenih radi odlučivanja o smeštaju u obrazovne ili rehabilitacione centre /p. 25/.

U Aneksu 4: Praksa ESLJP navodi se spisak presuda koje su od značaja za materiju kojom se bavimo. Prikazaćemo ih tabelarno radi preglednosti

SLUČAJ	DATUM	BROJ	PRAVO KOJE JE POVREĐENO
<i>Adamkiewicz v. Poland</i>	02.03.2010	54729/00	Na pr. pomoć + na fer postupak
<i>Coselav v. Turkey</i>	09.10.2012	1413/07	Na život
<i>Dushka v. Ukraine</i>	03.02.2011	29175/04	Zabrana nehumanog i degradirajućeg postupanja
<i>Güveç v. Turkey</i>	20.01.2009	70337/01	Zabrana nehumanog i degradirajućeg postupanja
<i>Mahmundi and others v. Greece</i>	31.07.2012	14902/10	Zabrana nehumanog i degradirajućeg postupanja
<i>M. S. S. v. Belgium & Greece</i>	21.01.2011	30696/09	Zabrana nehumanog i degradirajućeg postupanja + pravo na pravni lek
<i>M. Mayenk and K. Mitunga v. Belgium</i>	12.10.2006	13178/03 3	Zabrana nehumanog i degradirajućeg postupanja
<i>Pantovits v. Cyprus</i>	11.12.2008	4268/04	Na pr. pomoć + na fer postupak
<i>Popov v. France</i>	19.01.2012	39472/07, 93474/07	Zabrana nehumanog i degradirajućeg postupanja
<i>Rahimi v. Greece</i>	05.04.2011	8687/08	Zabrana nehumanog i degradirajućeg postupanja
<i>Salduz v. Turkey</i>	27.11.2008	36391/02	Na pr. pomoć + na fer postupak
<i>Soykan v. Turkey</i>	21.04.2009	47368/99	Na pr. pomoć + na fer postupak
<i>Tararyeva v. Russia</i>	14.12.2006	4353/03	Na život + zabrana nehumanog i degradirajućeg postupanja

Tabela 1. Presude ESLJP koje se odnose na kršenje prava deteta

Među navedenim presudama pažnju posebno izaziva ona u slučaju Dushka v. Ukraine koji je započet 26. jula 2004. obraćanjem ukrajinskog državljanina (Yuriy Niloayevich Dushka) ESLJP zbog torture kojoj je bio izložen tokom policijskog zadržavanja kako bi priznao krivično delo. On je umro 04. marta 2005. pa je njegova majka obavestila Sud da želi da zameni sina u postupku.

Činjenično stanje bilo je sledeće: podnosilac predstavke (aplikant), sedamnaestogodišnji Yuriy, (rođen 1985) je dana 18. novembra 2002. pozvan na razgovor od strane policije zbog sumnje da je izvršio razbojništvo. Tokom sprovođenja do stanice, napala su ga dva pripadnika policije obučena u civilnu odeću. Kasnije su predstavnici organa reda primenu sile opravdavali opasnošću od bekstva. U toku pritvaranja, onemogućeno mu je da zatraži pravnu pomoć, roditelji nisu obavestjeni o hapšenju, a on je sproveden pred nadležni sud gde mu je određen sedmodnevni pritvor. Tu je bio izložen zlostavljanju (vezivanju za radijator, batinaju i nanošenju povreda po glavi i telu korišćenjem plastične kese napunjene vodom. Nadležni su odbili da na njegov izričit zahtev pozovu forenzičnog eksperta da utvrdi stanje povreda. U takvom stanju, potpisao je priznanje dela koje su sastavili policajci.

Oštećeni je u periodu 26.11 – 20.12.2002. primljen u bolnicu radi lečenja zbog stresa i povreda, pa su one medicinski dokumentovane. Taj nalaz sasvim je različit od onog koji su pribavili policijski organi čiji eksperti su tvrdili da se radi o lakšim povredama koje su nanete prilikom savladavanja otpora pri hapšenju.

Majka oštećenog obraćala se velikom broju nadležnih organa, čak i predsedniku Ukrajine – bez odgovora, a tužilaštvo je od policije tražilo da sprovede internu istragu i na osnovu njenih rezultata zaključilo da nema elemenata lošeg postupanja. Takođe, odbilo je prigovor da je policijsko zadržavanje bilo nezakonito.

ESLJP je našao da su državni organi Ukrajine povredili odredbe o zabrani nehumanog i degradirajućeg postupanja (čl. 3 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda) i obavezu sprovođenja efektivne istrage (čl. 13 Konvencije) i odredio da ta država plati troškove postupka i 18.000 evra zbog povreda nanetih maloletniku.

4. NEPUNOLETNA LICA I IZVRŠENJE KRIVIČNIH SANKCIJA

Još od 2006. godine kada se pojavilo prvo izdanje monografije *Pravo izvršenja krivičnih sankcija* (PIKS) ovaj autor deli sve izvore ove grane prava na primarne (one koji su stvoreni isključivo sa ciljem da regulišu materiju izvršenja) i sekundarne (oni koji ovu materiju samo dodiruju). Ista logika mogla bi se primeniti i na regulisanje materije izvršenja prema nepunoletnim licima.

4.1. *Sekundarni izvori PIKS za nepunoletna lica*

U ove instrumente spadaju svi oni koji nemaju u prvom planu postupanje sa maloletnicima, već ove samo pominju. U ovu kategoriju mogu se svrstati Evropska pravila o zatvaranju

4.1.1. Evropska pravila o zatvaranju²² (EPZ)

Usvojena su na sednici Komiteta ministara 11. januara 2006. godine. U njima se ukazuje da su pri njihovom donošenju uzeti u obzir: Evropska konvencija o ljudskim pravima i praksa ESLJP; rad Evropskog komiteta za sprečavanje mučenja, nehumanih i ponižavajućih postupaka i kažnjavanja, a naročito standardi koji su u tokom rada usvojeni u njegovim opštim izveštajima.

Izričito se naglašava osnovni princip da lišenje slobode može biti samo krajnja mera i da mora biti određeno u skladu sa procedurom predviđenom zakonom; da izvršenje zatvorskih kazni mora biti u skladu sa zahtevima sigurnosti, bezbednosti i discipline, uz istovremeno obezbeđenje zavodskih uslova koji ne ugrožavaju ljudsko dostojanstvo i obezbeđuju obavljanje korisnih poslova i programe tretmana zatvorenika u cilju njihove reintegracije u zajednicu.

Dalje se ističe važnost međunarodne saradnje i potvrđuje uvažavanje osnovnih standarda sadržanih u Preporukama Komiteta ministara koje se odnose na konkretne aspekte kaznene politike.

Izričito se navode sledeće Preporuke: Rec(89)12 o obrazovanju u zavodima; Rec(93)6 o zavodima i kriminološkim aspektima kontrole zaraznih bolesti ... i druge zdravstvene probleme u zavodima; Rec(97)12 o osoblju zaduženom za sprovođenje sankcija i mera; Rec(98)7 o etičkim i organizacionim aspektima zdravstvene zaštite u zavodu; Rec(99)22 o prenaseljenosti i povećanju zavodske populacije; Rec(2003)22 o uslovnom otpustu; i Rec(2003)22 o postupanju zavodske uprave u slučajevima doživotnih i drugih dugotrajnih kazni zatvora.

Uz pominjanje da su pri usvajanju ove Preporuke uzeta u obzir Standardna minimalna pravila UN,²³ kao i da je zbog promena do kojih je došlo u kaznenoj politici, praksi kažnjavanja i upravljanja zavodima²⁴ bilo neophodno revidirati pravila sadržana u Preporuci Rec(87)3 Komiteta ministara o Evropskim pravilima o zatvaranju.

Zbog svega navedenog, preporučeno je vladama država članica da se pri donošenju zakona, definisanju politike i praksi rukovode pravilima sadržanim u Preporuci, kao da obezbede da ona, kao i njen komentar budu prevedeni i široko dostupni, naročito pravosuđu, zavodskim službama i zatvorenicima.

Dodatak Preporuke sadrži 108 pravila (pr.) koji su podeljenih u devet celina: Deo I (Osnovni principi i primena); Deo II (Režim u zavodu); Deo III (Zdravstvena zaštita); Deo IV (Obezbeđenje reda i disciplina i kažnjavanje); Deo V (Uprava i zaposleni, odnosi sa javnošću i naučna istraživanja); Deo VI (Inspekcija i nadzor); Deo VII (Pritvorenici); Deo VIII (Režim za zatvorenike); Deo IX (Dopuna Pravila).

Budući da je u našoj literaturi već dat pregled osnovnih rešenja koja su sadržana u EPZ /Ignjatović, 2018a:71 et seq./, ovde će biti navedena samo ona koja se

22 Rec(2006)2

23 U vreme donošenja ove Rezolucije, bila su na snazi Minimalna pravila UN iz 1955. godine koja su sada zamenjena novim Standardnim minimalnim pravilima za postupanje sa zatvorenicima – Nelson Mandela pravilima –v. detaljnije: Ignjatović /2018b/.

24 U tekstu se pominje i promena koje su se u društvenim odnosima odigrale na našem Kontinentu u prethodne dve decenije.

odnose na maloletnike. Tako se u Delu I (Osnovni principi) u pr. 11 navodi se da se lica mlađa od 18 godina ne smeštaju u zavode za odrasle, već u ustanove namenjene posebno njima. Ukoliko se, izuzetno, maloletnik smesti u takav zavod, moraju postojati posebna pravila o njegovom položaju i potrebama.

U Komentaru EPZ²⁵ koji je usvojen na 949 sastanku Evropskog komiteta za probleme kriminaliteta (CDPC) decembra 2005. navodi se da je ovo rešenje u skladu sa članom 37c *Međunarodne konvencije o pravima deteta* jer se ne može isključiti mogućnost da maloletnik bude smešten zajedno sa punoletnim licima – na primer, ukoliko je zatvorenih maloletnika toliko malo da bi se njihov režim sveo na potpunu izolaciju.

Detaljnije se maloletnicima lišenim slobode bavi pr. 35 Pravila koji nosi naziv „Zatvaranje deteta” (*Detain of children*)²⁶ i, pored ponovnog ukazivanja da se maloletnici smeštaju u deo zavoda koji je odvojen od dela namenjenog odraslima (osim ukoliko najbolji interesi maloletnika da se pribegne suprotnom rešenju), predviđa da kada je maloletnik izuzetno smešten u zavodu za odrasle, mora im, pored službi koje su dostupne svim zatvorenima, biti omogućen pristup i socijalnoj, psihološkoj i obrazovnoj službi, religioznim i rekreativnim programima, kao i odgovarajućim programima koje mogu koristiti maloletnici u zajednici.

Takođe, svakom maloletniku lišenom slobode koji podleže obaveznom školovanju, mora se omogućiti da se obrazuje. Takođe, navedeno je (35.3) da se maloletnicima otpuštenim iz zavoda pruža dodatna pomoć.

U Komentaru CDPC naglašava se da je svrha rešenja primenjenih u pr. 35 da se maloletnici: zaštite od bilo kog oblika ugrožavanja, nasilja ili seksualne zloupotrebe; da im se osigura adekvatno obrazovanje i školovanje; da im se pomogne da održe kontakte sa porodicom; da im se obezbedi pomoć i usmeravanje u emocionalnom razvoju; i da im se obezbede sportski i drugi rekreativni sadržaji.

U pr. 36 sadržano je nekoliko pravila koja se odnose na decu (*infants*). Ona mogu ostati u zavodu sa roditeljem²⁷ samo ako je to u njihovom najboljem interesu i u tom slučaju se ne tretiraju kao zatvorenici i njima se obezbeđuje poseban smeštaj. Takođe, mora im se obezbediti posebna prostorija za čuvanje u kojoj radi obučeno osoblje. Tu dete boravi dok roditelj učestvuje u aktivnostima kojima ono ne može da prisustvuje.

U celini koja se odnosi na obuku zavodskog osoblja navodi se da će osoblje koje radi sa posebnim grupama zatvorenika – izričito su navedeni i maloletnici – dobiti specifičnu obuku za svoj poseban rad (pr. 81.3).

Sledeći osnovni akt donet od strane SE a odnosi se na oblast izvršenja su Evropska probaciona pravila /*Council of Europe Probation Rules – CM/Rec(2010)1*/²⁸, ali on ne sadrži ni jednu odredbu koja se odnosi na maloletnike, pa ovde neće biti prikazan.

25 CM(2005)163-Add

26 U verziji teksta Pravila na srpskom jeziku pogrešno je prevedeno kao „Maloletnici u pritvoru” –v. www.coe.int

27 Komentar izričito naglašava da se ovde ne misli samo na majku, nego i na oca.

28 CM/Rec(2010)1

4.2. Primarni izvori PIKS za nepunoletna lica

Primarni izvori odnose se u celini na maloletnike, a svi instrumenati koji se nalaze u ovoj kategoriji mogu se podeliti u dve grupe: oni koji se neposredno odnose na izvršenje krivičnih sankcija i maloletnike (neposredni izvori) i oni koji uređuju postupanje sa maloletnicima u pravosudnom sistemu, ali se odnose direktno na materiju izvršenja, već je uzgred dodiruju.

4.2.1. Posredni primarni izvori

Ovde spadaju spadaju sledeći instrumenti (navedeni po hronološkom redosledu):

4.2.1.1. Preporuka Komiteta ministara Rec(87)20 o društvenom reagovanju na maloletničku delinkvenciju²⁹

U preambuli se navodi da društveno reagovanje na maloletničku delinkvenciju mora uzimati u obzir lične crte i specifične potrebe mladih.³⁰ Ove druge traže posebne vidove intervenisanja, kao i posebne tretmane zasnovane na posebnim principima navedenim u Deklaraciji UN o pravim deteta. Sastavljači teksta Preporuke ubeđeni su da će krivični sistem namenjen mladima nastaviti da se karakteriše ciljevima obrazovanja i društvene integracije i da će, što je pre moguće, ukinuti kaznu zatvora prema ovoj kategoriji učinilaca. Sankcije koje im se izriču trebalo bi da se primenjuju u njihovom prirodnom okruženju i uključe učešće lokalne zajednice. Isto tako, mladima treba obezbediti iste garancije u postupanju kao punoletnim licima.

U Preporuci su sadržani sledeći delovi: (1) Prevencija; (2) Skretanje postupka i medijacija; (3) Proces protiv mladih; (4) Intervencije; i (5) Istraživanja.

Za materiju kojom se bavimo u ovom radu, od posebnog su značaja pravila sadržana u celini (3). Tu se napominje da zadržavanje maloletnika u policiji treba izbeći kada god je to moguće, a ukoliko se primeni, trebalo bi da nadležne pravosudne vlasti kontrolišu uslove u kojima se lišenje slobode odvija. Pritvor treba određivati samo u izuzetnim slučajevima prema izvršiocima najtežih dela i to licima koja spadaju u starije maloletnike; takođe, potrebno je ograničiti vreme koliko lišavanje slobode najduže traje i smestiti maloletnike odvojeno od punoletnih lica; pri izboru sankcije koja će biti primenjena prema maloletniku, sud će konsultovati socijalne službe o mogućnosti alterniranja zatvaranja.

Takođe, potrebno je maloletnicima dati mogućnost da se izjasne o merama koje su im izrečene; moraju imati pravo na žalbu, pravo da zatraže izveštaj o izvršenju mera koje su im određene, kao i pravo da se poštuje njihova privatnost.

U delu (4) nalazi se pravilo da se ograničenja slobode maloletnika moraju svesti na najmanju neophodnu meru i da su ona pod sudskom kontrolom; kod zatvaranja, bitan element je razmatranje mogućnosti održavanja kontakata maloletnika sa porodicom. Zbog toga lokacija zavoda treba da bude najbliža moguća članovima porodice, kako bi se njihova veza sa zatvorenim maloletnikom održavala.

29 Usvojena na 410 sastanku septembra 1987.

30 U originalu – *minors*.

Primenu zatvaranja treba smanjivati, a korišćenje alternativa povećati jer se na taj način pružaju bolje mogućnosti da se maloletnik integriše u društvo kroz obrazovanje, profesionalno osposobljavanje i kroz aktivnosti u slobodno vreme. Među takvim merama, poseban značaj imaju one koje uključuju probacioni nadzor i pomoć. Kod učinilaca koji su uporni u izboru delinkventnog ponašanja, treba nastojati da se povećaju njegove mogućnosti da se prilagodi društvu, naročito kroz intenzivan obrazovni program (koji uključuje i „intenzivan fazni tretman”³¹ i naknadu štete.

Ako se proceni da je primena zatvaranja neizbežna, potrebno je da one budu skalirane i prilagođene maloletniku, idući za tim da se, gde god je to moguće, primenjuje režim poluslobode, ranijeg otpusta i obustave izvršenja; sudovi moraju jasno ukazati zašto se prema konkretnom maloletniku primena mere zatvaranja ne može izbeći; odvojeno smeštati ovu kategoriju učinilaca od punoletnih. Tamo gde je to nemoguće, potrebno je učiniti sve da odrasli ne utiču negativno na maloletnike.

U delu označenom sa (5) insistira se da dalja proučavanja za predmet (uz ostalo) uzmu alternative zatvaranju, ulogu lokalne sredine u brigu o maloletnim delinkventima; ulogu mas-medija i ombudsmana i osmišljavanje mera i procedura za pomirenje između maloletnih prestupnika i njihovih žrtava.

4.2.1.2. *Preporuka Komiteta ministara Rec(88)6 o društvenom reagovanju na maloletničku delinkvenciju mladih ljudi koji potiču iz migrantskih porodica*³²

U preambuli ovog instrumenta se ukazuje na potrebu da mladi iz migrantskih porodica i pripadnici druge generacije migranata traže posebnu brigu; da je najbolji način da se spreči njihovo delinkventno ponašanje da im se daju iste mogućnosti da razviju svoje sposobnosti kao i mladim starosedecima; da delovanje svih subjekata pravosuđa za mlade sa kojim ova kategorija lica dođe u kontakt treba da bude usmereno na njihovo integrisanje u društvo.

Posle nabranjanja instrumenata koji već zadiru u ovu materiju, ističe se potreba da države članice treba da u svom zakonodavstvu i praksi preduzmu dole nabrojane mere u cilju sprečavanja diskriminacije mladih iz migrantskih porodica.

U delovima pod naslovom *Prevenција* i *Policija* navode se načela nediskriminatorskog postupanja i potreba specijalizacije zaposlenih u nadležnim organima za ove poslove, kao i težnja da se intervencije svedu na pomoć i usmeravanje. U celini koja je nazvana *Intervencije i mere* kaže se da je neophodno utvrditi lične karakteristike mladih i društvene uslove u kojima žive jer je to način da se izbegnu uprošćena i po automatizmu osmišljena „kulturalna” objašnjenja njihovih dela koja se baziraju na (različitim) kulturnim vrednostima i konfliktima. Umesto smeštanja mladih lica u institucionalni sistem, potrebno je obezbediti neophodna sredstva za primenu mera koje ne uključuju zatvaranje. Ne samo kaznu zatvora, nego i njene alternative treba primenjivati kao prema mladima iz porodica starosedelaca. U one koji mladima iz migrantskih porodica pružaju pomoć u edukaciji i rešavanju egzistencijalnih pro-

31 Orig. *intensive intermediary treatment*.

32 Usvojena na 410 sastanku septembra 1987.

blema treba (ako je to moguće) uključiti i njihove sunarodnike koji su obučeni za takav posao ili imaju iskustva u njegovom obavljanju. Treba izbegavati specijalizovane ustanove u kojima će biti mladi istog porekla; uvažavati religiozna ubeđenja zatvorenih mladih lica i u pogledu hrane koja im se nudi. Ukoliko je neophodno da se mladi povere drugoj porodici na čuvanje i staranje, potrebno je nastojati da to bude porodica istog kulturnog porekla. Principijelno treba izbegavati isključenje iz zajednice lica iz druge generacije migranata za vreme maloletstva ili kasnije za dela koja su izvršili tokom tog uzrasnog doba.³³

4.2.1.3. *Preporuka Komiteta ministara o novim načinima postupanja sa maloletničkom delinkvencijom i ulozi maloletničkog pravosuđa – Rec(2003)20*³⁴

U uvodnim napomenama se konstatuje da su se od usvajanja Preporuke Rec(87)20 mnoge stvari promenile i da iako stopa kriminaliteta maloletnika ne pokazuje u većini zemalja dramatičan rast, priroda i težina dela koja spadaju u ovu kategoriju traže nove odgovore i metode intervenisanja. Tradicionalni sistem krivične pravde ne može ponuditi odgovarajuća rešenja u pogledu tretmana maloletnika koji imaju posebne obrazovne i društvene potrebe koje se razlikuju od onih koje srećemo kod punoletnih lica.

Odgovor društva na maloletničku delinkvenciju mora biti višedisciplinarnan i multiagencijski³⁵ kako bi se aktivirali činioци koji igraju ključnu ulogu na različitim nivoima društva: pojedinačni, porodični, školski i oni vezani za lokalnu zajednicu. Takođe, činjenica da se sticanjem punoletstva ne dostiže u svakom pojedinom slučaju zrelost, osnov je da se odredbe ove Preporuke mogu primeniti i na mlađa punoletna lica. Uz navedeno, prema nekim kategorijama maloletnih delinkvenata potrebno je primeniti posebne programe postupanja (kao takvi se navodi pripadnici etničkih manjina, devojke i prestupnici koji su delovali u grupama).

Posle upućivanja na relevantne međunarodne dokumente usvojene od strane SE i UN, daju se definicije ključnih pojmova koji se koriste: „maloletnici” su određeni kao krivično odgovorna lica koja još nisu punoletna; pod pojam „delinkvencija” spadaju sva dela na koja se reaguje normama krivičnog prava; u tom smislu, on se poklapa sa onim kako se u kriminologiji definiše kriminalitet. Međutim, ovde se naglašava da se u nekim zemljama izrazu „delinkvencija” daje šire značenje – obuhvatajući i antisocijalno i / ili devijantno ponašanje na koje se reaguje mehanizmima upravnog i građanskog prava; „sistem maloletničkog pravosuđa” obuhvata formalne mehanizme kojima se reaguje na kriminalitet maloletnika. Pored sudova, tu spadaju i drugi pravosudni subjekti kao što su policija, tužilaštvo i slični – probaciona služba i kazneni zavodi. Sve ove pravne institucije rade u

33 Najzad, ovaj instrument ukazuje koje su to teme na koje bi se trebalo koncentrisati pri vršenju istraživanja iz ove oblasti. Tu se posebno naglašava potreba istraživanja institucionalne prakse koja se zasniva na socijalnoj i etničkoj diskriminaciji mladih, kao i diskriminatorno izveštavanje o kriminalitetu mladih migranata u medijima.

34 Usvojena je na 416 sastanku aprila 1988.

35 U literaturi /Simović et al., 2015:49/ ovaj izraz se prevodi i kao „meduresorni”.

tesnoj saradnji sa odgovarajućim agencijama kakve su zdravstvene, obrazovne, socijalne službe i nevladini subjekti.³⁶

Strateški posmatrano, maloletničko pravosuđe i saradjujući subjekti pri reagovanju na maloletničku delinkvenciju usmereni su na ostvarenje tri cilja: 1. sprečavanje prestupništva i povrata; 2. resocijalizaciji i reintegraciji prestupnika; i 3. isticanje potreba i interesa žrtava.

U delu III Novi odgovori (pravila 7–20) ukazuje se da treba pribeci svakoj razumnoj alternativi kako bi se izbeglo vođenje formalnog krivičnog postupka (diverzifikacija odn. skretanje postupka u nepelnom pravcu), pri čemu treba poštovati principe proporcionalnosti, delati u najboljem interesu maloletnika³⁷ i primeniti ih isključivo u slučajevima da je slobodnom voljom prihvaćena odgovornost za učinjeno delo. Čak i kada se radi o teškim, nasilnim i upornim (perzistentnim) maloletnim prestupnicima, države članice će razviti širok krug inovativnih (no svakako proporcionalnih) sankcija i mera koje se izvršavaju u zajednici.³⁸ Njihov cilj je da se utiče na činioce koji dovode do prestupničkog ponašanja, imajući u vidu i potrebe maloletnika; u njihovom izvršenju biće angažovani roditelji (ili zakonsko staraoci tog lica)³⁹ i – gde god je to moguće primeniće se mehanizmi reparacije žrtve, medijacije i restorativne pravde.

Treba razviti instrumente za procenu rizika od povrata i u skladu sa tom procenom izreći odgovarajuće mere, imajući istovremeno u vidu i potrebe prestupnika i nastojeći da priroda i sadržaj mere budu prilagođeni stepenu krivice učinioca (princip proporcionalnosti). Uvek treba podsticati nadležne agencije da saradjuju i razmenjuju informacije (uz poštovanje zakonskih ograničenja u odnosu na zaštitu podataka). Postupak treba voditi bez odlaganja i poštovati načela fer postupanja.

Pri donošenju odluke o policijskom zadržavanju ovih lica, treba imati u vidu njihov status maloletnika, uzrast, ranjivost i nivo zrelosti. O tome treba bez odlaganja obavestiti njihove roditelje i to tako da budu u toku sa svim bitnim činjenicama. Policijskom ispitivanju maloletnika treba da prisustvuju njihovi roditelji, pravni zastupnici ili odgovarajuća punoletna lica. Mora im se obezbediti puna dostupnost advokata i lekara. Treba preduzeti sve da zadržavanje u policiji traje što kraće, a ni pod kojim uslovima ne sme biti duže od 24 časa. Zakonitost postupanja za to vreme treba da nadziru nadležni zakonom određeni organi.

Pritvor do početka suđenja maloletniku može trajati do šest meseci, osim ukoliko sudija koji ne postupa u toj krivičnoj stvari ne proceni da postoje izuzetni razlozi

36 Izričito se navode: servisi za podršku žrtvama i svedocima.

37 U pravilu 11 izričito se napominje da se ovakav tretman može primeniti i prema mlađim punoletnim licima (mlađim od 21 godine), ukoliko sudija proceni da još nisu dosegli uzrast u kome bi mogli da u pogledu pripisivanja krivice budu tretirani na isti način kao odrasla lica. Kod ove vrste učinilaca je bitno pomoći im da se zaposle i zbog toga (sem kada to zahteva priroda posla za koji apliciraju) ne treba potencijalnom poslodavcu predočavati njihov kriminalni dosije.

38 Radi se o alternativnim sankcijama.

39 Od njih se očekuje da pohađaju savetovališta ili kurseve za roditelje, obezbeđuju da maloletnik ispunjava određene zahteve (na primer pohađa školu); takođe, oni treba da pruže podršku i pomoć ne samo maloletniku, nego i zvaničnim agencijama koje se brinu o izvršenju alternativnih sankcija.

koji opravdavaju izvesno produženje navedenog roka. U svakom slučaju, potrebno je (gde god je to moguće) primeniti alternative pritvaranju maloletnog lica (njegovim prebacivanjem kod rođaka, u drugu porodicu ili drugim oblicima njegovog nadziranog smeštaja).

Pritvaranje ne sme biti korišćeno kao vid kažnjavanja ili zastrašivanja ili kao zamena za zaštitu maloletnika ili umesto mera lečenja mentalnih smetnji.

U proceni da li izricanje mere koja podrazumeva lišavanje slobode maloletnika može doprineti sprečavanju vršenja novih delikata, sud će na osnovu svih dostupnih podataka o stanju tog lica i društvenih uslova koji ga okružuju uzeti kao kriterijume za procenu rizika od recidiva.

Priprema zatvorenog maloletnika za otpuštanje počinje prvog dana od kada mu je takva sankcija izrečena. Prvi korak je procena njegovog rizika kao pretpostavka izrade plana reintegracije u kome su sadržane mere za njegovu pripremu za izlazak na slobodu; one se preduzimaju koordinisano i uključuju potrebe konkretnog lica u smislu obrazovanja, zapošljavanja, prihoda, zdravlja, stambenih uslova, nadzora, porodičnog i društvenog okruženja.

U okviru takvog plana reintegracije pažnja se posvećuje etapnom postupanju u kome se mogu koristiti dozvole za izlazak iz institucije, režim otvorenih ustanova, smeštaj u zavodske jedinice gde se priprema za otpust i samo uslovno otpuštanje. Naponi treba da budu učinjeni na osmišljavanje rehabilitacionih mera koje će se primeniti po otpuštanju, naravno uz saradnju sa agencijama koje deluju izvan zavoda.

Po usvajanju Preporuke Rec(2000)20 Evropski komitet za probleme kriminaliteta (*European Committee on Crime Problems – CDPC*) uspostavio je Komitet eksperata za nove oblike reagovanja na maloletničku delinkvenciju i ulogu sistema pravosuđa za maloletnike (*Committee of Experts on the new ways of dealing with juvenile delinquency and the role of the juvenile justice system – PC-JU*). To telo izradilo je Objašnjavajući memorandum (*Explanatory Memorandum*) za Preporuku Rec(2003)20. U njemu se posebno naglašava razlog zašto je 15 godina posle usvajanja pomenute Preporuke Rec(87)20 bilo neophodno da bude doneta Preporuka Rec(2003)20. U međuvremenu je, kako smatra PC-JU došlo do svesti o potrebi uvažavanja novih principa čiji značaj sve više jača: reakcija na maloletničko prestupništvo mora biti brza, râna i konzistentna; odgovornost za prestupničko ponašanje maloletnika treba da se proširi i na njegove roditelje; kada god je to prilično, mladi prestupnici treba da nadoknade štetu nanetu žrtvi i zajednici kojoj ona pripada; intervencija treba da direktno utiče na prestupničko ponašanje i da (u najvećoj mogućoj meri) bude zasnovana na naučnim podacima o efektivnosti.

U tom pogledu, PC-JU insistira da je primena klasičnih mehanizama krivične pravde prema maloletnicima – osim u slučajevima da se radi o teškim, nasilnim i perzistentnim prestupnicima – uglavnom neproporcionalna, preskupa i potencijalno kontraproaktivna. Uz u Preporuci izričito navedene alternative kažnjavanju maloletnika, Memorandum pominje i vaspitne naloge (*treatment orders*) kakvi su zabrana zloupotreba alkohola i droga, kockanja ...

Uz navedene, nabrajaju se druga odgovarajuća ograničenja slobode kretanja kakve su zabrane izlazaka posle određenog vremena noću (*curfews*)⁴⁰ i elektronski nadzor.

40 Specifična vrsta „policijskog časa”.

4.2.1.4. Smernice Komiteta ministara SE o pravosuđu po meri deteta – CM/Del/Dec(2010)1098/10.2abc-app6⁴¹

Prethodnica ovih Smernica bila je Rezolucija br. 2 o pravosuđu po meri deteta⁴² usvojena na 28. konferenciji evropskih ministara oktobra 2007. U njoj su naglašeni: potreba da u organima pravosuđa za mlada budu angažovana stručna lica; da oni deluju kroz efikasne procedure, smanjujući na najmanju meru štete koje postupanje može naneti maloletnicima; da je neophodno razviti sistem mera koje su alternative zatvaranju; da se lišavanju slobode ovih lica može pristupiti kao krajnjem sredstvu i samo onda kada je ono *apsolutno nužno* i da uslovi i režim u kome se sprovede mere zatvaranja moraju biti prilagođeni posebnim potrebama maloletnika; da je neophodno u izgradnji „pravosuđa po meri deteta” ostvariti saradnju sledećih kompetentnih tela SE: Evropskog komiteta za probleme kriminaliteta (*European Committee on Crime Problems – CDPC*), Evropskog komiteta za pravnu saradnju (*European Committee on Legal Co-operation – CDCJ*), Usmeravajućeg komiteta za prava čoveka (*Steering Committee for Human Rights – CDDH*) i Evropske komisije za efikasnost pravosuđa (*European Commission for the efficiency of justice – CEPEJ*).

Navedena tela SE treba posebno da se angažuju na proučavanju: mesta koje maloletnici imaju pre, tokom i posle sudskog procesa; načina na koje će stavovi maloletnika biti uzeti u obzir tokom navedenog postupanja; kako unaprediti načine na koje nadležni organi pribavljaju podatke o maloletnicima koji su pred pravosudnim organima, uključujući i ESLJP;⁴³ koje se procedure iz domena pravosuđa po meri deteta primenjuju u državama članicama. Najzad njihov zadatak je i da priprema smernice za izgradnju pravosuđa po meri deteta na Starom kontinentu.

Smernice o pravosuđu po meri deteta nastale su kao rezultat napora navedenih tela SE, a u okviru jednog šireg programa namenjenog zaštiti najmlađih kategorija populacije.

U pitanju je program SE „Izgradnja Evrope za i sa decom” (*Building a Europe for and with children*). U njemu SE, polazeći od Konvencija UN o pravima deteta, kao i od Evropske konvencije o pravima čoveka i ostalih pravnih standarda, promovise i štiti 150 miliona dece u Evropi. Deo ovog programa je i Strategija SE o pravima deteta (*Strategy for the Rights of Child 2016–2021*) koja počiva na sledećim principima: jednake šanse svoj deci; njihovo učešće; život bez nasilja; pravosuđe po meri deteta; i – (ostvarivanje) prava deteta u digitalnom okruženju.⁴⁴ U njoj se u pravilu

41 Usvojene su novembra 2010. godine na 1.098 sastanku.

42 *Resolution no. 2 on child –friendly justice* adopted at the 28th Conference of European Ministers of Justice Lanarote, Spain, 25–26 October 2007.

43 Tom pitanju namenjen je poseban Izveštaj pod nazivom Pristup dece pravosuđu sa posebnim osvrtom na njihov pristup ESLJP i nacionalnim jurisdikcijama (*Access of children to justice – Specific focus on the access of children to the European Courts of Human Rights as well as its case-law related to children’s access to national jurisdictions*) koji je pripremio Registar ESLJP i tu je data bogata sudska praksa o pristupanju dece krivičnom i građanskom pravosuđu. Kada se radi o krivičnom sudovanju, razmatraju se pitanja: položaja dece žrtava u krivičnom postupku i dokaza koje oni prezentuju; tretman mladih prestupnika (zabranu torture i telesnog kažnjavanja; posebna priroda sankcija za maloletnike) i njihove procesne garancije.

44 Strategija je usvojena od komiteta eksperata (DECS-ENF) aprila 2016. u Sofiji. U Delu II (Promene u dečijim pravima danas i sutra) navode se sledeće ključne teme: 1. Siromaštvo, nejednakost

13 izričito naglašava da se veliki broj dece širom Evrope oseća isključeno i diskriminisano. Nedostupno im je obrazovanje, igra i slobodno vreme koje mogu provesti sa drugima, ili su zlostavljani zbog etničkog porekla, seksualne orijentacije ili nekog drugog statusa ... Sa stanovišta ljudskih prava, kvalitet društva meri se po tome kako su tretirane ranjive i marginalizovane grupe. Tu se svrstava više kategorija dece, kao što su ona: sa posebnim potrebama; bez roditeljskog staranja; iz marginalizovanih grupa (uključujući Romsku decu); uključena u migraciona kretanja; *lišena slobode*; koja žive ili zarađuju na ulici; i *čiji roditelji su zatvoreni*.

U Smernicama se naglašava da je pravosuđe po meri deteta ono koje je pristupačno; odgovara uzrastu; brzo; pažljivo; prilagođeno i fokusirano na potrebe deteta; uvažava prava u fer postupku; poštuje pravo na učešće i omogućava razumevanje procedura; uvažava pravo na privatnost i porodični život; i poštuje pravo na integritet i uvažavanje.⁴⁵

Smernice u Preambuli podsećaju na osnovne međunarodne instrumente⁴⁶ koji uređuju oblast prava deteta, ukazuju na obim primene i svrhu i daju definicije ključnih korišćenih pojmova.⁴⁷ Posle nabranja načela na kojima počiva pravosuđe po meri deteta (celina III),⁴⁸ sledi za materiju kojom se bavimo najznačajniji deo IV u kome su pod A. navedeni Opšti elementi pravosuđa po meri deteta. Njegov deo čini posebna celina: 6. Lišenje slobode (pravila 13–22).

U njima se naglašava da bilo koji vid lišenja slobode dece treba da bude samo krajnja mera i treba da traje najkraće moguće vreme.

Dete lišeno slobode, po pravilu, treba da budu držano razdvojeno od odraslih. Kada se deca dele prostorije sa odraslima, to treba da bude isključivo zbog izuzetnih razloga i zasnovano samo na najboljim interesima deteta. U svim okolnostima deca treba da budu zatvorena u prostorijama koje su primerene njihovim potrebama.

S obzirom na ranjivost dece lišene slobode, važnost porodičnih veza i podsticanje na reintegraciju u društvo, nadležni organi treba da obezbede poštovanje i aktivnu podršku za ostvarenje prava deteta onako kako su ona propisana univerzalnim i evropskim instrumentima. Pored ostalih prava, deca pre svega treba da imaju pravo na:

- a. redovne i sadržajne kontakte s roditeljima, porodicom i prijateljima kroz posete i prepisku, sem onda kada su potrebna ograničenja u interesu pravde ili interesu deteta, ali ograničenja tog prava nikada ne treba da budu korišćena kao kazna;
- b. odgovarajuće obrazovanje, profesionalno osposobljavanje i obuku, zdravstvenu zaštitu, kao i pravo na slobodu misli, savesti i veroispovesti i na mogućnost da aktivno provode slobodno vreme, uključujući fizičko vaspitanje i sport;
- c. pristup programima koji pripremaju decu za povratak u lokalne zajednice; u tim programima puna pažnja se posvećuje poštovanju njihovih emocional-

i isključenost; 2. Nasilje; 3. Pravosudni sistem stvoren za punoletne; 4. Izmene u porodičnim odnosima i roditeljstvu; 5. Rasizam, govor mržnje i radikalizacija; i 5. Uspon digitalnog društva.

45 Vid. www.coe.int/en/web/children/child-friendly-justice (28.02.2019).

46 Usvojene od strane UN i SE.

47 I ovde se pod „detetom” podrazumeva lice mlađe od 18 godina – dakle: nepunoletno lice.

48 Vid. detaljnije: Ignjatović /2018a:113/.

nih i psihičkih potreba, njihovim porodičnim odnosima, stambenom smeštaju, mogućnostima obrazovanja i zapošljavanja i društveno-ekonomskom statusu.

Motiv za lišavanje slobode maloletnika bez pratnje, uključujući tu i azilante, kao i za odvajanje dece nikada ne sme da bude isključivo to što nemaju status lica sa stalnim boravkom.

4.2.2. *Neposredni primarni izvori*

Najvažnije takve primarne izvore čine ■ Evropska pravila za maloletne prestupnike prema kojima se primenjuju sankcije ili mere doneta novembra 2008. godine na 1.040 sastanku Saveta ministara i ■ Preporuka o deci čiji roditelji su zatvoreni usvojena od strane Komiteta ministara aprila 2018. godine na njihovoj 1.312 sesiji.

Detaljnije razmatranje dometa rešenja koja su sadržana u ovoj Preporuci nalazi se u dokumentu CM(2008)128-add koji nosi naziv *Skica komentara ovih Evropskih pravila* koje je doneo CDPC (PC-CO) na 1.037 sastanku oktobra 2008.⁴⁹

4.2.2.1. *Preporuka Komiteta ministara o Evropskim pravilima za maloletne učiniocce kojima su izrečene sankcije ili mere – CM/Rec(2008)11*

Preporukom Komitet ministara je državama članicama ukazao na potrebu da se u svom zakonodavstvu, politikama i praksama rukovode pravilima sadržanim u Prilogu Preporuke; zatim, da je neophodno da obezbede prevod i distribuiraju ga svim subjektima uključenim u izvršenje sankcija ili mera (SiM) izrečenih maloletnim licima.⁵⁰

Preporuka se sastoji od 141 pravila koja su raspoređena u osam celina.⁵¹

I – Osnovna načela, domašaj i značenje izraza

A. Osnovna načela

U Preporuci su sadržana sledeća načela:

- *poštovanje ljudskih prava maloletnika;*
- *određenost u zakonu;* izriču se na *najmanji potrebni period* i samo u *legitimne svrhe;*
- *rukovodna načela* (socijalna integracija, edukacija maloletnika i prevencije vršenja krivičnih dela u budućnosti su ciljevi koji se žele ostvariti);

49 U daljem tekstu: *Skica komentara Preporuke CM/Rec(2008)11*.

50 Takođe, naglašava se da se ništa u ovim pravilima ne sme tumačiti tako da predstavlja smetnju za primenu drugih relevantnih instrumenata i standarda o ljudskim pravima koji su pogodniji za osiguranje prava, brige i zaštite maloletnicima. Takođe, odredbe Preporuke (2006)2 o Evropskim zatvorskim pravilima i Preporuke R(92)16 o Evropskim pravilima o sankcijama i merama u zajednici se primenjuju u korist maloletnih učinilaca u meri u kojoj nisu u suprotnosti sa ovim pravilima.

51 Iako se radi o osnovnom instrumentu koji reguliše izvršenje krivičnih sankcija prema maloletnicima, budući da su u 6. izdanju monografije *Pravo izvršenja krivičnih sankcija* ovog autora /Ignjatović, 2018a:96 et seq./ njegove odredbe detaljno prikazane, ovde će biti dat samo sumaran pregled.

Sistem maloletničke pravde, kako se navodi u *Skici komentara Preporuke CM/Rec(2008)11* napušta u najvećoj mogućoj meri princip generalne prevencije u ostale (punitivne) ciljeve koji figurišu u krivičnom sistemu za punoletna lica. Pod izraz „edukacija” ne mogu se podvesti represivni i autoritarni oblici postupanja kakvi su na premer militaristički stilovi zatvaranja koji su u nesaglasju sa evropskim konceptom poštovanja ljudskih prava i dostojanstva.⁵²

– *izriče ih sud*;⁵³

U *Skici komentara* ... ovde se insistira da se kod svake SiM koja se primenjuje prema maloletnicima tačno odredi njeno trajanje ne samo zbog zakonskog zahteva za preciznošću, nego i zbog realističkog pristupa perspektivi reintegracije tog lica u društvo. Istina, u sledećoj rečenici se navodi da „tamo gde nije određeno tačno vreme koliko će primena SiM trajati,⁵⁴ vršiče se periodična provera da li postoji potreba da se nastavi sa njihovim izvršenjem.

Ovde se postavlja pitanje da li je kod maloletnika svrha izvršenja SiM zaista ona koja je deklarirana, jer njoj više odgovara mogućnost da se (u okviru maksimalnog trajanja mere) njeno dovršavanje vezuje za ostvarenje tih ciljeva, inače se približavamo modelu krivične pravde za punoletna lica.

– *donja granica* za izricanje SiM ne sme biti postavljena suviše nisko i mora biti propisana zakonom;

Skica komentara ... ukazuje da ovaj minimalni uzrast treba dovesti u vezu sa godinama u kojima maloletnici stiču punu poslovnu sposobnost, mogućnost da zaključuju brak, kada prestaje njihovo obavezno školovanje i kada mogu zasnovati radni odnos.

– izricanje i izvršenje SiM je zasnovano na najboljim interesima maloletnih učinilaca i vođeno je *načelima srazmernosti i individualizacije*;

Dok je prvi princip povezan sa težinom izvršenog krivičnog dela, drugi vodi računa o uzrastu maloletnika, fizičkom i psihičkom zdravlju, razvoju, sposobnosti i ličnim okolnostima. U *Skici komentara* ... se naglašava da ovaj drugi ne može poslužiti kao opravdanje za primenu intervencija koje su neproporcionalno oštre u odnosu na izvršeno delo. Takođe, efekti SiM primenjenih prema maloletnicima ne mogu se protegnuti na ostatak njihovog života

– organi koji su odgovorni za izvršenje treba da imaju dovoljno *široko diskreciono ovlašćenje*, ali ono ne sme voditi ozbiljnoj nejednakosti u postupanju;

U cilju izbegavanja diskriminatornog postupanja, posebna pažnja se (kako navodi *Skica komentara* ...) mora posvetiti utvrđivanju lokalnih, kulturnih, etničkih i ostalih specifičnosti i tako odrediti ono postupanje kojim će se ostvariti navedena rukovodna načela.

– SiM se *ne smeju ponižavati ili omalovažavati* maloletnici kojima su izrečene; niti se izvršavati na način kojim se naglašava njihov prinudni karakter ili koji predstavlja neopravdan rizik od fizičke ili psihičke povrede;

Kao primere narušavanja dostojanstva u sprovođenju SiM prema maloletnicima, *Skica komentara* ... pominje prenaseljenost zavoda gde su oni smešteni, oštar, militaristički režim postupanja, čelijsku izolaciju i lišavanje maloletnika društvenih kontakata.

52 Misli se na ustanove u kojima se mladima lišenim slobode nameće vojni model disciplinovanja, poput američkih zavoda koji se nazivaju *boot camps* –v. Ignjatović /2006/.

53 Ili drugi zakonom određeni organ, a tada se podvrgavaju sudskom preispitivanju.

54 Već se to čini samo određivanjem do kog trenutka se mora okončati (kao kod vaspitnih mera u našem pozitivnom pravu).

- *načelo minimalne intervencije i lišenje slobode maloletnika je krajnja mera;*
SiM izvršavaju se bez neopravdanog odlaganja i to samo u meri i za vreme koje je neophodno. Izriče se i izvršava u najkraćem mogućem periodu. Posebni naponi se moraju preduzeti kako bi se izbeglo određivanje pritvora. *Skica komentara ...* pominje činjenicu da se u mnogim zemljama pritvor maloletnicima prečesto primenjuje, čak i iz razloga koji nisu dopušteni – kao što je slučaj sa određivanjem u vezi sa uznemirenjem javnosti zbog dela koje su izvršili.
Naglašava da se lišavanje slobode može izreći samo starijim maloletnicima koji pokazuju istrajnost u vršenja nasilničkih delikata. Različiti režimi u penitencijarnim ustanovama koji su (iz punitivnih razloga) povezani sa težinom izvršenog dela nisu dozvoljeni. Takođe, zabranjeni su zatvaranje u uslovima koji lišavaju maloletnike socijalnih i čulnih iskustava. Sve države dužne su da predvide modele ranijeg okončanja zatvaranja od vremena na koje je mera izrečena. To dodatno motivise maloletnika da se uključi u proces reintegracije u društvo („*princip progresije*”).
- *zabrana diskriminacije po bilo kom osnovu u izricanju i izvršenju SiM;*
Navode se: pol, rasa, boja, jezik, religija, seksualna orijentacija, političko i drugo mišljenje, nacionalno i socijalno poreklo, veze sa nekom nacionalnom manjinom, imovina, rođenje ili drugi status.
- posredovanje i druge *restorativne mere* se podstiču u svim fazama postupanja sa maloletnicima;⁵⁵
- *delotvorno učešće maloletnika* u postupku koji se odnosi na izricanje i izvršenje SiM;⁵⁶
- *status roditelja i zakonskih zastupnika* maloletnika u postupku izvršenja SiM;
Dok je u slučaju maloletnika pravo roditelja i pravnih savetnika u principu obavezno obezbediti, to nije slučaj sa postupcima prema licima koja su postala punoletna. Istina, u *Skici komentara ...* se ipak ostavlja mogućnost da ovo učešće može biti korisno ukoliko mlađa punoletna lica žive sa roditeljima.
- *načelo multidisciplinarnog i multiagencijskog delovanja;*
Kada se radi o disciplinama na koje se pre svega misli kada se postupa sa maloletnicima, *Skica komentara ...* pominje psihologiju, socijalni rad i obrazovanje.
- *načela uključivanja zajednice i kontinuirane brige;*⁵⁷
- *pravo maloletnika na privatnost* mora u potpunosti poštovati u svim fazama postupka;⁵⁸
- *prema mlađim punoletnim učiniocima* postupaće se kao sa maloletnicima onda kada je to primereno;
U *Skici komentara ...* se izričito navodi da ne postoji automatizam po kome će prema mlađim punoletnim licima biti primenjene blaže sankcije u odnosu na one koje su

55 Pri izboru mere i programa koji će biti primenjen bitan kriterijum je koja su iskustva sa njihovom primenom (*evidency based methods of intervention*, što je kod nas prevedeno sa „potvrđeno delotvorni programi tretmana”) –v. Đ. Stakić /2016:227/.

56 „Princip efektivnog učešća”.

57 Ovde se u *Skici komentara ...* pominje princip „od jednog kraja do drugog” (*principle end to end*) i on se odnosi na to da socijalni i probacioni radnici ostvaruju kontakt i pružaju pomoć maloletniku od momenta započinjanja izvršenja SiM sve dok ne prestane njihovo dejstvo.

58 Zabranjeno je otkrivanje informacija o identitetu maloletnika i davanje poverljivih informacija o njima i njihovim porodicama (osim ovlašćenim licima).

namenjene učinocima starijim od 21 godine; prema njima se mogu primeniti rešenja predviđena za maloletnike samo kad je to opravdano i to jedino kada su u pitanju SiM edukativnog karaktera.

- *osoblje* koje postupa sa maloletnicima obavlja važnu društvenu službu,⁵⁹
- *raspoloživa sredstva i broj osoblja* moraju biti dovoljni za postizanje navedenih ciljeva. Nedostatak sredstava ne sme nikada biti opravdanje za kršenje ljudskih prava maloletnika;

Kako se navodi u *Skici komentara ...* u postupku primene SiM na maloletne prestupnike, država interveniše u oblasti u kojoj bi bilo normalno da se porodica brine o odgajanju maloletnika. Kada već država (delimično) zamenjuje roditelje u tome, normalno je očekivati da ona garantuje da će njena intervencija biti razumna, pozitivna i delotvorna.

- izvršenje svake SiM mora biti podvrgnuto redovnoj vladinoj *inspekciji i nezavisnom nadgledanju*.

Skica komentara ... naglašava da je nezavisan nadzor od strane lica i institucija koje ne kontrolišu državne agencije (misli se na savete posetilaca, ovlašćene nevladine organizacije, ombudsmana i druge takve subjekte) važan element demokratske kontrole funkcionisanja sistema pravde za maloletnike izvan žalbene procedure.

B. Značenje izraza i domašaj

U ovoj celini određeni su pojmovi „maloletni učinilac”, „mlađi punoletni učinilac” (sinonimi su „maloletnik” i „mlađe punoletno lice”), „krivično delo”,⁶⁰ „sankcije i mere u zajednici”, „lišenje slobode”, „ustanova” (objekat pod kontrolom javnih organa u kome su smešteni maloletnici koji žive pod nadzorom osoblja u skladu sa formalnim pravilima).

Pravila sadržana u ovoj Preporuci takođe se primenjuju i prema drugim licima koja su smeštena u ustanovama ili drugim objektima sa maloletnim učinocima.

II – Sankcije i mere u zajednici

C. Pravni okvir

U svim fazama postupka osigurava se širok spektar sankcija i mera u zajednici (SMZ) koje su prilagođene fazama razvoja maloletnika. Prioritet će biti stavljen na SiM koje mogu imati vaspitni uticaj i koje predstavljaju restorativni odgovor na krivična dela koja su izvršili maloletnici.

Nacionalni pravni sistem utvrđuje bitne karakteristike SMZ i uređuje obaveze nadležnih organa⁶¹ i prava roditelja maloletnih učinilaca.

Ovde se nalazi još nekoliko bitnih načela: prava maloletnika na obrazovanje, stručno osposobljavanje ili održavanje fizičkog ili psihičkog zdravlja ne smeju se ograničavati

59 Njihovo zapošljavanje, posebna obuka i uslovi rada moraju im omogućavati zadovolje posebne potrebe maloletnika i posluže im kao pozitivan uzor. To je, kako se navodi u *Skici komentara ...* neka vrsta supstituta zbog odsustva takvog uzora u porodici maloletnika.

60 Škulić /2011:233/ ukazuje da je odredba po kojoj se ono određuje kao „radnja ili propuštanje kojom se krši krivično pravo” pravno tehnički pogrešna.

61 Važna je napomena da odluku o izricanju (ili opozivanju) SMZ donosi sudski organ; ukoliko je doneo upravni organ koji ja na to ovlašćen zakonom, obezbeđuje sudsko preispitivanje takve odluke. Isto važi i za odluku da se trajanje SiM skрати ili da se ublaže uslovi i obaveze.

izricanjem ili izvršavanjem SMZ; kada je potrebna saglasnost maloletnika ili njegovih roditelja za izricanje ili izvršenje SMZ, ona mora biti izričita i zasnovana na odgovarajućim informacijama; koliko maloletnici ne poštuju uslove i obaveze iz SiM koje su im izrečene, ovo neće automatski voditi lišenju slobode. Kada je to moguće, izmenjenim ili novim SiM će biti supstituisane prethodne. Takođe, sâmo nepoštovanje neće se automatski smatrati kažnjivim delom.

D. Uslovi za izvršenje i posledice nepoštovanja

Kada se radi o *uslovima izvršenja*, SMZ se izvršavaju tako da budu razumljive za maloletnike i da doprinose njihovom obrazovanju i jačanju njihovih socijalnih veština. Oni moraju biti obavesteni, na način i na jeziku koji razumeju, o svim bitnim elementima SMZ koja im je izrečena i o njihovim pravima i dužnostima. Imaju pravo da se usmeno ili pismeno izjasne pre donošenja formalne odluke o izvršenju SMZ, kao i da traže izmenu uslova izvršenja.

Maloletnici i njihove porodice po pravilu ne snose troškove izvršenja. Tokom izvršenja SMZ maloletnici se osiguravaju, uživaju zdravstvenu zaštitu. Njihovo radno angažovanje ne sme biti motivisano samo sticanjem profita. Maloletnici se podstiču da nadoknade štetu i otklone negativne efekte izvršenog krivičnog dela.

Izvršenje SMZ zasnovano je na individualizovanim procenama i metodima intervencije koji su u skladu da profesionalnim standardima, rezultatima istraživanja i najboljim praksama u socijalnom radu, socijalnoj zaštiti mladih i srodnim aktivnostima.⁶² Ograničenja slobode moraju biti srazmerna SMZ, limitirana njenim ciljevima i nameću se maloletnicima samo onoliko koliko je neophodna za njenu pravilnu primenu. Osoblju koje izvršava SiM u zajednici moraju se dati praktične i precizne instrukcije.

U celini koja se odnosi na nepoštovanje uslova i obaveza, pravi se razlikovanje u situacijama kada se radi o manjim povredama (evidentiraju se u dosijeu maloletnika, prijavljuju nadležnom organu i rešavaju na osnovu diskrecionog ovlašćenja) i težih oblika nepoštovanja (odmah se u pismenoj formi prijavljuje nadležnom organu, detaljno se navode način i okolnosti u kojima je došlo do nepoštovanja i lična situacija maloletnika).

Pri razmatranju mogućnost izmene ili opoziva SMZ mora se uzeti u obzir stepen u kome je maloletnik već ispunio zahteve prvobitne SiM, kako bi se osiguralo da nova ili izmenjena SiM i dalje bude srazmerna krivičnom delu.

III – Lišenje slobode

E. Opšti deo (pravila 49–107)⁶³

▣ generalni pristup

Lišenje slobode se primenjuje samo u svrhu zbog koje je izrečeno i na način koji ne pojačava patnje koje su mu inherentne. Kada je maloletnik osuđen na li-

62 Naročitu pažnju bi trebalo obratiti na postupanje sa maloletnim strancima i onima koji pripadaju jezičkim i etničkim manjinama.

63 Biće navedene samo najvažnije norme Preporuke.

šenje slobode, mora biti predviđena mogućnost uslovnog otpusta. Prema njima se preduzimaju intervencije u skladu sa individualnim planom sa ciljem da napreduju ka manje restriktivnim režimima i pripreme se za otpust i reintegraciju u društvo. Istovremeno, podstiču se da uzmu učešća u aktivnostima koje održavaju njihovu fizičko i psihičko zdravlje, samopoštovanje i smisao za odgovornost i razvijaju stavove i veštine koji omogućavaju prevenciju vršenja krivičnih dela u budućnosti.

Ustanove koje su odgovorne za pružanje maloletniku postpenalne pomoći angažuju se od samog početka, pa tokom čitavog trajanja postupanja (*načelo kontinuiteta brige*). Budući da su maloletnici lišeni slobode krajnje ranjiva kategorija, nadležni organi štite njihov fizički i mentalni integritet i podstiču njihovu dobrobit. Posebna pažnja posvećuje se onima koji su bili žrtve fizička, psihičke ili polne zloupotrebe.

▣ institucije

One moraju imati sadržaje kojima se zadovoljavaju potrebe maloletnika i ispunjava posebna svrha njihovog upućivanja. Restriktivne bezbednosne i kontrolne režime u ustanovama ili odeljenjima ustanova u koje se maloletnici smeštaju treba svesti na neophodan nivo. Život u ustanovi treba da bude u najvećoj mogućoj meri sličan životu u zajednici, a broj smeštenih maloletnika toliko mali da omogući individualizovano staranje. Ustanove se organizuju kao male zajednice života.

Institucije za smeštaj maloletnika treba locirati u mestima koja su lako pristupačna i koja olakšavaju kontakt između maloletnika i njihovih porodica. One se osnivaju i integrišu u socijalni, ekonomski i kulturni ambijent zajednice.

▣ razvrstavanje

Maloletnici lišeni slobode upućuju se u ustanove koje su, uzimajući u obzir njihove karakteristike, sa najmanje restriktivnim nivoom obezbeđenja. Ako su duševno oboleli, smeštaju se u psihijatrijske ustanove. Maloletnici se moraju smestati odvojeno od punoletnih lica, ... Takođe, mladići i devojke se, po pravilu, smeštaju u posebne ustanove ili odeljenja u okviru ustanova, ali i kada su odvojeni, mora im se dozvoliti da zajedno učestvuju u organizovanim aktivnostima.

▣ prijem

Prilikom prijema, za svakog maloletnika se odmah beleže podaci izričito pobrojani u Pravilu 62.2. Istovremeno mu se moraju, na jeziku i na način koji razume, objasniti pravila ustanove, kao i njegova prava i obaveze. Ustanova je obavezna da relevantne podatke o smeštaju maloletnika i pravilima ustanove odmah saopšti njegovim roditeljima.

Odmah po prijemu, maloletnik se pregleda, otvara mu se zdravstveni karton i počinje njegovo eventualno lečenje. Takođe, što pre će: mu se izraditi prvi psihološki, obrazovni i socijalni izveštaj gde se utvrđuju faktori koji su relevantni za određenu vrstu i nivo brige i interencije; utvrditi nivo bezbednosti za njega i tome prilagoditi njegov smeštaj; izuzev kod veoma kratkog lišenja slobode, izrađuje se opšti plan obrazovnih i programa stručne obuke u skladu sa individualnim karak-

teristikama maloletnika i počinje se sa realizacijom tih programa; i prilikom izrade ovih programa uzimaju se u obzir stavovi maloletnika.

☐ **smeštaj**

Noćni, kao i smeštaj maloletnika uopšte mora poštovati ljudsko dostojanstvo i, u meri u kojoj je to moguće, privatnost; zatim, ispunjavati uslove u pogledu zdravstvene zaštite i higijene, pri čemu se vodi dužna pažnja o klimatskim uslovima i posebno o površini prostora, kubikaži vazduha, osvetljenju, grejanju i ventilaciji. Određeni minimalni zahtevi kod svakog od ovih pitanja se propisuju nacionalnim zakonodavstvom.

☐ **higijena; odeća, kreveti i posteljina; ishrana**

Maloletnici moraju imati nesmetan pristup sanitarnim prostorijama koje su higijenske i poštuju privatnost. Moraju im se obezbediti uslovi da se tuširaju i kupaju, ukoliko je moguće svakog dana, na temperaturama koje su prilagođene klimi.

Maloletnici treba da budu čisti i uredni, a takvi trebaju da budu i njihova odeća i spavaći prostor; nadležni organi ih moraju naučiti kako da to postignu i staviti im na raspolaganje potrebna sredstva. Dozvoljeno im je da nose sopstvenu odeću, pod uslovom da je ona prikladna.

Svakom maloletniku se obezbeđuje poseban krevet i odgovarajuća uredna posteljina, koja se menja dovoljno često da se osigura njena čistoća.

Maloletnicima se obezbeđuje hrana koja je prilagođena njihovom uzrastu, zdravstvenom i fizičkom stanju, veroispovesti, kulturi i aktivnostima na kojima su angažovani u ustanovi. Hrana se priprema i služi u higijenskim uslovima, u tri obroka dnevno i razumnim intervalima između njih. Kada je to primereno, maloletnicima se biti data mogućnost da se sami hrane.

Čista pijaća voda mora u svako doba biti dostupna svim maloletnicima.

☐ **zdravlje**

Odredbe su sadržane u međunarodnim instrumentima o zdravstvenoj zaštiti fizičkog i psihičkog zdravlja punoletnih lica lišenih slobode primenjuju se i na maloletnike. Posebna pažnja se posvećuje rizicima po zdravlje koji su povezani sa lišenjem slobode.

Moraju se izraditi i realizovati posebni programi za prevenciju samoubistava i samopovređivanja, naročito tokom inicijalnog perioda lišenja slobode, segregacije ili drugih perioda visokog rizika.

Medicinske intervencije, uključujući upotrebu lekova, vrše se samo na medicinskim osnovama, a ne u svrhu održavanja reda ili kao vid kazne. Vodi se evidencija o svim izvršenim medicinskim intervencijama i datim lekovima. Zabranjeno je podvrgavanje maloletnika koji su lišeni slobode eksperimentalnim lekovima ili tretmanima.

U Pravilu 73 ukazuje se kako se posebna pažnja posvećuje potrebama ranjivih kategorija lica.

☐ aktivnosti u okviru režima

Sve intervencije moraju biti usmerene na razvoj maloletnika, oni se aktivno podstiču da u njima učestvuju. Aktivnosti u okviru režima su usmerene na obrazovanje, lični i socijalni razvoj, stručno osposobljavanje, rehabilitaciju i pripreme za otpust. U Pravilu 77 navedeno je o kojim aktivnostima se radi. Naglašeno je da školovanju i stručnom osposobljavanju, i kad je to potrebno, intervencijama lečenja daje se prioritet nad radom.

O aktivnostima navedenim u Pravilu 77 pravi se individualni plan, u čijoj izradi učestvuje i maloletnik. Plan je usmeren na njihovo pripremanje za otpust u najkraćem mogućem roku i u njemu su sadržane indikacije o merama koje treba sprovesti nakon otpusta.

Režim mora omogućavati maloletnicima da izvan prostorija za spavanje provedu onoliko sati dnevno koliko je to potrebno za adekvatan nivo socijalne interakcije. Poželjno je da ovaj period traje makar osam sati. Ustanova mora obezbediti i korisne aktivnosti tokom vikenda i praznika. Svim maloletnicima lišenim slobode mora se omogućiti da redovno vežbaju najmanje dva sata dnevno, od čega će jedan sat biti na otvorenom vazduhu, ukoliko to vremenski uslovi dozvoljavaju.

☐ kontakti sa spoljnim svetom

Maloletnicima se mora omogućiti da sa svojim porodicama, drugim licima i predstavnicima spoljnih organizacija komuniciraju putem pisama, bez ograničavanja njihovog broja i onoliko često koliko je moguće telefonom ili drugim sredstvima komunikacije, kao i da primaju redovne posete ovih lica. Ustanove pomažu maloletnicima da održavaju adekvatni kontakt sa spoljnim svetom i obezbeđuju odgovarajuća sredstva za tu svrhu.

Komunikacija i posete se ograničavaju i nadziru kada je to neophodno, ali ipak moraju dozvoljavati prihvatljiv nivo kontakta. Maloletnici imaju pravo na redovne periode odsustva, bilo uz pratnju ili sami. Pored ovoga, dozvoljava im se da napuste ustanovu iz humanitarnih razloga.

☐ sloboda mišljenja, savesti i veroispovesti

Ove slobode maloletnika treba poštovati i oni se ne smeju prisiljavati da upražnjavaju neku veroispovest, niti im se sme nametati kakvo uverenje.

☐ održavanje reda

U ovom delu (E.13) nalaze se opšta pravila o održavanju reda; pretresanju; upotrebi sile, sredstava za privremeno onesposobljavanje i oružja; odvajanju iz bezbednosnih razloga; i o disciplini i kažnjavanju.

Opšti pristup. Red se održava stvaranjem bezbedne i sigurne sredine u kojoj se poštuju fizički integritet maloletnika i ispunjavaju primarni ciljevi njihovog razvoja. Naročita pažnja se posvećuje zaštiti maloletnika i sprečavanju viktimizacije. Osoblje razvija dinamični pristup pitanjima bezbednosti i sigurnosti koji se zasniva na pozitivnim odnosima sa maloletnicima u ustanovi. Ovi se podstiču da se i pojedinačno i kolektivno posvete održavanju reda u ustanovi.

U okviru ovog dela sadržane su i celine: Pretresanje; Upotreba sile, sredstava za privremeno onesposobljavanje i oružja; Odvajanje iz sigurnosnih ili bezbedonosnih razloga; i Disciplina i kažnjavanje.

Ova poslednja sadrži zabrane kolektivno kažnjavanje, telesne kazne, kažnjavanje upućivanjem u mračnu ćeliju i svi drugi oblici nehumanog ili omalovažavajućeg kažnjavanja. Mera usamljenja u ćeliji za kažnjavanje ne može se izreći maloletnicima. Disciplinska kazna ne može uključiti ograničenje kontakata sa porodicom ili poseta porodice, izuzev u slučaju da je disciplinski prekršaj vezan za ove kontakte ili posete. Takođe, disciplinska kazna ne sme ograničavati pravo maloletnika na telesno vežbanje.

☐ premeštanje u drugu ustanovu

☐ pripreme za otpust

Svim maloletnicima koji su lišeni slobode pruža se pomoć da naprave prelaz u život u zajednici. Oni koji su kažnjeni pripremaju se za otpust kroz specijalne oblike intervencije koje su deo individualnog plana i realizuju se pre otpusta u periodu koji je dovoljno dug. Postepeni povratak maloletnika u život u slobodnom društvu se osigurava preduzimanjem odgovarajućih mera. One uključuju dodatno odsustvo, delimični ili uslovni otpust u kombinaciji sa delotvornom socijalnom podrškom.

Od početka lišenja slobode organi zavoda i službe i ustanove koje pružaju pomoć maloletnicima po otpustu rade zajedno kako bi maloletnicima omogućili da ponovo zauzmu svoje mesto u zajednici.

☐ posebne kategorije maloletnika lišenih slobode (stranci; etničke i jezičke manjine; invalidi).

F. Posebni deo (pravila 108–119)

Ovde se nalaze pravila koja se odnose na zadržavanje u policiji, pritvor i druge oblike lišenje slobode pre izricanja presude; ustanove socijalne zaštite; i psihijatrijske institucije:

☐ zadržavanje u policiji, pritvor i drugi oblici lišenje slobode pre izricanja presude

Svi maloletnici čija krivica nije utvrđena odlukom suda smatraju se nevinim, a na režim kome su podvrgnuti ne sme uticati mogućnost da u budućnosti mogu biti osuđeni za krivično delo. Tokom početnog perioda lišenja slobode treba imati u vidu posebnu osetljivost maloletnika, kako bi se u svakom trenutku osiguralo postupanje sa punim poštovanjem njihovog dostojanstva i ličnog integriteta.

☐ ustanove socijalne zaštite

To su pre svega otvorene ustanove koje maloletnicima pružaju smeštaj zatvorenog tipa samo u izuzetnim slučajevima i u najkraćem mogućem vremenskom periodu.

☐ psihijatrijske institucije

Sa maloletnim učiniocima u ovim ustanovama se postupa kao sa drugim u njima smeštenim maloletnicima; prema njima se sprovode iste aktivnosti kao i prema drugim njihovim vršnjacima lišenim slobode.

IV – Pravni savet i pomoć

Kada to zahtevaju interesi pravde, država obezbeđuje besplatnu pravnu pomoć svim maloletnicima i njihovim roditeljima.

V – Postupak po pritužbi, inspekcija i nadzor

A. Postupak podnošenja pritužbi

Maloletnicima i njihovim roditeljima se mora omogućiti podnošenje zahteva ili pritužbi organima koji su odgovorni za ustanovu u kojoj borave ili SiM kojoj su podvrgnuti. Postupak podnošenja zahteva ili pritužbi mora da bude jednostavan i delotvoran, a odluke po njima donose se po hitnom postupku. Posredovanje i restorativni načini prevazilaženja sporova imaju prednost kao sredstva rešavanja pritužbi ili zahteva.

B. Inspekcija i nadzor

U ustanovama u kojima se nalaze maloletnici lišeni slobode i u organima koji izvršavaju SMZ redovno se vrši inspekcija od strane vladine agencije, kako bi se utvrdilo da li postupaju u skladu sa zahtevima nacionalnog i međunarodnog prava i odredbama ovih pravila. Uslove u ovim ustanovama takođe nadgledaju i nezavisna tela. Maloletnicima se mora omogućiti da im se obraćaju na poverljiv način, a nalazi ovih tela se objavljuju.

U vršenju nazora posebna pažnja se obraća na upotrebu sile i sredstava za privremeno onesposobljavanje, disciplinske kazne i druge naročito restriktivne oblike postupanja. Svi slučajevi smrti ili teške povrede maloletnika moraju se istražiti na brz, energičan i nezavisan način.

VI – Osoblje

Opšta pravila koja se odnose na osoblje odgovorno za izvršenje SMZ i lišenje slobode maloletnika propisuje se formalnim aktom kojim se uređuju pitanja izbora, obuke, statusa, upravljačke odgovornosti i uslova rada. Njima se takođe navode osnovni etički standardi koje treba da usvoji osoblje koje postupa sa ovim maloletnicima i propisuje delotvoran mehanizam za delovanje u slučaju kršenja etičkih i profesionalnih standarda.

Osoblje koje je zaduženo za izvršenje SMZ i lišenja slobode mora biti dovoljno brojno da na delotvoran način vrši raznovrsne dužnosti i obuhvatati spektar specijalista kako bi se zadovoljile potrebe maloletnika koji su im povereni na brigu. Odgovarajući volonterski radnici se podstiču da daju svoj doprinos aktivnostima sa maloletnicima.

4.2.3. Preporuka o deci čiji roditelji su zatvoreni /CM/Rec(2018)/

Doneta je od strane Komiteta ministara aprila 2018. godine na njihovoj 1.312 sesiji i u preambuli se posebno naglašava da je znatan broj mladih u situaciji da se njihovi roditelji nalaze u kaznenim ustanovama država članica SE. Podseća se na načelan stav da oni imaju ista prava kao i svi ostali njihovi vršnjaci, ali i da su – za razliku od ovih drugih – oni lišeni uobičajenih porodičnih odnosa, izloženi su stigmatizaciji i finansijskim, praktičnim i psihološkim posledicama zatvaranja roditelja.

Istovremeno, trebalo bi imati u vidu i da zavodski ambijent nije najpogodniji za mlade, kao i da odnosi sa zatvorenim roditeljima nisu za njih uvek pozitivni i zdravi. Iz tih i sličnih razloga, kao i zbog ranjivosti ove kategorije lica, u cilju obezbeđenja njihovog razvoja i kasnijeg kompletiranja porodice, potrebno je da⁶⁴ aktivnosti budu sprovedene kao deo kros-sekcijske multidisciplinarne nacionalne strategije o blagostanju i zaštiti mladih.

Ubeđeni da su kontakti između potomaka i njihovih zatvorenih roditelja korisni za decu, ti roditelji, zavodska administracija i okruženje – kao i društvo u celini, trebalo bi da imaju u vidu da su navedeni kontakti u skladu sa obezbeđenjem sigurnosti, bezbednosti i dobrog reda u kaznionicama. Takođe, navode se i pravni instrumenti SE, odluke ESLJP, kao odredbe instrumenata usvojenih od strane UN i EU koje bi trebalo imati u vidu pri odlučivanju o stvarima kojima se bavi ova Preporuka.

Državama članicama se sugeriše da svoja zakonodavstva prilagode pravilima sadržanim u Preporuci i da njihov prevedeni tekst učine dostupnim svim relevantnim subjektima, a posebno deci i njihovim zatvorenim roditeljima.

U Dodatku Preporuke na početku je celina pod nazivom – *I Definicije, vrednosti na kojima se zasniva i domašaj*. Kada se radi o pojmovima koji se koriste, naglašava se da se pod „detetom” podrazumeva lice mlađe od 18 godina;⁶⁵ „zavod” je ustanova u kojoj se kazna izdržava ili se izvršava mera pritvora; „zatvoreno lice” je svako ko je na osnovu normi nacionalnog prava lišen slobode; „dete u zavodu” je vrlo mlado lice koje je rođeno ili sa roditeljem živi u ustanovi; „onaj koji brine” je lice koje je odgovorno da na dnevnoj osnovi odgovara za dete; izraz „pravosudna vlast” odnosi se na sud, sudije i tužioce.

U delu pod nazivom *Osnovne vrednosti* ukazuje se na to da se mladi čiji roditelji su zatvoreni ne mogu smatrati subjektima u sukobu sa zakonom; oni uživaju prava garantovana Konvencijom UN o pravima deteta; neophodno je zaštititi njihovu emocionalnu potrebu da komuniciraju sa roditeljima, koji – sa druge strane – ne samo da imaju pravo, nego su i obavezni da igraju svoju roditeljsku ulogu i promovišu pozitivne vrednosti kod svoje dece; navedeni odnosi treba da budu podržani pre, za vreme i posle zatvaranja bez stigmatizacije i diskriminacije u odnosu na decu. Podizanje svesti, kulturne promene i društveno integrisanje neophodni su kako bi se izbegle predrasude i diskriminacija zbog zatvaranja roditelja.

64 U okviru Strategije SE za prava maloletnika (2016–2021) /*Council of Europe strategy for the rights of the child*/.

65 Dakle, u daljem tekstu bi se izraz „dete” mogao alternirati sa „nepunoletno lice”.

Norme sadržane u Preporuci primenjuju se na mlade čiji roditelji su zatvoreni, kao i na decu koja žive u zavodu sa roditeljem.

U celini nazvanoj *II Osnovni principi* ističe se da će se mladima čiji roditelji su lišeni slobode postupati uz uvažavanje njihovih ljudskih prava i imajući u vidu njihove posebnu situaciju i potrebe, uz poštovanje onoga što oni žele. Integralni deo postupanja je primena mera koje su namenjene zaštiti dece, uz uvažavanje onoga što je u najboljem interesu njih, porodičnog života i privatnosti. Takođe, u to je uključena mogućnost da zatvoreni roditelj sa njima komunicira od trenutka lišavanja slobode, kao i posle otpuštanja iz ustanove.

Kada postoji mogućnost da roditelju bude određeno lišenje slobode, ono što je najbolji interes deteta treba da bude uzeto u obzir pri razmatranju mogućnosti da budu primenjene alternative zatvaranju, naročito u slučaju da je to lice primarno zaduženo za staranje o detetu.⁶⁶

Kada je roditelj lišen slobode, pri njegovom raspoređivanju vodiće se računa da bude smešten u ustanovu koja je najbliža detetovom prebivalištu. Isti princip važi i kada se odlučuje o transferu zatvorenog roditelja iz ili u zemlju u kojoj žive njegova deca.

Zavodska administracija će prikupiti relevantne podatke o deci zatvorenih lica. Takođe, državni organi će nastojati da obezbede zadovoljavajuća sredstva javnim agencijama i organizacijama civilnog društva da deci čiji su roditelji lišeni slobode (i njihovim porodicama) pomognu zadovoljavajući njihove potrebe, uključujući davanje logistike i finansijske podrške – kako bi ostvarili kontakte. U tu svrhu, osoblje koje se susreće sa takvo decom prolazi kroz posebnu obuku.

Sledeći deo – *III Politika zatvaranja, sudske odluke i presude* – prvo se konstatuje da će, gde god je to moguće samo hapšenje roditelja biti izvedeno bez prisustva dece ili na način koji je najmanje traumatičan za dete. Ograničenja kontakata zatvorenog roditelja biće određeno uz poštovanje prava deteta da komunicira sa njim.

Ne ugrožavajući nezavisnost njihove funkcije, sudije će pri određivanju mera ili kazni roditelju uzeti u obzir kakav će uticaj imati njihova odluka na potomke tog lica. U tu svrhu, razmotriće razloge za suspenziju mere pritvora u prethodnom postupku ili mogućnost da zatvorsku kaznu zameni merama koje se izvršavaju u zajednici. Zatvorenim roditeljima treba dozvoliti da o značajnim datumima – rođendan deteta, njegov prvi dan u školi ili prijem u bolnicu – dobiju mogućnost da izađu iz ustanove.

IV Uslovi zatvaranja. Pre prijema u ustanovu, kažnjenom roditelju (posebna ako je jedini staralac detetu) će biti omogućeno da – u najboljem interesu deteta – postigne aranžman u odnosu na dete. U toku prijema osuđenog u ustanovu, zavodska administracija će zabeležiti koliko dece ima, kog su uzrasta i ko se o njima stara, ažurirajući redovno ove podatke. Prilikom prebacivanja u drugu ustanovu, pomoći će se zatvorenom roditelju da decu (i one koji se o njima staraju) obavesti o toj činjenici. Podrška i podaci o tome koje su mogućnosti posećivanja, procedurama i internim pravilima takođe će biti dostavljene deci na način koji oni razumeju i – ukoliko je to potrebno i na različitim jezicima.

66 Jedini staralac deteta.

Uzimajući u obzir potrebe pravosudne organizacije, bezbednosti i sigurnosti – lokacija zatvorenika biće određena u najboljem interesu njegove dece u cilju obezbeđenja kontakata sa roditeljem i tako da posete ne budu otežane finansijskim i geografskim razlozima.

Deci će biti omogućeno da posete zatvorenog roditelja u nedelji kada je lišen slobode i – potom na redovno – načelno jednom nedeljno, a kraće ako se radi o sasvim maloj deci. Posete će biti tako organizovane da ne poremete ostale elemente dečijeg života kao što su pohađanje škole. Ako je jednonedeljne posete teško organizovati, biće utvrđene ređe, sa idejom da one budu što je moguće učestalije. Ako staralac deteta nije u stanju da ga prati u tim posetama, biće u tu svrhu angažovana lica odgovarajuće profesije, lica angažovana u odgovarajućoj oblasti ili neko drugo lice za koje se proceni da to može činiti.

Prostorije u zavodu koje su namenjene čekanju na kontakt ili posete biće prilagođene dečijem uzrastu, sa priborom za kuvanje vode, sa stolovima, igračkama, knjigama, opremom za crtanje, igrama ... Sve u cilju da se dete tu oseća sigurno, dobrodošlo i uvaženo. Posete će se odvijati u okruženju u kome se kontakt sa roditeljem ostvaruje i kroz igru i dozvoljene posete će omogućiti da se kontakt odvija u što je moguće normalnijem okruženju. Poštovaće se dečije dostojanstvo i pravo na privatnost, uključujući i olakšavanje kontakata od strane dece sa posebnim potrebama. Posebno će se fleksibilno postupati ukoliko se posete vrše od dece koja žive daleko od lokacije zavoda u kojima je smešten roditelj.

Pretrage zatvorenog roditelja pre posete biće sprovedene tako da mu omogućе da sa detetom ostvari pozitivnu interakciju. Takođe, mere obezbeđenja prema deci pre posete biće sprovedene na način koji je prema njima prijateljski, uvažavajući njihovo dostojanstvo i privatnost, fizički i psihički integritet i bezbednost. Intruzivne pretrage, uključujući i pregled telesnih šupljina deteta će biti zabranjene.

Oni zatvorenici koji nose odeću koju im obezbeđuje zavod, neće tokom posete dece nositi bilo šta što ugrožava njihovo dostojanstvo. Kako bi se sprečilo traumiranje deteta, trebalo bi im dozvoliti da prostor za posete napuste pre roditelja. U saglasnosti sa nacionalnim zakonodavstvom i praksom, trebalo bi olakšati upotrebu informacione i komunikacione tehnologije (video konferencije, mobilni i ostali sistemi telefoniranja, Internet, uključujući upotrebu veb kamera i četovanje) između poseta; trebalo bi i finansijski pomoći roditeljima koji ovakve servise sebi ne mogu priuštiti. Međutim, ovakav vid komunikacije ne može biti shvaćen kao zamena za kontakte licem u lice između zatvorenih roditelja i njihove dece. Pravila o telefoniranju, kada je u pitanju komunikacija sa decom treba da budu fleksibilna kako bi se koristila u najvećoj mogućoj meri. I dete može inicirati takav kontakt.

Treba uspostaviti procedure koje će omogućiti zatvorenom licu da ostvari svoja roditeljska prava, uključujući i komunikaciju sa školom, zdravstvenim i socijalnim servisima i da donosi odluke koje će biti uzete u obzir, osim u slučajevima kada one nisu najboljem interesu deteta.

Treba dozvoliti proširene posete tokom prigodnih događaja (Materice, Oci,⁶⁷ novogodišnji praznici), kao i ostalih prilika koje produbljuju odnose roditelj – deca.

67 U obzir dolaze i Detinjci. U originalu se navode Dan majki (*Mother's Day*) i Dan očeva (*Father's Day*).

U takvim situacijama, zavodsko osoblje bi u zoni poseta moglo da bude i manje formalno odeveno, sve u cilju normalizacije atmosfere.

Deci bi trebalo dozvoliti, kada je to u njihovom najboljem interesu, i uz podršku odgovarajućih lica da posete ili dobiju informaciju (uključujući i fotografije) prostora u kome njihovi roditelji provode vreme, uključujući i zavodsku ćeliju u koju su smešteni.

Posebne mere preduzeće se kako bi se roditelju lišenom slobode omogućilo da ima redovne i razumne kontakte sa decom, kako bi se ovima omogućio razvoj. Restrikcije u tim kontaktima biće primenjene samo izuzetno i u najkraćem mogućem periodu kako bi se onemogućio negativni uticaj tih ograničenja na dete.

Kontakti će se omogućiti i onda kada su roditelju u zavodu izrečene disciplinske sankcije i mere. Izuzetno, u slučaju primene ekstremnih mera obezbeđenja, kada se neposredni kontakti ne mogu organizovati, biće preduzete dodatne mere kako bi se veza roditelja i deteta održala.

Kada god to bude bilo moguće, a da bi se izbegao mogući negativan uticaj zavodskog okruženja na dete, u cilju pripreme povratka roditelja i radi omogućavanja ovome da prisustvuje važnim događajima u detetovom životu, roditelju će se dozvoliti da se nađe u njihovom domu; ovo posebno u periodu koji prethodi otpustu osuđenog kako bi se on pripremio da preuzme svoje roditeljske dužnosti u punoj meri.

Da bi se obezbedila zaštita dece i njihovo blagostanje biće učinjeni posebni naponi da se obezbedi uzajamno poštovanje i tolerancija i spreče potencijalno štetna ponašanja među zatvorenicima, njihove dece i porodica, zavodskog osoblja i ostalih koji su uključeni u posete zavodima. Poredak, sigurnost i obezbeđenje, posebno dinamično obezbeđenje podupire sve napore da se obezbedi prijateljska i pozitivna atmosfera u zavodu.

Posebna podrška i informisanje, kao i odgovarajuća zdravstvena zaštita – kako i prenatalnom, tako i u postnatalnom periodu – treba da bude obezbeđeno zatvorenim majkama. Trudnicama će biti omogućeno da se porode u bolnici izvan kaznenog zavoda. Sprave za vezivanje neće nikada biti korišćene prema ženama dok su na radu, za vreme i neposredno posle porođaja. Postupanje u pred i postnatalnom periodu u zavodu će (koliko god je to moguće) poštovati različitost kulturnih modela.

Ako je dete rođeno u zavodu, taj podatak će se odmah i besplatno registrovati u matičnim knjigama, pri čemu u njegovoj krštenici neće biti pomenuta ustanova u kojoj je porođaj obavljen. Novorođenče može ostati u zavodu samo ako je to u njegovom najboljem interesu i u skladu sa normama nacionalnog prava. O tome hoće li ono ostati u ustanovi, odluka će se doneti na bazi okolnosti svakog pojedinačnog slučaja. Ako se odluči da ostane, takvo dete neće biti tretirano kao zatvorenik i imaće u načelu – ista prava kao deca van zavoda.

U skladu sa potrebama deteta koje ostaje sa roditeljem u ustanovi biće uređeni životni ambijent i prostor za spavanje i pri tome će se posebno voditi računa o:

- tome šta je najbolji interes deteta i potreba njegove zaštite, njegovih prava, uključujući i potrebu da se razvija, igra, ne bude diskriminisano i u skladu sa njegovim pravom da ga saslušaju;

- da mu budu dostupne zdravstvene usluge i da budu angažovani odgovarajući specijalisti kako bi pratili njegov razvoj;
- da mu se dozvoli izlazak na slobodan vazduh, kao i spoljni svet, u pratnji stručnih lica;
- da se, u cilju obezbeđenja normalne komunikacije, roditelju dozvoli da u najvećoj mogućoj meri provede vreme sa svojim detetom;
- da se roditeljima omogući da sprema hranu detetu, da se stara o njegovom obrazovanju, da se igra sa njim – kako u samom zavodu, tako u na slobodnom vazduhu;
- takva deca treba da imaju slične usluge i servise koje imaju i deca van ustanove;
- treba im omogućiti kontakte sa rođacima koji žive van zavoda, osim u slučaju kada to nije u najboljem interesu deteta.

Prebacivanje deteta van zavoda biće izvršeno sa pažnjom, samo kada je pronađeno odgovarajuće rešenje za zbrinjavanje deteta, a ako se radi o detetu stranom državljaninu – uz konsultovanje konzulata njegove zemlje. U slučaju da do prebacivanja deteta izvan ustanove dođe, takvoj deci će biti omogućeno da posećuju zatvorenog roditelja, osim ako to nije u njihovom interesu.

U cilju obezbeđenja pozitivnog roditeljskog uticaja tokom planiranja izvršenja kazne posebna pažnja će se posvetiti održavanju veze roditelj – dete. U istu svrhu, biće razmotrene mogućnosti odobravanja poseta kući, primene režima otvorenih ustanova, „kuća na pola puta”, elektronskog nadzora i programa u zajednici – sve u cilju olakšanja prelaska iz zavoda na slobodu, redukovanja stigme; kontakt sa porodicom treba uspostaviti u najranijoj fazi izvršenja kazne. Dalje, prilikom odlučivanja o ranijem otpuštanju sa izdržavanja kazne, biće uzete u obzir i obaveze zatvorenika da se staraju o deci, kao i specifične potrebe porodice da se ponovo nađe na okupu. U cilju obezbeđenja zdravog razvoja deteta i pomoći bivšim zatvorenicima da se reintegrišu sa porodicom, zavodska administracija, probaciona služba i ostale agencije⁶⁸ specijalizovane za pomoć zatvoreniku pružiće im podršku u primeni programa za reintegraciju kako pre, tako i posle otpuštanja, uzimajući u obzir specifične potrebe tih lica u pogledu preuzimanja uloge roditelja u zajednici.

U skladu sa potrebama i pravima deteta, zavodsko osoblje će primeniti i nove postupke i mere koje mogu doprineti njihovom boljem kontaktu sa zatvorenim roditeljima. U tu svrhu osoblje zavoda će odabrati i dati ovlašćenje „dečijem / porodičnom službeniku” čija uloga je da bude podrška detetu i njegovom zatvorenom roditelju, da im omogući okruženje koje je prikladno mladima, pruži informacije – posebno detetu koje se prvi put nalazi u takvoj situaciji i saraduje sa relevantnim agencijama, profesionalcima i udruženjima koji mogu biti od koristi. Radi se, dakle o multidisciplinarnom i multiagencijskom pristupu i u to svrhu se predviđa formiranje takvih tela koja će, uz ostalo, proučavati kako dece doživljavaju činjenicu da im je roditelj lišen slobode i sugerišu mere za unapređenje politike i prakse u ovoj oblasti.

68 Kao i socijalne službe, grupe unutar lokalne zajednice i organizacije civilnog društva

Nadležna ministarstva, kao i dečiji ombudsman ili nacionalna tela koja se staraju o poštovanju prava deteta će nadzirati, redovno izveštavati i preduzeti svaku odgovarajuću meru koja je u interesu dece čiji roditelj je lišen slobode, kao i onih koji su smešteni u zavodima gde su zatvoreni njihovi roditelji.

Sistematski se prikupljaju podaci iz sistema izvršenja krivičnih sankcija i od agencija koje se staraju o dobrobiti dece, kako bi se praksa poboljšala. Takođe, primena rešenja u ovoj oblasti biće redovno razmatrana i ocenjivana.

Kada se radi o medijima, biće učinjeni posebni napori da oni ne povrede pravo na privatnost dece i njihovih porodica, kao i da u izveštavanju primene prijateljske manire prema deci. Njihova uloga je da afirmišu dobre prakse, ukažu na broj dece čiji roditelji su lišeni slobode i da pri izveštavanju izbegnu negativne stereotipe i stigmatizaciju takve dece.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Poslednjih decenija, a naročito posle 2006. godine, Savet Evrope se u pogledu rešenja koja se odnose na nepunoletna lica fokusirao prevashodno na profilaktičko⁶⁹ delovanje u smislu preduzimanja širokog spektra mera koje su namenjene sprečavanju ne samo kriminaliteta mladih, nego i njihove viktimizacije.⁷⁰ Za one koji ipak izvrše u krivičnom zakonu zabranjena dela, trebalo bi učiniti sve da se postupanje sa njima orijentiše tako da se izbegne krivični postupak odn. postupanje svih subjekata krivične pravde u širem smislu⁷¹ (diverzifikacija). U tom sklopu, važan instrument su mehanizmi restorativne pravde koji omogućava da se svi zainteresovani subjekti kojih se izvršeno krivično delo tiče (učinilac, žrtva, njihove porodice i zajednica koju kriminalitet takođe pogađa) okupe i nastojanju da problem koji je nastao razreše kroz mehanizme medijacije i pokušaj da se stvari vrate u stanje pre izvršenja delikta.⁷² Ako takvi napori ne daju rezultat ili iz se bio kog razloga procenjuje da nisu primereni, onda se treba osloniti na principe pravosuđa po meri deteta.

Taj pojam bi se najkraće mogao svesti na nekoliko ključnih kategorija: ♦ najbolji interes mlade osobe (fokus je na pojedincu i uzimaju se obzir njegov uzrast stupanj zrelosti, njegovo pravo na razvoj); ♦ identifikovanje zainteresovanih strana (maloletnik, porodica, zajednica);⁷³ ♦ u svakom trenutku moguće je skrenuti po-

69 Ovaj izraz koristimo kako bismo izbegli konfuziju sa specijalnom i generalnom prevencijom koja stupa na scenu kada je delo već izvršeno.

70 U tom sklopu, posebnu pažnju treba posvetiti sprečavanju nasilničkog ponašanja. Ton Liefwaard /2016:9/ saglašava se sa stavom da je ovo delovanje „*ante delictum*” (pomoć porodici, staranje o mentalnom zdravlju mladih uključujući zloupotrebe PAS, pomoć i podrška vršnjaka i njihovih organizacija, obrazovanje) najslabija karika savremenih sistema reagovanja.

71 Misli se na samo na tužilaštvo, sudove i ustanove za zavodski smeštaj maloletnika, nego i na policiju.

72 Katja Filipčić /2010:314/ smatra da je insistiranje na primeni ovih mehanizama u Evropi koje se zapaža od početka ovog veka deo otpora uticaju sve retributivnijeg reagovanja na kriminalitet maloletnika u SAD.

73 Ovo je pretpostavka za primenu mehanizama restorativne pravde –v. Žižak /2006/.

stupak u nepenalnom pravcu (diverzifikacija); ♦ to skretanje je jedno od sredstava da se spreče negativni uticaji pravosudnog sistema (policijsko nasilje, stigmatizacija tokom vođenja krivičnog postupka); ♦ (čak i ako se primenjuju krivične sankcije) trebalo bi izbeći primenu zavodskih mera; ♦ lišavanje slobode trebalo bi da bude krajnja mera, primenjena u najkraćem mogućem periodu; pri njenom sprovođenju se moraju poštovati prava zatvorenog maloletnika uz obavezu vršenje redovnog i nepristrasnog nadzora nad postupanjem sa njima; ♦ reintegracija – od prvog momenta u kome se maloletnik sreće sa pravosudnim mehanizmom, stvara se njegovim osobinama prilagođen plan postupanja čiji je cilj da se rizik od njegovog ponovnog vršenja kažnjivih dela umanjí.

Profesor i ekspert SE Nemica Stefanie Schmahl /2009:33/ naglašava nekoliko bitnih crta koje je potrebno imati u vidu kada se nastoje obezbediti potrebe nepunoletnih lica pre, tokom i posle pravosudnog postupka: 1. slučajevi koji se odnose na ta lica (u bilo kom svojstvu se ona pojavljivala u postupku) moraju se sprovesti sa najvećom mogućom hitnošću; 2. ti slučajevi su uglavnom vrlo složeni i zato je u svakom sudu (nacionalnom, ali i u ESLJP) neophodno osigurati da u postupcima učestvuju sudije osposobljene za to,⁷⁴ a preporučljivo je da se unutar nacionalnih pravosudnih sistema formiraju posebne jedinice za ovakve slučajeve. Specijalizacija je potrebna i za one koji sa maloletnicima postupaju u policiji i u ustanovama gde su oni lišeni slobode;⁷⁵ 3. svim maloletnicima se mora obezbediti jednak pristup pravdi (uključujući pravo na pristup informacijama), kao i pravo na predstavljanje od strane za specijalizovanih pravnika. Trebalo bi razmotriti mogućnost ustanovljenja posebnog ombudsmana, poverenika za decu i advokatski servis za njih, sve u cilju pružanja pomoći, ali i nadzora nad poštovanjem dečijih prava; 4. pružanje pomoći je posebno neophodno u pogledu prava dece sa ulice, onih sa posebnim potrebama, pripadnika manjina, domorodačke populacije, devojčica u opasnosti i ostalih koji su posebno ranjivi i ugroženi nasiljem i zloupotrebama; 5. kada je saslušanje maloletnika neophodno, sud će voditi računa da se ono obavi bez prisustva javnosti; 6. najzad, svaka pravosudna politika osmišljena za maloletnike bez mera namenjenih preveniranju maloletničke delinkvencije pati od značajnih nedostataka. Zato naglasak treba staviti na politiku sprečavanja koja omogućava uspešnu socijalizaciju i društvenu integraciju svakog nepunoletnog lica.

U prethodnom tekstu navedena rešenja i praksa ESLJP uticali su snažno na rešavanje materije statusa nepunoletnih lica u vezi sa izvršenjem krivičnih sankcija. Stvoreni su elementi onoga što bi se moglo nazvati „*okosnica evropskog modela izvršenja*” iako smo daleko od nekakvog jedinstvenog koncepta. Ne samo u pogledu uzrasta u kome se uspostavlja krivična odgovornost,⁷⁶ i u pogledu niza drugih normativnih rešenja – čak i bitnih – koja se veoma razlikuju.⁷⁷ Još su raznovrsnije

74 Thomas Hammarberg /2009:12/ navodi da je na smanjenje primene zavodskih mera prema maloletnicima u Finskoj snažno uticalo edukovanje sudija o pravima deteta.

75 Izričito je navedeno da je neophodno da se radi o licima oba pola.

76 Melita Božičević /2011/ navodi da je ESLJP u jednoj presudi iz 1999. zaključio da Ujedinjeno Kraljevstvo nije prekršilo čl. 3 Evropske konvencije o ljudskim pravima kada je kao graničnu za određivanje krivične odgovornosti odredilo uzrast od 10 godina.

77 Tako, je na primer, u Irskoj prema izričitoj zakonskoj odredbi, zatvaranje maloletnika moguće samo ako sud utvrdi da ono nema razumnu alternativu /Hammarberg, 2009:12/.

prakse: u jednom broju zemalja i dalje dominira punitivni pristup,⁷⁸ u drugima se insistira na rehabilitacionom, treće nastoje da što više prošire primenu mehanizama restorativne pravde.⁷⁹

Srbija je od aprila 2003. jedna od 47 članica SE. Od tog trenutka, učinjen je očigledan napor da se u zakonodavstvu primene rešenja sadržana u instrumentima te regionalne organizacije. Što je još važnije, i u praktičnom postupanju učinjen je niz koraka koji idu u pravcu njihove primene. Sa tog stanovišta, ne može se mnogo zameriti našem pravu izvršenja krivičnih sankcija jer se čine napori da se u najvećoj mogućoj meri postupak usmeri u nepenalnom pravcu, da se aktiviraju mehanizmi restorativne pravde, većina standarda je primenjena, mera pritvora prema maloletnicima primenjuje se u malom broju slučajeva,⁸⁰ kazna zatvora zaista predstavlja sankciju koja se izuzetno izriče,⁸¹ u učesnici u postupku prema maloletnicima su edukovani iz oblasti prava deteta, u pravni sistem Srbije uveden je njihov zaštitnik,⁸² ...

Ostaju, međutim, problemi od kojih pati naš sistem izvršenja krivičnih sankcija u celini. Pre svega, nerazvijen sistem izvršenja vanzavodskih sankcija i mera, nedovoljno angažovanje suda u postupku izvršenja krivičnih sankcija, problemi u organizaciju zdravstvene službe i slabosti u sistemu postpenalnog prihvata; kada se radi o maloletnicima, problemi su još i nedovoljan broj stručno osposobljenog vaspitnog osoblja,⁸³ nepostojanje ustanove u kojoj bi se izvršavala mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja,⁸⁴ pritvorske jedinice kojima su pritvoreni maloletnici smešteni daleko su od međunarodnih standarda;⁸⁵ činjenica da u zavodu u kome se izvršava kazna maloletničkog zatvora, skoro da nema maloletnika odn. da su oni u KPZ Valjevo smešteni zajedno sa punoletnim licima.⁸⁶ Tome treba dodati i sistematsko kršenje prava maloletnika i njegove porodice na privatnost pri čemu tabloidnim medijima podatke daju upravo oni koji bi trebalo da se staraju o zaštiti privatnosti.

Postoji, međutim, jedan krug pitanja koja će u vezi sa normativima SE koja traže ozbiljan legislativan zahvat: primena rešenja koje sadrži Preporuka o deci čiji roditelji su zatvoreni iz aprila 2018. godine (u tekstu navedena pod 4.2.3.) zahtevaće ozbiljan zahvat u čitav sistem izvršenja krivičnih sankcija u Republici.

78 Čak i pri određivanju pritvora prema maloletnim učiniocima.

79 Po jednom broju autora, od Konvencije UN o pravima deteta, može se govoriti i o stvaranju modela pozitivne maloletničke pravde (*positive youth justice*) koji insistira na uticaju u smeru pozitivnog razvoja deteta –v. Stakić, Ilić /2018:39/.

80 Ali ostaje problem njenog izvršenja, odn. ustanova u kojima se izvršava i garantovanja prava maloletnika lišenog slobode.

81 U tom pogledu, nalazimo se negde na sredini, između ekstrema koji oličavaju Engleska i Vels sa jedne i Švedska sa druge strane –v. I. Radić /2017/.

82 Naš pravni sistem od oktobra 2008. poznaje zaštitnika prava deteta – www.ombudsman.rs/inex.php/prava-deteta (12.04.2019).

83 U tom pogledu stanje se nije značajnije popravilo za deceniju iza nas –v. S. Soković /2008:262/.

84 Vid. I. Stevanović /2016:591/.

85 I. Stevanović /2015:326/.

86 Z. Ilić, M. Maljković /2015:117/.

LITERATURA⁸⁷

- Bigot J. /2014/: *Preliminary Report on responses of justice to urban violence involving juveniles*, Strasbourg
- Božićević M. /2011/: *Reforma maloljetničkog kaznenog prava i sudovanja*, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, n° 2
- Drakić D. /2010/: *O krivičnoj odgovornosti maloletnika*, Sremski Karlovci
- Filipčić K. /2010/: *Razvoj instituta restorativne pravde u tretmanu maloletnih delinkvenata – evropska perspektiva* –in: *Krivično zakonodavstvo Srbije i standardi Evropske unije* (Bejatović S. ed.), Zlatibor
- Hammarberg T. /2009/: *Children and juvenile justice– proposals for improvement*, Strasbourg
- Ignjatović Đ. /2006/: *Rešenja za izlaz iz krize kaznenog sistema – primer SAD*, *Pravni život* n° 9
- Ignjatović Đ. /2018/: *Međunarodni izvori prava izvršenja krivičnih sankcija prema maloletnicima – dokumenti Ujedinjenih nacija, CRIMEN – časopis za krivične nauke*, n° 2
- Ignjatović Đ. /2018a/: *Pravo izvršenja krivičnih sankcija*, 6. ed. Beograd
- Ignjatović Đ. /2018b/: *Standardna minimalna pravila UN za postupanje sa zatvorenim licima (Nelson Mandela pravila) –u: Kaznena reakcija u Srbiji*, vol. VIII (Ignjatović Đ., ed.), Beograd
- Ilić Z., Maljković M. /2015/: *Izvršenje krivičnih sankcija prema maloletnicima* –in: *Maloletnici kao učinioci i žrtve krivičnih dela i prekršaja* (Stevanović I., ed.), Beograd
- Liefaard T. /2016/: *Europe Perspective on Youth Crime Prevention and Reintegration*, Leiden
- Leonard D. /2004/: *Vodič kroz Evropsku Uniju*, Beograd
- Mirosavljević A. /2010/: *Modeli restorativne pravde u svijetu za mlade u sukobu sa zakonom i pregled njihove učinkovitosti*, *Kriminologija i socijalna integracija*, n° 1
- Radić I. /2017/: *Hrvatski sustav maloljetničkih sankcija– trenutno stanje i prejedlozi za promjenu*, *Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu*, n° 1
- Simović M. et al. /2015/: *Maloljetničko krivično pravo*, 2 ed., Banja Luka
- Soković S. /2008/: *Osnovne karakteristike izvršenja krivičnih sankcija izrečenih maloletnim učiniocima krivičnih dela* –in: *Krivičnopravna pitanja maloletničke delinkvencije* (Bejatović S., ed.), Beograd
- Stakić Đ. /2016/: *Evidence based programs in juvenile justice systems– bridging theory, research and practice for better outcomes in juvenile justice systems* –in: *Krivične i prekršajne sankcije i mere– izricanje, izvršenje i uslovni otpust* (Stevanović I., Batričević A., eds.), Palić
- Stakić Đ., Ilić Z. /2018/: *Positive youth justice model– Overarching justice and welfare models of juvenile justice* –in: *Pravda po meri deteta* (Stevanović I., ed.), Palić
- Stevanović I. /2015/: *Prava deteta i reforma maloljetničkog pravosuđa u Republici Srbiji* –in: *Kriminal i društvo Srbije* (Hughson M., Stevanović Z., eds.), Beograd
- Stevanović I. /2016/: *Reforma maloletničkog pravosuđa u svetlu procesa pridruživanja Srbije Evropskoj uniji* –in: *Evropske integracije i kazneno zakonodavstvo (Poglavlje 23 – norma, praksa i mere harmonizacije)*, Zlatibor
- Stojanović Z. /2018/: *Krivično pravo – opšti deo*, 26 ed., Beograd

87 Biće navedeni samo autorski radovi jer bi navođenje svih korišćenih instrumenata bilo nepotrebno ponavljanje.

- Škulić M. /2010/: Starosna granica sposobnosti za snošenje krivice u krivičnom pravu, *CRI-MEN – časopis za krivične nauke*, n° 2
- Škulić M. /2011/: *Maloletničko krivično pravo*, Beograd
- Walgrave L. /2010/: Restorative justice for juveniles– just a technique or a fully fledged alternative? –in: *Restorative Justice Reader– Texts, sources, context* (Johnstone G., ed.), Cullompton
- Žižak A. /2006/: Nove mogućnosti u izvršavanju maloljetničkih sankcija, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, n° 2

Dorđe Ignjatović

Faculty of Law, University of Belgrade

INTERNATIONAL SOURCES OF PENAL EXECUTION LAW FOR MINORS – DOCUMENTS OF COUNCIL OF EUROPE

SUMMARY

Normative activity of the Council of Europe (CoE) regarding juveniles and the enforcement of criminal sanctions has been developed during the last decades. For several reasons young people – whether as perpetrators of criminal acts or as their victims – came to attention of this regional organization and other European institutions, which created a new perspective on how to react to their criminal activities. This new perspective can be summarized through these key concepts: prophylaxis, diversification of criminal proceedings to the non-penal orientation and judiciary system concerned about special needs of children. Author presents the provisions of the most important instruments of CoE, which can be described as „the beginnings of the European model of enforcement of criminal sanctions”. Nevertheless, we are far from finding a single concept solution. Different approaches can be found not only in normative acts in national legislation, but even more in legal practice – a number of countries continue to force a punitive approach, others insist on rehabilitation, while the third seek to extend the application of restorative justice mechanisms.

In April 2003 Serbia has become one of the 47 member states of CoE. From that moment on, effort has been made to ensure that the normative solutions from the documents of CoE are applied to our legal system. More important, the number of steps have been made regarding legal practice. From that point of view, we cannot find any objection to the normative arrangement of the enforcement of criminal sanctions, since efforts have been made to direct the procedure in non-penal direction and to apply restorative justice mechanisms. Also, the majority of standards have been applied, juvenile detention is remanded in a small number of cases, imprisonment is, indeed, rarely pronounced sanction, participants in the juvenile procedure are educated in the area of children’s rights, the protector of children’s rights is introduced into the legal system of Serbia, etc.

However, there are some questions that may require serious legislative changes: implementation of *Recommendation CM/Rec(2018)5 concerning children with imprisoned parents* will bring changes to the system of enforcement of criminal sanctions as a whole, not only in the aspect concerning children and juveniles, but also to the norms related to adults.

On the other hand, there are still problems that need to be dealt with. Firstly, undeveloped model of enforcement of non-institutional sanctions, insufficient engagement of the court in the procedure of enforcement of criminal sanctions, lack of well-trained experts, problems with organization of health care and weaknesses of post-release assistance system. We also have to mention violation of privacy rights of juvenile offenders and their families, as well as the fact that private information are often given to the tabloid media by those in charge to protect it.

Key words: juveniles, children, criminal sanctions, executive, diversion, reintegration, Council of Europe.

Milan Škulić*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu,
Ustavni sud Srbije

EFEKAT JAVNE KAMPANJE „NE ZNAČI NE” NA MODIFIKACIJU KRIVIČNIH DELA PROTIV SEKSUALNOG SAMOOPREDELJENJA U KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU NEMAČKE I MOGUĆE REFLEKSIJE U SRPSKOM KRIVIČNOM PRAVU

Apstrakt: U radu se objašnjavaju karakteristike specifične javne kampanje u Nemačkoj pod nazivom „Ne znači ne” i njen uticaj na modifikaciju krivičnih dela protiv seksualnog samoopredeljenja u nemačkom krivičnom zakonodavstvu, uz poseban osvrt na moguće refleksije takvog primera iz uporednog prava na buduće novele Krivičnog zakonika Srbije u sferi krivičnih dela protiv polne slobode.

Posebno se objašnjavaju tri krivična dela protiv seksualnog samoopredeljenja u nemačkom krivičnom zakonodavstvu: 1) seksualni napad, seksualna prinuda; silovanje (§ 177 StGB), 2) seksualno uznemiravanje (§184i.StGB) i 3) seksualna krivična dela učinjena iz grupe (§ 184j.StGB). Autor zaključuje da u nizu inkriminacija proisteklih iz novela nemačkog Krivičnog zakonika iz 2016. godine, a pre svega u pogledu osnovnog seksualnog krivičnog dela (seksualni napad, seksualna prinuda; silovanje), kao i u odnosu na seksualno krivično dela učinjeno iz grupe, postoje značajni pravno-tehnički i suštinski nedostaci. Novelama nemačkog krivičnog zakonodavstva u sferi seksualnog krivičnog prava iz novembra 2016. godine, veoma je „razvodnjeno” tipično silovanje, odnosno najobziljniji seksualni delikti. Takvi oblici seksualnog kriminaliteta se sada praktično „utapaju” u jednu poprilično „bezobalnu” definiciju jednog izrazito „masivnog” i veoma specifičnog krivičnog dela, kao što je to seksualni napad/prepad, seksualna prinuda i silovanje. Mimo ovoga, svakako nije sporno da postoje relevantni razlozi da se u našem zakonodavstvu, kako radi dodatnog kompletnijeg ispunjavanja zahteva sadržanih u tzv. Istanbulske konvenciji, tako i iz nekih načelnih razloga, tzv. nedobrovoljna (nekonsensualna) obljuba/sa obljubom izjednačeni čin, definiše kao krivično delo – bilo kao osnovni oblik silovanja (kada bi prinudna obljuba/prinudni sa obljubom izjednačeni čin, bili definisani kao jedan od težih oblika tog krivičnog dela), bilo kao posebno krivično delo.

Bez obzira na ovo, ne može biti sporno da ako bi se u budućnosti i pristupilo takvom redefinisaju silovanja u našem krivičnom zakonodavstvu, ono se efikasno može ostvariti bez oslanjanja na primer iz nemačkog krivičnog zakonodavstva, koje je otišlo predaleko u noveliranju seksualnih krivičnih dela, što je pri tom, učinjeno i uz neke ozbiljne pravno-tehničke slabosti, čak i sa elementima tzv. kaučuk normiranja, kao i lako uočljive nedoslednosti.

Ključne reči: silovanje, seksualna krivična dela, krivično zakonodavstvo, nedobrovoljni seksualni čin, javna kampanja, „ne znači ne”

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

UVODNA RAZMATRANJA

Krivična dela protiv polne slobode, kao i druga krivična dela, koja imaju odgovarajuću „seksualnu komponentu” u krivičnom zakonodavstvu Srbije su, kako u krivičnoppravnom smislu, tako i kriminološko-fenomenološki, veoma interesantna vrsta krivičnih dela.¹ Centralno pitanje je kod ovih krivičnih dela („za koja se obično koriti i termin seksualni delikti”), „dugo vremena” bilo „kako ih zakonom regulisati, odnosno gde postaviti granicu između dozvoljenog i kriminalnog.”² U našoj krivičnoppravnoj 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.³

Seksualna krivična dela, pa i silovanje kao osnovno krivično delo te vrste, su nekada sadržina i oblici nekih drugih krivičnih dela, poput međunarodnih krivičnih dela kao što su zločin protiv čovečnosti, ali i nekih oblika ratnih zločina.⁴ Neka seksualna krivična dela mogu biti sadržana u određenim oblicima trgovine ljudima – kada se to krivično delo alternativno vrši: a) radi prostitucije ili druge vrste seksualne eksploatacije ili b) u pornografske svrhe.⁵ 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”.⁶

Smatra se da velike promene u sferi seksualnih krivičnih dela u evropskim zakonodavstvima, nastupaju pre svega, u drugoj polovini i kraju 1980-ih 20. veka, kada se primećuje nekoliko primera te vrste.⁷ Tako je Belgiji krajem 1980-ih započeta reforma usmerena na bolju zaštitu žrtava silovanja, a samo to krivično delo se više u toj državi nije tretiralo kao krivično delo protiv porodice i morala, već protiv ličnosti. U Austriji je novelom iz 1989. godine značajno pooštreno kažnjavanje za silovanje, a u Severnoj Irskoj je propisano kažnjavanje na isti način (mogućnost kazne doživotnog zatvora), kako svršenog krivičnog dela silovanja, tako i pokušaja. Posebno su u to vreme bile uočljive tendencije omogućavanja tzv. bračnog silovanja,

- 1 M. Škulić, *Teorijska podela krivičnih dela protiv polne slobode i njihovo mesto u krivičnoppravnom sistemu Srbije*, Zbornik Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, „Kaznena reakcija u Srbiji”, edicija Crimen, VIII deo (ur. Đ. Ignjatović), Beograd, 2018, str. 46.
- 2 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, osmo 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.
- 3 Z. Stojanović, *Kriterijum određivanja inkriminacija – uopšte i u sferi seksualnih odnosa*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Ljubljani, Ljubljana, 1981, str. 146.
- 4 M. Škulić, *Međunarodni krivični sud – nadležnost i postupak*, „Dosije”, Beograd, 2005, str. 281.
- 5 M. Škulić, *Organizovani kriminalitet – pojavi, pojavni oblici, krivična dela i krivični postupak*, „Službeni glasnik”, 2. izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2018, str. 316–317.
- 6 Z. Stojanović, *Međunarodno krivično pravo*, deseto izmenjeno izdanje, „Pravna knjiga”, Beograd, 2018, str. 108.
- 7 B. Huber, *Observation on the Development of Criminal Law in Europe between 1986 and 1988*, „Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau, 1991, str. 29–30.

odnosno ukidanja u krivičnim zakoni(ci)ma nemogućnosti postojanja silovanja u braku/bračnoj zajednici. Penalizacija tzv. bračnog silovanja je usledila krajem 1980-ih u Švajcarskoj, Engleskoj, Belgiji i Škotskoj.⁸ Trend daljih velikih izmena u evropskim krivičnim/kaznenim zakoni(ci)ma, kada je reč o seksualnim krivičnim delima je nastavljen i čak veoma ubrzan, kako već krajem 20. veka, tako i u prvim decenijama 21. veka, što je na primer, posebno uočljivo u pogledu nedavnih (iz novembra 2016. godine), značajnih novela u toj sferi u Kaznenom zakoniku Nemačke.

U Srbiji, kao i inače na prostorima nekadašnje Jugoslavije, se uobičajeno smatra da se „svi razumeju u fudbal”, a poslednjih godina se čini da su kod nas „skoro svi i vrsni poznavaoци krivičnog prava”. Često se u javnosti mnogi bave krivičnim pravom u smislu predlaganja njegovih novela, a posebno uvođenja novih inkriminacija, kao naročito, upornog zalaganja za potrebu propisivanja što težih kazni, što predstavlja izraz uobičajene „narodne mudrosti”, po kojoj je „batina izašla iz Raja”. Promoteri zalaganja za odgovarajuće izmene krivičnog zakonodavstva su u javnosti najčešće neke nevladine organizacije, ali i političke partije itd. Po pravilu su neposredan povod za takve inicijative, pa i čitave javne kampanje, određeni slučajevi u praksi i tumačenje njihovog sudskog, odnosno krivičnoprocesnog epiloga.

Naravno, iako su javne kampanje za promenu u određenom pravcu krivičnog zakonodavstva u praksi često prenaplašene, te nekada dovode i do loših normativnih rešenja, one su sasvim legitimne, nekada mogu biti i korisne, te ukazati na poželjne i dobre novele u sferi krivičnog zakonodavstva, ali naravno, kao i u većini drugih sličnih situacija, i ovde je najbitnije „naći pravu meru”, te nikako, ne treba dopustiti da se krivično zakonodavstvo brzopleto menja isključivo pod uticajem „očekivanja javnosti” i posebno ne radi „zadovoljenja javnosti”.

Da velika angažovanost javnosti, a posebno određenih nevladinih organizacija u pravcu „lobiranja” odgovarajućih novela krivičnog zakonodavstva, nije samo srpska specifičnost, ukazuje i jedan veoma interesantan primer iz Nemačke, koji se već uveliko pod nazivom „ne znači ne”, ili čak *načelo ne znači ne*, spominje i u udžbenicima krivičnog prava, kao i u naučno-stručnoj literaturi, kada se ističe: „Seksualno nasilje prema ženama je tema koja je poslednjih godina privukla pojačanu pažnju javnosti. Vredni spomena u vezi s tim su na primer javne debate o novom seksualnom krivičnom pravu („Nein heißt Nein”), koje su usledile nakon novogodišnje noći (*Silvesternacht*), posebno u Kelnu 2015/2016, ali i takozvana „MeToo” debata o seksualnom uznemiravanju i seksualnim napadima protiv žena.”⁹

1. OSNOVNE SPECIFIČNOSTI JAVNE KAMPANJE NE ZNAČI NE U NEMAČKOJ

Javna kampanja pod nazivom „ne znači ne”, svojevremeno sprovedena u Nemačkoj predstavlja izuzetno interesantan primer žestokog uticaja javnosti u najširem smislu na modifikacije dela krivičnog zakonodavstva. Radi se o javnom de-

8 *Ibid.*, str. 30.

9 M. Meyer, *Sexuelle Gewalt gegen Frauen – Kriminalitätslage und –entwicklung in Nordrhein-Westfalen*, „Kriminalistik – Unabhängige Zeitschrift für kriminalistische Wissenschaft und Praxis”, broj 10/2018, Heidelberg, 2018.

lovanju, u nekim aspektima i „lobiranju”, pre svega, niza nevladinih organizacija i javnih ličnosti, ali i političara, pa i predstavnika državne vlasti. Povod za takvu javnu kampanju su bili određeni slučajevi iz prakse,¹⁰ a pre svega, konkretan seksualni čin u odnosu na jednu medijski veoma eksponiranu osobu, kada se javnost široko upoznala s tim posredstvom video snimaka na društvenim mrežama, odnosno Internetu i kada je većinski deo javnosti stekao snažan utisak da se u tom slučaju radilo o seksualnom krivičnom delu, ali je obrnuto, sudski epilog u odnosu na dvojicu okrivljenih bio oslobađajuća presuda. Vrlo brzo je u nemačkoj javnosti stvoren utisak da je do toga došlo zbog neadekvatne zakonske definicije silovanja, odnosno uopšte seksualnih krivičnih dela, te je zahvaljujući tome došlo i do jedne žestoke javne kampanje poznate pod nazivom *ne znači ne*, što je konačno rezultiralo i veoma opsežnim i dalekosežnim izmenama nemačkog krivičnog zakonodavstva u sferi seksualnih delikata. Ovo se posebno odnosi na redefinisane silovanja, odnosno seksualne prinude, kada nastaje novo/inovirano krivično delo – *seksualni napad, seksualna prinuda; silovanje*. Može se primetiti da nezavisno od toga što su u nemačkom zakonodavstvu, još znatno ranije i aktivni i pasivni subjekti krivičnih dela protiv seksualne slobode (protiv seksualnog samoopredeljenja/samoodređenja prema zakonskoj terminologiji), definisani na polno neutralan način (*Geschlechtsneutralität*),¹¹ kampanja „ne znači ne”, je najčešće vođena pre svega, „u ime žena” te kao još jedan izraz, kada je reč o težnji ka relevantnoj promeni zakonodavstva, borbe za poboljšanje položaja žena u pravnom sistemu uopšte, iako se inače, argumentovano zaključuje da u važećem nemačkom pravu „nema više normi, koje žene otvoreno diskriminišu”.¹²

Kada se radi o nekim drugim novim seksualnim krivičnim delima, a pre svega, o seksualnom uznemiravanju, kao i jednom veoma specifičnom krivičnom delu – *seksualna krivična dela učinjena iz grupe*, ona su rezultirala kako iz kampanje „ne znači ne”, tako i kao vid hitnog reagovanja zakonodavca (opet pod veoma snažnim pritiskom javnosti, a naročito usled izuzetno dramatičnog izveštavanja

10 Jedan specifičan slučaj je često u nemačkoj literaturi korišćen kao ilustracija za tvrdnju da nemačko krivično zakonodavstvo u sferi seksualnih krivičnih dela, sadrži određene nedostatke i praznine, odnosno tzv. zakonske „rupe”. Radilo se o sledećem: „Optuženi je zamolio četrnaestogodišnju K. B. da mu posluži kao model za crtanje tetovaže. Nakon što je devojčica na to pristala, optuženi je od nje zatražio da se rukama nasloni na zid sa paralelno, jedna naspram druge postavljenim nogama i tako da joj je lice prema zidu. Zatim joj je on, tako da K. B. to nije primetila, neposredno nakon toga prišao od nazad, munjevito joj svukao trenerku i gaćice, te iskoristivši momenat iznenađenja, prodro u nju i sa K. B. tako ostvario seksualni odnos. Učinilac je znao da se to dešava uprkos volji „paralizovane” devojke. Planirano je pri tom „iskoristio okolnosti da su oboje bili sami, kao i momenat iznenađenja.” Citirani autori potom navode: „U svojoj odluci iz 2011. godine nemački Savezni sud je zaključio da prema vladajućem shvatanju u literaturi, učinilac svojim ponašanjem nije ostvario bitne elemente (biće) krivičnog dela silovanja.” Slučaj naveden prema: H. Rabe und J. von Normann, *Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen – Menschenrechtlicher Änderungsbedarf im Sexualstrafrecht*, „Deutsches Institut für Menschenrechte”, Berlin, 2014, str. 5.

11 B. Rüdiger-Sonnen, *Strafrecht – Besonderer Teil*, „C. F. Müller, Heidelberg, 2005, str. 69.

12 S. A. E. Martens, *Kurze Geschichte der Frau im Recht*, „JURA – Juristische Ausbildung”, „De Gruyter” broj 12/2018, Berlin, 2018, str. 1199.

sredstava javnog informisanja), na veoma negativne primere masovnog činjenja specifičnih seksualnih delikata, pre svega u vidu nepristojnog dodirivanja i uopšte, „opscenog ponašanja” prema ženama, pre svega od strane velikih grupa migranata, prilikom dočeka Nove godine na nemačkim ulicama i trgovima, gde je naročito upadljiv bio „slučaj Keln” u noći između 31. decembra 2015. i 1. januara 2016. godine.

Nemačka javnost je posebno bila „alarmirana” vestima u štampi i uopšte u sredstvima javnog informisanja o određenim oblicima „seksualnih zlopotreba”, koji su se dešavali pojedinim „javnim ličnostima”, nekada čak bile i video snimljene, a što u pravosudnoj praksi nije bilo krivično delo/ocenjeno kao krivično delo, odnosno tretirano kao kažnjivo. Jedan takav slučaj je bio posebno interesantan, jer iako je pravosnažno okončan oslobađajućom presudom u odnosu na dvojicu okrivljenih, u većem delu nemačke javnosti je stvoren utisak da se tu ipak radilo o „silovanju”, ali da su se „učinioci izvukli bez kazne”, zahvaljujući „rupama u zakonu”. Radilo se o slučaju žene koja je foto model, pevačica i „TV lice”, Gine Lize Lofink (*Gina-Lisa Lohfink*), koja je optužila dvojicu muškaraca da su je silovala dok je bila pod dejstvom tzv. nokaut kapi, tj. opojne droge koja otupljuje i „onemoćava”, te potom, scene seksualnog odnosa sa njom snimili video kamerom. Na tim snimcima se vidi tzv. trojka, tj. seksualni odnos „u troje”, koji traje relativno duže vreme, uz povremeno menjanje „seksualnih poza” i aktivno učešće svih aktera grupnog seksualnog odnosa, te da pri tom, žena ne pruža bilo kakav otpor, ali se ipak u više navrata, verbalno opire, tako što povremeno izgovara „ne”.

U krivičnom postupku su obojica optuženih oslobođena, jer je sud zaključio da se ipak radilo o dobrovoljnom, tj. konsensualnom seksualnom odnosu, odnosno da nije bilo dokaza da je primenjen bilo koji oblik prinude na seksualni odnos, što je proizašlo i iz rezonovanje prema načelu *in dubio pro reo*. Sami okrivljeni su u krivičnom postupku tvrdili da nisu koristili „nok aut kapi”, a da je Gina Liza Lofink bila alkoholisana, ali ne toliko da nije bila u stanju da svojom slobodnom voljom pristane na seksualni odnos. Veliki deo nemačke javnosti (uključujući i neke političare, gde je posebnu ulogu imala tadašnja ministarka za porodicu), je zahvaljujući i senzacionalističkom izveštavanju masovnih medija o ovom slučaju, potom bila posebno šokirana kada je „žrtva” kasnije čak kažnjena novčanom kaznom zbog lažnog prijavljivanja, te joj je u posebnom parničnom postupku izrečena zabrana da javno tvrdi da je silovana, kao i da je bila pod uticajem „*knock out* kapi”. Ovaj slučaj je potom, bio neposredan povod za poznatu kampanju u Nemačkoj pod nazivom „ne znači ne” (*Nein heißt Nein*), koja je vremenom definitivno „urodila plodom”, kada su usvojene značajne izmene u oblasti seksualnih krivičnih dela novelama iz novembra 2016. godine.¹³

13 Izvor: <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/gina-lisa-lohfink-urteil-nach-behaupteter-vergewaltigung-rechtskraeftig-a-1178290.html>, dostupno 25. maja 2018. godine u 10 h i <http://www.spiegel.de/panorama/leute/gina-lisa-lohfink-model-darf-vergewaltigungsvorwuerfe-nicht-wiederholen-a-1152137.html>, dostupno 25. maja 2018. godine u 9 h.

2. JEDAN PRIMER LOŠE INTERPRETACIJE STATISTIČKIH PODATAKA KAO UVOD U NOVE PROMENE NEMAČKOG KRIVIČNOG ZAKONODAVSTVA U SFERI SEKSUALNIH KRIVIČNIH DELA

U Nemačkoj je u prvim decenijama 21. veka i inače, potpuno nezavisno od događaja kao što su masovni „seksualni napadi” migranata tokom dočeka Nove godine 2015, te nekih medijski veoma poznatih slučajeva (poput izuzetno zapaženog slučaja *Gina-Lisa Lohfink*),¹⁴ u sredstvima javnog informisanja, ali pre svega, od strane određenih uticajnih nevladinih organizacija (nekada i uz oslonac na određene interpretacije u nauci),¹⁵ široko u javnosti plasirana tvrdnja o veoma lošem nemačkom krivičnom zakonodavstvu u sferi seksualnih delikata, uz tvrdnje da zahvaljujući velikim „rupama” u Kaznenom zakoniku, mnogi učinioci seksualnih krivičnih dela, pa čak i većina seksualnih „predatora”, ostaju nekažnjeni, a žrtve ostaju bez pravne satisfakcije. Izuzetno jak efekat je ostvaren i zahvaljujući jednom očigledno površnom prikazu i sasvim pogrešnom analiziranju određenih statističkih podataka, što je kasnije, često kako u nemačkoj ozbiljnoj štampi, tako i u nemačkoj kriminologiji i kriminalistici, isticano kao izraziti primer pogrešne, krajnje nestručne, pa donekle i maliciozne interpretacije statističkih informacija.¹⁶

Posebno je u nemačkoj javnosti, kako onoj stručnoj, tako mnogi više u laičkoj javnosti, zabrinjavajuće odjeknula konstatacija koju su na konferenciji za štampu 17. aprila 2014. godine, izneli predstavnici Instituta za kriminološka istraživanja u Nidersaksenu: „Jedna opsežna analiza krivičnog gonjenja sprovedena na saveznom nivou, ukazuje na jasan trend: pre 20 godina doživljavalo je 21,6 procenata žena koje su prijavile silovanje, osudu učinioca, dok je 2012. godine, taj broj iznosio samo 8,4 procenata.”¹⁷ Iz ovih već na prvi pogled zaista zaprepašujućih statističkih podataka proizlaze potom brojne posledice, kako na planu zalaganja za reformu ne-

14 Ovaj u Nemačkoj veoma poznati slučaj je detaljno objašnjen u prethodnom tekstu.

15 U daljem tekstu će se posebno objasniti podatak koji je javno izneo Institut za kriminološka istraživanja u Nidersaksenu (*Kriminologische Forschungsinstitut Niedersachsen* – „KFN”).

16 I u tzv. angažovanoj kriminološkoj literaturi feminističke orijentacije se nekoliko godina pre usvajanja novela nemačkog KZ-a iz novembra 2016. godine, konstantno iznose prilično dramatični podaci u pogledu procenta prijavljivanja seksualnih delikata od strane žena, što se često objašnjava i kao jedna od posledica postojanja nedostataka i „praznina” u tada važećem krivičnom zakonodavstvu Nemačke, ali se često navodi i čitav niz razloga koji su „faktičkog” karaktera i inače, se smatraju prilično uobičajenim prilikom objašnjenja generalno visoke „tamne brojke” seksualnog kriminaliteta. Tako se navodi: „Samo jedan mali broj oštećenih prijavljuje delo. U jednoj studiji dominantnih faktora nasilja nad ženama, utvrđeno je da samo 8 % žena koje su doživele seksualno nasilje, podnose prijavu policiji. Jedna viša stopa prijavljivanja primećuje se kod žena sa invaliditetom i određenim fizičkim poremećajima... Kao glavni razlozi neprijavljivanja, oštećene navode da slučaj nije bio toliko drastičan, da ne žele da remete svoj mir, da to ne čine zbog osećaja stida, da se radi o suviše intimnim stvarima, da policija ne bi ništa mogla da učini, ili da su bile u strahu da im se neće verovati.” H. Rabe und J. von Normann, *op. cit.*, str. 7.b.

17 S. Rückert, *Keine Strafe für Vergewaltiger ?*, „Zeit”, izdanje na Internetu: <https://www.zeit.de/2017/18/strafrecht-vergewaltigung-strafe-statistik>, pristupljeno 28. marta u 11.15. Veoma je indikativna konstatacija autorke u tzv. antrfileu uz njen osnovni tekst: „Jedan jedini broj pokazuje, kako iz apsurdnih podataka lako može nastati politika.”

mačkog krivičnog zakonodavstva u odnosu na seksualna krivična dela, tako i na dnevno-političkom nivou. Feminističke organizacije koriste ove prilično dramatične podatke u izuzetno snažnoj kampanji za promenu „ključne odredbe” nemačkog KZ-a u pogledu krivičnih dela protiv seksualnog samoopredeljenja, a to je definicija silovanja, odnosno osnovna obeležja krivičnog dela seksualne prinude i silovanja (§ 177 StGB). Potom se ovde uključuje i tadašnji savezni ministar pravde Hajko Mas (Heiko Maas), pa se konačno, već 16. marta 2016. godine, zahvaljujući njegovom ličnom angažovanju ti podaci pojavljuju i na zvaničnoj „Web-stranici” Saveznog ministarstva pravde SR Nemačke. I naravno, kako sam tadašnji savezni ministar pravde, tako i nemačka javnost, osnovni razlog za takvu „katastrofu”, vide u lošim normativnim rešenjima u nemačkom Kaznenom zakoniku, za koji se potom, već vrlo često ističe u javnosti da je prepun „rupa” u sferi seksualnih krivičnih dela.

Naravno, ozbiljni naučnici u Nemačkoj su brzo reagovali, pa su tako istraživači jednog drugog nemačkog kriminološkog centra sa nespornom naučnom reputacijom (*Kriminologische Zentralstelle –Krimz*), postavili neka vrlo ozbiljna pitanja: „Kako su kolege iz Hanovera prosto došli do tako apsurdnih brojeva?. Odgovor kritičkih nastrojenih kriminologa (*Krimz*), prema podacima koje je izneo Institut za kriminološka istraživanja u Nidersaksenu (*Kriminologische Forschungsinstitut Niedersachsen – „KFN”*), je bio jednostavan, ali veoma ubedljiv: „Mršavih osam procenata osuđenih silovatelja počiva na neozbiljnim računicama. On ne proizlazi iz bilo koje ozbiljne naučne studije, već je zasnovan samo na pogrešno interpretiranim i nepouzdanu sračunatim policijskim i pravosudnim statistikama. Konačno, čini se da je osnovna svrha iznošenja takvih podataka da se jednim namernim i politički usmerenim iznošenjem pogrešnih podataka, postigne cilj kojem teže određeni „zainteresovani krugovi”, a koji je usmeren na dalje pooštravanje tzv. seksualnog krivičnog prava.¹⁸

U tekstu koji je svojevremeno objavljen u nemačkom nedeljniku ZEIT (Nr. 18/2017), je problem izrazito loše i čak maliciozne interpretacije statističkih podataka, potom podrobno objašnjen. Tako je Jutta Elc (*Jutta Elz*), naučnica sa uglednog Krimz-u (*Kriminologische Zentralstelle*), iznela sledeće veoma ubedljive konstatacije, iz kojih proizlazi da slučajevi sumnje da je učinjeno seksualno krivično delo, često nemaju veza sa „prijavama žena”: „U oko 25 procenata svih slučajeva policija ima saznanja koja potiču od trećih lica.” Ovo se ilustruje primerom teško alkoholisane žene koja medicinskom radniku koji joj pruža pomoć, kaže: „Kakvo užasno veče... ja nisam želela sve ovo”. Tada medicinski radnik ima dužnost da policiji prijavi moguće silovanje, ali se kasnije često ispostavi da se radilo o nesporazumu i sl. Zatim, u oko 20 procenata prijava se uopšte ne spominje bilo koji učinilac čiji je identitet poznat i oko petina prijavljenih slučajeva se okončava time što „ne postoji osoba koja bi mogla biti optužena”. Zatim, tu postoji i u kriminologiji poznati „filter efekat”, koji je sasvim normalan u svim „kriminalnim slučajevima”, što praktično znači da ne može i neće iz svake „početne sumnje” u krajnjoj liniji proizaći i osuda. Postoji i niz drugih faktora koji ukazuju na grešku u tvrdnji da „samo 8.4 % žena koje

18 Ovaj tekst je inače, u uglednom nemačkom nedeljniku „ZEIT” (Nr. 18/2017), čak ilustrovan na veoma interesantan i upadljivo indikativan način, tako što je uz naslov „Laži brojevima” (*Lügen nach Zahlen*), postavljena ilustracija „lutka Pinokija”, kojem je značajno porastao nos.

su prijavile silovanje, doživi da učinilac bude osuđen”, ali se ovde pri tom, posebno ističe da iz ovoga proizlazi i više nego apsurdan zaključak da čak 91,6 % onih koji su silovanje izvršili, ostaju nekažnjeni”, što je naravno, potpuno pogrešno.¹⁹

Posebno je značajno objašnjenje da se slučaju navođenja famoznih samo 8.4 %, praktično radi o jednoj vrsti sabiranja „baba i žaba” odnosno u nemačkoj verziji radi se o sabiranju „jabuka i krušaka” (*Äpfel mit Birnen*), jer je u posmatranom periodu od 1994. do 2012. samo krivično delo silovanja temeljno izmenjeno, pa tako na primer, u međuvremenu uvedena i „verzija dela”, koja se sastoji u iskorišćavanju položaja bespomoćnosti pasivnog subjekta („Ausnutzen einer schutzlosen Lage”), koja ranije nije postojala, isto kao što je omogućeno postojanje silovanja i u bračnoj zajednici, a takođe je pod relevantnom seksualnom radnjom podrazumevan i bilo koji „prodor u telo”, „čak i prstom”.²⁰

Kritički nastrojena doktrina u Nemačkoj konačno zaključuje da su u stvari konstantne promene nemačkog krivičnog zakonodavstva u smeru stalnog proširivanja definicije silovanja,²¹ s jedne strane, prouzrokovala nerealna očekivanja u javnosti, a s druge strane, dovele do značajnog porasta prijava u pogledu slučajeva, koji se kasnije u praksi veoma teško dokazuju, što je posebno tipično kada se radi o obliku prinude koji se sastoji u „iskorišćavanju bespomoćnog položaja žrtve”. Takođe se ističe da „skoro nigde kao u Evropi, za razliku od Nemačke, gde to postaje relativno čest slučaj, ne postoji tako veliki broj prijava za silovanje koje se odnose na potencijalnog učinioca koji je sa potencijalnom žrtvom, koja prijavu podnosi, imao neko ranije dobrovoljno seksualno iskustvo.”²²

Osnovni zaključak istraživača iz uglednog *Krimz-a* (*Kriminologische Zentralstelle*), svodi se na upadljivu činjenicu da su konstantne promene nemačkog zakonodavstva u sferi seksualnih delikata, a uvek u pravcu konstantnog pooštavanja, te veoma dalekosežnog proširivanja kriminalne zone, dovele do toga da ne samo da se podnosi značajno veći broj krivičnih prijava, već se jedan veliki broj tih prijava, uopšte ni ne može potkrepiti dokazima koje bi sud smatrao validnim za osudu.²³ Naime, suočeni sa takvim prijavama, a koje su usmerene na neke realno veoma atipične oblike silovanja, prvo nemački državni tužioci, a potom i nemački sudovi (ako se državni tužioci odluče za krivično gonjenje), su s jedne strane, praktično „zatrpani” velikim brojem takvih „potencijalnih ali u praksi veoma teško dokazivih „silovanja”, dok s druge strane, mnogi od takvih slučajeva se zaista praktično nikako i ne mogu dokazati, te se suštinski svode na poznatu situaciju – „reč protiv reči”, a u pravnoj državi krivični sudovi su tada u krajnjoj liniji, najčešće vezani primenom načela *in dubio pro reo*.

19 S. Rückert, *Keine Strafe für Vergewaltiger ?*, „Zeit”, izdanje na Internetu: <https://www.zeit.de/2017/18/strafrecht-vergewaltigung-strafe-statistik>, pristupljeno 28. marta u 11.20h.

20 U daljem tekstu ovog rada se objašnjava i odgovarajući istorijski razvoj inkriminacije silovanja u nemačkom krivičnom zakonodavstvu, čiji je inače, očigledni osnovni trend, konstantno „širenje” kriminalne zone.

21 Ovo se čak u Nemačkoj objašnjava kao jedno stalno/neprekidno širenje definicije silovanja, odnosno „bez pauze” proširivanje pojma silovanja – *die pausenlose Erweiterung des Vergewaltigungsbegriffs*.

22 S. Rückert, *Keine Strafe für Vergewaltiger ?*, „Zeit”, izdanje na Internetu: <https://www.zeit.de/2017/18/strafrecht-vergewaltigung-strafe-statistik>, pristupljeno 28. marta u 11.30h.

23 *Ibidem*.

3. SEKSUALNI NAPAD (PREPAD), SEKSUALNA PRINUDA I SILOVANJE U NEMAČKOM KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU

Krivično delo seksualnog napada/prepada, seksualne prinude i silovanja je osnovno seksualno krivično delo u Kaznenom zakoniku Nemačke. Osnovna osobina ove bazične seksualne inkriminacije je veoma široko definisanje, čak i u odnosu na prethodno zakonsko rešenje, koje je inače, takođe bilo prilično široko definisano, te predstavljalo vid jedne prilično „moderne definicije” silovanja.

3.1. Sumarni istorijat definicije silovanja u nemačkom krivičnom zakonodavstvu

Kada je reč o istorijskom razvoju nemačkog krivičnog zakonodavstva u sferi krivičnih dela protiv seksualnog samoopredeljenja, a posebno u pogledu silovanja kao osnovnog seksualnog krivičnog dela, od značaja su *tri osnovna perioda*:

- 1) klasični period do novela KZ-a Nemačke iz 1997. godine,
- 2) period prve prilično široke i „savremene” definicije silovanja novelama iz 1997. godine, te
- 3) period ekstremnog širokog (re)definisanja silovanja u pozitivnom krivičnom zakonodavstvu Nemačke, uz izrazito kazuistički pristup, do čega dolazi novelama iz 2016. godine.

3.1.1. Klasična definicija silovanja u nekadašnjem nemačkom krivičnom zakonodavstvu

U prvom nemačkom Krivičnom/kaznenom zakoniku (KZ prve nemačke države – nemačkog Reich-a – StGB iz 1871. godine), razlikovalo se nekoliko varijanti silovanja, tako što je ono prvo bilo definisano kao obljava koju muškarac preduzima prema ženi tako što primenjuje silu ili koristi stanje nesposobnosti formiranja volje kod žene radi obljuje na njom (§ 177 StGB), a zatim se takođe inkriminiralo nasilno preduzimanje protivprirodnog bluda (§ 176 Nr. 1), kao i vršenje obljuje nad ženom koja nije sposobna za otpor (§ 176 Nr. 2 StGB), a kasnijim novelama krivičnog zakonodavstva prve nemačke države je obljava nad ženom koja se nalazi u stanju nesposobnosti formiranja volje (*in einen willenlosen Zustand*), „izuzeto” iz definicije silovanja, te priključeno inkriminaciji koja se odnosila na seksualne radnje u odnosu na lice koje nije sposobno za otpor, koja je tako proširena definisana u posebnom paragrafu (§ 179 StGB), te je time razgraničena u odnosu na seksualnu prinudu.²⁴

Praktično je do novela nemačkog Kaznenog zakonika iz 1997. godine, krivično delo silovanja u §177. StGB, iako je bilo nekoliko velikih reformi nemačkog krivičnog zakonodavstva i u ovoj oblasti,²⁵ decenijama bilo definisano na jedan klasičan način, što se svodilo na sledeće osnovne osobine i bitne elemente takve inkriminacije:

24 R. Maurach, F. C., Schroeder, und M., Maiwald, *Strafrcht Besonderer Teil – Teilband I – Straftaten gegen Persönlichkeit- und Vermögenswerte*, „C. F. Müller, Heidelberg, 2009, str. 197.

25 Više o tome: C. Mütting, *Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung – (§ 177 StGB) – Reformdiskussion und Rechtsgebung seit 1870*, „De Gruyter”, Berlin, 2010, str. 3–4.

1. radnja izvršenja je bila prinudna obljava;
2. prinuda je imala dva „klasična vida”, što znači da se mogla ispoljiti kao sila ili kao kvalifikovana pretnja, što znači – pretnja kojom se u izgled pasivnom subjektu od strane izvršioca stavlja neposredna opasnost po telo ili život;
3. obljava je obuhvatala isključivo „normalan seksualni odnos” muškarca i žene;
4. obljava se mogla ostvariti bilo između izvršioca, tj. lica koji prema pasivnom subjektu ispoljava silu ili pretnju neposrednom opasnošću po život ili telo, bilo između pasivnog subjekta i nekog trećeg lica, koje na taj način, ostvaruje obljavu sa pasivnim subjektom koji je na to primoran radnjama prinude preuzetim od strane izvršioca;
5. izvršilac silovanja je mogao biti isključivo muškarac;
6. pasivni subjekt silovanja je moglo biti isključivo lice ženskog pola;
7. izvršilac i pasivni subjekat nisu smeli da budu u braku, što znači da se kod silovanja radilo o prinudi žene od strane muškarca na „vanbračnu obljavu”.

Inkriminacija iz §177. StGB do stupanja na snagu novela iz 1997. godine, je glasila: „Ko silom ili pretnjom neposrednom opasnošću po život ili telo, prinudi ženu na vanbračnu obljavu sa njim ili nekim trećim licem, kazniće se kaznom lišenja slobode (zatvora) od najmanje jedne godine.”

U stavu 2. §177. StGB, bio je propisan lakši oblik silovanja, odnosno kazna za takav „lakši oblik”, što je bilo formulisano na sledeći način: „U manje teškim slučajevima kazna je od šest meseci do jedne godine.”

Konačno, u stavu 3 §177. StGB, bio je propisan teži oblik silovanja, gde je kvalifikatorna okolnost bila nastupanje smrti pasivnog subjekta usled određene vrste nehata koji je prilikom izvršenja silovanja, ispoljio izvršilac. Ova norma je glasila: „Ako učinilac svojim delom iz lakomisenosti prouzrokuje smrt žrtve, kazna je lišenje slobode od najmanje pet godina.”

Dugo je u nemačkom Kaznenom zakoniku jedan od uslova za postojanje krivičnog dela silovanja (kao što je to decenijama bilo i u većini drugih „klasičnih krivičnopравниh sistema”), bio da izvršilac i pasivni subjekt silovanja, ne budu u braku. Nije se ostavljala normativna mogućnost „silovanja u braku”, osim kada se radilo o braku, koji je u vreme izvršenja silovanja samo formalno postojao, a bez realnog egzistiranja zajednice života između muškarca i žene, koji su samo formalno bili supružnici.

3.1.2. Novele iz 1997. godine i nova značajno proširena definicija silovanja

U krivičnopravnoj teoriji Nemačke je dugo, a posebno krajem osamdesetih godina i početkom devedesetih godina 20. veka, konstantno zastupano vladajuće stanovište da kada se radi o krivičnom delu silovanja treba isključiti zakonski uslov da učinilac i pasivni subjekt nisu u braku,²⁶ tako da je konačno Novelama KZ-a Nemačke iz 1997. godine između ostalog, eliminisan i taj uslov da izvršilac i pasivni subjekt silovanja ne budu u braku.

26 B. Huber, *op. cit.*, str. 30.

Pored toga, već tada, tj. od stupanja na snagu Novela KZ-a iz 1997. godine, nemački zakonodavac dosledno koristi „rodno-neutralne termine” za označavanje kako izvršioca, tako i pasivnog subjekta silovanja, te kao oblik prinude formuliše i tzv. psihološko prinuđavanje žrtve. Inače, u nemačkom krivičnom pravu se još od prvog nemačkog Krivičnog zakonika (StGB/1871), u teoriji pretežno smatralo da je „zaštićeni objekat (objekt zaštite) silovanja, kao i „bića, odnosno bitnih obeležja (*Tatbestände*)” drugih seksualnih krivičnih dela, „pravo na seksualnu slobodu (*sexuelle Freiheit*).”²⁷

U nemačkoj krivičnopravnoj teoriji se posebno ističe da objekat zaštite kod silovanja nije „specifičan seksualni moral”, već pravo na „seksualno samoodređenje” (*Sexuelle Selbstbestimmungsrecht*), što predstavlja takođe i rezultat „jednog angažovanog pokreta za prava žena”.²⁸ Ovo teorijsko shvatanje je inače, dugo bilo u osnovi suprotstavljeno zakonskoj terminologiji, koja je decenijama silovanje, kao i druga seksualna krivična dela svrstavala u grupu krivičnih dela protiv morala (*Verbrechen und Vergehen gegen die Sittlichkeit*).²⁹ Takav naslov (*Zločini i prestupi protiv morala*), je tako imala i relevantna glava, odsek 13. Carskog kaznenog zakonika Pruske iz 1851. godine, a *povreda morala* („*Verletzung der Sittlichkeit*”), spominjala se i u relevantnim nacrtima poput Nacrta Kaznenog zakonika za Severnonemački savez iz 1870, kao i u nacrtima koje su izrađivali pojedini ugledni autori i komisije, a iz čega je potom i proizašao prvi Kazneni zakonik nove tj. prve (ujedinjene) nemačke države iz 1871. godine.³⁰

Konačno, već sa novelama iz 1997. godine nemački zakonodavac kao radnju izvršenja definiše *seksualne radnje*, što znači da radnja izvršenja obuhvata ne samo obljubu, već i radnju koja je „slična” obljudi. Oblici prinude su bili kako sila i kvalifikovana pretnja (usmerena na opasnost po život ili telo žrtve), tako i jedno specifično „korišćenje situacije u kojoj je žrtva nezaštićena.”³¹ Reč je o specifičnom slučaju, koji suštinski ne predstavlja tipičnu prinudu, ali se (kao i kada je reč o klasičnoj prinudi), žrtva nalazi u situaciji bespomoćnosti/nezaštićenosti, odnosno njena volja je usled određenih okolnosti slomljena ili modifikovana u pravcu kojem teži učinilac, odnosno isključeno je slobodno formiranje volje, te pružanje otpora seksualnim radnjama. Radi se o situaciji koja se odlikuje time da je „žrtva prepuštena učiniocu, jer se nalazi u situaciji koja je onemogućava u pružanju otpora, do čega je došlo protivno njenoj volji”³² a što može biti rezultat kako nekih ličnih okolnosti same žrtve, koje se odnose na njeno telesno i duševno stanje, tako i nekih situacionih faktora.³³ Iskorišćavanje takve situacije se sastoji u tome što „usled toga učinilac uopšte može

27 R. Maurach, F. C., Schroeder, und M., Maiwald, *Strafcht Besonderer Teil – Teilband I – Straftaten gegen Persönlichkeit- und Vermögenswerte*, „C. F. Müller, Heidelberg, 2009, str. 198.

28 Rüdiger-Sonnen, B., *Strafrecht – Besonderer Teil*, „C. F. Müller, Heidelberg, 2005, str. 69.

29 C. Müting, *op. cit.*, str. 53.

30 *Ibid.*, str. 53–54.

31 T. Hörnle, *The new German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment*, „German Law Journal”. Vol. 18. No. 6, Frankfurt am Mein, 2018, str. 1311.

32 U. Kindhäuser, *Strafrecht – Besonderer Teil I – Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft*, 4. Auflage, „Nomos”, Baden, Baden, 2009, str. 174.

33 Citirani autor (U. Kindhäuser), navodi sledeći primer ovakve vrste prinuđavanja žrtve na seksualni odnos: „Koristeći odsustvo majke, T. je ušao u sobu njene dvanaestogodišnje ćerke J. Vrata

da izvrši delo, ili mu je izvršenje silovanja, „nezaštićene žrtve koja mu je prepuštena”, makar, značajno olakšano.”³⁴

Položaj *nezaštićenosti* žrtve, usled čega je „beznadežno” prepuštena učiniocu, se u nemačkom krivičnom pravu najčešće smatra vidom prinude, a prethodno smo već objasnili da se u suštini ne radi o „pravoj”, tj. tipičnoj prinudi, već o jednoj situaciji koja ima *sui generis* karakter. Radi se o žrtvi koja je *bespomoćna* u konkretnim okolnostima. Pod tom „novom varijantom prinude”, podrazumevaju se situacije kada je žena usled straha potpuno paralisana ili kada ne pruža otpor zbog postojanja određene „konkludentne pretnje” učinioca.³⁵

U nemačkoj sudskoj praksi (nemački Savezni sud i presuda prvostepenog suda u Bielefeldu), se u vezi tog specifičnog „trećeg oblika prinude” zaključuje: „ova nezaštićenost mora imati jedno prinudno dejstvo na žrtvu, koja iz straha od nasilničkog delovanja učinioca iz kojeg bi proizašle telesne povrede ili čak u strahu od radnji kojima bi učinilac prouzrokovao njenu smrt, ona odustaje načelno od svakog otpora protiv učinioca, te protivno svojoj volji seksualne radnje preduzima ili ih trpi.”³⁶

Inače, u nemačkoj literaturi se u kontekstu zaključivanja autora koji su bili kritički nastrojeni i prema zakonskom rešenju iz 1997. godine i koji su se zalagali za dosledno primenjivanje načela „ne znači ne”, iz čega su kasnije proistekle dalekosežne novele iz novembra 2016. godine zaključuje da su sudovi skloni da se prilikom ocene postojanja relevantnih okolnosti u kojima je žrtva kao nezaštićena, odnosno *bespomoćna* prepuštena učiniocu, tako da se nalazi u situaciji koja je onemogućava u pružanju otpora, pretežno fokusiraju ne „jednu objektivnu perspektivu”, a da je pri tom, sama „subjektivna perspektiva žrtve od značaja samo onda kada ona odgovara objektivnim okolnostima”, iz čega proizlazi da „pogled same žrtve („pogođenog”),³⁷ skoro da sam po sebi nema nikakvog značenja.”³⁸

Osnovni elementi definicije seksualne prinude i silovanja koja je u nemačko krivično zakonodavstvo uvedena 1997. godine i koja je važila do stupanja na snagu novela iz 2016. godine, bili su sledeći:

1. radnja izvršenja je bila prinudna seksualna radnja, koja u osnovnom obliku, praktično nije bila ni obljuba, niti druga obljudi „slična” radnja, jer su prinudna obljuba, tako i druga prinudna „obljudi slična radnja, odnosno obljuba ili druga obljudi slična radnja, do koje dolazi korišćenjem stanja nezaštićenosti žrtve, bile radnje izvršenja težeg oblika ovog krivičnog dela;

sobe su bila otvorena, J. nije pružila bilo kakav otpor obljudi, jer se plašila autoriteta T., a u toj situaciji uopšte nije ni primetila da su vrata sobe otvorena.”

34 U. Kindhäuser, *op. cit.*, str. 174.

35 A. Schönke und H. Schröder, (Hrsg.), (deo koji su pisali T. Lenckner i W. Perron), *Strafgesetzbuch – Kommentar*, 26. Auflage, „Verlag C. H. Beck”, München, 2001, str. 1440.

36 BGH 4 StR 404/11 – Beschluss vom 21. Dezember 2011 (LG Bielefeld).

37 Ovde se misli na subjektivni doživljaj žrtve svog položaja, koji je u svesti žrtve „bezzilazan”, odnosno ona sama smatra/veruje da je u konkretnoj situaciji nezaštićena/bespomoćna, što ne mora uvek da odgovara „pravom stanju stvari”, odnosno može se raditi o jednoj specifičnoj stvarnoj zabludi žrtve u odnosu na položaj nezaštićenosti/bespomoćnosti u konkretnim okolnostima.

38 H. Rabe und J. von Normann, *op. cit.*, str. 9.

2. prinuda je imala dva klasična vida i jedan poseban oblik koji nije bio tipična prinuda, ali jeste predstavljao jednu specifičnu vrstu „primoravanja” žrtve na seksualnu radnju, tj. obljudu ili radnju koja je obljudi slična. Dva „klasična vida”, prinude su bili sila ili kvalifikovana pretnja, što znači – pretnja kojom se u izgled pasivnom subjektu od strane izvršioca stavlja neposredna opasnost po telo ili život, a treći oblik primoravanja pasivnog subjekta na obljudu ili radnju koja je obljudi slična se svodio na „korišćenje stanja nezaštićenosti žrtve”;³⁹
3. obljudba je kada je reč o težem obliku seksualne prinude i silovanja obuhvatala „normalan seksualni odnos” muškarca i žene, a pod radnjama koje su „slične obljudi” su se po pravilu smatrale radnje oralnog i analnog seksualnog odnosa, kako homoseksualnog karaktera, tako i kada su izvršilac i pasivni subjekt suprotnog pola;
4. seksualna radnja se mogla ostvariti bilo između izvršioca, tj. lica koji prema pasivnom subjektu ispoljava silu ili pretnju neposrednom opasnošću po život ili telo, ili koristi stanje nezaštićenosti žrtve, bilo između pasivnog subjekta i nekog trećeg lica, koje na taj način, ostvaruje seksualnu radnju sa pasivnim subjektom koji je na to primoran radnjama prinude preuzetim od strane izvršioca, odnosno korišćenjem stanja nezaštićenosti žrtve. Izvršilac silovanja (seksualne prinude i silovanja), je moglo biti lice, bilo muškog, bilo ženskog pola, što znači da „krug učinilaca” (*Täterkreis – Tatsubjekt*), nije bio ograničen (učinilac je definisan kao „ko”, što znači da je mogao biti kako muškarac, tako i žena);⁴⁰
5. pasivni subjekt seksualne prinude i silovanja je moglo biti kako lice ženskog pola, tako i muškarac, tako da je u pogledu žrtve ovog krivičnog dela (*Tatopfer – Tatobjekt*), postojao još od 1997. godine „polni neutralitet” (*Geschlechtsneutralität*), jer se pasivni subjekt definiše kao „neka druga osoba” (*eine andere Person*);⁴¹
6. nije bilo od značaja da li su izvršilac i pasivni subjekat u braku, što znači da je od 1997. godine u Nemačkoj bilo moguće i silovanje između supružnika, tako da je jedan od supružnika učinilac, a drugi žrtva (pasivni subjekt) silovanja.

Krivično delo pod nazivom „seksualna prinuda; silovanje, propisano u §177. StGB do stupanja na snagu novela Kaznenog zakonika Nemačke, je glasilo: „Ko drugo lice silom, pretnjom neposrednom opasnošću po život ili telo ili iskorišćavanjem položaja u kojem je žrtva u stanju nezaštićenosti, prepuštena učiniocu, prinudi da trpi seksualne radnje samog učinioca ili nekog trećeg ili da preduzme seksualne radnje na učiniocu ili nekom trećem, kazniće se lišenjem slobode od najmanje jedne godine”

39 Nemački zakonodavac je ovde koristio izraz „nezaštićenost” (*Schutzlosigkeit*), ali je značenje toga, odnosno stanja u kojem se žrtva (pasivni subjekt) nalazi, u duhu srpskog jezika, nešto bliže terminu „bespomoćnost”.

40 B., Rüdiger- Sonnen, *op. cit.*, str. 69.

41 *Ibidem*.

Pojam „primoravanje/prinuđavanje” (*Nötigung*), podrazumeva da se silom, pretnjom neposrednom opasnošću po život ili telo ili iskorišćavanjem položaja nezaštićenosti žrtve zbog čega je ona kao bespomoćna prepuštena delovanju učinioca „prevazilazi suprotstavljena volja žrtve”, a pri tom, između primenjene prinude i „trpljenja seksualne radnje” od strane žrtve, „mora u objektivnom smislu postojati odgovarajuća kauzalna veza”.⁴² Smatra se da je sudska praksa u Nemačkoj, kada je reč o prinudi kod silovanja, načelno bila sklona restriktivnijem tumačenju pojma prinude, što je vremenom i dovelo do uvođenja osim sile i pretnje, još i iskorišćavanja položaja u kojem je pasivni subjekt u stanju nezaštićenosti (bespomoćnosti), prepušten učiniocu, pri čemu se smatra da do toga može doći usled paralisnosti strahom žrtve od nasilja koje očekuje, ili kada se žrtva nalazi u tako bezizlaznom položaju u odnosu na „premoćnog” učinioca zbog čega smatra da je svaki otpor isključen.⁴³

U krivičnopravnoj teoriji Nemačke se i inače, što znači i znatno pre novela iz novembra 2016. godine, kada je u nemačkom krivičnom pravu još dodatno i veoma bitno izmenjena, te značajno proširena definicija silovanja (seksualni prepad/napad; seksualna prinuda i silovanje), zaključivalo da ova poslednja „varijanta krivičnog dela (*Tatvariante*), a to je „iskorišćavanje položaja u kojem je žrtva u stanju nezaštićenosti prepuštena delovanju učinioca”, predstavlja poslednji korak u „otklanjanju praznina u pogledu kažnjivosti”.⁴⁴

Iskorišćavanje položaja nezaštićenosti (bespomoćnosti), u kojem se žrtva nalazi, te usled čega je prepuštena delovanju učinioca može proizaći iz određenih subjektivnih okolnosti samog pasivnog subjekta, tj. okolnosti koje su lične prirode, poput lica koja su duševno ili telesno „osujećena”, a može se raditi o određenim situacionim faktorima, koji deluje na bespomoćnost žrtve u konkretnim okolnostima, tako da je ona tada „protivno svojoj volji prepuštena neželjenom delovanju učinioca”.⁴⁵

Pored toga, u nemačkoj krivičnopravnoj teoriji se, nezavisno od toga, što se u definiciji krivičnog dela iz §177. StGB, koja nije formalno obuhvatala kao bitan element ovog krivičnog dela (ne)postojanje volje pasivnog subjekta, tj. njegovo neprištajanje na seksualnu radnju, kao što je to potom, uneseno novelom nemačkog KZ-a iz novembra 2016. godine, isticalo da je krivično delo seksualne prinude i silovanja isključivo umišljajnog karaktera (sa stanovišta njegovog „subjektivnog bića”), te da umišljaj učinioca mora da obuhvati i svest/saznanje da ne postoji volja pasivnog subjekta u pogledu seksualne radnje koju preduzima učinilac.⁴⁶

Posebno težak slučaj seksualne prinude i silovanja je postojao ako se radilo, ne „samo” o seksualnoj radnji, već o obljudi ili radnji koja je obljudi slična, kao i kada su postojale druge alternativno propisane kvalifikatorne okolnosti. U stavu 2. bilo je

42 A. Schönke und H. Schröder (део који су писали Т. Lenckner и W. Perron), *op. cit.*, str. 1437.

43 J. Wessels und M. Hettinger, *Strafrecht – Besonderer Teil 1 – Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte*, 35. Auflage, „C. F. Müller, Heidelberg, 2011, str. 119.

44 B., Rüdiger- Sonnen, *op. cit.*, str. 70.

45 U., Kindhäuser, *Strafrecht – Besonderer Teil I – Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft*, 6. Auflage, „Nomos”, Baden, Baden, 2014, str. 182.

46 G. Arzt, U. Weber, B. Heinrich und E. Hilgendorf, *Strafrecht – Besonderer Teil, Lehrbuch*, 3. Auflage, „Verlag Giesel King”, Bielefeld, 2015, str. 217.

propisano da posebno težak slučaj „po pravilu” postoji: 1) kada učinilac sa žrtvom ostvari obljubu ili drugu sličnu seksualnu radnju preduzme na žrtvi ili primora žrtvu da takvu radnju preduzme na njemu, a radi se o radnji koja je posebno ponižavajuća i naročito kada je povezana sa prodiranjem u telo (silovanje), ili 2) kada je delo učinjeno zajednički od strane više učinilaca.

Drugi teži oblik, propisan u stavu 3. §177. StGB, je postojao kada se radilo o nekoj od sledećih opcionih kvalifikatornih okolnosti: 1) kada je učinilac pri sebi imao oružje ili kakvo opasno oruđe, 2) kada je učinilac pri sebi imao kakvo oruđe ili sredstvo koje je podobno da otpor drugog lica silom ili pretnjom da će se primeniti sila, spreči ili prevaziđe, ili 3) ako je žrtvi izvršenjem dela prouzrokovana opasnost od teškog oštećenja zdravlja.

Najteži oblik seksualne prinude i silovanja je bio propisan u stavu 4. §177. StGB i on je postojao kada se radilo o postojanju određenih alternativno propisanih kvalifikatornih okolnosti: 1) ako je prilikom izvršenja dela upotrebljeno oružje ili neko drugo opasno oruđe ili 2) ukoliko je žrtva prilikom izvršenja dela telesno teško zloupotrebljena ili ukoliko je izvršenjem dela život žrtve doveden u opasnost.

U stavu 5. §177. StGB bio je propisan manje težak slučaj u dve varijante. Prva varijanta se odnosila na osnovni oblik krivičnog dela seksualne prinude i silovanja (Absatz 1), koji je obuhvatao „samo” seksualne radnje, a ne i obljubu i drugu obljubi sličnu radnju. Za njega je bila propisana kazna lišenja slobode od šest meseci do pet godina. Druga varijanta manje teškog slučaja seksualne prinude u silovanja bila je predviđena u odnosu na teže oblike ovog krivičnog dela.

3.1.3. Pozitivno nemačko pravo i sasvim nova – ekstremno široka definicija silovanja

Relativno savremena, ili čak prilično moderna definicija silovanja iz 1997. godine, je nedavnim novelama iz 2016. godine, potpuno „prevaziđena” jednom „ultra modernom” definicijom, koja je u osnovi proizašla iz zahteva sadržanih u Istanbulskoj konvenciji, ali je čini se neke od tih zahteva i „prevazišla” u velikoj meri, pri čemu se nažalost, može uočiti i nedovoljan pravno-tehnički kvalitet nekih formulacija u toj novoj definiciji. Tada je formulisano novo/modifikovano krivično delo pod nazivom „seksualni prepad, seksualna prinuda; silovanje”, koje je sada deo pozitivno krivičnog prava Nemačke.

Krivično delo seksualnog napada,⁴⁷ seksualne prinude i silovanja je dakle, u nemačko krivično zakonodavstvo uneto kao veoma značajno novelirano ranije postojeće osnovno seksualno krivično delo, sa idejom da se reše neke situacije u praksi, za koje se smatralo da ne mogu biti „pokrivene” do tada postojećom inkriminacijom

47 Nemačku reč „Übergrif” ovde prevodimo kao napad, jer se suštinski u ovom slučaju i radi o terminu koji je unet u nemački KZ, po uzoru na izraz *assault* iz nekih anglosaksonskih krivičnih zakonodavstava, a pod čijim se značenjem tradicionalno podrazumeva „napad”, odnosno *seksualni napad*, što je posebno tipično u krivičnim zakonodavstvima nekih država u SAD. S druge strane, to nije sasvim tipičan „napad”, što bi prema nemačkoj terminologiji bio „Angrif”, ili na engleskom *Attack*, već se tu radi o jednom specifičnom „ataku”, koji bi se mogao označiti i kao neka vrsta „prepada”, zbog čega ćemo povremeno kada je reč o nemačkom zakonodavstvu, koristiti i taj termin, odnosno navoditi oba termina alternativno.

seksualne prinude i silovanja. Ovo je pre svega, bilo rezultat prethodno objašnjene kampanje u javnosti pod nazivom: *ne znači ne* (*Nein heißt Nein*) što praktično postaje i osnovni *ratio legis* novela KZ-a Nemačke u sferi seksualnih krivičnih dela.

Tako je u obrazloženju Zakona o izmenama i dopunama Kaznenog zakonika Nemačke u ovom delu (a to se delimično odnosi i na novo krivično delo polnog uznemiravanja), navedeno: „Seksualna prinuda i silovanje su u smislu § 177 StGB, kažnjivi. Odredba propisuje minimalnu kaznu od jedne godine, tako da se radi o *zločinu*. U § 177 Abs. 1 StGB propisano je da učinilac žrtvu silom, pretnjom neposrednom opasnošću za život ili telo ili iskorišćavanjem položaja u kojem se žrtva usled delovanja učinioca nalazi tako da mu je prepuštena bez zaštite, primora da preduzme ili trpi seksualne radnje. U praksi se pokazalo da su uslovi tih odredbi suviše uski. Nisu sve radnje koje bi trebalo da budu kažnjive, a kojima se povređuje seksualno samoopredeljenje žrtve, obuhvaćene bićima krivičnih dela čija je svrha zaštita seksualnog samoopredeljenja. Postoje situacije u kojima pretpostavke sadržane u § 177 StGB, ne mogu biti ostvarene, a uprkos tome na način koji bi trebalo da bude kažnjiv, izvrše se seksualne radnje prema žrtvi koja usled iznenađenosti radnjama učinioca, nije bila u stanju da pruži otpor, ili je žrtva iz straha od otpora odustala.”⁴⁸

Krivično delo seksualnog napada/prepada,⁴⁹ seksualne prinude i silovanja propisano u §177. StGB, je veoma složeno konstruisano, tako da se u stvari, sastoji od zbira nekoliko krivičnih dela seksualnog karaktera.⁵⁰ Jedna od karakteristika nove definicije osnovnog seksualnog krivičnog dela u nemačkom krivičnom zakonodavstvu je i da ono sada ima jedan specifičan „sveobuhvatan” karakter, jer su u njega inkorporisana i neka druga ranije samostalno postojeća krivična dela protiv seksualnog samoopredeljenja. Tako je ova nova definicija silovanja u nemačkom Krivičnom zakoniku imala za posledicu i prestanak postojanja nekih krivičnih dela protiv polne slobode, čije se radnje izvršenja, nakon sprovedenih izmena i dopuna Krivičnog/Kaznenog zakonika Nemačke, praktično mogu podvesti pod silovanje, odnosno „nevoljnu seksualnu radnju”. To je slučaj sa krivičnim delom seksualne zloupotrebe lica koje je nesposobno za otpor, koje je bilo propisano u §179. StGB (i koje je nekada bilo u odnosu „idealne konkurencije” sa krivičnim delom seksualne zloupotrebe šticećenika iz § 174 StGB),⁵¹ dok nije novelama iz novembra 2016. godine „integrisano” u novu inkriminaciju krivičnog dela seksualnog napada/prepada, prinude i silovanja.⁵²

48 Aus dem Gesetzenentwurf, vom 4. November, 2016. Izvor: http://www.bundesgerichtshof.de/DE/Bibliothek/GesMat/WP18/S/StGB-Verb_Schutz_sexuellen_Selbstbestimmung.html?nn=639344, dostupno 25. maja 2018. godine u 11 h.

49 Kao što je već objašnjeno, nemački izraz „Sexueller Übergriff”, se može prevesti i kao „seksualni napad”, slično kao što se u tekstovima na engleskom taj deo naziva krivičnog dela iz § 177. StGB, najčešće i prevodi kao „napad” (Sexual Assault), što odgovara i terminu iz nekih anglosaksonskih prava, ali je u stvari, ovdje čini se, ipak više reč o „prepadu”, tim pre što je tipična nemačka reč za napad – *Angriff*, a ne *Übergriff*, što više znači „prepad”, nego „napad”.

50 U. Kindhäuser, *Strafrecht – Besonderer Teil I – Straftaaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft*, 8. Auflage, „Nomoslehrbuch”, „Nomos”, Baden Baden, 2017, str. 191–192.

51 Taj paragraf je u okviru novela, koje su obljubu nad licem nesposobnim za otpor, definisale kao oblik silovanja, brisan iz Kaznenog zakonika Nemačke.

52 W. Joecks und K. Miebach Hrsg. (deo koji je pisao J. Renzikowski), *Münchener Kommentar zum StGB*, Band 3, 3. Auflage, „C. H. Beck”, München, 2018, str. 1450–1451.

Tzv. nedobrovoljna („nekonsensualna”) obljuba ili sa njom izjednačena radnja („slična seksualna radnja“ prema novoj terminologiji nemačkog zakonodavca), odnosno odgovarajuća seksualna radnja preduzeta protivno volji i bez pristanka pasivnog subjekta, je prema zahtevu iz Istanbulske konvencije postala praktično osnovni oblik „silovanja”, odnosno jednog kompleksnog krivičnog dela u koje je „utopljeno” i silovanje, a „klasično” silovanje je postalo samo teži oblik takvog „zbirnog” krivičnog dela.

Tom novom osnovnom krivičnom delu protiv polne slobode (protiv „seksualnog samoopredeljenja/samoodređenja”) u nemačkom krivičnom zakonodavstvu (*seksualni napad/prepad; seksualna prinuda; silovanje*), pridodato je i nekad samostalno postojeće krivično delo seksualne zloupotrebe lica koje je nesposobno za otpor (propisano u §179. StGB, koji je brisan),⁵³ te je tako i to delo na neki način, postalo jedna „varijanta silovanja”, odnosno jedan od oblika krivičnog dela pod nazivom – „seksualni prepad; seksualna prinuda; silovanje”. To nije bila „jednostavna inkorporacija” elemenata jednog krivičnog dela u drugo krivično delo, gde bi to nekadašnje „samostalno” krivično delo, postalo jedan oblik novog/redefinisano krivičnog dela seksualnog napada, seksualne prinude i silovanja, već je suštinski u skladu sa novom koncepcijom nemačkog zakonodavca u pogledu krivičnih dela protiv polne slobode, gde je sada težište na nepostojanju pristanka pasivnog subjekta na seksualne radnje, promenjen karakter i inkriminacije koja se odnosi na seksualne radnje prema licima koja zbog svog stanja ne mogu da formiraju/izraze volju koja bi se manifestovala kao relevantan pristanak na seksualni odnos. Stoga se više i ne radi o „licu nesposobnom za otpor”, već o licu koje nije sposobno da formira ili izrazi volju koja je relevantna u odnosu na seksualne radnje koje se prema njemu preduzimaju.

Kada se radi o stanjima usled kojih pasivni subjekt nije sposoban da formira ili izrazi svoju volju u pogledu pristanka/nepristanka na seksualne radnje, one mogu biti izraz dve vrste faktora, koji u svakom konkretnom slučaju mogu postojati kako *alternativno* (što je češće), tako i *kumulativno*, što je prilično retko. To znači da se može raditi kako: 1) o određenom fizičkom statusu, tako i 2) mentalnog stanju konkretnog lica, odnosno može postojati i kombinacija tih faktora. Kada se radi o određenim mentalnim stanjima, ona se praktično određuju istovetno kao i u pogle-

53 U sudskoj praksi se postavilo i pitanje *retroaktivne primene nove inkriminacije* u delu u kojem ona „pokriva” i nekadašnje krivično delo iz §179. StGB (seksualna zloupotreba lica koje je nesposobno za otpor), pa je nemački Savezni sud zauzeo stanovište da se nova inkriminacija iz §177. StGB može koristiti i na slučajeve iz prošlosti koji su se ticali krivičnog dela iz §179. StGB, koje je novelama KZ-a iz novembra 2016. godine inkorporisano u krivično delo seksualnog prepada, seksualne prinude i silovanja, kao jedna od njegovih nekoliko varijanti. Savezni sud Nemačke je zaključio da se ovde ne radi o retroaktivnoj primeni prava, te da naravno, nije došlo do dekriminalizacije krivičnog dela seksualne zloupotrebe lica koje je nesposobno za otpor, samo zato što je iz pravno-tehničkih razloga, to delo formalno brisano iz Kaznenog zakonika, jer su svi bitni elementi tog krivičnog dela, uneti u odgovarajuće delove inkriminacije iz §177. StGB (seksualni prepad, seksualna prinuda; silovanje). U odluci Saveznog suda Nemačke se zaključuje: „Nove odredbe §177. StGB posebno sadrže u stavovima 1, 2 tačka 1. i 2. i stavu 4. „nasleđujuća pravila” u odnosu na §179. StGB, tako da su suštinski (sadržinski), zaštićeno pravno dobro i inkriminirani objekt napada, ostali isti, što znači da je očuvano identično jezgro protivpravnosti.” BGH 4 StR 366/16 – Beschluss vom 9. Mai 2017 (LG Essen).

du bioloških i psiholoških faktora na kojima se temelji nesposobnost lica da snosi krivicu (*Schuldunfähigkeit*),⁵⁴ kao kada se radi o duševnoj bolesti, slaboumnost, odnosno mentalnoj zaostalosti u određenom relevantnom stepenu itd.

U nemačkoj krivičnopravnoj teoriji se inače, zapažaju značajne razlike u koncepciji nekada postojećeg krivičnog dela seksualne zloupotrebe lica koje je nesposobno za otpor (§179. StGB, koji je brisan) i jedne od varijanti seksualnog prepada; seksualne prinude; silovanja (§ 177 Absatz 2. Nr. 2. StGB), jer je u nekadašnjem zakonskom rešenju, „kažnjivost za učinioca proizlazila iz stanja žrtve koja je usled određenih razloga propisanih u tač. 1. i 2. §179. StGB, tj. usled svog fizičkog ili psihičkog stanja, bila nesposobna za otpor (*zum Widerstand unfähig ist/war*)”,⁵⁵ dok se prema novom zakonskom rešenju, radi o pasivnom subjektu koji usled određenih smetnji (suštinski istih/sličnih kao i kada se radilo o nekadašnjem krivičnom delu iz §179. StGB),⁵⁶ nesposobno ili ograničeno u izražavanju svoje volje u odnosu na (ne) pristanak na seksualni odnos.⁵⁷

Konstrukcija krivičnog dela seksualnog napada/prepada; seksualne prinude i silovanja je složena. Ovo krivično delo dva osnovna oblika i nekoliko težih oblika. I kada se radi o seksualnim krivičnim delima, kao i inače, treba razlikovati objekt zaštite, odnosno krivičnopravno/kaznenopravno zaštićeni objekt (*Schutzobjekt*), od objekta napada (*körperlich-konkreten Angriffs- oder Tatobjekt*), što znači konkretnog objekta na koji je usmerena radnja učinioca.⁵⁸ Objekt krivičnopravne zaštite je sloboda na seksualno samoopredeljenje/samoodređenje, a objekt napada se razlikuje zavisno od vrste konkretnog krivičnog dela iz grupe, u koju su svrstana takva seksualna krivična dela.

4. OSNOVNI OBLICI SEKSUALNOG NAPADA/PREPADA; SEKSUALNE PRINUDE I SILOVANJA U POZITIVNOM KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU NEMAČKE

Prvi osnovni oblik seksualnog napada/prepada; seksualne prinude i silovanja postoji kada učinilac uprkos prepoznatljivoj volji drugog lica, prema tom licu (prema pasivnom subjektu) preduzme seksualne radnje (aktivan oblik sa učiniocem i žrtvom kao akterima) ili dozvoli tom licu (pasivnom subjektu) da prema izvršio-

54 W. Gropp, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, „Springer Verlag”, Berlin, Heidelberg, 1997, str. 233.

55 B. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), (deo koji je pisao T. Ziegler), *Beck’scher Online Kommentar*, 31. Edition, „C. H. Beck”, München, 2018, § 179, Rdnr. 9.

56 Aus dem Wortlaut der Neufassung des § 177 Absatz 2 Nr. 2 StGB-E geht hingegen nicht hervor, dass das Opfer eines Missbrauchs im Sinne des § 179 StGB widerstandsunfähig sein muss. Vielmehr genügt es dem Wortlaut nach, dass es aufgrund seines körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äußerung des Willens eingeschränkt ist, oder – nach Absatz 4 – aufgrund einer Krankheit oder Behinderung unfähig ist, einen Willen zu bilden.

57 Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste – WD 7 – 3000 – 127/16, Die Neuregelung des § 177 Absatz 2 StGB-E, str. 7. Preuzeto sa Interneta: <https://www.bundestag.de/blob/459060/a5241832ac8a19f6fa5b4fdd6e2cd340/wd-7-127-16-pdf-data.pdf>, dostupno 22. juna 2018. u 7h.

58 A. Schönke und H. Schröder, (Hrsg.), (deo koji je pisao J. Eisele), *Strafgesetzbuch – Kommentar*, 30. Auflage, „C. H. Beck”, München, 2019. Str. 143.

cu preduzme seksualne radnje (pasivan oblik sa učiniocem i žrtvom kao akterima) ili pasivnog subjekta protivno njegovoj prepoznatljivoj volji izloži da vrši seksualne radnje prema trećem licu (aktivan oblik) ili da trpi vršenje seksualnih radnji prema sebi od strane trećeg lica (pasivan oblik sa žrtvom i trećim licem kao akterima).

Od suštinskog značaja kod formulacije prvog osnovnog oblika seksualnog napada/prepada; seksualne prinude i silovanja je da se relevantne seksualne radnje vrše uprkos prepoznatljivoj volji pasivnog subjekta, što praktično znači da se ne radi o konsensualnim seksualnim radnjama, odnosno relevantnim seksualnim aktivnostima u pogledu kojih postoji pristanak oba aktera. To znači i da se onaj akter takvih seksualnih radnji koji na njih ne pristaje svojom slobodnom voljom, koja pri tom, mora biti prepoznatljiva, u takvom slučaju, smatra pasivnim subjektom ovog krivičnog dela.

Drugi osnovni oblik seksualnog napada/prepada; seksualne prinude i silovanja zaprećen je istom kaznom do pet godina zatvora, kao i prvi osnovni oblik tog krivičnog dela, postoji kada izvršilac prema pasivnom subjektu preduzme seksualne radnje, ili dozvoli pasivnom subjektu da prema izvršiocu preduzme seksualne radnje ili pasivnog subjekta izloži vršenju seksualnih radnji prema trećem licu ili navede da trpi vršenje seksualnih radnji prema sebi od strane trećeg lica, a postoji neka od sledećih opciono propisanih situacija:

- 1) učinilac iskorišćava položaj pasivnog subjekta u kojem on nije sposoban da stvori ili izrazi svoju volju, kojom se protivi seksualnim radnjama;
- 2) učinilac iskorišćava stanje lica koje je usled svog fizičkog ili psihičkog stanja, značajno ograničeno u formiranju ili izražavanju volje, a učinilac je zahvaljujući tome „obezbedio pristanak pasivnog subjekta”;
- 3) učinilac iskorišćava jedan momenat iznenađenja;
- 4) učinilac iskorišćava stanje u kojem bi žrtvi prilikom pružanja otpora pretilo značajno zlo;
- 5) učinilac lice prinudava na učestvovanje u seksualnoj radnji ili trpljenje seksualne rade, pretnjom pričinjavanja značajnog zla.

Pokušaj kako prvog, tako i drugog osnovnog oblika seksualnog prepada; seksualne prinude i silovanja je kažnjiv.

Suština krivičnog dela seksualnog napada/prepada; seksualne prinude i silovanja, se u „objektivnom smislu”, svodi na realizaciju/postojanje „seksualnog kontakta” između učinioca i žrtve, do čega dolazi „protiv volje žrtve”.⁵⁹ Ovdje i inače, važi opšte pravilo u nemačkom krivičnom pravu, koje se odnosi na svojevolsnost potencijalnog pasivnog subjekta (*Einwilligung*),⁶⁰ odnosno njegovo odobravanje

59 H. Satzger, W. Schluckebier, mit Widmeier, G., *StGB – Strafgesetzbuch – Kommentar*, „Carl Heymans Verlag”, 2016, str. 1160.

60 Smatra se da svojevolsnost potencijalnog pasivnog subjekta (*Einwilligung*) odnosno njegovo odobravanje određenih radnji koje se prema njemu preduzimaju, tj. na slobodnoj volji zasnovano pristajanje na takve radnje, ima dva aspekta u nemačkom krivičnom pravu: jedan koji predstavlja osnov isključenja protivipravnosti, tj. koji je osnov koji „opravdava krivično delo” (*Rechtfertigungsgrund*) i drugi koji predstavlja osnov isključenja objektivnog bića krivičnog dela (*AusschlussderobjektivenTatbestands*).

određenih radnji koje se prema njemu preduzimaju,⁶¹ a koje bi inače, bile/mogle biti krivično delo. Naime, „jedan zahvat u dobro nekog lica sa kojim se to lice svojom voljom saglašava, ne predstavlja nepravo” (*volenti non fit iniuria*).⁶² U teorijskom smislu se smatra da postoje određene razlike između pristanka određenog lica na radnje koje se čine prema njemu, a koje bi inače, bile krivično delo (*Einverständnis*) i svojevoljnosti u odnosu na preduzete radnje (*Einwilligung*), odnosno njihovo odobravanje od „potencijalnog” pasivnog subjekta, a u obe situacije se radi o „volji pogođenog, koja isključuje postojanje bića krivičnog dela (*Wirkungdes Willensdes Betroffenen beim Einverständnis und tatbestandausschließenden Einwilligung*).⁶³

Za postojanje krivičnog dela seksualnog napada/prepada; seksualne prinude i silovanja, isto kao i ranije (do novela KZ-a Nemačke iz novembra 2016. godine), u pogledu tadašnjeg krivičnog dela seksualne prinude i silovanja, dovoljno je da seksualni kontakt, koji se ostvari uz postojanje i drugih bitnih obeležja ovog krivičnog dela, bude i „sasvim kratkotrajan.”⁶⁴

Pored toga, što posebno ima značaja, kada se radi o „kratkotrajnom seksualnom kontaktu i za seksualna krivična dela važi opšte pravilo da samim tim što pristanak lica sa kojim se/u odnosu na kojeg se vrše seksualne radnje, isključuje postojanje krivičnog dela seksualnog prepada; seksualne prinude i silovanja, taj pristanak mora postojati sve vreme tokom vršenja seksualnih radnji. Naime, prethodno objašnjen osnov isključenja protivpravnosti (*Einwilligung*), koji se svodi na svojevoljnost/dobrovoljnost/pristanak, je uvek *opoziv* (*Widerruf*), što znači da akter seksualnog čina uvek tokom njegovog trajanja, zadržava pravo da „promeni volju”, te uskratiti sagla-

61 Ovo se samo donekle može poistovetiti sa *pristankom povređenog* kao jednim od osnova/razloga koji, iako nije striktno propisan u kao osnov isključenja protivpravnosti i samim tim postojanja krivičnog dela, u našem krivičnom pravu isključuje protivpravnost u određenim situacijama. Naime, svojevoljnost lica koje bi, da nije svojom voljom *odobrilo određene radnje* koje se vrše u odnosu na njega, a koje bi inače, bile radnje određenog krivičnog dela, bilo pasivni subjekt tog krivičnog dela (na primer, teške telesne povrede, do koje dođe prilikom nekog sportskog takmičenja, poput polomljene noge fudbalera, teškog potresa mozga kod boksera i sl.), je isto što i pristanak povređenog, onda kada je određena posledica na koju lice pristaje, po pravilu ishod radnje, koja je, protivpranog karaktera, poput teške telesne povrede.

Međutim, kod većine oblika seksualnog prepada, seksualne prinude i silovanja u nemačkom krivičnom pravu, kao i kada se radi o silovanju u našem krivičnom pravu, te većini krivičnih dela protiv polne slobode, ni nema neke posebne posledice u krivičnopravnom smislu, osim kada se radi o određenim težim oblicima koji su kvalifikovani nastupelom težom posledicom.

Takođe, radnje krivičnih dela protiv polne slobode, same po sebi, nisu protivpravne, tj. one ne predstavljaju radnje bilo kog krivičnog dela, ako su preduzete uz pristanak lica u pogledu kojih se preduzimaju, odnosno ukoliko su u pitanju konsensualne seksualne radnje. Zato se ne mogu potpuno poistovetiti ni odgovarajući termini, ali ni krivičnopravni instituti, koji se svode na *volju* lica koje bi inače bilo potencijalni pasivni subjekt, što se odnosi na svojevoljnost/odobravanje/pristanak u nemačkom krivičnom pravu (*Einwilligung*) i pristanak povređenog u našem krivičnom pravu.

62 U. Kindhäuser, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 8. Auflage, „Nomos”, Baden – Baden, 2017, str. 110.

63 G. Jakobs, *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Auflage, „Walter De Gruyter”, Berlin, New York, 1993, str. 434.

64 K. Leipold, M. Tsaimbikakisund, M. A. Zöller, *Anwalts Kommentar StGB*, „C. F. Müller”, Heidelberg, 2015, str. 1315.

snost, iz čega proizlazi da je „pristanak do samog konačnog izvršenja dela potpuno slobodno opoziv.”⁶⁵

Da bi se radilo o „pravno valjanom pristanku na seksualne radnje”, volja potencijalne „žrtve”, mora biti „slobodno formirana”, tj. mora postojati kako sloboda u formiranju volje (*Freiheit der Willensbildung*), tako i sloboda u izražavanju volje, koja podrazumeva mogućnost da se doneta odluka izrazi ili realizuje.⁶⁶ Ovo se u nemačkoj krivičnopravnoj teoriji (*Kindhäuser*), objašnjava sledećim primerom „samoisključenja volje žrtve”, delovanjem učinioca u pravcu „modifikovanja stvarne/prave volje”⁶⁷, za koji se ističe da predstavlja slučaj „samoisključenja volje žrtve”: „Y zavede Z., tako što joj stavi u izgled skupoceni poklon, ako uprkos njenoj stvarnoj volji, s njim stupi u polni odnos.”⁶⁸ Doduše, istini za volju, ovaj primer donekle asocira i na neku vrstu „ad hoc prostitucije” i svojevrsne „trgovine” po sistemu „do ut des”, te je veliko pitanje da li se tu, odnosno u takvom „školskom primeru”, zaista radi o nepostojanju volje „žrtve”, koja pristaje na seksualnu odnos za određenu naknadu u vidu „skupocenog poklona”, koji joj je „stavljene u izgled”.

Kao što je već prethodno objašnjeno, nekada postojeće krivično delo seksualne zloupotrebe lica koje je nesposobno za otpor (§179. StGB, koji je brisan novelama iz novembra 2016. godine), je „transformisano” u jednu od varijanti seksualnog napada; seksualne prinude; silovanja (§ 177 Absatz 2. Nr. 2. StGB), ali tako da je suština tog krivičnog dela u iskorišćavanju stanja lica koje je usled svog fizičkog ili psihičkog stanja, značajno ograničeno u formiranju ili izražavanju volje.

Sada je u kontekstu novog zakonskog rešenja u Nemačkoj „naglasak” na nesposobnosti/ograničenosti formiranja/izražavanja volje pasivnog subjekta, zahvaljujući čemu učinilac postiže „formalni pristanak pasivnog subjekta”, ili pasivni subjekat uopšte ni na koji način ni ne izražava volju, pa to iskorišćava učinilac. Više se dakle ne radi o *nesposobnosti/ograničenosti sposobnosti otpora*, već *nesposobnosti/ograničenosti sposobnosti formiranja/izražavanja volje* pasivnog subjekta. Takva nesposobnost pasivnog subjekta se temelji na istim/sličnim razlozima, koji u nemačkom krivičnom prvu postoje u odnosu na *nesposobnost snošenja krivice* određenih lica, gde spadaju određena *biološko-psihološka ograničenja*, poput duševnih smetnji, stanja drastične/patološke pospanosti, koja se u nemačkoj krivičnopravnoj teoriji objašnjava kao „opijenost usled pospanosti” (*Schlaftrunkenheit*), stanja teške aliholisanosti i sl., usled čega se dostiže određeni *psihološko-normativni* stepenik, da se konkretno lice smatra nesposobnim za snošenje krivice (*Schuldfähigkeit*). Suštinski se po istoj metodologiji ocenjuje da li konkretno lice nije posedovalo sposobnost pristanka svojom slobodnom voljom na seksualne radnje, odnosno da li se u konkretnom slučaju radilo o bitnoj ograničenosti takve sposobnosti/moći u smislu (§ 177 Absatz 2. Nr. 2. StGB).⁶⁹

65 U. Kindhäuser, (*Strafrecht – Allgemeiner Teil*), op. cit., str. 114.

66 *Ibid.*, str. 118.

67 Fall 4c u udžbeniku citiranog autora (U. Kindhäuser).

68 U. Kindhäuser, (*Strafrecht – Allgemeiner Teil*), op. cit., str. 118.

69 R. Rengier, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 10. Auflage, „C. H. Beck”, München, 2018, str. 232.

4.1. Pokušaj seksualnog napada, seksualne prinude i silovanja

Prema odredbi § 177 Abs. 3 StGB, *pokušaj krivičnog dela seksualnog napada, seksualne prinude i silovanja je kažnjiv*, iz čega proizlaze i mogućnost dobrovoljnog odustanka od ovog krivičnog dela, što je u nemačkoj krivičnopravnoj teoriji, kao i u sudskoj praksi u pogledu konkretnih slučajeva, nekada skopčano i sa složenim dogmatskih analizama, poput veoma interesantnog pitanja tzv. psihičke nemogućnosti učinioca da dovrši ovo krivično delo koje je započeo, kada je od posebnog značaja ocena da li je ta vrsta nemogućnosti objektivne ili lične prirode.

Iz pravila o kažnjivosti pokušaja seksualnog napada, seksualne prinude i silovanja (§ 177 Abs. 3 StGB), proizlazi i da je prema opštim pravilima (§ 24 StGB), moguć i dobrovoljni odustanak od ovog krivičnog dela. U nemačkoj krivičnopravnoj teoriji se kada je reč o silovanju, kao specifičan primer u vezi sa institutom dobrovoljnog odustanka od krivičnog dela, koristi slučaj nemogućnosti dovršenja započetog krivičnog dela (koje tako ostaje u pokušaju), usled toga što je učinilac bio u stanju *psihičke nemogućnosti (psychische Unmöglichkeit)*, da dovrši krivično delo, čije je izvršenje započeo. Radi se sledećem „školskom” primeru: „A napada prilazeći joj od nazad, ženu koja je na putu do kuće, da bi je silovao. Neposredno nakon što ju je odvuкао u žbunje i počeo da je skida, on primećuje da se radi o njegovoj dobroj poznanici, usled čega doživljava inhibiciju, te ženu ostavlja.”⁷⁰ U literaturi se ponekad ovo smatra slučajem osujećenja izvršenja („dokrajčenja”),⁷¹ krivičnog dela usled psihičkog stanja učinioca, koje predstavlja poseban slučaj „nemogućnosti dovršenja započetog/pokušanog krivičnog dela”, a u nemačkoj sudskoj praksi uglavnom nije prihvaćeno da se ovde radi o dobrovoljnom odustanku, već se smatra da učinilac odustaje od dovršenja krivičnog dela koje tako ostaje (samo) u pokušaju, „usled straha da će biti prijavljen i kažnjen.”⁷²

5. TEŽI OBLICI SEKSUALNOG NAPADA/PREPADA; SEKSUALNE PRINUDE I SILOVANJA

Prvi teži oblik krivičnog dela seksualnog napada/prepada; seksualne prinude i silovanja postoji kada učinilac iskorišćava nesposobnost pasivnog subjekta da formira (stvori) ili izrazi svoju volju kojom se protivi seksualnim radnjama, onda kada je takva nesposobnost rezultat bolesti ili invaliditeta žrtve.

70 S. Tofahrn, *Strafrecht – Allgemeiner Teil II – Unterlassungsdelikt, Versuch, Täterschaft und Teilnahme, Konkurrenzen*, 4. neu bearbeitete Auflage, „Verlag C.H. Beck”, München, 2017, str. 20.

71 Naime, u nemačkoj literaturi se često i bukvalno govori o krivičnom delu koje je „dokrajčeno” (*Beendigung*), onda kada su ostvarena sva njegova bitna obeležja, odnosno kada postoje svi kako objektivni, tako i subjektivni elementi sadržani u biću krivičnog dela. Ovo pitanje može biti od značaja i za momenat od kada počinje da teče rok zastarelosti krivičnog gonjenja, pa se u nemačkom KZ-u propisuje da ako posledica krivičnog dela, koja predstavlja njegovo bitno obeležje, odnosno spada u elemente bića krivičnog dela (*Tatbestand*), nastupi tek kasnije, rok zastarelosti krivičnog gonjenja počinje od trenutka kada je nastupila posledica (§ 78a StGB). Uporedi: M. Škulić, *Pravna priroda i krivičnopravni (materijalni i procesni) efekat zastarelosti krivičnog gonjenja – I deo*, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, broj 2/2016, Beograd, 2016, str. 18.

72 S. Tofahrn, *op. cit.*, str. 21.

Nesposobnost pasivnog subjekta se kada je reč o prvom težem obliku krivičnog dela seksualnog napada/prepada; seksualne prinude i silovanja, tiče volje pasivnog subjekta u dve alternativno propisane varijante, što ne isključuje i mogućnost da se u nekom konkretnom slučaju radi o kumulativnoj nesposobnosti kako stvaranja, tako i izražavanja volje pasivnog subjekta. Dakle, pasivni subjekat je nesposoban: 1) da stvori (formira) volju ili 2) da svoju volju izrazi, a takva volja mora biti relevantna, što znači da se isključivo mora ticati nepristajanja na odgovarajuću seksualnu radnju, čiji bi akter, bilo pasivan, bilo aktivan, bio sam pasivni subjekt.

Drugi teži oblik krivičnog dela seksualnog napada/prepada; seksualne prinude i silovanja, je u stvari, „klasična *prinuda* na seksualne radnje”. To znači da se relevantne seksualne radnje prema pasivnom subjektu, vrše tako što se žrtva prinudom (silom ili kvalifikovanom pretnjom), na takve seksualne radnje prinuđava.

Seksualna prinuda se u nemačkom krivičnom pravu oduvek smatra „posebnim slučajem prinude”, (*Spezialfall der Nötigung*) što znači da kada se radi o toj vrsti prinude, ona po osnovu specijaliteta isključuje postojanje opšteg krivičnog dela prinude (*Nötigung*).⁷³ Kada je reč o sili kao obliku prinude, ona i u ovom pogledu, kao i inače, može biti apsolutna ili kompulzivna. U nemačkoj krivičnopravnoj teoriji se problematika razlikovanja apsolutne i kompulzivne sile (*vis absoluta und vis compulsiva*), povezuje sa postojanjem ili nepostojanjem (nedostatkom) sposobnosti za preduzimanje radnje (*Handlungsfähigkeit und Fehlen der Handlungsfähigkeit*), koja ima odgovarajući „kvalitet” (*Handlungsqualität*).⁷⁴

Ovde treba imati u vidu s obzirom na postojanje posebno teškog slučaja silovanja (kod kojeg se u njegovom prvom vidu radi o obljudi i drugim radnjama „sličnim/upodobljenim” obljudi), da ni ovaj oblik ne predstavlja *klasično silovanje*, jer se on odnosi na druge relevantne seksualne radnje, a ne na obljudu i njoj „slične radnje”, što se posebno odnosi na „radnje prodiranja u telo žrtve”, što znači tzv. penetrirajuće radnje učinioca. Ovaj oblik postoji kada se radi o nekoj od sledećih opciono propisanih situacija:

1. kada je prema žrtvi primenjena sila;
2. kada je žrtvi prećeno neposrednom opasnošću po život ili telo, što znači stavljanjem žrtvi u izgled nastupanja takve opasnosti zahvaljujući delovanju učinioca;
3. kada učinilac iskorišćava položaj bespomoćnosti („nezaštićenosti”) žrtve usled čega je ona „prepuštena” učiniocu.

Položaj nezaštićenosti žrtve (*Die Lage des Opfers ist schutzlos,...*) postoji pre svega, kada „žrtva bez tuđe pomoći ne može izbeći delovanje učinioca, kao i onda kada ona na pomoć drugog lica, ne može uopšte da računa”.⁷⁵ Isključeno je postojanje

73 G. Küper und R. Börner, *Strafrecht – Besonderer Teil I – Straftaaten gegen der Rechtsgüter der Person und Gemeinschaft*, 4. Auflage, „Springer Verlag”, Berlin, 2017, str. 122.

74 J. Wessels und W. Beulke, *Strafrecht – Allgemeiner Teil – die Straftat und Ihr Aufbau*, 33, neu bearbeitete Auflage, „C.H.Müller”, Heidelberg, 2003, str. 33–34.

75 H. W. Laufhüte, R. R. van Saan und K. Tiedeman (Hrsg), deo koji je pisala T. Hörnle, *op. cit.*, str. 955.

položaja nezaštićenosti, „ukoliko je žrtva ili mogla sama da se odbrani od učinioca ili da pobjegne.”⁷⁶

U nemačkoj krivičnopravnoj teoriji se ističe da neposredna opasnost po život ili telo žrtve postoji kako onda kada je pasivnom subjektu neposredno zaprećeno napadom na život ili telo, što predstavlja slučaj „izričite pretnje” tako i onda kada se radi o „konkludentnoj pretnji”, a to je kada iz prethodne primene sile ili pretnje od strane učinioca, proizlazi postojanje neposredne opasnosti po život ili telo žrtve.⁷⁷ Postojeće ovaj teži oblik krivičnog dela seksualnog napada/prepada; seksualne prinude i silovanja i onda kada je korišćena prinuda, a pre svega sila, „u situaciji u kojoj učiniocu nije bila prepoznatljiva volja žrtve.”⁷⁸

Kada se radi o težem obliku krivičnog dela seksualnog napada/prepada; seksualne prinude i silovanja iz §177. Abs. 5 StGB, koji obuhvata pretnju kao oblik prinude, ona mora biti *kvalifikovana* (isto kao i kada je osnovni oblik seksualne prinude i silovanja bio definisan kao „prinuda na seksualne radnje”), tako da se takva pretnja isključivo odnosi na život ili telo žrtve.⁷⁹

Treći teži oblik krivičnog dela seksualnog napada/prepada; seksualne prinude i silovanja se u Kaznenom zakoniku Nemačke (§177. Abs. 6), označava kao *posebno težak slučaj* ovog krivičnog dela i on postoji „po pravilu”⁸⁰ u dve alternativno propisane situacije:

1. kada je učinilac prema žrtvi izvršio obljubu ili žrtvu naveo da izvrši obljubu prema njemu, ili je učinilac prema žrtvi izvršio druge obljubi slične seksualne radnje, odnosno žrtvu naveo da u odnosu na njega preduzme druge obljubi slične seksualne radnje, koje su ponižavajuće, a posebno kada su povezane sa prodiranjem u telo (silovanje) ili
2. kada je više učinilaca zajednički izvršilo delo, kada se radi o saizvršiocima koji „ostvarujući vlast nad delom, zajednički učestvuju u njegovom izvršenju.”⁸¹

Četvrti teži oblik krivičnog dela seksualnog napada/prepada; seksualne prinude i silovanja, predstavlja *drugi naročito težak slučaj* ovog krivičnog dela i on postoji kada se radi o nekoj od sledećih opciono propisanih situacija:

- 1) kada učinilac ima pri sebi oružje ili kakvo drugo opasno oruđe;
- 2) kada učinilac pri sebi ima uređaj ili sredstvo koji su podobni da drugo lice silom ili pretnjom primenom sile, osujete ili otpor prevladaju;

76 *Ibidem*.

77 B. Rüdiger-Sonnen, *op. cit.*, str. 69–70.

78 U. Kindhäuser, *op. cit.*, str. 190.

79 K. Leipold, M. Tsaimbikakis und M. A. Zöller, *op. cit.*, str. 1313.

80 Sam nemački zakonodavac ovde (§177. Abs. 6. StGB), bukvalno koristi izraz „po pravilu” („Ein besonders schwerer Fall liegt in der *Regel* vor..”), što je prilično slaba pravno-tehnička formula-cija, koja već na prvi pogled, izaziva ozbiljnu sumnju u pogledu njenog odnosa sa *lex stricta* i *lex certa* elementima načela zakonitosti.

81 U. Kindhäuser, *Strafgesetzbuch – Lehr- und Praxiskommentar*, 7. völlig neubearbeitete Auflage, „Nomos”, Baden – Baden, 2017, str. 730–731.

- 3) kada je žrtva usled dela učinioca dovedena u opasnost od teškog oštećenja zdravlja.

Peti teži oblik krivičnog dela seksualnog napada/prepada; seksualne prinude i silovanja je treći naročito težak slučaj, koji predstavlja *najteži oblik* ovog krivičnog dela, a on postoji u dve alternativno propisane situacije:

- 1) kada je učinilac upotrebio oružje ili neko drugo opasno oruđe, ili
- 2) kada je žrtva prilikom izvršenja dela telesno zlostavljana ili je život žrtve izvršenjem dela doveden u opasnost.

Svi osnovni i teži oblici krivičnog dela seksualnog prepada/napada, seksualne prinude i silovanja su umišljajnog karaktera, što znači da je „umišljaj učinioca bitno obeležje subjektivnog bića krivičnog dela seksualnog prepada, seksualne prinude i silovanja, po pravilu kao, *dolus directus*, a u obzir u nekim varijantama dolazi i *dolus eventualis*.⁸²

Kako nijedan teži oblik, kao ni posebno teški slučajevi seksualnog napada/prepada, seksualne prinude i silovanja u nemačkom Kaznenom zakoniku nisu kvalifikovani težom posledicom, kada bi morao postojati „nehat učinioca” u odnosu na nastupelu težu posledicu, ako učinilac prozrokuje neku težu posledicu poput teške telesne povrede i sl., odgovarao bi u sticaju sa seksualnim krivičnim delom iz § 177 StGB i za to krivično delo čije je bitno obeležje takva posledica. Ovde treba imati u vidu i da je u nemačkoj sudskoj praksi, što je utemeljeno na vladajućem teorijskom stavu, prihvaćeno stanovište da kada učinilac u pogledu moguće posledice svog krivičnog dela ispoljava ravnodušnost (*Gleichgültigkeit*), treba smatrati da se on saglašava sa takvom posledicom svog krivičnog dela.⁸³

Kada je reč o većini kvalifikatornih okolnosti kod težih oblika krivičnog dela seksualnog napada/prepada, seksualne prinude i silovanja, one po logici stvari, moraju biti obuhvaćene umišljajem učinioca, kao na primer, kada učinilac poseduje oružje ili opasno oruđe, vrši delo na naročito ponižavajući način itd. U pogledu onih okolnosti koje se svode na *prouzrokovanje relevantne opasnosti za pasivnog subjekta*, što znači dovođenje žrtve izvršenjem krivičnog dela u opasnost po teško oštećenje zdravlja ili u opasnost od nastupanja smrti, mora postojati „bar nehat” kod učinioca, što znači da on u odnosu na takve okolnosti, može postupati bilo sa umišljajem, bilo iz nehata.

Ako bi izvršilac umišljajno ili iz nehata, ako se radi o krivičnom delu koje se može izvršiti i iz nehata, prouzrokovao krivičnopravno relevantnu težu posledicu pasivnom subjektu, tada bi dakle, postojalo u sticaju kako seksualni prepad, prinuda i silovanje, tako i to drugo krivično delo učinjeno sa umišljajem ili iz nehata. I inače, u nemačkom krivičnom pravu važi pravilo da kada se radi o krivičnim delima koja se temelje na težini posledice dela (*Schwere des Taterfolgs*), kod učinioca mora postojati najmanje/bar nehat (*Fahllässigkeit*).⁸⁴ Ovo proizlazi iz principa krivice, za koji

82 H. Satzger, W. Schluckebier, mit Widmeier, *op. cit.*, str. 1167.

83 K. Lackner und K. Kühl (deo koji je pisao Hager), *StGB – Kommentar*, 29. Auflage, „C. H. Beck”, München, 2018, str. 142.

84 J. Kessels, M. Hettinger und A. Engländer, *Strafrecht – Besonderer Teil 1 – Straftaten gegen Persönlichkeit- und Gemeinschaftswerte*, 41. Auflage, „C. F. Müller”, Heidelberg, 2017, str. 93–95.

se u nemačkoj krivičnopravnoj teoriji ističe da savremeno krivično pravo na njemu počiva.⁸⁵ Kada je reč o svakoj konkretnoj inkriminaciji u nemačkom krivičnom pravu podrazumeva se da biće krivičnog dela sadrži određena objektivna i određena subjektivna obeležja. Kada se radi o silovanju i drugim seksualnim krivičnim delima, ona su isključivo umišljajnog karaktera, a neki njihovi teži oblici, zahtevaju da je u odnosu na relevantnu okolnost, koja je kvalifikatornog karaktera, učinilac postupao sa nehatom, što se u relevantnim odredbama nemačkog KZ-a, najčešće označava kao postupanje „bar lakomisleno”.

I kada je reč o silovanju, kao i drugim krivičnim delima protiv prava na seksualno samoopredeljenje, u nemačkom krivičnom pravu, važi pravilo da postojanje obeležja krivičnog dela utvrđenih zakonom, kao i protivpravnosti, mora biti skopčano i sa postojanjem skrivljenosti, da bi se za takvo delo učinilac mogao smatrati odgovornim, što „kako se to uglavnom objašnjava”, znači da se učinioocu za njegovo delo može „prebaciti” ili „prigovoriti”, a „pretpostavke za to su da je on sposoban da snosi krivicu, te da ne postoje okolnosti koje bi predstavljale „izvinjavajuće osnove”, kao što su to na primer, neotklonjiva pravna zabluda ili izvinjavajuća krajnja nužda”.⁸⁶ U daljem tekstu će se posebno objasniti jedno sasvim novo „adheziono” seksualno krivično delo u nemačkom krivičnom zakonodavstvu (seksualna krivična dela učinjena iz grupe), kod kojeg je nemački zakonodavac u bitnoj meri doveo u pitanje takve zahteve načela krivice, jer se učinioocu „prigovara” za krivično delo koje nije sam učinio, već ga je na određeni način stimulisao, delujući „iz relevantne grupe”, odnosno u okviru nje.

Čini se da je nemački zakonodavac novelama iz novembra 2016. godine u odnosu na osnovno krivično delo silovanja, preterao sa kazuističkim pristupom, inače više svojstvenom anglosaksonskom, a posebno američkom krivičnom pravu. Ne samo što je silovanje utopljeno u jedno prilično opšte kompleksno krivično delo, čiji je prvi osnovni oblik nedobrovoljan seksualni odnos, koji pri tom uopšte ne podrazumeva da se mora sastojati u obljudi i njoj „sličnim” radnjama, već postoji i čitav niz drugih oblika ovog „opšteg krivičnog dela”, za koje nije sasvim izvesno da su uopšte morali biti tako konstruisani, tj. da je zaista bilo neophodno da se ispolji tako izraziti kazuistički manir.

Pored toga, kod definicije oblika krivičnog dela iz §177. Abs. 6. StGB, koji u jednoj varijanti predstavlja „pravo/klasično” silovanje, nemački zakonodavac kao radnju izvršenja definiše alternativno *obljudu* i *druge seksualne radnje koje su slične obljudi*, što ne samo da je pravno-tehnički prilično slaba formulacija, već je ona poprilično zašla „u polje analogije”, zabranjene načelom zakonitosti, kada je reč o stvaranju inkriminacija. Za načelo zakonitosti se i inače, ističe da je „od centralnog značaja u krivičnom pravu, kada se radi o tumačenju normi.”⁸⁷ U samoj relevantnoj

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

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

87 N. Nestler, *Die Auslegung von Straftatbeständen: Auslegungsmethoden und Methodik der Auslegung*, „Juristische Ausbildung”, 6/2018, „De Gruyter”, Berlin, 2018, str. 569.

normi iz nemačkog KZ-a (§177. Abs. 6. StGB), se čak kao nekakav „pojašnjavajući elemenat” norme, koristi i izraz da se relevantnim seksualnim radnjama kod ovog oblika krivičnog dela, smatraju „posebno kada su *te radnje povezane sa prodiranjem u telo*”, što je vrlo čudna formulacija, jer iz nje proizlazi da radnja „slična obljubi” i ne mora biti seksualna radnja koja podrazumeva prodiranje u telo (oralni ili analni seksualni odnos), već i neka druga seksualna radnja, što onda izaziva problem odnosa ovog (jednog od težih oblika krivičnog dela iz §177. Abs. 6. StGB), sa drugim oblicima krivičnog dela seksualnog prepada; seksualne prinude i silovanja, kod kojih se svakako radi o *seksualnim radnjama, koje ne podrazumevaju prodiranje u telo*.

6. SEKSUALNI NAPAD/PREPAD, SEKSUALNA PRINUDA I SILOVANJE SA SMRTNIM ISHODOM

Kada usled izvršenog tzv. kapitalnog krivičnog dela protiv seksualnog samoopredeljenja (seksualni napad, seksualna prinuda i silovanja), nastupi smrt pasivnog subjekta, u pravno-tehničkom smislu se u nemačkom krivičnom zakonodavstvu ne radi o težem obliku krivičnog dela propisanog u §177. StGB, već tada postoji posebno krivično delo seksualnog napada/prepada, seksualne prinude i silovanja sa smrtnim ishodom.

Krivično delo seksualnog napada/prepada, seksualne prinude i silovanja sa smrtnim ishodom je propisano u §178 StGB i njime se praktično formuliše najteži oblik seksualnog napada/prepada, seksualne prinude i silovanja iz §177. StGB.

Krivično delo seksualne napada, prinude i silovanja sa smrtnim ishodom (§178. StGB), postoji kada učinilac koji je preduzeo seksualni napad/prepad, seksualnu prinudu ili silovanje (krivično delo propisano u §177. StGB), postupajući bar lakomisljeno (što znači nehatno, bilo da se radi o svesnom ili nesvesnom nehatu), prouzrokuje smrt žrtve.

7. PRIMERI NEKOLIKO „ŠKOLSKIH” VARIJANTI SEKSUALNOG NAPADA/PREPADA, SEKSUALNE PRINUDE I SILOVANJA U SKLADU SA NAČELOM „NE ZNAČI NE”

Novelama nemačkog KZ-a iz novembra 2016. godine, krivično delo silovanja (seksualni prepad/napad, seksualna prinuda; silovanje), je značajno redefinisano, tako da sada „naglasak” u zakonskoj definiciji uopšte nije na primeni prinude, već je „težište” ove inkriminacije, koja je sada prilično kompleksno definisana, na (ne)postojanju volje pasivnog subjekta na seksualne radnje (seksualni odnos), što se može ilustrovati sa nekoliko tipičnih „školskih/udžbeničkih” varijanti,⁸⁸ kao što je to inače

88 U tzv. informacionom papiru (*Informationspapier*), određenih nemačkih feminističkih organizacija „BFF” (*Bundesverband Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe / Frauen gegen Gewalt e.V. Federal Association of Woman’s Counselling and Rape Crisis Centries*), navodi se: „BFF i druge feministički i u pravcu zaštite ljudskih prava orijentisanih organizacija su već dugo kritikovale

i (u)činjeno u Nemačkoj tokom javne rasprave o osnovnoj sadržini najvažnijih novela u odnosu na seksualna krivična dela, u vreme kada su one tek bile planirane, kao i nakon njihovog usvajanja, te stupanja na pravnu snagu.

Prvi primer,⁸⁹ se odnosi na prvi osnovni oblik krivičnog dela seksualnog napada/prepada, prinude, silovanja iz § 177 Abs. 1 StGB, kada je suština u seksualnim radnjama na koje pasivni subjekt ne pristaje, odnosno voljno ih odbija, a pri tom nije došlo do primene bilo kog oblika prinude, jer bi se tada radilo o težem obliku ovog krivičnog dela, dok se ostali primeri tiču drugih varijanti krivičnog dela seksualnog napada, seksualne prinude i silovanja, odnosno težih oblika i posebno teških slučajeva, kao i jednog privilegovanog oblika ovog krivičnog dela.

Ovaj primer se odnosi na osnovnu formulaciju krivičnog dela seksualnog napada/prepada, prinude, silovanja, sadržanu u § 177 Abs. 1 StGB. Sadržaj ovih odredbi je:

Ko suprotno prepoznatljivoj volji drugog lica izvrši seksualne radnje nad tim licem ili ga navede da nad njim izvrši takve radnje, ili drugo lice prinudi na preduzimanje seksualnih radnji nad trećim licima ili trpljenje takvih radnji od strane njih, kazniće se kaznom lišenja slobode od šest meseci do pet godina.

Situacija	Kažnjivost
O. i T. Odlaze zajedno u stan T. Tamo se ljube uz obostrani pristanak. O. ne želi dalje seksualne radnje i to kaže T-u. Ovaj je razumeo šta mu je O. rekla, ali uprkos tome skida O. i dodiruje je po celom telu. Ona se ne brani, ali i dalje pokazuje da ne želi seksualne radnje.	T. je izvršio osnovni oblik seksualnog napada/prepada, prinude, silovanja iz § 177 Abs. 1 StGB, bez obzira što se O. nije branila, niti je napustila stan niti je vrištala i sl.

U sledećim primerima se radi o slučaju/slučajevima kada učinilac zna kakva je volja pasivnog subjekta, ali on koristeći različite okolnosti/situacije/načine, vrši seksualne radnje protivno volji žrtve, odnosno nezavisno od volje pasivnog subjekta.

Br.	Situacija	Kažnjivost (<i>Strafbarkeit</i>) /krivičnopravna kvalifikacija
1.	O. i T. odlaze zajedno u stan koji pripada T. Spavaju jedan pored drugog na madracu, pri čemu ne vrše bilo koje seksualne radnje jedan prema drugom, a O. nije rekla T-u, da bi rado sa njom imala seksualni odnos. O. je zaspala, te se probudila, kada je osetila da T. dodiruje njene „stidne usne” (manipuliše njima).	T. je u smislu § 177 Abs 2., br. 1 StGB, izvršio krivično delo (drugi osnovni oblik seksualnog prepada, seksualne prinude; silovanja).

formulacije nemačkog krivičnog prava. Prošlo je mnogo godina pre nego što je zahtev jednog „ne znači ne zakona”, shvaćen ozbiljno od strane nemačkog Bundestaga.” Grupa autora: *Der Paradigmenwechsel im Sexualstrafrecht: Nein heißt tjezt Nein – eine Erläuterung des neuen Sexualstrafrechts*,” BFF”, Berlin, Juli 2017, str. 2.

89 *Ibid.*, str. 8.

Br.	Situacija	Kažnjivost (<i>Strafbarkeit</i>) /krivičnopravna kvalifikacija
2.	O. je uzela hemijsko sredstvo koje potpuno onesposobljuje („K.O.” ⁹⁰ kapi”). ⁹¹ T. primećuje da O. nije pri sebi i preduzima seksualne radnje na njoj.	T. je u smislu § 177 Abs 2. StGB, br. 1 izvršio krivično delo (drugi osnovni oblik seksualnog prepada, seksualne prinude; silovanja).
3.	O. je u značajnom stepenu duševno zaostala. T., koji nije duševno zaostao, upoznaje O. i pri tom zna da je O. duševno zaostala. On želi da u odnosu na O. preduzme seksualne radnje, ali ne zna da li O. razume šta on želi. Konačno, T. to oceni kao nebitno, te preduzme seksualne radnje prema O.	T. je u smislu § 177 Abs 2 br. 2 StGB, izvršio krivično delo (drugi osnovni oblik seksualnog prepada, seksualne prinude; silovanja).
4.	O. i T. se nalaze u stanu koji pripada T. Kada se T. nagla da bi uzela nešto iz frižidera, T. je hvata između nogu.	T. je u smislu § 177 Abs 2 br. 3 StGB, izvršio krivično delo (drugi osnovni oblik seksualnog prepada, seksualne prinude; silovanja).
5.	O. se vozi podzemnom železnicom. Njoj potpuno nepoznato lice T. ulazi u vagon i iznenada je ispod suknje hvata za stidne usne.	T. je u smislu § 177 Abs 2 br. 3 StGB, izvršio krivično delo (drugi osnovni oblik seksualnog prepada, seksualne prinude; silovanja).

90 Radi se o specifičnim hemijsko-farmakološkim sredstvima, odnosno psihoaktivnim supstancama koje žrtvu potpuno ili u bitnoj meri onesposobljuju, tako što je žestoko ošamućuju i potpuno, odnosno u značajnoj meri otupljuju. Kada je reč o nekim od takvih sredstava, žrtva je u specifičnom polusvesnom stanju, pa čak i u „komatoznom” stanju, poput stanja teškog pijanstva, nesposobna za bilo kakav i iole delotvoran otpor, najčešće je otežana i njena sposobnost komunikacije, a pri tom, čak kasnije kada prođe dejstvo nekih od tih medikamenta, odnosno nakon sna u koji žrtva vremenom upada, ona se budi potpuno nesvesna onoga što je doživela ili u sećanju ima samo određene nepovezane „sekvence” seksualnog čina kojom je bila izložena, odnosno samo pojedine delove drugih dešavanja, čiji je nevoljni akter bila pod uticajem hemijskog sredstva. Takvo dejstvo ovih sredstava je izuzetno „pogodno” za učinioca, jer veoma otežava otkrivanje i dokazivanje krivičnog dela, pošto žrtva najčešće i nije sasvim sigurna da je zaista bila pasivni subjekt konkretnog seksualnog krivičnog dela, niti šta joj se sve dešavalo, a i kada to nekako i „otkrije” (često i kroz tzv. flaš-bekove), ili bar pretpostavi da je bila žrtva silovanja, samo stanje nesvesti ili polusvesti, u kojem je bila, kao i protek vremena, značajno otežavaju dokazivanje u konkretnim situacijama.

Ovi medikamenti, poznati pod žargonskim nazivom „K.O. kapi”, se stoga i označavaju kao *droge za silovanje* (*Date-Rape-Drogs Rape-Drogen, Vergewaltigungsdrogen*) U takva sredstva spadaju: Benzodiazepine, Flunitrazepam, Temazepam, Antihistaminika (Histamin-Rezeptorblocker ili Histamin-Rezeptorantagonisten), Hydroxybutanska kiselina itd. Sam naziv „K.O kapi”, potiče od engleske žargonske složenice *knock-out*, što veoma ilustrativno opisuje stanje žrtve, koja je usled delovanja takvog sredstva praktično „nokautirana”.

91 Iako to nije striktno naglašeno, u ovom primeru je sredstvo za onesposobljavanje, pasivni subjekat uzeo *sam*, tj. *svojevoljno*, ili je do toga došlo sasvim slučajno, što znači nezavisno od delovanja budućeg učinioca, pa onda učinilac praktično „samo” iskorišćava takvu (samo)onesposobljenost žrtve, a da je obrnuto (kao što je to u praksi, daleko češće), učinilac žrtvi sam

Br.	Situacija	Kažnjivost (<i>Strafbarkeit</i>) /krivičnopravna kvalifikacija
6.	O. i T. žive zajedno. T. stalno udara O. nezavisno od bilo kakvog povoda. Kada T. želi da ima seksualni odnos sa O., ona uvek na to pristaje, jer uvek smatra da će T. ponovo biti nasilan, iako u konkretnom momentu on njoj ne pretil. T. je svestan da zahvaljujući tome O. pristaje na seksualni odnos sa njim.	T. je u smislu § 177 Abs 2 br. 4 StGB, izvršio krivično delo (drugi osnovni oblik seksualnog prepada, seksualne prinude; silovanja).
7.	T. pretil O. da će njenu mačku baciti kroz prozor ⁹² , ako O. ne pristane na seksualne radnje sa njim. Da bi spasila svoju mačku, O. pristaje na seksualne radnje.	T. je u smislu § 177 Abs 2 br. 4 StGB, izvršio krivično delo (drugi osnovni oblik seksualnog prepada, seksualne prinude; silovanja).
8.	T. pretil O. ⁹³ koja želi da se od njega rastane, da će se postarati kod Ureda za strance da je protjeraju iz zemlje ukoliko ne pristane na seksualne radnje sa njim. Stoga O. pristaje na seksualne radnje.	T. je u smislu § 177 Abs 2 br. 4 StGB, izvršio krivično delo (drugi osnovni oblik seksualnog prepada, seksualne prinude; silovanja).

dao takvo sredstvo, tako što bi je na primer, naveo da popije piće u koje je on prethodno bez saznanja žrtve o tome, sipao tzv. K.O kapi, tada bi se u stvari, radilo o primeni odgovarajuće sile od strane učinioca i to sile, koja bi s obzirom na dejstvo „K.O. kapi”, bila apsolutna, što bi, kada se radi o nemačkom KZ-u, vodilo težoj pravnoj kvalifikaciji konkretnog krivičnog dela, tj. tada bi bio u pitanju jedan od težih oblika seksualnog napada, seksualne prinude i silovanja (§ 177 Abs. 5 StGB).

- 92 U originalnom tekstu ovog primera spominje se samo pretnja bacanjem mačke kroz prozor („T. droht O. damit ihre Katze aus dem Fenster zu werfen... „), ali se pri tom ne označava da li bi takvo bacanje mačke kroz prozor verovatno ili čak izvesno, po nju bilo kobno, kao kada bi se radilo o prozoru stana na nekom visokom spratu, tako da bi mačka usled bacanja kroz prozor, svakako bila ubijena ili teško povredena, kada bi se po pravilu, sa stanovišta vlasnice mačke, radilo o pretnji značajnim/osetnim zlom.

S druge strane, ovde bi, a posebno u kontekstu nove „filozofije” krivičnopravnog regulisanja silovanja u Nemačkoj, trebalo imati u vidu da za O. može biti osetno/značajno zlo i ukoliko bi njena mačka bila (iz)bačena kroz prozor sa relativno male visine koja stoga, uopšte ne podrazumeva da će mačka smrtno nastradati ili biti povredena, ili je čak sigurno da do takvih posledica ne može da dođe, ali da bi u takvom slučaju njena mačka potencijalno bila izgubljena, ili bi se potencijalno našla u ozbiljnoj opasnosti, kao na primer, kada se radi o mački koja ne napušta stan u kojem živi, te nije navikla da se slobodno kreće na otvorenom prostoru. To znači da bi u slučaju izbacivanja takve mačke iz stana, ona bila vrlo verovatno izložena opasnostima na koje inače nije navikla, poput saobraćaja, drugih životinja na ulici i sl., ali bi tada pri tom, postojala i realna verovatnoća da se mačka uopšte ni ne vrati u stan, što znači da bi u takvom slučaju postojala i realna mogućnost da se mačka izgubi, odnosno da O. ostane bez svog kućnog ljubimca, što bi za nju očigledno predstavljalo „značajno zlo”, a to je jedan od bitnih elemenata krivičnog dela iz § 177 Abs 2 br. 4 StGB.

- 93 Iako se to u tekstu ne naglašava, pasivni subjekt O. je u ovom slučaju lice kojem potencijalno pretili proterivanje iz Nemačke po nekom pravnom osnovu, kao kada se radi o osobi kojoj je istekla boravišna viza, licu kojem je odbijen zahtev za davanje azila i sl.

8. SEKSUALNO UZNEMIRAVANJE U NEMAČKOM KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU

Krivično delo seksualnog uznemiravanja je propisano u §184 i. StGB. Ovo krivično delo, iako po nazivu (*Sexuelle Belästigung*),⁹⁴ na prvi pogled „odgovara” krivičnom delu polnog uznemiravanja u našem zakonodavstvu, odnosno „asocira” na to „novo” krivično delo, ipak nije u stvari, u većoj meri slično toj inkriminaciji iz Krivičnog zakonika Srbije, već bi pre moglo da se smatra sličnim krivičnom delu nedozvoljenih polnih radnje, koje odavno postoji u krivičnom zakonodavstvu Srbije, decenijama pod nazivom „bludne radnje”, a koje je „preimenovano” u nedozvoljene polne radnje u sada važećem Krivičnom zakoniku iz 2005. godine, čija je primena započela 2006. godine.

Naime, većina radnji i oblika onog ponašanja koje se u srpskom krivičnom pravu smatra polnim uznemiravanjem, bi se u nemačkom krivičnom pravu, te prema stanovištima prakse nemačkih krivičnih sudova, svela na krivično delo uvrede, koje su praksi označava kao „seksualna uvreda”, koja se može izvršiti kako verbalno, tako i neverbalno (*verbalen wie nonverbalen Handlungen*).⁹⁵

Krivično delo seksualnog uznemiravanja je, isto kao što je to bio razlog i za značajno redefinisane silovanja (seksualni napad, seksualna prinuda i silovanje), u nemačko krivično zakonodavstvo uneto nakon jedne žestoke kampanje u javnosti pod nazivom „ne znači ne” (*Nein heißt Nein*),⁹⁶ što je već objašnjeno u prethodnom tekstu, a kojom se određenim argumentima, a često i u okviru čitavih „medijskih akcija”, ukazivalo da u nemačkom krivičnom zakonodavstvu kada je reč o seksualnim krivičnim delima postoje određene „rupe u zaštiti”, odnosno pravne praznine.

Kada se zna izvesna „(pred)istorija” ove nove inkriminacije u nemačkom krivičnom zakonodavstvu, onda se lako može zaključiti da je ovo krivično delo na brzinu uneto u Krivični/Kazneni zakonik Nemačke, onda kada se nemačka javnost jako uznemirila zbog nekoliko slučajeva seksualnog nasilja nad ženama/uznemiravanja žena od strane migranata. Tu je posebno bio upadljiv slučaj takvog uznemiravanja nepristojnim dodirivanjem po intimnim delovima tela, pre svega, grudima, genitalijama, butinama i zadnjici, većeg broja žena prilikom javne proslave Nove Godine (31. decembar 2015/1. januar 2016. godine.), u Kelnu, kada se veći broj migranata, od kojih je veliki deo bio pod uticajem alkohola, koristeći gužvu na ulicama i trgovima Kelna, upustio u jedno masovno „nepriстойno dodirivanje i pipkanje” žena.

Krivično delo seksualnog uznemiravanja se po pravilu goni po predlogu oštećenog, ali je po izuzetku, moguće oficijelno krivično gonjenje iz određenih razloga i nezavisno od postojanja predloga oštećenog koji je inače *condicio sine qua non* za krivično gonjenje, te sam po sebi predstavlja uslov da bi državni tužilac mogao da

94 Sam izraz na nemačkom jeziku – *Belästigung* bi se na srpski teško mogao prevesti drugačije, te se čini da je najadekvatniji prevod – „uznemiravanje”, „maltretiranje”, ili „prijčinjavanje neprijatnosti”.

95 R. Schmidt und K. Priebe, *Strafrecht – Besonderer Teil I – Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit*, 4. Auflage, „Verlag Dr. Rolf Schmidt”, Bremen/Berlin, 2005, str. 269–270.

96 Konačno unošenje krivičnog dela polnog uznemiravanja, pobornici proširene zaštite prava na seksualno samoopredeljenje su doživeli kao usvajanje ovog stava od strane nemačkog zakonodavca, što se objašnjavalo time da je „Bundestag „usidrio” načelo *ne znači ne*. (*Bundestag verankert den Grundsatz „Nein heißt Nein”*).

goni za takvo krivično delo. Naime, delo iz §184 i. StGB se goni samo na predlog oštećenog, osim ako organ gonjenja, a to je državni tužilac, zbog posebnog javnog interesa za gonjenjem smatra intervenciju po službenoj dužnosti neophodnom. To znači da krivično delo seksualnog uznemiravanja spada u tzv. relativne delikte koji se gone *po predlogu*, jer oštećeni, odnosno lice koje se smatra „pogođenim” ovim krivičnim delom (*betroffene Person*), može u roku od tri meseca podneti predlog državnom tužiocu za krivično gonjenje, te u toku celokupnog toka kasnijeg krivičnog postupka, on može i odustati od tog predloga, koji predstavlja u takvom slučaju *condicio sine qua non* za krivično gonjenje.⁹⁷

Predlog oštećenog se u nemačkoj krivičnoprocesnoj teoriji objašnjava kao svojevrsni „zahtev za kažnjavanjem” i smatra se „bitnom procesnom pretpostavkom.”⁹⁸ Ovo je skopčano sa nekim opštim krivičnoprocesnim utemeljenjem davanja takvog posebnog značaja volji/intenciji oštećenog u odnosu na moguće krivično gonjenje, kada su predmet krivičnog postupka krivična dela za koja se goni po predlogu oštećenog. Naime, iako oštećeni nije ovlašćeni tužilac, on ima pravo raspolaganja tužbenim zahtevom državnog tužioca, jer bez njegovog predloga, postupak ne može započeti, te ako u bilo kojoj fazi postupka on povuče svoj predlog, takva „negativna inicijativa” oštećenog predstavlja razlog za okončanje postupka, iz čega proizlazi da ovakav oštećeni ima svojstvo svojevrsnog *dominus-a litus-a*.⁹⁹

Međutim, kada je reč o krivičnom delu seksualnog uznemiravanja u nemačkom krivičnopravnom sistemu, državni tužilac može i po sopstvenoj inicijativi, ako smatra to potrebno radi zaštite javnih interesa,¹⁰⁰ i mimo volje oštećenog, te i bez postojanja predloga za krivično gonjenje, da krivično goni okrivljenog za seksualno uznemiravanje, što predstavlja izuzetak u odnosu na „klasičan mehanizam” krivičnog gonjenja po predlogu, te vid davanja izvesne „prevage” javnom interesu u odnosu na volju samog oštećenog. Ovo je skopčano sa prirodom ovog krivičnog dela protiv seksualnog samoopredeljenja, koje iako pretežno povređuje neposredno oštećenog, u nekim situacijama po oceni državnog tužioca, ima takav opšti/javni značaj, da je krivično gonjenje ipak neophodno, bez obzira što inače, ne postoji neophodna inicijativa oštećenog, tj. predlog oštećenog koji je po pravilu, *condicio sine qua non* za krivično gonjenje u pogledu konkretnog krivičnog dela seksualnog uznemiravanja. Naime, ovo krivično delo u nemačkoj krivičnoprocesnoj teoriji, spada u „relativna” krivična dela (*relative Antragsdelikte*), kod kojih po izuzetku predlog oštećenog za krivično gonjenje nije neophodan, ukoliko državni tužilac oceni da postoji javni interes za krivičnim gonjenjem u konkretnom slučaju, za razliku od „čistih krivičnih dela” za koja se goni po predlogu oštećenog” (*reine Antragsdelikte*), u pogledu kojih

97 Više o krivičnom gonjenju po predlogu u nemačkom krivičnom postupku: C. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 25. Auflage, „Verlag C. H. Beck”, München, 1998, str. 80–81.

98 G. Pfeiffer (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, Verlag C. H. Beck, München, 2003, str. 1937.

99 M. Škulić, *Krivično procesno pravo*, 10. izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2018, str. 118.

100 Smatra se da bi takav javni interes na primer, postojao ukoliko se radi o nekom posebnom slučaju gde između učinioca i žrtve postoji određeni odnos zavisnosti, naročito ukoliko se radi o odnosu između radnika/zaposlenog i poslodavca, kada seksualno uznemiravanje predstavlja oblik tzv. mobinga.

se nikada ne može krivično goniti, ukoliko ne postoji predlog oštećenog, kao što je to na primer, slučaj sa krivičnim delom remećenja kućnog mira (*Hausfriedensbruch* – § 123. StGB), ili krađe izvršene od strane člana porodice (*Familiendiebstahl* – § 247 StGB) itd.¹⁰¹

Krivično delo seksualnog uznemiravanja ima dva oblika, od kojih je jedan teži, te se u Kaznenom zakoniku Nemačke i definiše kao „posebno težak slučaj seksualnog uznemiravanja”.

8.1. Osnovni oblik seksualnog uznemiravanja

Seksualno uznemiravanje postoji kada učinilac drugo lice na seksualno određeni način, telesno dodiruje i na taj način uznemirava, pri čemu ovo krivično delo ima supsidijarni karakter (*zakonski supsidijaritet*), jer ono postoji i učinilac se za njega kažnjava, samo kada radnjom izvršenja nije ostvario obeležja nekog drugog krivičnog dela koje je zaprećeno težom kaznom.

8.2. Posebno težak slučaj seksualnog uznemiravanja

Posebno težak slučaj seksualnog uznemiravanja postoji „po pravilu”, kada se seksualno uznemiravanje izvrši zajednički od strane više lica. Ovde nemački zakonodavac na jedan prilično *neobičan način* definiše ovaj „teži oblik” seksualnog uznemiravanja, odnosno posebno težak slučaj ovog krivičnog dela, jer koristi formulaciju da će se onda kada više lica zajednički učestvuju u radnji izvršenja (uznemiravanje pasivnog subjekta telesnim dodirima koji imaju odgovarajuću „seksualnu konotaciju”), takav teži oblik ovog krivičnog dela postojati „po pravilu”.

Iz ovoga proizlazi da neće svako učestvovanje više lica u radnji izvršenja krivičnog dela seksualnog uznemiravanja predstavljati ovakav teži oblik, ali nije sasvim jasno kada će taj oblik ovog krivičnog dela „po pravilu” postojati, a kada neće, što bi po logici stvari, moralo biti *po izuzetku*.

8.3. Školski (udžbenički) primer seksualnog uznemiravanja prema pravilima nemačkog krivičnog prava¹⁰²

Situacija	Kažnjivost
T. i O. sede zajedno na službenom ručku. Izenada O. oseti da njen kolega T., sa kojim ona ne neguje intimne odnose, svojom rukom ispod stola dodiruje njena bedra, miluje ih i sve se više približava intimnom području njenog tela. O. se zahvaljujući tome osetila uznemirenom.	T. je delovao kažnjivo u smislu § 184i StGB, tj. svojim radnjama (u vezi čega je od presudnog značaja i osećaj žrtve), je izvršio krivično delo seksualnog uznemiravanja.

101 C. Roxin und B. Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 27. neu bearbeitete Auflage, „Verlag C. H. Beck”, München, 2012, str. 72–73.

102 Grupa autora: (*Der Paradigmenwechsel im Sexualstrafrecht: Nein heißt jetzt Nein – eine Erläuterung des neuen Sexualstrafrechts*), *op. cit.*, str. 17.

9. SEKSUALNA KRIVIČNA DELA UČINJENA U GRUPI/IZ GRUPE (§184J. STGB)

Seksualna krivična dela učinjena u grupi/iz grupe predstavljaju veoma komplikovanu i donekle čak prilično „fluidnu” inkriminaciju, kod koje inače, iako je sasvim jasan njen *ratio legis* koji je proistekao iz određenih konkretnih situacija u praksi, postoji jedan prilično visok stepen neodređenosti, pa čak i nejasnoća. Ovo krivično delo čini lice koje omogućava krivično delo, odnosno doprinosi konkretnom krivičnom delu, tako što učestvuje u grupi lica iz koje na određeni način primorava neko drugo lice da se nad njim izvrši određeno seksualno krivično delo (krivična dela iz §§ 177 ili 184i. StGB), što znači seksualni napad/prepad; prinudu; silovanje ili seksualno uznemiravanje, pri čemu je još potrebno da je drugo lice iz grupe učinilo neko od tih seksualnih krivičnih dela, te da kada je reč o konkretnom učiniocu krivičnog dela iz §184j. StGB, on sam nije učinio neko drugo krivično delo za koje je propisana teža kazna.¹⁰³

Sušтина seksualnog krivičnog dela učinjenog u grupi, koje je veoma specifično, jeste da iz same grupe lica kao takve, *proističe krivično delo seksualne prirode* (§§ 177 ili 184i. StGB), za koje po oštım pravilima odgovaraju kako ona lica koja su takvo krivično delo neposredno izvršila,¹⁰⁴ tako i druga lica koja su učinioca eventualno podstrekavala ili mu pomagala u izvršenju,¹⁰⁵ ali pored toga odgovaraju za posebno krivično delo (§184j. StGB) i ona lica koja su učestvovanjem u grupi praktično „stvorila uslove” da se izvrši konkretno seksualno krivično delo. Iz takve grupe je praktično *proisteklo/nastalo* konkretno krivično delo.¹⁰⁶

U oficijelnom *obrazloženju* ovog dela novela nemačkog KZ-a iz novembra 2016. godine, se u odnosu na ovu novu inkriminaciju ističe: „Žrtva se primorava onda kada iz grupe postoji pritisak koji ograničava njenu slobodu kretanja ili njenu inače slobodno formiranu volju. Pri tom, grupa mora na žrtvu delovati sa izvesnom istrajnošću. Nije dovoljno da se žrtvi samo u jednom kratkotrajnom vremenskom periodu zapreči put ili da se na žrtvu deluje tako što se jako više, urla i sl., te se ona na takav način kratkotrajno uznemiri.

Učinioc mora krivično delo podržati tako što je član grupe i pri tom najmanje uzima u obzir, da iz te grupe može proizaći neko seksualno krivično delo.¹⁰⁷ Član-

103 A. Schönke und H. Schröder, (Hrsg), (део који је писао J. Eisele), *op. cit.*, str. 1912–1913.

104 Ova lica bi odgovarala iz krivično delo seksualni napad/prepad; prinudu; silovanje ili seksualno uznemiravanje.

105 Ovdе bi se radilo o podstrekačima na izvršenje krivičnog dela iz §§ 177 ili 184i. StGB, ili pomagačima u izvršenju krivičnog dela seksualnog napada, prinudu; silovanje ili krivičnog dela seksualnog uznemiravanja.

106 U. Kindhäuser, (*Strafgesetzbuch – Lehr- und Praxiskommentar*), *op. cit.*, str. 756.

107 To „uzimanje u obzir” učinioca da iz grupe može proisteći određeno seksualno krivično delo (seksualni napad, seksualna prinuda; silovanje ili seksualno uznemiravanje), označava da se ovdе *ne radi o objektivnoj odgovornosti* člana grupe, već je krivično delo sadržano u §184j. StGB, umišljajnog karaktera, i bar se formalno zasniva na načelu individualne subjektivne odgovornosti, pri čemu se umišljaj učinioca ogleda u tome, što on mora najmanje odobravajući uzeti u obzir (... *mindestens billigend in Kauf nehmen muss...*) da time što učestvuje u grupi, može doprineti izvršenju seksualnog krivičnog dela, koje će proizaći iz odgovarajućeg primoravanja žrtve.

stvo u grupi ne treba razumeti u smislu §§ 22 do 27 StGB,¹⁰⁸ već u jednom uobičajenom smislu. Ne zahteva se svesno i željeno/voljno zajedničko delovanje. Krivično delo propisano §§ 177, 184i StGB (seksualni napad, seksualna prinuda; silovanje/seksualno uznemiravanje), mora zaista biti učinjeno, da bi se na tome mogla temeljiti kažnjivost za učinioca (*objektivni uslov kažnjivosti*).¹⁰⁹

Na neki način, određena grupa sama kao takva „stimuliše” vršenje seksualnih krivičnih dela u konkretnom slučaju, pa stoga za takvo delo odgovaraju kako oni koji su delovali kao (sa)izvršioc, bilo neposredni, bilo posredni ili kao pomagači, odnosno podstrekači, već i svi učesnici grupe, odnosno njeni članovi, koji su to po pravilu *ad hoc* karaktera. Ovo krivično delo predstavlja na neki način uzimanje u obzir u ovoj specifičnoj oblasti, efekta koji prouzrokuje masa ljudi kao takva, što je u kriminološkom (kako fenomenološkom, tako i etiološkom smislu), ali i kao poznati fenomen iz domena sudske psihologije, poznato kao *kriminogeni uticaj mase*.

Može se zaključiti da krivično delo iz §184j. StGB postoji kada su kumulativno ispunjeni sledeći uslovi:

- 1) učinilac je bio u sastavu određene grupe;
- 2) grupa sama kao takva, ima odgovarajući „stimulativni karakter”, odnosno primorava drugo lice da se nad njim izvrši određeno seksualno krivično delo (iz §§ 177 ili 184i.StGB),
- 3) takvo seksualno krivično delo mora biti zaista i učinjeno, a ne da ostane samo na pokušaju, od strane lica iz grupe, odnosno osobe koju je grupa podržala u njegovom izvršenju, odnosno delovala „stimulativno”, te
- 4) odgovornost učinioca, odnosno člana grupe u pogledu krivičnog dela iz §184j. StGB, je *supsidijarnog karaktera* (slučaj *zakonskog supsidijariteta*), što znači da će ona postojati samo ako se konkretnom licu ne može „pripisati” neko teže krivično delo, odnosno drugo krivično delo za koje je propisana teža kazna nego za krivično delo iz §184j. StGB.

Ovo je vrlo specifično krivično delo, koje je takođe (kao što je prethodno već objašnjeno u pogledu seksualnog uznemiravanja), neposredno proisteklo iz određenih sasvim konkretnih dešavanja tokom dočeka nove 2016. godine (veće i noć 31. decembra 2015. godine/1. januara 2016. godine), širom Nemačke na ulicama i trgovima velikih gradova (tipičan primer je Keln), kada su prema informacijama kako iz medija tako i iz zvaničnih saopštenja policije, grupe migranata masovno seksualno uznemiravale žene, odnosno vršile određene seksualne radnje, u odnosu na koje je u to vreme u nemačkom KZ-u postojala pravna praznina.

Čini se da krivično delo iz §184j. StGB, ipak nije pravno-tehnički „najsrećnije” formulisano, a ideja nemačkog zakonodavca je očigledno bila da se na neki način,

108 To znači da učinilac nije ni saizvršilac (saučnilac), tj. on ne deluje u saizvršilaštvu sa drugima (*Täterschaft* – § 25 StGB), niti je podstrekač, tj. ne radi se o podstrekavanju (*Anstiftung* – § 26 StGB), a nije ni pomagač, tj. ne postoji pomaganje kao vid saučesničkog doprinosa krivičnom delu (*Beihilfe* – § 27 StGB), u odnosu na izvršeno seksualno krivično delo, koje je proisteklo iz same grupe (seksualni napad, seksualna prinuda; silovanje/seksualno uznemiravanje).

109 BT Drucksache, 18/9097, str. 32.

proširi odgovornost ne samo na neposredne/posredne izvršioce/saizvršioce seksualnih krivičnih dela učinjenih „iz mase”, odnosno „iz grupe”,¹¹⁰ do čega je po svemu sudeći, kao što je prethodno objašnjeno, došlo pod uticajem nekih „šokantnih” primera iz nedavne nemačke prakse. Ovo je već samo po sebi prilično sporan *ratio legis*, naročito kada se ima u vidu *ultima ratio* karakter krivičnog prava, te neophodnost da se izmenama krivičnog zakonodavstva ne reaguje na „dnevno-političke” zahteve. Međutim, uz to je još i sasvim očigledno da zakonska formulacija sadržana u normi iz §184j. StGB, u velikoj meri odaje „utisak” značajnog proširivanja odgovornosti „mogućeg učinioca”, van onoga što bi inače bile, odnosno morale da budu striktno granice individualne i subjektivne odgovornosti (bez obzira što se inače, radi o umišljajnom krivičnom delu, sa stanovišta njegovih subjektivnih obeležja), a što u svakom slučaju, nije baš najbolje zakonsko rešenje.

9.1. Školski (udžbenički) primer krivičnog dela učinjenog u grupi/iz grupe prema pravilima nemačkog krivičnog prava¹¹¹

Situacija	Kažnjivost/krivičnopravna kvalifikacija
O. se nalazi u grupi fudbalskih navijača, koja u punom vozu putuje kući. Kada O. uđe u voz, više lica joj zaprečuje put. T. sam ne shvata šta se tačno dešava sa O., jer je u odnosu na to potpuno ravnodušan. On uprkos tome razume da ostali članovi grupe O. verovatno uznemiravaju ili vrše krađu od nje ili je vređaju.	T. deluje kažnjivo u smislu § 184j StGB.

ZAKLJUČAK

Novela u sferi seksualnih krivičnih dela u KZ-u Nemačke (krivična dela protiv seksualnog samoopredeljenja/samoodređenja – *Straftaten gegen sexuellen Selbstbestimmung*), predstavlja veoma interesantan primer iz uporednog prava, koji uprkos inače, tradicionalno izuzetno značajnom uticaju nemačkog krivičnog prava na evropsko-kontinentalne krivičnopravne modele,¹¹² treba primarno posmatrati kao

110 Na ovo ukazuje i sam „jezik zakonodavca”, jer bi se naziv krivičnog dela iz iz §184j. StGB, bukvalno mogao prevesti kao „krivična dela iz grupe” (*Straftaten aus Gruppen*).

111 Grupa autora: (*Der Paradigmenwechsel im Sexualstrafrecht: Nein heißt jetzt Nein – eine Erläuterung des neuen Sexualstrafrechts*), *op. cit.*, str. 19.

112 Ovde svakako treba imati u vidu i da nemačko krivično zakonodavstvo u svom izvornom normativnom obliku, što pre svega, znači kao tekst samo Kaznenog zakonika (*Strafgesetzbuch* – StGB) Nemačke, samo po sebi, kako zbog poprilične starosti tog teksta i njegovog često ne samo donekle arhaičnog, već i prilično „komplikovanog” jezika, koji potiče još iz druge polovine 19. veka, tako i iz nekih drugih razloga, nije najpogodnije da se koristi kao neki poseban uporedno-pravni uzor u odnosu na krivično zakonodavstvo Srbije, pa i inače; sasvim obrnuto nemačko krivično pravo sadržano u stavovima veoma razvijene nemačke krivičnopravne teorije, u mnogim aspektima izuzetno korisno za uporedno-pravne analize, pa i nekada kao odgovarajući uporedno-pravni model.

jedan u osnovi veoma diskutabilan normativni zahvat koji samo u minimalnoj meri ima određene kvalitete, ali pri tom, sadrži čitav niz veoma ozbiljnih slabosti. Već je u prethodnom tekstu ukazano da takvo konstantno proširivanje definicije silovanja kao osnovnog/kapitalnog krivičnog dela, u Nemačkoj u praksi dovelo do čitavog niza ozbiljnih problema.

U krajnjoj liniji takvim pristupom nemačkog zakonodavca, koji je u stvari, jedan upadljiv „trend” koji u kontinuitetu traje već nekoliko decenija, a koji je svoju kulminaciju doživeo novelama nemačkog krivičnog zakonodavstva u sferi seksualnog krivičnog prava 2016. godine, veoma je „razvodnjeno” tipično silovanje, odnosno najobziljniji seksualni delikti, za šta je teško naći valjano opravdanje. Takvi oblici seksualnog kriminaliteta se sada praktično „utapaju” u jednu poprilično „bezobalnu” definiciju jednog izrazito „masivnog” i veoma specifičnog krivičnog dela, kao što je to seksualni napad/prepad, seksualna prinuda i silovanje iz § 177 StGB. Stoga takve novele, a pre svega one koje se odnose na redefinisavanje silovanja, seksualno uznemiravanje, kao i seksualna krivična dela učinjena iz grupe, nikako ne treba smatrati, ni iole adekvatnim uzorom za neke buduće eventualne novele u sferi seksualnih krivičnih dela u Krivičnom zakoniku Srbije.

S druge strane, uopšte nije sporno da načelno i uz svest da će to u praksi verovatno biti skopčano i sa određenim ozbiljnim problemima, pre svega u sferi dokazne problematike u konkretnim krivičnim postupcima, postoje relevantni razlozi da se u našem zakonodavstvu, kako radi dodatnog kompletnijeg ispunjavanja zahteva sadržanih u tzv. Istanbulske konvenciji, tako i iz nekih načelnih razloga, tzv. nedobrovoljna (nekonsensualna) obljava/sa obljubom izjednačeni čin, definiše kao krivično delo. Ovo se može učiniti kada je reč o pravno-tehničkim modalitetima, bilo kao osnovni oblik silovanja, kada bi prinudna obljava/prinudni sa obljubom izjednačeni čin, bili definisani kao jedan od težih oblika tog krivičnog dela, bilo kao posebno krivično delo.¹¹³

I ukoliko bi došlo do takvog redefinisavanja krivičnih dela protiv polne slobode u našem krivičnom zakonodavstvu (što se inače, može smatrati opravdanim), tužilac bi i u tim situacijama kao i inače, svakako morao da snosi teret dokazivanja u pogledu postojanja svih bitnih elemenata krivičnog dela koje je predmet optužbe. To znači da bi se uvođenje tzv. obrnutog tereta dokazivanja, čak i u pogledu samo pojedinih bitnih elemenata konkretnog krivičnog dela (pristanak/nepristanak pasivnog subjekta na odgovarajuću seksualnu radnju), te i onda kada bi se to pitanje neposredno povezivalo sa postojanjem (ne)skriviljene stvarne zablude, svakako svelo na kršenje pretpostavke nevinosti koja se odnosi na okrivljenog, a koja je garantovana kako Zakonikom o krivičnom postupku, tako i Ustavom Republike Srbije. U ovom pogledu postoji i jedan negativan primer, a to je krivično zakonodavstvo Hrvatske, na temelju čijih normativnih rešenja se u krivičnopravnoj teo-

113 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 i 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.

riji te države izvodi zaključak da će „optužba morati dokazati samo spolni snošaj (ili sa njim izjednačenu spolnu radnju)”, „a okrivljenik će zatim morati dokazati da pristanak postoji.”¹¹⁴

Dakle, iako inače, *ratio legis* zakonskih rešenja, kod kojih je bitan element seksualnih krivičnih dela (poput silovanja kao klasičnog krivičnog dela protiv polne slobode), njihov *nekonsensualni karakter*, odnosno nepostojanje volje i slobodnom voljom izraženog pristanka pasivnog subjekta na odgovarajuću seksualnu radnju (što se formalno zasniva na dejstvu tzv. Istanbulske konvencije), *sam po sebi, uopšte načelno nije sporan*,¹¹⁵ nije dobro da takvo zakonsko rešenje iz domena materijalnog krivičnog prava, proizvodi neposredan efekat i u domenu krivičnog procesnog dokaznog prava, tj. u pogledu *prebacivanja tereta dokazivanja* postojanja pristanka pasivnog subjekta, na okrivljenog u konkretnom krivičnom postupku.¹¹⁶ Takav efekat bi bio potpuno pogrešan, jer bi iz njega potom, kao i inače, kada se radi o mehanizmu prebacivanja, odnosno „prelociranja” tereta dokazivanja u krivičnom postupku, proizašao i odgovarajući *rizik nedokazivanja/nedokazivosti*. To u ovom pogledu znači da bi okrivljeni u slučaju kada postoji optužba za silovanje, odnosno nekonsensualnu obljubu/relevantnu seksualnu radnju, a tužilac uspe da dokaže (*samo*) da je do obljube, odnosno relevantne seksualne radnje između okrivljenog i potencijalnog pasivnog subjekta krivičnog dela/moguće žrtve (oštećenog), zaista došlo, ukoliko ne uspe da dokaže postojanje pristanka zasnovanog na slobodnoj volji drugog aktera seksualnog odnosa, svakako bio oglašen krivim za konkretno seksualno krivično delo koje je predmet krivičnog postupka. Takvo normativno rešenje, odnosno sudska praksa koja bi se kretala u tom pravcu, bi bili ne samo pogrešno proizvođenje ključnih krivičnoprocesnih/dokaznih efekata iz određenih materijalnih krivičnopravnih rešenja, već bi se u praksi nužno sveli i na kršenje prava okrivljenog na pravičan krivični postupak.

Bez obzira na ovo, ne može biti sporno da ako bi se u budućnosti i pristupilo takvom redefinisaju silovanja u našem krivičnom zakonodavstvu, koje bi podrazumevalo da ovo krivično delo (ili određena njegova normativna varijanta), postoji kada se obljuba/sa obljubom izjednačeni čin, izvrši uprkos nepostojanju pristanka pasivnog subjekta na to, odnosno protivno jasno izraženoj i slobodnoj volji pasivnog subjekta, ono se efikasno može ostvariti bez oslanjanja na primere iz nemačkog krivičnog zakonodavstva u sferi krivičnih dela protiv seksualne slobode/seksualnog samoopredeljenja, koje je čini se, otišlo predaleko u noveliranju seksualnih krivičnih dela, što je pri tom, učinjeno i uz neke ozbiljne pravno-tehničke slabosti, čak donekle i sa elementima veoma lošeg tzv. kaučuk normiranja, kao i niz lako uočljivih nedoslednosti.

114 Grupa autora (L. Cvitanović, D. Derenčinović i dr.), deo koji je pisala K. Turković, *Kazneno pravo – posebni dio*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2018, str. 213.

115 M. Škulić, *Teorijska podela krivičnih dela protiv polne slobode i njihovo mesto u krivičnopravnom sistemu Srbije*, zbornik Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, „Kaznena reakcija u Srbiji”, VIII deo, Beograd, 2018, str. 84–85.

116 M. Škulić, *Teret dokazivanja u krivičnom postupku*, „Pravni život”, broj 9/2018, Beograd, 2018, str. 540.

LITERATURA

- Arzt, G., Weber, U. Heinrich, B. und Hilgendorf, E., *Strafrecht – Besonderer Teil, Lehrbuch*, 3. Auflage, „Verlag Giesel King”, Bielefeld, 2015.
- Wessels, J. und Beulke, W., *Strafrecht – Allgemeiner Teil – die Straftat und Ihr Aufbau*, 33., neu bearbeitete Auflage, „C.H.Müller”, Heidelberg, 2003.
- Wessels, J. und Hettinger, M., *Strafrecht – Besonderer Teil I – Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte*, 35. Auflage, „C. F. Müller, Heidelberg, 2011.
- Gropp, W., *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, „Springer Verlag”, Berlin, Heidelberg, 1997.
- Grupa autora: *Der Paradigmenwechsel im Sexualstrafrecht: Nein heißt jetzt Nein – eine Erläuterung des neuen Sexualstrafrechts*, „BFF”, Berlin, Juli 2017.
- Grupa autora (L. Cvitanović, D. Derenčinović i dr.), deo koji je pisala K. Turković, *Kazneno pravo – posebni dio*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2018.
- Jakobs, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Auflage, „Walter De Gruyter”, Berlin, New York, 1993.
- Jescheck, H. H., *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, Fünfte vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage, „Duncker & Humblot”, Berlin, 1996.
- Joeks, W. und Miebach, K. Hrsg. (deo koji je pisao J. Renzikowski), *Münchener Kommentar zum StGB*, Band 3., 3. Auflage, „C. H. Beck”, München, 2018.
- Kessels, J., Hettinger, M. und Engländer, A., *Strafrecht – Besonderer Teil I – Straftaten gegen Persönlichkeit- und Gemeinschaftswerte*, 41. Auflage, „C. F. Müller”, Heidelberg, 2017.
- Kindhäuser, U., *Strafrecht – Besonderer Teil I – Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft*, 4. Auflage, „Nomos”, Baden, Baden, 2009.
- Kindhäuser, U., *Strafrecht – Besonderer Teil I – Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft*, 6. Auflage, „Nomos”, Baden, Baden, 2014.
- Kindhäuser, U., *Strafrecht – besonderer Teil I – Straftaaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft*, 8. Auflage, „Nomoslehrbuch”, „Nomos”, Baden Baden, 2017.
- Kindhäuser, U., *Strafgesetzbuch – Lehr- und Praxiskommentar*, 7. völlig neubearbeitete Auflage, „Nomos”, Baden – Baden, 2017.
- Kindhäuser, U., *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 8. Auflage, „Nomos”, Baden – Baden, 2017.
- Küper, G. und Börner, R., *Strafrecht – Besonderer Teil I – Straftaaten gegen der Rechtsgüter der Person und Gemeinschaft*, 4. Auflage, „Springer Verlag”, Berlin, 2017.
- Lackner, K. und Kühl, K., *StGB – Kommentar*, 29. Auflage, „C. H. Beck”, München, 2018,
- Leipold, K., Tsaimbikakis, M. und Zöller, M. A., *Anwalts Kommentar StGB*, „C. F. Müller”, Heidelberg, 2015.
- Martens, S. A. E., *Kurze Geschichte der Frau im Recht*, „JURA – Juristische Ausbildung”, „De Gruyter” 6poj 12/2018, Berlin, 2018.
- Maurach, R., Schroeder, F. C. und Maiwald, M., *Strafrcht Besonderer Teil – Teilband I – Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte*, „C. F. Müller, Heidelberg, 2009.
- Meyer, M., *Sexuelle Gewalt gegen Frauen – Kriminalitätslage und -entwicklung in Nordrhein-Westfalen*, „Kriminalistik – Unabhängige Zeitschrift für kriminalistische Wissenschaft und Praxis”, 6poj 10/2018, Heidelberg, 2018.
- Müting, C., *Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung – (§ 177 StGB) – Reformdiskussion und Rechtsgebung seit 1870*, „De Gruyter”, Berlin, 2010.

- Nestler, N., *Die Auslegung von Straftatbeständen: Auslegungsmethoden und Methodik der Auslegung*, „JURA – Juristische Ausbildung“, 6/2018, „De Gruyter“, Berlin, 2018.
- Pfeiffer, G. (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, Verlag C. H. Beck, München, 2003.
- Rabe, H. und von Normann, J., *Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen – Menschenrechtlicher Änderungsbedarf im Sexualstrafrecht*, „Deutsches Institut für Menschenrechte“, Berlin, 2014.
- Rengier, R., *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 10. Auflage, „C. H. Beck“, München, 2018.
- Rüdiger-Sonnen, B., *Strafrecht – Besonderer Teil*, „C. F. Müller, Heidelberg“, 2005.
- Roxin, C., *Strafverfahrensrecht*, 25. Auflage, „Verlag C. H. Beck“, München, 1998.
- Roxin, C., *Strafrecht – Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenstheorie*, 4. vollständig neu bearbeitete Auflage, „Verlag C. H. Beck“, München, 2006.
- Roxin, C. und Schünemann, B., *Strafverfahrensrecht*, 27. neu bearbeitete Auflage, „Verlag C. H. Beck“, München, 2012.
- Rückert, S., *Keine Strafe für Vergewaltiger ?*, „Zeit“, izdanje na Internetu: <https://www.zeit.de/2017/18/strafrecht-vergewaltigung-strafe-statistik>, pristupljeno 28. marta u 11.15h.
- Satzger, H., Schluckebier, W. mit Widmeier, G., *StGB – Strafgesetzbuch – Kommentar*, „Carl Heymans Verlag“, 2016.
- Schönke, A. und Schröder, H. (Hrsg.), *Strafgesetzbuch – Kommentar*, 26. Auflage, „Verlag C. H. Beck“, München, 2001.
- Schönke, A. und Schröder, H. (Hrsg.), *Strafgesetzbuch – Kommentar*, 30. Auflage „C. H. Beck“, München, 2019.
- Stojanović, Z., *Kriterijum određivanja inkriminacija – uopšte i u sferi seksualnih odnosa*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Ljubljani, Ljubljana, 1981.
- Stojanović, Z., *Međunarodno krivično pravo*, deseto dopunjeno izdanje, „Pravna knjiga“, Beograd, 2018.
- Stojanović, Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, osmo izmenjeno izdanje, „Službeni glasnik“, Beograd, 2018.
- Stojanović, Z., Škulić, M. i Delibašić, V., *Osnovi krivičnog i krivičnog procesnog prava*, Advokatska komora Srbije, Beograd, 2018.
- Schmidt, R. und Priebe, K., *Strafrecht – besonderer Teil I – Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit*, 4. Auflage, „Verlag Dr. Rolf Schmidt“, Bremen/Berlin, 2005.
- Tofahrn, S. *Strafrecht – Allgemeiner Teil II – Unterlassungsdelikt, Versuch, Täterschaft und Teilnahme, Konkurrenzen*, 4. neu bearbeitete Auflage, „Verlag C.H. Beck“, München, 2017.
- Heintschel-Heinegg, B., (Hrsg.), *Beck'scher Online Kommentar StGB*, 31. Edition, „C. H. Beck“, München, 2018.
- Hörnle, T., *The new German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment*, „German Law Journal“. Vol. 18. No. 6, Frankfurt am Mein, 2018.
- Huber, B., *Observation on the Development of Criminal Law in Europe between 1986 and 1988*, „Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau, 1991.
- Škulić, M., *Međunarodni krivični sud – nadležnost i postupak*, „Dosije“, Beograd, 2005.
- Škulić, M., *Pravna priroda i krivičnopravni (materijalni i procesni) efekat zastarelosti krivičnog gonjenja – I deo*, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, broj 2/2016, 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., *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.
- Škulić, M., *Krivično procesno pravo*, 10. izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2018.
- Škulić, M., *Organizovani kriminalitet – pojam, pojavni oblici, krivična dela i krivični postupak*, „Službeni glasnik”, 2. izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2018.
- Škulić, M., *Teret dokazivanja u krivičnom postupku*, „Pravni život”, broj 9/2018, Beograd, 2018.
- Škulić, M., *Teorijska podela krivičnih dela protiv polne slobode i njihovo mesto u krivičnopravnom sistemu Srbije*, Zbornik Pravnog fakultet Univerziteta u Beogradu, „Kaznena reakcija u Srbiji”, edicija Crimen, VIII deo (ur. Đ. Ignjatović), Beograd, 2018.
- Škulić, M., *Krivična dela protiv polne slobode*, „Službeni glasnik”, Beograd, 2019.

Milan Škulić

Faculty of Law University of Belgrade,
Constitutional Court of Serbia

THE EFFECT OF A PUBLIC CAMPAIGN
„NO MEANS NO” TO THE MODIFICATION OF CRIMINAL
OFFENSES AGAINST SEXUAL SELF-DETERMINATION
IN GERMANY’S CRIMINAL CODE AND POSSIBLE
REFLECTION IN SERBIAN CRIMINAL LAW

SUMMARY

In the article are explained the characteristics of a specific public campaign in Germany entitled „No Means No” and its impact on the modification of criminal offenses against sexual self-determination in German criminal legislation, with a special review of the possible reflection of such a case from the comparative right to future amendments to the Criminal Code of Serbia in the sphere of criminal offenses against sexual freedom.

Three criminal offenses against sexual self-determination in German criminal law are specifically explained: 1) sexual assault, sexual coercion; rape (§ 177 StGB), 2) sexual harassment (184i.StGB) and 3) sexual offenses committed from the group (184j.StGB). The author concludes that in a series of incriminations arising from the amendment to the German Criminal Code of 2016, and above all the basic sexual offense (sexual assault, sexual coercion, rape, and sexual offense committed from the group, there are significant legal, technical and essential shortcomings. The novelties of the German criminal law in the field of sexual criminal law of November 2016 are very „diluted” by typical rape, or the most serious sexual offenses. Such forms of sexual crime are now practically but are „drowning” into a very wide definition of an extremely „massive” and very specific crime, such as a sexual assault, sexual coercion and rape. In any case, it is certainly not disputable that there are

relevant reasons for the amendments in our criminal law legislation, in order to further complete the requirements contained in the so-called Istanbul Convention, and for some basic reasons, it is reasonable that the so-called non-voluntary (non-consensual) sexual act should be defined as a criminal offense – as the basic form of rape, or as a specific, i.e. separate criminal offense.

Regardless of this, it can not be disputed that if in the future it would approach such a redefinition of rape in our criminal legislation, it can be effectively implemented without reliance, for example, in German criminal legislation, which went too far in the defining of sexual offenses, which at the same time, it was done with some serious legal and technical weaknesses, even with the elements of the so-called. rubber standardization, and easily noticeable inconsistencies.

Key words: Rape, Sexual Criminal Offences, Criminal Law, Involuntary Sexual Intercourse, Sexual Act, Public Champagne, „No Means No”

Boris Begović*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

SRAZMERNOST KAZNE I MARGINALNA PREVENCIJA: PRAVNOEKONOMSKA ANALIZA¹

Apstrakt: Cilj ovog rada je da istraži vezu između načela srazmernosti kazne i koncepcije marginalne prevencije. Najbolja mera težine krivičnog dela jeste društvena šteta od njegovog činjenja. Ona odgovara i kriterijumu prevencije i kriterijumu retribucije. Srazmernost kazne do koje se dolazi izjednačavanjem njene očekivane vrednosti sa društvenom štetom do koje dovodi krivično delo optimalna je sa stanovišta prevencije, ali je sa stanovišta retribucije prekomerna. Uvođenje egzogene varijabilne verovatnoće kažnjavanja prestupnika dovodi, pri optimalnoj marginalnoj prevenciji, do gubitka veze srazmernosti kazne s težinom krivičnog dela kako kardinalno, tako i ordinalno, dok se u slučaju endogene varijabilne verovatnoće kažnjavanja, uz maksimalnu zaprećenu kaznu kao optimalnu, u potpunosti gubi veza između kazne i težine krivičnog dela. Uz pretpostavku o egzogenoj varijabilnoj verovatnoći kažnjavanja, koja je najbliža stvarnosti, optimalna marginalna prevencija postiže se variranjem zaprećene kazne srazmerno težini krivičnog dela, vodeći računa o datim verovatnoćama kažnjavanja prestupnika. Neizbežna cena ove optimalnosti plaća se u planu retribucije, budući da takvo optimalno rešenje dovodi do nestanka srazmernosti kazne težini krivičnog dela, kako kardinalno, tako i ordinalno.

Ključne reči: srazmernost kazne, marginalna prevencija, retribucija, društvena šteta, zaprećena kazna, verovatnoća kažnjavanja.

UVOD

Srazmernost kazne krivičnom delu, koja se ponekad naziva i proporcionalnost, jedno je od načela na kojima se zasnivaju sva savremena krivična zakonodavstva. Poreklo zamisli o srazmernosti kazne treba tražiti u idejama francuskog prosvetiteljstva i autora koji su ih sledili. Prvi je Monteskie upozorio na to da bi isti krivičnopravni tretman različitih krivičnih dela bila velika greška, čak zloupotreba koju čini vlast, pri čemu je kao primer izneo oružanu pljačku, s jedne strane, i oružanu pljačku praćenu ubistvom, s druge, pa navodi da je jasno da zarad javne bezbednosti mora da se ustanovi neka razlika (Montsqueie, 1748, [1977], s. 161). Opravdanje za srazmernost kazne Monteskie traži u, modernim rečnikom kazano, marginalnoj prevenciji,² nameri da se razlikom u kazni predupredi teže krivično delo, ono koje

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

1 Zahvaljujem Đorđu Ignjatoviću, Nikoli Iliću i Ani Odorović, na komentarima i korisnim sugestijama. Naravno, niko od njih ne snosi nikakvu odgovornost za eventualne preostale greške i ne deli neminovno iznesene vrednosne sudove.

2 U ovom radu zanemaruje se razlika između specijalne i generalne prevencije i posmatra se samo prevencija u krivičnopravnom smislu, koja obuhvata i specijalnu i generalnu prevenciju, što znači da je reč o odvraćanju (*deterrence*) svih pojedinaca koji čine jedno društvo od činjenja krivičnih

stvara veću društvenu štetu, na račun lakšeg. Te ideje je dalje razradio Bekarija, eksplicitno ukazujući na to da mora da postoji srazmera između krivičnih dela i kazne za njih – što je teže neko krivično delo, veća treba da bude kazna za njega (Beccaria, 1764, [1986], s. 14). To Bekarija obrazlaže isto tako u kategorijama prevencije, s time što ukazuje da, ukoliko bi kazne za različite prestupe bile iste, prestupniku ne bi stajala veća prepreka na putu da učini teže krivično delo ako mu ono donosi veću korist.³ Konačno, Bentam, začetnik utilitarističkog usmerenja u filozofiji, odbranu svog stava da teže krivično delo zaslužuje veću kaznu takođe traži u okvirima koncepcije prevencije, tvrdeći da kada je u pitanju izbor između dva krivična dela, kazna za teže mora da bude dovoljno velika da dovede do toga da prestupnik izabere da učini lakše (Bentham, 1780, [1970], s. 168).

Zanimljivo je stavove navedenih autora sagledati u svetlosti izvora vrednosti načela srazmernosti kazne. Kako ukazuje Miceli (2018, s. 304) postoje dva moguća izvora te vrednosti. Prvi je intrinzična vrednost srazmernosti kazne, vrednost sama po sebi, koja je suštinska bitna za pravednost kazne u smislu retribucije (*lex talionis*) – zlo naneto osvetom ne treba da bude različito od zla nanetog krivičnim delom. Druga mogućnost je njena instrumentalna vrednost – srazmernost kazne, načelno posmatrano, omogućava maksimizaciju prevencije kriminala, pa time i minimizaciju društvene štete koju stvara činjenjem krivičnih dela, to jest negativnih eksternih efekata kriminala. Bitno je uočiti da za Monteskeja, Bekariju i Bentama srazmernost kazne nema intrinzičnu, već isključivo instrumentalnu vrednost u pogledu odvratanja prestupnika od činjenja težeg krivičnog dela, dakle vrednost samo u pogledu prevencije kriminala.

Očigledno je da savremeno zakonodavstvo ovim velikanima prosvetiteljstva duguje zahvalnosti za načelo srazmernosti, koje je danas uobičajeno u krivičnom pravu – načelo da kazna treba da bude srazmerna učinjenom krivičnom delu. No, tu zahvalnost svakako treba da duguje i savremena pravnoekonomska analiza krivičnopravne zaštite, budući da se upravo na načelu srazmernosti zasniva koncepcija marginalne kazne i iz nje izvedena kategorija marginalne prevencije koja je počela da se razmatra pre skoro pola veka (Stigler, 1970), veoma brzo posle uvođenja ekonomskog modela kriminala (Becker, 1968).

Cilj ovog rada je da istraži vezu između načela srazmernosti kazne i koncepcije marginalne prevencije. Dodatni cilj rada je da istraži da li, unutar teorije optimalne kazne, postoje protivrečnosti između teorijske koncepcije optimalne kazne, s jedne strane, i primene koncepcije marginalne prevencije, s druge. Postizanju ovih ciljeva podređena je i struktura rada koji sledi. Prvo se razmatraju pitanja operativne primene načela srazmernosti kazne krivičnom delu. Potom se odgovori na ta pitanja testiraju u okviru koncepcije marginalne prevencije kako bi se spoznalo da li i u kojim situacijama postoji protivrečnost između primene načela srazmernosti kazne i optimalne marginalne prevencije. Sledi zaključak.

dela. Ovim se sledi postupak koji je uobičajen u savremenoj pravnoekonomskoj analizi kriminala i krivičnopravne zaštite. Više o tome videti u: Begović (2015, s. 16).

3 Termin „prestupnik” se, lapidarnosti radi, u ovom radu upotrebljava kao sinonim u rečniku krivičnog prava uobičajenog izraza „učinilac krivičnog dela”.

1. PRIMENA NAČELA SRAZMERNOSTI KAZNE

Na prvi pogled, načelo srazmernosti kazne – da kazna treba da odgovara težini krivičnog dela – jednostavno je i lako ga je primeniti. Međutim, primena tog načela podrazumeva odgovore na neka kontroverzna pitanja. Prvo je: kako se, pri primeni načela srazmernosti kazne, meri težina krivičnog dela?

1.1. Mera težine krivičnog dela: uvećanje korisnosti prestupnika

Jedna mogućnost je da se to učini na osnovu korisnosti koju prestupnik crpe iz učinjenog krivičnog dela, tj. na osnovu uvećanja njegovog individualnog blagostanja. Što je veće uvećanje tog blagostanja, što je veća korisnost koju prestupnik crpe iz činjenja krivičnog dela, teže je krivično delo.⁴ Ovakav pristup je ne samo svrsishodan sa stanovišta prevencije nego je njoj u potpunosti okrenut. Naime, u uslovima izvesnosti kažnjavanja, pojedinac čini krivično delo jedino ukoliko je korisnost od njegovog činjenja veća od umanjenja korisnosti usled kazne. Ekonomskim rečnikom rečeno, racionalan pojedinac čini krivično delo jedino ukoliko to dovodi do prirasta njegovog blagostanja, a to znači da uvećanje njegovog blagostanja usled činjenja krivičnog dela više nego kompenzuje umanjenje njegovog blagostanja usled izvršenja kazne. Ukoliko je kazna za krivično delo, to jest negativna korisnost (umajenje individualnog blagostanja) koju ona stvara, jednaka korisnosti koju prestupnik crpe iz učinjenog krivičnog dela, pojedinac je indiferentan da li da učini to krivično delo ili ne. Zbog toga bi, sa stanovišta prevencije, bilo potrebno da se napusti načelo srazmernosti kazne i da kazna bude nešto veća od korisnosti koju prestupnik crpe iz učinjenog krivičnog dela, budući da time, u uslovima izvesnosti, potreban uslov za činjenje krivičnog dela nije ispunjen, pa uopšte i ne dolazi do njega.⁵ Drugim rečima, u uslovima izvesnosti kažnjavanja, apsolutna prevencija postiže se ukoliko se napusti načelo srazmernosti kazne težini krivičnog dela merenom korisnošću koju prestupnik crpe iz njega i to tako da kazna bude veća od te korisnosti.⁶

Nadalje, izbor korisnosti koju prestupnik crpe iz učinjenog krivičnog dela za meru težine tog krivičnog dela nije primeren retribuciji kao svrsi kažnjavanja. Naime, *lex talionis* podrazumeva da kazna bude srazmerna, a u čistom obliku retribucije istovetna zlu koje je prestupnik naneo svojoj žrtvi – ekonomskim rečnikom kazano, srazmerna umanjenju njenog individualnog blagostanja, a ne uvećanju blagostanja prestupnika. Uvećanje blagostanja prestupnika, samo po sebi, irelevantno je sa stanovišta retribucije. A ove dve promene individualnog blagostanja, prestupnika i žrtve, ne moraju biti i najčešće nisu jednake.⁷

4 U svojim razmatranjima srazmernosti, Bentam upravo na taj način, kao „dobit od činjenja krivičnog dela”, definiše težinu tog krivičnog dela. Videti: Bentham (1780 [1970], s. 170).

5 Bentam se upravo zalaže za takvo kažnjavanje, budući da navodi da je potrebno da kazna bude dovoljno velika da nadmaši „dobit” prestupnika, što znači da se kažnjavanjem umanjuje njegovo blagostanje. Videti: Bentham (1780 [1970], s. 170).

6 Nije bitan konkretan iznos te razlike. Jedino je bitno da ona nije trivijalna.

7 Čak i u slučaju imovinskog kriminala, na primer provalne krađe, koji pretpostavlja transfer bogatstva od žrtve ka prestupniku, istovetna promena bogatstva ne dovodi do istovetne (u apsolutnom smislu) promene njihovih individualnih blagostanja, budući da žrtva i prestupnik imaju

1.2. Mera težine krivičnog dela: društvena šteta

Nasuprot tome, druga mogućnost jeste da se težina krivičnog dela meri na osnovu štete do koje je ono dovelo, merene umanjnjem korisnosti, odnosno smanjenjem individualnog blagostanja. Pri tome se pod štetom može podrazumevati, s jedne strane, isključivo umanjnje individualnog blagostanja žrtve, ali, s druge, može i društvena šteta, tj. umanjnje društvenog blagostanja, koje, pored individualnog blagostanja žrtve, uključuje i individualno blagostanje svih trećih lica – onih koja nisu neposredne žrtve krivičnog dela. Iako u nekim formulacijama srazmernosti ostaje nejasno da li je ta mera samo umanjnje blagostanja neposredne žrtve ili ne,⁸ teško je pronaći argument u prilog tezi da umanjnje blagostanja trećih lica ne treba da se uzme u obzir. Pri tome, treba voditi računa da se u ovom slučaju razmatra isključivo doprinos pojedinačnog krivičnog dela umanjnju društvenog blagostanja, a to umanjnje se poistovećuje sa društvenim troškovima kriminala. Dakle, posredi su granične veličine – granični društveni troškovi, to jest promena ukupnih društvenih troškova kriminala do kojih dovodi dodatno krivično delo. No, prihvatanjem ove koncepcije otvara se pitanje da li u društvene troškove kriminala treba, pored direktnih, uključiti i njegove indirektno troškove – troškove krivičnopravne zaštite. U teorijskim pravnoekonomskim modelima ovi troškovi se ne uključuju u razmatranje, budući da se oni mogu posmatrati kao endogeni, to jest troškovi koji zavise od efektivne kaznene politike, pre svega onih mera koje utiču na verovatnoću kažnjavanja prestupnika (Shavell, 1992, Polinsky i Shavell, 2007).⁹ Stoga pojedine rezultate pravnoekonomskih modela treba posmatrati u svetlosti ove napomene.

Budući da se društvena šteta posmatra kao umanjnje nivoa društvenog blagostanja, otvara se pitanje oblika i argumenta funkcije tog blagostanja. Savremena ekonomska nauka prihvata stav da su argumenti te funkcije isključivo individualna blagostanja svih pojedinaca koji čine jedno društvo, a najčešće prihvata i stav da svako individualno blagostanje ima podjednaku težinu, pa se stoga društveno blagostanje svodi na zbir individualnih.¹⁰ Iz stava da individualno blagostanje svih pojedinaca koji čine jedno društvo ulazi u funkciju društvenog, proizlazi i stav da individual-

različite rezervacione cene dobra koje je predmet transfera, tako da im se razlikuje potrošačev višak kao mera blagostanja. Štaviše, i novčani transfer dovodi do istovetne promene individualnih blagostanja isključivo u slučaju konstantne granične korisnosti novca (neutralnost prema riziku).

- 8 Na primer, u nekim formulacijama srazmernosti, poput „ono što je prestupnik učinio treba da se učini njemu” (Hart, 1968, str. 161), ostaje nejasno da li se razmatra samo ono što je učinio žrtvi ili celom društvu, da li je u pitanju umanjnje individualnog ili društvenog blagostanja. U pravnoekonomskim tekstovima na engleskom jeziku ovaj problem se rešava time što se za označavanje gubitka društvenog blagostanja upotrebljava plural – štete (*harms*), kako to, na primer, čini Miceli (2018).
- 9 Navedeni troškovi mogu da se indirektno uključe u model ukoliko se uzme u obzir umanjnje kupovne moći stanovništva (domaćinstava, u ekonomskom žargonu), zbog umanjenog raspoloživog dohotka, a sve to usled povećanog oporezivanja kako bi se pokrili uvećani troškovi krivičnopravne zaštite.
- 10 Više o funkciji društvenog blagostanja i osnovnim pitanjima vezanim za nju videti: Johansson (1991). Funkcija društvenog blagostanja koja se zasniva na zbiru individualnih blagostanja naziva se Bentamovom, budući da se zasniva na vrednosnim sudovima koje je on zastupao.

no blagostanje prestupnika, zajedno sa blagostanjem svih ostalih pojedinaca, čini društveno blagostanje.¹¹ Stoga je jasno da društvena šteta od pojedinačnog krivičnog dela neminovno predstavlja neto vrednost: ukupno umanjeње blagostanja žrtve i trećih lica kao posledica tog krivičnog dela, korigovano za uvećanje blagostanja prestupnika od činjenja tog krivičnog dela. Time se, makar teorijski, otvara mogućnost da neko krivično delo, u veoma specifičnim okolnostima, dovede do uvećanja društvenog blagostanja, a ne do njegovog umanjeња.¹² Međutim, ukoliko određeno krivično delo sistematski dovodi do uvećanja blagostanja, to znači da je to ponašanje društveno poželjno i da je reč o pogrešnoj inkriminalizaciji.

Savremena normativna pravnoekonomska analiza krivičnopravne zaštite pokazala je da je, sa stanovišta maksimizacije društvenog blagostanja, potrebno da se kazna razmatra u odnosu na nastalu društvenu štetu, tj. u odnosu na gubitak društvenog blagostanja do koga dovodi pojedinačno krivično delo (Begović, 2015). Time se, budući da se efekti kriminala posmatraju kao negativni eksterni efekti, kazna suštinski posmatra kao porez u Piguovom smislu – porez koji u potpunosti internalizuje negativne eksterne efekte. Takva internalizacija znači da se kaznom na prestupnika prevaljuju svi društveni troškovi koje je on činjenjem krivičnog dela stvorio, pa stoga podsticaj da učini krivično delo postoji samo ukoliko korisnost koja nastaje od činjenja krivičnog dela prevazilazi društvene troškove koje ono stvara. Ukoliko je ispunjen taj uslov, takvo hipotetičko krivično delo bi uvećalo društveno blagostanje, pa stoga i ne treba da bude sprečeno. Ukratko, puna internalizacija društvene štete, to jest negativnih eksternih efekata kriminala stvara optimalnu prevenciju.

Ovim se pokazuje da je koncepcija po kojoj se, pri primeni načela srazmernosti kazne, težina krivičnog dela meri društvenom štetom do koje je ono dovelo opravdana sa stanovišta prevencije. Ta koncepcija je, takođe, opravdana sa stanovišta retribucije – ona po samoj definiciji zadovoljava zakon taliona, a to je da je kazna za određeno krivično delo jednaka ili barem srazmerna šteti koja je njime napravljena.

Budući da je, na osnovu prethodnih nalaza, jasno da je opravdano da se težina krivičnog dela iskazuje društvenim troškovima koje ono stvara, otvara se sledeće pitanje: kakav treba da bude odnos kazne prema društvenoj šteti koja je naneta tim krivičnim delom, to jest kakva treba da bude priroda te srazmere? Na tom planu se iskazuju dve mogućnosti.

11 Strigler (1970) odbacuje ovaj stav, ali ne nudi bilo kakvu argumentaciju u tim pogledu. Lewin i Trumbull (1990) šire razmatraju ovaj problem ukazujući na moguće moralne implikacije stava o uključivanju individualnog blagostanja prestupnika u funkciju društvenog blagostanja. Nezavisno od toga, ukoliko se prihvate osnovni nalazi ekonomike blagostanja, otelotvoreni u načelu velferizma, da društveno blagostanje proizlazi isključivo iz individualnog (Johansson, 1991), onda je neminovno da individualno blagostanje prestupnika bude argument funkcije društvenog blagostanja.

12 Krađa hrane ljudi koji su zbog gladi na ivici egzistencije najčešće se navodi kao takva vrsta krivičnog dela. Ovakva situacija se, unutar kategorijalnog aparata ekonomske nauke, opisuje kao transfer bogatstva (u ovom slučaju hrane) bez ikakvog gubitka, uz opadajuću korisnost bogatstva (novca), čime prirast bogatstva siromašnog dovodi do većeg uvećanja blagostanja siromašnog nego što je umanjeње blagostanja bogatog, usled istovetnog gubitka bogatstva.

1.2.1. Srazmernost zaprećene/izrečene kazne društvenoj šteti

Prva mogućnost u pogledu te srazmere koja stoji na raspolaganju jeste da kazna za svako krivično delo treba da bude jednaka društvenoj šteti koju ono stvara. Drugim rečima, da umanjene individualnog blagostanja koje uslovljava kazna bude jednako umanjenu društvenog blagostanja koje prouzrokuje krivično delo, što dovodi do pune internalizacije negativnih eksternih efekata tog dela. Opravdanje ovakve koncepcije može se potražiti u različitim svrhama kažnjavanja.

Ukoliko je svrha kažnjavanja prevencija, a to je jedina svrha kako je posmatra pravnoekonomska analiza krivičnopravne zaštite, onda se opravdanje za ovakvu srazmeru može naći u koncepciji oporezivanja u Piguovom smislu. Naime, pravnoekonomska razmatranja, kao što je već navedeno, kriminal posmatraju kao negativne eksterne efekte, a ekonomska teorija je pokazala da je potreban i dovoljan uslov za maksimizaciju društvenog blagostanja u tim uslovima puna internalizacija tih efekata, što se postiže takvim oporezivanjem. Kazna koja je jednaka ukupnoj društvenoj šteti do koje je dovelo krivično delo, kojim se internalizuje ta šteta, predstavlja potreban i dovoljan uslov za maksimizaciju blagostanja i dovodi do optimalne prevencije. U tom smislu, izjednačavanje kazne za određeno krivično delo sa društvenom štetom do koje je ono dovelo predstavlja primenu načela srazmernosti kazne koja je opravdana sa stanovišta prevencije.¹³

Ukoliko je svrha kažnjavanja retribucija, onda izjednačavanje kazne za određeno delo sa društvenom štetom do koje je ono dovelo, kako je već navedeno, predstavlja srazmernost koja je opravdana sa stanovište koncepcije pravednosti otelotvorene u načelima *lex talionis*. Dakle, srazmernost kazne koja je sama sebi svrha. Treba napomenuti da je ova koncepcija srazmernosti tipična *ex post* koncepcija, budući da se primenjuje prilikom izricanja presude za poznato krivično delo i pripadajuću mu štetu.

Nezavisno do navedenih nalaza, primena koncepcije srazmernosti kazne koja se zasniva na izjednačavanju kazne za određeno krivično delo i društvene štete koje je ono stvara suočava se sa dva analitička problema. Prvo, da bi ovakva kazna zadovoljila uslov poreza u Piguovom smislu, za koji su pravnoekonomska razmatranja pokazala da je potreban i dovoljan uslov za maksimizaciju društvenog blagostanja, potrebno je da primena kazne bude izvesna, što znači da verovatnoća kažnjavanja bude jednaka 1. U stvarnosti, naravno, takva verovatnoća kažnjavanja nije dostupna, pa teorijski modeli koji se bave normativnom analizom krivičnopravne zaštite dopuštaju sve verovatnoće između 0 i 1. Ovaj nedostatak se otklanja uvođenjem očekivane vrednosti kazne, o čemu će više reči biti u nastavku ovog odeljka. Drugi nedostatak vezan je za nesavršenu informisanost. Budući da je društvena šteta jednaka umanjenu blagostanja žrtve i trećih lica, postavlja se pitanje kako utvrditi koliko je granično umanjene blagostanja žrtve, a naročito trećih lica.¹⁴ Reč je u

13 Navedeni nalaz se zasniva na pretpostavci da u analizu nisu uključeni indirektno troškovi kriminala, odnosno troškovi krivičnopravne zaštite, u ovom slučaju troškovi kažnjavanja. Pri tome treba voditi računa da su za ovu analizu relevantni jedino granični troškovi te zaštite.

14 Brojni su načini na koje se umanjuje individualno blagostanje pojedinaca koji nisu neposredne žrtve krivičnog dela. Neki od njih podrazumevaju novčane tokove (ulaganja u bolju privatnu

sledećem – nije sporno da povećanje broja krivičnih dela, da promena nivoa kriminala dovodi do uvećanja gubitka blagostanja trećih lica, ali je veoma teško proceniti graničnu vrednost tog umanjnja. Drugim rečima, veoma je teško, praktično nemoguće dobiti informacije koliko je pojedinačno učinjeno krivično delo umanjilo blagostanje trećih lica.¹⁵

Druga mogućnost pri formulisanju odnosa kazne prema društvenoj šteti, odnosno prirode srazmere kazne i krivičnog dela, uzima u obzir uočene informacione probleme. Oni uslovljavaju modifikaciju ove relacije, i to tako da, umesto načela da kazna za svako krivično delo treba da bude jednaka društvenoj šteti koju ono stvara, važi načelo da kazna za svako krivično delo treba da raste s porastom društvene štete koje ono stvara (Miceli, 2018). Drugim rečima, umesto kardinalnih veličina, koriste se ordinalne. Samim tim, dobija se svojevrsna (rastuća) skala krivičnih dela sa odgovarajućom (rastućom) skalom kazni. Srazmernost kazne krivičnom delu ovim postaje ordinalna. Tačno je da se gubi određena informaciona vrednost (za koliko je jedno krivično delo teže od drugog), ali se, barem, dobija konzistentno međusobno rangiranje tih dela po njihovoj težini. A takvo rangiranje je bitno sa stanovišta stvaranja podsticaja prestupniku u pogledu izbora krivičnog dela koje će da učini. Međutim, ni ova modifikacija primene načela srazmernosti kazne ne rešava problem neizvesnosti kažnjavanja.

1.2.2. Srazmernost očekivane vrednosti kazne društvenoj šteti

Taj problem rešava se tek uvođenjem očekivane vrednosti kazne. Naime, u uslovima neizvesnosti odluke se donose na osnovu očekivane vrednosti promenljivih veličina, a to su mogući ishodi pomnoženi njihovom verovatnoćom. U takvim uslovima, modifikuje se i uslov poreza u Piguovom smislu, i to tako da puna internalizacija društvene štete (negativnih eksternih efekata) koju stvara pojedinačno krivično delo zahteva da očekivana, a ne stvarna vrednost kazne za to krivično delo bude jednaka ukupnoj društvenoj šteti koja nastaje. Bez obzira na to da li se ova nova jednakost iskazuje kardinalno (očekivana vrednost kazne treba da odgovara društvenoj šteti) ili ordinalno (očekivana vrednost kazne treba da raste s porastom društvene štete), sam iznos (zaprećene) kazne nije relevantan ukoliko se njemu ne pridruži verovatnoća kažnjavanja, pa se time dobije očekivana vrednost kazne.

zaštitu od kriminala), a neki ne (promena ponašanja). Više o tim mehanizmima i društvenim troškovima kriminala videti u: Begović (2016).

- 15 Informacioni problem postoji i u slučaju prestupnika i žrtve, budući da su iznosi promene blagostanja posledica promene korisnosti koja je subjektivna kategorija, a funkcija korisnosti se, kao i preferencije, razlikuje od pojedinca do pojedinca. Nadalje, postoji problem verodostojnosti iskazivanja preferencija, pa time i istinitosti iskazivanja promene individualnog blagostanja, budući da je pojedinac ima podsticaje da ih ne iznosi istinito, a odstupanje zavisi od konteksta – na primer, u slučaju kompenzacije, pojedinac ima podsticaj da preceni gubitak sopstvenog blagostanja, a slučaju plaćanja pojedinac ima podsticaj da potceni uvećanje sopstvenog blagostanja. Stoga se ekonomska nauka, preciznije njena mikroekonomska teorija, orijentiše na otkrivanje preferencija kao supstitut njihovom iskazivanju (Varian, 2003). Najbolji mehanizam za otkrivanje preferencija jeste tržišna cena, koja, međutim, ne postoji u mnogim situacijama u svakodnevnom životu, a upravo se pravnoekonomska analiza kriminala i krivičnopravne zaštite veoma često susreće s njima.

Međutim, uzimajući u obzir nalaz da je u stvarnosti verovatnoća kažnjavanja uvek niža od 1, budući da svi prestupnici ne budu kažnjeni (otkriveni i osuđeni), društveno optimalna zaprećena kazna za određeno krivično delo neminovno je veća od društvene štete do koje to delo dovodi. Izricanje takve kazne dovodi do napuštanja načela srazmernosti u smislu izjednačavanja visine kazne i iznosa društvene štete koja je nastala činjenjem krivičnog dela. Imajući u vidu načelo srazmernosti kazne primenjeno na osnovu društvene štete, društveno optimalna zaprećena kazna svakako je prekomerna. To se najbolje vidi *ex post*: otkrivenom prestupniku izriče se kazna koja je veća od društvene štete koju je izazvao krivičnim delom.¹⁶

Dakle, da bi se postigla optimalna prevencija, zaprećena, pa potom izrečena kazna neminovno mora da odstupa od društvene štete koja je nastala činjenjem krivičnog dela, i to tako da bude veća od te štete. Ukoliko je svrha kažnjavanja retribucija, ovakvo rešenje neminovno narušava osnovni princip zakona taliona, budući da je kazna prekomerna, to jest iznadproporcionalna načinjenoj šteti – za oko se uzima više od jednog oka. Ovim se pokazuje da primena načela srazmernosti kazne u uslovima neizvesnosti neminovno dovodi do protivrečnih rezultata pri različitim svrhama kažnjavanja: prevenciji i retribuciji.¹⁷

No, za dalje razmatranje primene načela srazmernosti kazne potrebno je odvojeno razmatranje slučajeva u kojima je verovatnoća kažnjavanja egzogena i u kojim je endogena i varira od jednog do drugog krivičnog dela. Takođe, potrebno je izabrati vrstu kazne, pa se inicijalno pretpostavlja da je u pitanju isključivo novčana kazna, kao ekonomski efikasna kazna za krivična dela.¹⁸

Ukoliko je verovatnoća egzogena, rešenje za primenu načela srazmernosti na način koji je optimalan sa stanovišta prevencije je jednostavan – zaprećenu kaznu treba odrediti tako da očekivana vrednost kazne bude istovetna društvenoj šteti do koje učinjeno krivično delo dovodi. Time se postiže srazmernost kazne i u kardinalnom i u ordinalnom smislu.

Složenije rešenje se javlja ukoliko je verovatnoća kažnjavanja endogena, što znači da se efektivna kaznena politika može menjati na dva načina: bilo promenom zaprećene kazne, bilo promenom verovatnoće kažnjavanja. Time se otvara mogućnost za primenu jednog od najvažnijih nalaza pravnoekonomske analize krivičnopravne zaštite – optimalna zaprećena kazna je maksimalna kazna.¹⁹ Uz već iznesenu pret-

16 Kako navodi Miceli (2018), osuđeni prestupnik ovakvom kaznom „plaća” i svu onu štetu koju su načinili prestupnici koji nisu otkriveni i osuđeni, pa time nisu ni kažnjeni.

17 Isto tako, ukoliko bi se zadovoljili kriterijumi retribucije, da se zaprećena, pa time i izrečena kazna izjednači sa društvenom štetom od učinjenog krivičnog dela, onda bi ta kazna bila nedovoljna sa stanovišta prevencije.

18 Novčana kazna predstavlja transfer bogatstva od kažnjenika ka društvu u celini (spada u budžetske prihode), a oportunitetni troškovi resursa potrebnih za sprovođenje te kazne bliski su nuli. Nasuprot tome, zatvorska kazna ne obezbeđuje transfer bogatstva, a oportunitetni troškovi resursa potrebnih za njeno sprovođenje znatni su. Zbog toga pravnoekonomska analiza, još od prvih radova (Becker, 1968), novčanu kaznu posmatra kao efikasnu kaznu. Više od tome videti u: Begović (2015).

19 Ovaj nalaz važi isključivo pod pretpostavkom da su prestupnici neutralni prema riziku, pa da je sa stanovišta delotvornosti očekivane vrednosti kazne, to jest sa stanovišta prevencije, svejedno da li se očekivana vrednost kazne menja promenom verovatnoće kažnjavanja ili promenom za-

postavku o tome da je optimalna vrsta kazne novčana, ovaj nalaz se u proširenom iskazu može formulirati tako da je reč o maksimalnoj novčanoj kazni, pri čemu se maksimalna kazna personalizuje – njen iznos jednak je ukupnom bogatstvu prestupnika. Dakle, optimalna prevencija postiže se tako što se za svako krivično delo propiše maksimalna kazna, dok, radi izjednačavanja očekivane vrednosti kazne i društvene štete od tog krivičnog dela, varira verovatnoća otkrivanja prestupnika za to specifično krivično delo.

Ovim je završeno razmatranje različitih načina na koje se načelo srazmernosti kazne može primeniti. Na samom početku tog razmatranja kazna je bila jednaka korisnosti koje činjenje krivičnog dela stvara prestupniku, da bi na njegovom kraju očekivana vrednost kazne bila jednaka, kardinalno ili ordinalno, društvenoj šteti koju stvara određeno krivično delo, i to tako da je zaprećena kazna uvek maksimalna kazna i jednaka je ukupnom bogatstvu prestupnika. Ovo krajnje rešenje predstavlja, u stvari, potpuno napuštanje načela kazne koja je srazmerna težini krivičnog dela, budući da se (zaprećena) kazna određuje ne prema krivičnom delu, nego prema bogatstvu prestupnika.

Navedeno rešenje koje je, pod određenim pretpostavkama, optimalno sa stanovišta prevencije u potpunosti potkopava retribuciju kao svrhu kažnjavanja, budući da je srazmernost kazne težini krivičnog dela, težini nanetog zla, neizostavan deo pravedne retribucije.

Sada je potrebno razmotriti u kojoj meri različiti načini primene načela srazmernosti kazne omogućavaju marginalnu prevenciju.

2. MARGINALNA PREVENCIJA

Marginalna prevencija je koncepcija koja je relevantna u svim onim situacijama u kojima pojedinac razmatra mogućnost da učini nekoliko krivičnih dela različite težine. Ona postoji ukoliko je prevencija takva da prestupnika odvraća od činjenja težeg krivičnog dela na račun lakšeg, time što je očekivana vrednost kazne za teže krivično delo veća od one za lakše (Polinsky i Shavell, 2007, s. 432).²⁰

Treba uočiti da u ovom slučaju ne postoji apsolutna prevencija, ona koja bi odvrátila potencijalne prestupnika od činjenja svih krivičnih dela, bila ona lakša ili teža. Dakle, marginalna prevencija relevantna je koncepcija samo ukoliko ne postoji apsolutna prevencija. Međutim, postojanje marginalne prevencije, koja neizostavno podrazumeva da je očekivana vrednost kazne za lakša krivična dela manja od one za teža, neminovno umanjuje ukupnu prevenciju, to jest odvratanje pojedinaca od činjenja krivičnih dela, i udaljava društvo od stanja apsolutne prevencije, nezavisno

prećene kazne. Obrazloženje ovog rezultata treba tražiti u uvidu da uvećanje zaprećene kazne ne generiše nikakav trošak, dok uvećanje verovatnoće kažnjavanja podrazumeva uvećanje resursa alociranih u otkrivanje i kažnjavanje prestupnika, pa stoga znači uvećanje troškova. Više o tome videti u: Becker (1968) i Garoupa (1997).

20 Ukoliko je reč o krivičnim delima u sticaju, marginalna prevencija omogućava da se silovanje ne završi ubistvom, da se pljačka banke ne završi nanošenjem teških telesnih povreda ili ubistvom, kao i da se ubistvom ne završi otmica deteta.

od toga da li je apsolutna prevencija poželjna ili ne, odnosno da li je nulti nivo kriminala u određenom društvu optimum ili ne.

No, sa stanovišta razmatranja načela srazmernosti kazne i veze tog načela sa marginalnom prevencijom, ključno pitanje jeste kako se ta prevencija ostvaruje. To se, u osnovi, svodi na pitanje da li je verovatnoća kažnjavanja konstantna ili ne? Jedan teorijski pristup zasniva se na pretpostavci konstantne, jednake verovatnoće kažnjavanja za sva krivična dela. Drugi teorijski pristup dopušta njenu varijabilnost, to jest omogućava da verovatnoća kažnjavanja nije ista za sva krivična dela. Ovaj drugi pristup ima svoje dve varijante, u zavisnosti od odgovora na pitanje: da li je varijabilitet verovatnoće kažnjavanja egzogen ili endogen? Prvo treba razmotriti implikacije konstantne, jednake verovatnoće kažnjavanja za sva krivična dela.

2.1. Konstantna verovatnoća kažnjavanja

U slučaju konstantne, to jeste jednake verovatnoće kažnjavanja za sva krivična dela, marginalna prevencija može se postići jedino promenom iznosa zaprećene kazne, i to tako da zaprećena kazna monotono raste s težinom krivičnog dela. Optimalna marginalna prevencija postiže se ukoliko se, variranjem zaprećene kazne, očekivana vrednost kazne za svako krivično delo izjednači sa društvenom štetom do koje ono dovodi. Tako definisana efektivna kaznena politika neminovno je optimalna i sa stanovišta ukupne prevencije, budući da u potpunosti internalizuje negativne eksterne efekte kriminala i time dovodi do optimalnog nivoa kriminala, onog nivoa kriminala pri kome se maksimizuje društveno blagostanje.²¹

Da li ovako definisana optimalna marginalna prevencija zadovoljava načelo srazmernosti kazne definisano u ranijim razmatranjima? Ovako definisan optimum podrazumeva da je kazna za određeno krivično delo uvek (budući da je verovatnoća kažnjavanja uvek manja od 1) veća od štete koja je načinjena, tako da je u kardinalnom smislu kazna prekomerna. Međutim, srazmernost kazne je ostvarena u ordinalnom smislu, budući da s porastom težine krivičnog dela – društvene štete koja je njime nastala – monotono raste i težina kazne. Međutim, ovakvo rešenje u pogledu optimalne marginalne prevencije ne obezbeđuje srazmernost kazne kakvu zahteva pravedna retribucija, budući da je zaprećena, pa time i *ex post* izrečena kazna prekomerna, veća od društvene štete do koje je krivično delo dovelo.

2.2. Varijabilna verovatnoća kažnjavanja

Teorijski posmatrano, varijabilna verovatnoća kažnjavanja može biti egzogena, što znači posledica specifičnosti svakog krivičnog dela u pogledu, na primer, otkrivanja počinioca, zbog objektivnih okolnosti, na primer broja i vrste tragova i dokaza koje prestupnik ostavlja za sobom. Stoga se, za dati opšti napor policije, razlikuje uspeh u otkrivanju prestupnika, pa time i verovatnoća otkrivanja, što znači i kažnjavanja. Nasuprot tome, varijabilna verovatnoća kažnjavanja može biti endogena, što

21 Štaviše, u slučaju krivičnih dela u sticaju sama kumulativnost kazne, kako navodi Shavell (1992), obezbeđuje marginalnu prevenciju.

znači da je posledica državne politike kojom se različito alociraju resursi u otkrivanje različitih krivičnih dela.

2.2.1. Egzogeno verovatnoća kažnjavanja

Uvođenje mogućnosti varijabilne verovatnoće kažnjavanja prestupnika treba prvo razmotriti pod pretpostavkom egzogenosti te verovatnoće. Drugim rečima, pretpostavlja se da država svojom efektivnom kaznenom politikom ne može da utiče na promenu verovatnoće kažnjavanja pojedinačnog specifičnog krivičnog dela. Na primer, ne može da usmeri resurse namenjene otkrivanju jednog krivičnog dela, na primer trgovine narkoticima, a da to ne utiče na promenu verovatnoće otkrivanja nekog drugog krivičnog dela, na primer provalne krađe. Ne zalazeći u ovom trenutku u ocenu u kojoj meri je ovakva pretpostavka utemeljena u stvarnosti, treba napomenuti da je rešenje optimalne marginalne prevencije u ovom slučaju malo modifikovano prethodno rešenje – rešenje u uslovima konstante verovatnoće kažnjavanja. Budući da se razlikuju egzogene verovatnoće kažnjavanja, i dalje važi načelo da očekivana vrednost kazne za određeno krivično delo treba da bude jednaka društvenoj šteti do koje ono dovodi, ali primena tog načela pri različitim datim verovatnoćama kažnjavanja otvara mogućnost da visina zaprećene kazne ne raste monotonno s težinom krivičnog dela mereno društvenom štetom koju ono stvara. Na primer, ukoliko je verovatnoća kažnjavanja ubistva veća od verovatnoće kažnjavanja silovanja, onda može da se dogodi da zaprećena kazna za silovanje bude veća od one za ubistva, kako bi se održala marginalna prevencija, za koju je potrebno da očekivana vrednost kazne za ubistvo bude veća od očekivane vrednosti kazne za silovanje.

Ovako definisana efektivna kaznena politika optimalna je, isto kao i prethodna, i sa stanovišta ukupne prevencije, budući da u potpunosti internalizuje negativne eksterne efekte kriminala i time dovodi do optimalnog nivoa kriminala, onog nivoa kriminala pri kome se maksimizuje društveno blagostanje. Međutim, ovakva efektivna kaznena politika, posmatrana sa stanovišta srazmernosti kazne kakvu zahteva pravedna retribucija, ne samo da ne obezbeđuje takvu srazmernost, budući da je zaprećena, pa time i *ex post* izrečena kazna prekomerna, nego je direktno narušava, budući da otvara mogućnost da zaprećena kazna za lakše krivično delo bude teža od one za teže.

Kakav je odnos ovog optimuma prema srazmernosti zaprećene, odnosno izrečene kazne prema krivičnom delu? Kao i u prethodnom slučaju, optimum podrazumeva da je kazna za određeno krivično delo uvek (budući da je verovatnoća kažnjavanja uvek manja od 1) veća od štete koja je načinjena, tako da je u kardinalnom smislu kazna prekomerna. Srazmernost kazne nije, odnosno ne mora biti ostvarena u ordinalnom smislu, budući da, zbog varijabilne verovatnoće kažnjavanja s porastom težine krivičnog dela – društvene štete koja je njime nastala – težina kazne može i da raste i da opada.²²

22 Specijalni slučaj koji bi omogućio srazmernost kazne u ordinalnom smislu bi bio da verovatnoća kažnjavanja monotonno pada s porastom težine krivičnog dela. Ne postoji niti jedan razlog da se pretpostavi da je ovo regularnost koja postoji u stvarnosti.

2.2.2. Endogena verovatnoća kažnjavanja

Konačno, treba razmotriti mogućnost endogene verovatnoće kažnjavanja. Ta mogućnost se svodi na to da država, odgovarajućom, po krivičnim delima specifičnom alokacijom resursa u kažnjavanje prestupnika, obezbedi željene verovatnoće kažnjavanja za svako krivično delo. Ovim se otvara mogućnost da se optimalna marginalna prevencija postigne tako što će se primeniti jedinstvena optimalna zaprećena (novčana) kazna, jednaka ukupnom bogatstvu prestupnika, dok će se po krivičnim delima varirati verovatnoća njegovog kažnjavanja, kako bi se u svakom pojedinačnom slučaju postiglo da očekivana vrednost kazne za krivično delo odgovara društvenoj šteti koje to krivično delo stvara. Načelno posmatrano, ovakvim postupkom obezbeđuje se optimalna marginalna prevencija, kao i optimalna ukupna prevencija, ali se u potpunosti krši načelo srazmernosti kazne posmatrano sa stanovišta retribucije. Ne samo da zaprećena kazna više nema nikakve veze sa krivičnim delom i njegovom težinom (bez obzira na to kako je ona iskazana) već zavisi isključivo od bogatstva prestupnika. Onaj koji je bogatijih snosi višu kaznu, nezavisno od toga kakvo je krivično delo učinio.

Primena ovako definisane optimalne kazne radi obezbeđivanja optimalne marginalne prevencije suočena je s nekoliko problema. Prvo i osnovni konceptualni problem vezan je za činjenicu da se maksimalna (novčana) kazna, ona koja je definisana kao optimalna, a koja je jednaka ukupnom bogatstvu prestupnika, razlikuje od jednog do drugog prestupnika. Dakle, koje od tih bogatstava treba iskoristiti za kalkulaciju optimalne verovatnoće kažnjavanja, kako bi se dobila optimalna očekivana vrednost kazne? Maksimalno, minimalno ili prosečno? Nezavisno od odgovora na ovo pitanje, a taj odgovor ne može biti zasnovan na bilo kakvom teorijskom obrazloženju, dolazi se do očekivane vrednosti kazne koja se za isto krivično delo razlikuje od jednog do drugog prestupnika. Time se u potpunosti gubi veza između društvene štete do koje dovodi određeno krivično delo, koja je ista nezavisno od toga ko je to krivično delo učinio, i očekivane vrednosti kazne koja se menja od jednog do drugog prestupnika. U takvim uslovima, jednakost između očekivane vrednosti kazne i društvene štete može da se postigne jedino slučajno, i to samo u pojedinačnom slučaju.

Drugi problem je realističnost pretpostavke da se preciznom alokacijom resursa može upravljati verovatnoćama kažnjavanja za pojedinačno krivično delo na način da se pri datoj zaprećenoj kazni optimizuje očekivana vrednost kazne. Prvi problem sa ovakvim pretpostavkom jeste, svakako, informacioni, budući da nedostaju brojne informacije o svim mehanizmima delovanja uzročno-posledične veze između količine angažovanih resursa i verovatnoće kažnjavanja. Izvesno je da u tim mehanizmima veza nije linearna, kao i da postoje efekti preliivanja između njih, pri kojoj jačanje jednog mehanizma utiče na drugi, ali je neizvesno kojim intenzitetom i da li ga jača ili slabi. Imajući u vidu veliki stepen stohastičnosti procesa kojim se kažnjavaju prestupnici, naročito deo vezan za njihovo otkrivanje, ne može se očekivati da se uočeni informacioni problem umanjati, bar ne značajno.

Treći problem takođe je vezan za realističnost pretpostavke da se preciznom alokacijom resursa može upravljati verovatnoćama kažnjavanja za pojedinačno kri-

vično delo. Reč je o neizbežnim efektima preliivanja – uvećanje resursa alociranih na kažnjavanje prestupnika za jedno krivično delo neminovno, pored uvećanja verovatnoće kažnjavanja prestupnika za to krivično delo, utiče i na verovatnoću kažnjavanja prestupnika za sva ostala krivična dela. Upravo su teorijska razmatranja opšte i specifične (specijalne) primene zakona, koja su dovela do formalnih modela jedne i druge vrste primene (Shavell, 1991), pokazala neminovnost takvih preliivanja. Ta preliivanja svakako su poželjna, budući da u mnogim aktivnostima ove vrste postoji ekonomija opsega, pa bi specifična primena zakona, usmerena na pojedinačna krivična dela, čak i da je moguća, bila ekonomski nepoželjna.²³ Shodno navedenom, opšta primena zakona je neminovnost, što ne znači da se prioriteti u pogledu kažnjavanja pojedinih krivičnih dela ne mogu formulisati i realizovati.²⁴

Shodno svemu navedenom, uspostavljanje optimalne marginalne prevencije malo je verovatno bez srazmernosti kazne težini krivičnog dela. Primena tog načela ipak je, u stvarnosti, vezana za egzogenost verovatnoće kažnjavanja, pri čemu treba dopustiti mogućnost varijabilne verovatnoće kažnjavanja različitih krivičnih dela. To znači da zaprećena kazna treba da bude srazmerna težini krivičnog dela merenoj društvenom štetom koje je ono izazvalo, ali da ta srazmera treba da bude korigovana u zavisnosti od varijabiliteta verovatnoće kažnjavanja različitih krivičnih dela.

Kakav je odnos ovog optimuma prema srazmernosti zaprećene, odnosno izrečene kazne prema krivičnom delu? U ovim slučaju, optimum sa stanovišta marginalne prevencije podrazumeva da kazna za određeno krivično delo više nema nikakve veze s tim krivičnim delom, a budući da je verovatnoća kažnjavanja uvek manja od 1, uvek je veća od štete koja je načinjena, tako da je u kardinalnom smislu kazna uvek prekomerna. Srazmernost kazne nije ostvarena ni u ordinalnom smislu, budući da ona više nema nikakve veze s težinom krivičnog dela, već s bogatstvom prestupnika. Nadalje, neminovno se narušava načelo pravedne retribucije, budući da zaprećena, pa time i izrečena kazna nije srazmerna težini krivičnog dela.

Ukratko, optimalno rešenje sa stanovišta marginalne, ali i ukupne prevencije znači da se napušta direktna veza između zaprećene, pa time potencijalno i izrečene kazne za određeno krivično delo i njegove težine.

ZAKLJUČAK

Izreka „Đavo se krije u detaljima” potvrđuje se i pri razmatranju načela srazmernosti kazne krivičnom delu. Iako, na prvi pogled, sve izgleda savršeno jasno i jednostavno, pitanja koja se postavljaju prilikom primene ovog načela – „detalji” –

23 Upravo Shavell (1991) navodi da povećanje resursa angažovanih u policijskoj službi dovodi do povećanja broja policajaca pozornika koji patroliraju javnim prostorima i otkrivaju prestupnike nezavisno od krivičnog dela koje su učinili, na primer provalnu krađu ili nanošenje teških telesnih povreda. Bilo bi ekonomski neracionalno da se pozornici specijalizuju, pa da jedni otkrivaju i privode samo prestupnike koji su učinili jedno, a drugi samo prestupnike koji su učinili neko drugo krivično delo.

24 Na primer, ukoliko, poput situacija u SAD, naročito u nekim saveznim državama, prioritet postane suzbijanje trgovine narkoticima. Više o tome videti u: Benson i Rasmussen (1991).

kontroverzna su i odgovori na njih daju bitno različite rezultate u pogledu primene načela srazmernosti kazne.

Odgovor na pitanje mere težine krivičnog dela relativno je lak – pravu meru čini društvena šteta od činjenja krivičnog dela, odnosno prirast ukupnih društvenih troškova kriminala iskazanih kao gubitak društvenog blagostanja. Ona odgovara i kriterijumu prevencije i kriterijumu retribucije. Pokazalo se, međutim, da upotreba korisnosti prestupnika kao mere težine krivičnog dela može da dovede do formulisanja kriterijuma čije je ispunjenje dovoljan uslov za apsolutnu prevenciju.

Primena društvene štete kao mere težine krivičnog dela omogućava primenu načela srazmernosti kazne u zavisnosti od toga da li je srazmernost kardinalna ili ordinalna, odnosno da li je reč o kazni ili o njenoj očekivanoj vrednosti. Srazmernost kazne do koje se dolazi izjednačavanjem njene očekivane vrednosti sa društvenom štetom do koje dovodi krivično delo optimalna je sa stanovišta prevencije, ali je takva kazna sa stanovišta retribucije prekomerna.

Na prvi pogled poštovanje načela srazmernosti kazne omogućava uspostavljanje marginalne prevencije. I ovog puta je đavo izvirio iz detalja. Problemi nisu veliki pri konstantnoj verovatnoći kažnjavanja prestupnika – postizanje optimalne marginalne prevencije znači samo prekomernu kaznu sa stanovišta retribucije. Međutim, uvođenje mogućnosti egzogene varijabilne verovatnoće kažnjavanja prestupnika dovodi, pri optimalnoj marginalnoj prevenciji, do gubitka veze srazmernosti kazne s težinom krivičnog dela kako kardinalno, tako i ordinalno, dok se u slučaju endogene varijabilne verovatnoće kažnjavanja, uz maksimalnu zaprećenu kaznu kao optimalnu, u potpunosti gubi veza između kazne i težine krivičnog dela.

Budući da je pretpostavka o egzogenoj varijabilnoj verovatnoći kažnjavanja najbliža stvarnosti, optimalna marginalna prevencija postiže se variranjem zaprećene kazne srazmerno težini krivičnog dela, vodeći računa o datim verovatnoćama kažnjavanja prestupnika. Neizbežna cena ove optimalnosti plaća se u planu retribucije, budući da takvo optimalno rešenje dovodi do nestanka srazmernosti kazne težini krivičnog dela, kako kardinalno, tako i ordinalno. Optimalna marginalna prevencija ne može da se ostvari bez cene koja se plaća na planu retribucije kao svrhe kažnjavanja.

LITERATURA

- Beccaria, C. (1764). *On Crimes and Punishments*, Hackett Publishing Company, Indianapolis, 1986.
- Becker, G. S. (1968). Crime and punishment: An economic approach, *Journal of Political Economy*, Vol. 76(2): 443–478.
- 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*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd: 130–154.

- Benson, B. L., Rasmunssen, D. W. (1991). The relationship between illicit drug enforcement policy and property crimes, *Contemporary Policy Issues*, Vol. 9(1), 106–115.
- Bentham, J. (1780). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford University Press, Oxford.
- Garoupa, N. (1997). The theory of optimal law enforcement, *Journal of Economic Surveys*, Vol. 11(1), 267–295.
- Hart, H. L. A. (1968). *Punishment and responsibility*, Clarendon Press, Oxford.
- Johansson, P. O. (1991). *An Introduction to Modern Welfare Economics*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Lewin, J. L., Turbull, W. N. (1990). The social value of crime, *International Review of Law and Economics*, Vol. 10(2), 271–284.
- Miceli, T. J. (2018). On proportionality of punishment and the economic theory of crime, *European Journal of Law and Economics*, Vol. 46(3): 303–314.
- Montesquie, C. (1748). *The Spirit of Laws*, University of California Press, Berkeley, 1970.
- Polinsky, R. A., Shavell, S. (2007). The theory of public enforcement of law, Polinsky, R. A., Shavell, S. (eds.), *Handbook of Law and Economics*, Vol. 1, North Holland, Amsterdam: 405–429.
- Shavell, S. (1991). Specific versus general enforcement of law, *Journal of Political Economy*, Vol. 99(5), 1088–1108.
- Shavell, S. (1992). A note on marginal deterrence, *International Review of Law and Economics*, Vol. 12(3), 345–355.
- Stigler, G. J. (1970). The optimum enforcement of laws, *Journal of Political Economy*, Vol. 78(3), 526–536.
- Varian. H. R. (2003). *Intermediate Microeconomics: A Modern Approach*, 6th Edition, W. W. Norton & Company, New York.

Boris Begović

Faculty of Law, University of Belgrade

PROPORTIONALITY OF PUNISHMENT TO CRIME AND MARGINAL DETERRENCE: LAW AND ECONOMICS APPROACH

SUMMARY

The aim of the paper is to explore relations between proportionality of punishment to crime and marginal deterrence. The best indicator of the crime is social harm that it creates. Such an indicator suites both deterrence and retribution criteria. Proportionality of punishment to crime that is achieved by setting the expected value of punishment to be equal to the social harm is optimal for deterrence, but to severe for retribution. Introduction of the exogenous variable probability of punishment disconnects punishment from the social harm of the crime, both cardinal and ordinal, for optimal deterrence. In the case of endogenous variable probability of punishment, there is no relation whatsoever between punishment for

the crime and its social harm. Under the framework of the most realistic assumption of exogenous variable probability of punishment, optimal deterrence is achieved by variation of the punishment proportional the social harm of the crime, taking into account specific probability of the punishment od its perpetrator. Inevitable cost of the optimal deterrence is paid in retribution, since the optimal deterrence solution eliminates proportionality of punishment to crime both cardinal and ordinal.

Key words: proportionality of punishment, marginal deterrence, retribution, social harm, punishment, probability of punishment.

STEČAJNA KRIVIČNA DELA NAKON NOVELE IZ 2016. GODINE

Apstrakt: Autor u radu razmatra pozitivnopravni aspekt stečajnih krivičnih dela koja su u Krivičnom zakoniku Srbije predviđena u glavi krivičnih dela protiv privrede. To su sledeća krivična dela: prouzrokovanje stečaja (član 232. KZ), prouzrokovanje lažnog stečaja (član 232a KZ) i oštećenje poverilaca (član 233. KZ). U prvom delu rada autor ukazuje na osnovne karakteristike ovih krivičnih dela: blanketna dispozicija, opšta krivična dela (*delicta communia*) i umišljaj kao isključivi oblik krivice. U datom kontekstu posebno se naglašava da iako je uobičajeno da se ova krivična dela označavaju kao „stečajna” reč je o krivičnim delima čije se radnje izvršenja ne preduzimaju za vreme stečajnog postupka već pre njegovog pokretanja. Pokretanje stečajnog postupka u formalnopravnom smislu predstavlja ili segment složene posledice krivičnog dela – kod krivičnog dela prouzrokovanje stečaja – ili posledicu krivičnog dela – kod krivičnog dela prouzrokovanje lažnog stečaja – ili pretpostavku za nastupanje posledice krivičnog dela – kod krivičnog dela oštećenje poverilaca. Centralni deo rada obuhvata detaljan prikaz i analizu osnovnih i dopunskih obeležja bića ovih krivičnih dela. Kod sva tri krivična dela pažnja je posvećena alternativno propisanim radnjama izvršenja, posebno onim oblicima koje je zakonodavac definisao koristeći kvalifikative karakteristične za obligaciono ili trgovinsko pravo ili je reč o generalnim klauzulama. Takođe je ukazano i na pojedina sporna pitanja koja se javljaju u vezi sa posledicama ovih krivičnih dela, a koja, pored ostalog, nastaju i zbog toga što je njihovo tumačenje tesno povezano sa odredbama stečajnog prava. Nakon toga, analizi su podvrgnuti i svi teži oblici ovih krivičnih dela. U završnom delu rada izneti su zaključci potkrepljeni odgovarajućim argumentima.

Ključne reči: krivično delo prouzrokovanje stečaja, krivično delo prouzrokovanje lažnog stečaja, krivično delo oštećenje poverilaca, stečajna krivična dela, krivična dela protiv privrede.

UVODNE NAPOMENE

Glava krivičnih dela protiv privrede u našem pravu je prvi put propisana donošenjem zakonika iz 1951. godine. Iako su krivična dela protiv privrede zbog njihove specifične prirode u određenom broju zemalja primarno integralni deo sporednog zakonodavstva, kod nas je prilikom njihovog propisivanja bila prihvaćena koncepcija, zadržana i danas, prema kojoj je većina ovih krivičnih dela regulisana u posebnoj glavi u zakoniku. Sporedno krivično zakonodavstvo pak, predviđa manji broj krivičnih dela karakterističnih za pojedine privredne oblasti.

Glavu krivičnih dela protiv privrede čine mnogobrojna i raznovrsna krivična dela. Po pitanju objekta krivičnopravne zaštite krivičnih dela propisanih u ovoj

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

glavi, uglavnom se smatra da je to privredni sistem zemlje kao i njegovi pojedini segmenti. Budući da je privreda jedna od najznačajnijih oblasti života koja podrazumeva različite oblike povezivanja u procesu proizvodnje i raspodele robe i usluga u cilju zadovoljavanja raznovrsnih potreba, postoji neposredan interes države da na određeni način učestvuje u privrednom životu zemlje. Ovu svoju ulogu država ostvaruje normativnom aktivnošću, tj. donoseći propise kojima se uređuju sadržina i oblik osnovnih privrednih odnosa. Pošto se privredni odnosi ostvaruju na različitim nivoima i u njima učestvuju mnogobrojni privredni subjekti, njihovo usklađivanje pretpostavlja bogatu i raznovrsnu normativnu regulativu. Osim što reguliše osnovne privredne odnose koji determinišu privredu zemlje, država kao značajan činilac u privredi obezbeđuje i odgovarajuće društvene uslove koji su pretpostavka za realizaciju datih privrednih odnosa. Zbog značaja koji ovi uslovi imaju za nesmetano ostvarivanje odgovarajućih privrednih odnosa i privredu u celini, treba smatrati da prvenstveno u ovoj oblasti, s obzirom na prirodu i značaj dobra koje se štiti, krivičnopravna intervencija može biti opravdana i nužna.¹

I pored toga što u našem zakonodavstvu glavu krivičnih dela protiv privrede čine mnogobrojna i raznovrsna krivična dela zakonodavac do sada nije izričito predvideo njihovu unutrašnju sistematiku.² Međutim, u redosledu ovih krivičnih dela koji je ustanovljen novelom iz 2016. godine da se uočiti određena pravilnost u smislu da je moguće izdvojiti pojedine podgrupe krivičnih dela koje su formirane prema prirodi njihovih radnji (na primer, falsifikovanje)³ ili vrsti privrednih odnosa i interesa kojima se pruža krivičnopravna zaštita, kao što su na primer, poreska krivična dela i takozvana stečajna krivična dela.

U glavi krivičnih dela protiv privrede nalaze se tri stečajna krivična dela: prouzrokovanje stečaja (član 232. Krivičnog zakonika; dalje u tekstu: KZ), prouzrokovanje lažnog stečaja (član 232a KZ) i oštećenje poverilaca (član 233. KZ). Iako je uobičajeno da se data krivična dela označavaju kao „stečajna”, reč o krivičnim delima čije se radnje izvršenja preduzimaju pre pokretanja stečajnog postupka u formalnopravnom smislu, a samo pokretanje stečajnog postupka kod ovih krivičnih dela predstavlja ili segment složene posledice – kod krivičnog dela prouzrokovanje

1 Vid. Z. Stojanović, N. Delić, *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd 2019, 159.

2 Unutrašnjom sistematikom krivičnih dela protiv privrede na teorijskom planu najdoslednije se bavio D. Atanacković koji ističe da osnovni kruterijum za formiranje podgrupa ovih krivičnih dela treba da bude njihova srodnost koja proizlazi kako iz načina na koji se se vrše, tako i drugih karakteristika njihovih bića i da shodno tome krivična dela protiv privrede treba podeliti na sledeća krivična dela: krivična dela zloupotrebe položaja u privredi; krivična dela nepravilnog i nepropisnog poslovanja u privredi; krivična dela preduzimanja nedozvoljenih privrednih delatnosti; krivična dela prevarnog postupanja u privredi; krivična dela povrede privrednih dobara i krivična ugrožavanja privrednih dobara (Vid. D. Atanacković, *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd 1981, 395–397). U nešto starijoj literaturi uglavnom je bila prihvaćena podela krivičnih dela protiv privrede na opšta krivična dela, koja se mogu vršiti u svim privrednim granama i krivična dela koja su karakteristična za pojedine privredne grane. Vid. Ž. Jovanović, *Priručnik iz krivičnog prava Jugoslavije, posebni deo*, Beograd 1963, 204. i Grupa autora, redaktor N. Srzentić, *Komentar Krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine*, Beograd 1981, 427.

3 Vid. N. Delić, „Krivična dela falsifikovanja predviđena u glavi krivičnih dela protiv privrede u svetlu novela iz 2012. i 2016. godine”, u: *Finansijski kriminalitet*, Beograd 2018, 69–94.

stečaja, ili posledicu – kod krivičnog dela prouzrokovanje lažnog stečaja ili pretpostavku za nastupanje posledice – kod krivičnog dela oštećenje poverilaca.

Zakonodavnu tehniku propisivanja stečajnih krivičnih dela, kao i ostalih krivičnih dela protiv privrede, pre svega karakteriše korišćenje blanketnih dispozicija. Na taj način se ovim inkriminacijama obezbeđuje realativna stabilnost budući da je u pitanju materija koja je po prirodi stvari podložna čestim promenama.⁴ Za tumačenje obeležja bića stečajnih krivičnih dela od značaja su odredbe Zakona o stečaju (dalje u testu: ZOS).⁵

Kao izvršioци stečajnih krivičnih dela načelno se mogu javiti bilo koja lica. Do 2016. godine bilo je predviđeno da svojstvo izvršioca mogu imati samo odgovorna lica.⁶ Formalnopravno širenje kruga mogućih izvršilaca ovih krivičnih dela međutim, nema veći praktični značaj s obzirom na to da delatnosti koje imaju značaj radnje izvršenja faktički mogu preduzeti samo lica koja imaju određena ovlašćenja ili vrše poslove upravljanja i nadzora. U skladu sa opštom normom, relevantan oblik krivice kod svih stečajnih krivičnih dela jeste umišljaj, direktni ili eventualni. U slučajevima kada je kao subjektivno obeležje bića predviđena i odgovarajuća namera, u obzir dolazi samo direktni umišljaj. Krivično delo prouzrokovanje stečaja je do novele iz 2016. godine imalo i nehatni oblik koji je dekriminalizovan.

Osim stečajnih krivičnih dela koja su predviđena u krivičnom zakonodavstvu i o kojima će ovom prilikom biti više reči, ZOS predviđa još četiri krivična dela: prijavljivanje lažnog potraživanja (član 204 ZOS), neobaveštavanje o namirenju potraživanja (član 204a ZOS), raspolaganje imovinom stečajnog dužnika posle otvaranja stečajnog postupka (član 205. ZOS) i lažno prikazivanje i prikriivanje činjenica u napred pripremljenom planu reorganizacije (član 206. ZOS).⁷

1. STEČAJANA KRIVIČNA DELA – POZITIVNOPRAVNI ASPEKT

1.1. Krivično delo prouzrokovanje stečaja (član 232. KZ)

Krivičnim delom prouzrokovanje stečaja inkriminisano je prouzrokovanje stečaja subjekta privrednog poslovanja koji ima svojstvo pravnog lica. Zakonodavni motiv inkriminisanja jeste zaštita subjekta privrednog poslovanja od nesavesnog postupanja pojedinih lica, koje je šteteno ne samo za taj subjekat privrednog poslovanja već i za druga pravna i fizička lica koja su sa njim poslovno povezana tako što se nalaze u određenom poverilačko-dužničkom odnosu.

Krivično delo čini onaj ko u subjektu privrednog poslovanja koji ima svojstvo pravnog lica neracionalnim trošenjem sredstava ili njihovim otuđenjem u bescenje,

4 Vid. Z. Stojanović, N. Delić, 160–161.

5 „Službeni glasnik RS”, br. 104/09, 99/11 – dr. zakon, 71/12 – odluka US, 83/14, 113/17, 44/18 i 95/18.

6 Upor. V. Čolović, N. Mrvić-Petrović, „Nedoumice tokom regulisanja stečajnih krivičnih dela”, u: *Privredna krivična dela*, Beograd 2017, 158–159.

7 Vid. *Ibid.*, 159–161.

prekomernim zaduživanjem, preuzimanjem nesrazmernih obaveza, lakomislenim zaključivanjem ugovora sa licima nesposobnim za plaćanje, propuštanjem blagovremenog ostvarivanja potraživanja, uništenjem ili prikrivanjem imovine ili drugim radnjama koje nisu u skladu sa savesnim poslovanjem prouzrokuje stečaj i time ošteti drugog.

Radnja izvršenja je u zakonskom tekstu alternativno predviđena i može se ostvariti na neki od sledećih načina: neracionalnim trošenjem sredstava; otuđenjem sredstava u bescenje; prekomernim zaduživanjem; preuzimanjem nesrazmernih obaveza; lakomislenim zaključivanjem ugovora sa licima nesposobnim za plaćanje; propuštanjem blagovremenog ostvarivanja potraživanja; uništenjem ili prikrivanjem imovine ili drugim radnjama koje nisu u skladu sa savesnim poslovanjem.

U najširem smislu radnja izvršenja krivičnog dela jeste nesavesno postupanje. Jedan broj tipičnih radnji izvršenja ovog krivičnog dela je u zakonu takstativno naveden. Osim toga, data je mogućnost da krivično delo bude izvršeno i drugim radnjama koje nisu u skladu sa savesnim poslovanjem. Krivično delo može biti ostvareno preduzimanjem jedne ili više delatnosti koja ima značaj radnje izvršenja.

Nesavesno postupanje kao radnja izvršenja ovog krivičnog dela obuhvata odgovarajuća činjenja ili nečinjenja koja su po svojoj prirodi ekonomski štetna za subjekt privrednog poslovanja. S obzirom na način njihovog definisanja – prilikom formulisanja limitativno navedenih oblika korišćeni su kvalifikativi karakteristični za obligaciono i trgovinsko pravo, a generalna klauzula je krajnje neodređeno postavljena – utvrđivanje da li neka delatnost u konkretnom slučaju ima značaj radnje izvršenja ovog krivičnog dela predstavlja *faktičko pitanje* koje zavisi od većeg broja okolnosti, a pre svega od okolnosti koje definišu postupanje „dobrog privrednika – dobrog domaćina.”⁸

Neracionalno trošenje sredstava bi predstavljalo takvo raspolaganje sredstvima subjekta privrednog poslovanja koje nema svoje ekonomsko opravdanje.⁹ Pod raspolaganjem ovde treba razumeti preduzimanje pravnih poslova kojima se nad sredstvima subjekta privrednog poslovanja uspostavljaju određene obaveze koje dovode do umanjenja vrednosti sredstava.

Otuđenje sredstava u bescenje bi postojalo u slučaju prodaje pokretnih ili nepokretnih stvari koje predstavljaju sredstva subjekta privrednog poslovanja po cenama znatno ispod njihove vrednosti.¹⁰ Za utvrđivanje da li je neka stvar prodata ispod vrednosti od značaja je tzv. tržišna cena – cena po kojoj se neka stvar prodaje (kupuje) na određenom tržištu u određeno vreme. Ako se tržišna cena utvrđuje zvaničnom evidencijom na tržištu, ona postaje tekuća cena. Kada ima više tržišnih cena kao relevantnu bi trebalo uzeti prosečnu cenu.¹¹ Za postojanje krivičnog dela ne bi bilo dovoljno da su sredstva subjekta privrednog poslovanja prodata po ceni koja je

8 T. Fischer, *Strafgesetzbuch, mit Nebengesetzen*, München 2015, 2178.

9 Izraz „neracionalno” znači nepotrebno, beskorisno trošenje, ulaganje novca, truda, vremena. Izraz „neracionalan” znači nerazuman; nepromišljen; nerazborit. Grupa autora, redaktor M. Nikolić, *Rečnik srpskog jezika*, Novi Sad 2007, 826.

10 Izraz „bescenje” znači vrlo niska cena; vrlo jeftino; budžašto. *Ibid.*, 82.

11 Pravilo je sadržano u Opštim uzansama za promet robe iz 1954. godine. Vid. I. Babić, *Leksikon obligacionog prava*, Beograd 2018, 409.

u većoj ili manjoj, ali poslovno prihvatljivoj meri niža od tržišne cene. Potrebno je da su prodata po nerealno niskoj ceni. Nemačka sudska praksa stoji na stanovištu da prodaja sredstava ispod vrednosti kao radnja izvršenja krivičnog dela ne postoji u slučaju prodaje robe po nižoj ceni kada je izvesno da predstoji nagli pad cene date robe, kada postoji opasnost da će doći do kvarenja robe ili drastičnog opadanja kvaliteta, kao i u slučaju kada je roba kupljena po izuzetno niskoj ceni tako da i uprkos prodaji ispod cene može doći do ostvarenja profita.¹²

Prekomerno zaduživanje bi postojalo u slučaju zaključivanja ugovora kojima se preuzimaju finansijske (novčane) obaveze koje nisu u skladu sa stvarnim ekonomskim potrebama i/ili mogućnostima subjekta privrednog poslovanja – u smislu da ne postoji realni kapacitet za njihovo ispunjenje, otplaćivanje (na primer, ugovor o kreditu).¹³

Preuzimanje nesrazmernih obaveza bi se manifestovalo stupanjem u obligacione odnose u kojima se preuzimaju obaveze na određena davanja, činjenja, nečinjenja ili trpljenja, koja se mogu svesti na novčani iznos ili materijalnu korist, pri čemu bi u konkretnom slučaju vrednost date obaveze bila neproporcionalna sa korišću koju dobija druga strana. U datom smislu, krivično delo bi postojalo i prilikom preuzimanja obaveza koje se ne mogu ispuniti (subjektivna nemogućnost) ili je date obaveze uopšte nemoguće ispuniti (objektivna nemogućnost).¹⁴ U ovom slučaju subjekt privrednog poslovanja je dužnik obaveze.¹⁵

Lakomisleno zaključivanje ugovora sa licima nesposobnim za plaćanje pretpostavljalo bi zaključivanje ugovora koji za predmet imaju preuzimanje finansijske (novčane) obaveze, a bez prethodne provere da li su fizička ili pravna lica sa kojima se ugovor zaključuje sposobna da izmiruju preuzete obaveze.¹⁶ U pitanju je stupanje u ugovorni odnos u kojem postoji subjektivna nemogućnost ispunjenja obaveze od strane dužnika. Nemogućnost može biti potpuna ili delimična. Za ovaj oblik krivičnog dela od značaja bi bila takozvana inicijalna, početna nemogućnost, odnosno nemogućnost ispunjenja koja postoji u trenutku zaključivanja ugovora (postizanja saglasnosti volja).¹⁷ U ovom slučaju subjekt privrednog poslovanja je poverilac obaveze koju druga strana, tj. dužnik subjektivno ne može da ispuni.¹⁸

12 Schönke, Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München 2001, 2275.

13 Izraz „prekomerno” znači preterano; prejako; suviše. Izraz „prekomeran” znači da prelazi svaku, očekivanu meru. Grupa autora, redaktor M. Nikolić, 1013.

14 Izraz „nesrazmer” znači neodgovarajuća razlika; neproporcionalnost; nesklad; neujednačenost. Izraz „nesrazmerno” znači narušavajući srazmeru. *Ibid.*, 829.

15 Nesrazmernost kao segment objektivnog obeležja bića – radnje izvršenja, javlja se kod krivičnog dela zelenaštva (član 217, stav 1. KZ) – imovinska korist koja se stiče po osnovu davanja zajma mora biti nesrazmerna i smatra se da se nesrazmernost procenjuje prvenstveno u kontekstu iskorišćavanja određenih (nepovoljnih) stanja pasivnog subjekta. Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 2018, 694.

16 Izraz „lakomislen” znači onaj koji sudi, odlučuje olako, bez mnogo razmišljanja; brzoplet. Izraz „lakomisleno” znači na lakomislen način; nepromišljeno; olako; brzopleto. Grupa autora, redaktor M. Nikolić, 625.

17 I. Babić, 216.

18 Lakomislenost kao segment objektivnog obeležja bića – svojstvo pasivnog subjekta javlja se kod krivičnog dela zelenaštva (član 217, stav 1. KZ). U teoriji je sa jedne strane, prisutan stav da

Propuštanje blagovremenog ostvarivanja potraživanja bi pretpostavljalo nepreduzimanje mera za ostvarivanje potraživanja koje subjekt privrednog poslovanja ima prema drugim fizičkim ili pravnim licima.¹⁹ U pitanju je takozvana docnja poverioca, koja nastaje kada poverilac bez osnovanog razloga odbije da primi ispunjenje obaveze dužnika ili ga svojim ponašanjem spreči, kao i kada je spreman da primi ispunjenje dužnikove istovremene obaveze, a ne nudi ispunjenje svoje dospele obaveze.²⁰ I u ovom slučaju subjekt privrednog poslovanja je poverilac određenih obaveza.

Uništenje ili prikrivanje imovine kao način izvršenja krivičnog dela podrazumeva neku od dve delatnosti: uništenje imovine (ili njenih delova) – u vidu potpunog menjanja svojstava imovine u negativnom smislu tako da ona više ne postoji (ili ne postoje njeni delovi) i prikrivanje imovine (ili njenih delova) – preduzimanje delatnosti koje su upravljene na to da imovina (ili njeni delovi) bude fizički nedostupna, njeno premeštanje na nepoznato i time nedostupno mesto ili mesto koje je poznato, dostupno samo određenom krugu lica.

Vršenje krivičnog dela drugim radnjama koje nisu u skladu sa savesnim poslovanjem je po svojoj prirodi slično radnji izvršenja dekriminalizovanog krivičnog dela nesavestan rad u privrednom poslovanju (*ex* član 234. KZ). U pitanju je generalna klauzula koja značajno proširuje kriminalnu zonu ovog krivičnog dela. Značaj radnje izvršenja mogli imati sva činjenja ili nečinjenja za koja se u konkretnom slučaju može utvrditi da nisu u skladu sa savesnim poslovanjem, odnosno da predstavljaju nesavesno poslovanje. Za razliku od krivičnog dela nesavestan rad u privrednom poslovanju, kod kojeg je bilo predviđeno da se radnja izvršenja manifestuje u vidu delatnosti koja predstavlja „očigledno” nesavesno postupanje u poslovanju (za koju je u doktrini bio prihvaćen stav da označava samo onu nemarnost koja prevazilazi običnu nemarnost u poslovanju,²¹ odnosno da prema stavu sudske prakse pretpostavlja „svesno kršenje propisa ili grubo zanemarivanje dužnosti koje je za svakog ko poznaje dato poslovanje kao nesavesno uočljivo već na prvi pogled i kao takvo prelazi običnu neurednost” /VSS Kž. 645/1991/), zakonodavac kod krivičnog dela prouzrokovanje stečaja u samoj normi ne insistira na očiglednoj nesavesnosti. Međutim, ne treba zaključiti da je intencija bila da se postojanje radnje ovog krivičnog dela proširi i na slučajeve nedovoljne snalažljivosti, nedovoljnog iskustva i obične nepažnje. U prilog tome govori i dekriminalizacija nehatnog oblika krivičnog dela prouzrokovanje stečaja. Postojanje krivičnog dela u ovom slučaju predstavlja *faktičko pitanje* koje zavisi od niza okolnosti, među kojima su prvenstveno od značaja relevantni poslovni period i priroda ambijenta u kojem se poslovanje odvija.

lakomislenost ovde podrazumeva nepažnju, ali nepažnju koja je u izvesnoj meri karakterna crta nekog lica (Z. Stojanović, 695). Sa druge strane, nailazimo na mišljenje, shodno kojem se lakomislenost poistovećuje sa nedovoljnim iskustvom, bilo životnim, bilo iskustvom u određenim okolnostima. Lj. Lazarević, *Krivično pravo Jugoslavije, posebni deo*, Beograd 1998, 667.

- 19 Izraz „blagovremeno” znači na vreme; kad treba; pravovremeno. Grupa autora, redaktor M. Nikolić, 91.
- 20 Vid. I. Babić, 70.
- 21 Grupa autora, redaktor Lj. Lazarević, *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije*, Beograd 1995, 510.

Kako se ističe, prilikom procene relevantne su sve vrste rashoda, osim uobičajenih, redovnih investiranja. To su prvenstveno investicije za koje je nerealno očekivati da će biti uspešne, zatim nabavljanje luksuznih dobara, preterano veliki troškovi za reprezentaciju i službena putovanja, kao i rashodi za privatne ili poslovne potrebe koji su u slučajevima propuštanja dužnog nadzora (učinilac je garant) nastali činjenjem članova porodice učinioca ili zaposlenih u subjektu prirednog poslovanja.²² Najzad, u određenim slučajevima za postojanje krivičnog dela od posebnog značaja može biti i okolnost da li je nesavesno postupanje imalo trajniji karakter.

Nesporno je da je krivično delo prouzrokovanje stečaja posledično krivično delo i da posledica u užem smislu predstavlja obeležje njegovog bića. Međutim, u doktrini ne postoji jedinstven stav po pitanju da li dovršeno krivično delo podrazumeva samo nastupanje posledice ili i ostvarenje objektivnog uslova inkriminacije. Sa jedne strane, nailazimo na stanovište da je posledica krivičnog dela prouzrokovanje stečaja kojim je neko drugo lice oštećeno i da se radi o složenoj posledici.²³ Sa druge strane pak, ima mišljenja da zakonski opis ovog krivičnog dela obuhvata posledicu koja se sastoji u prouzrokovanju stečaja i objektivni uslov inkriminacije koji obuhvata nanošenje štete drugom.²⁴ Kako se čini, sama priroda i cilj stečajnog postupka govore u prilog zaključku da nanošenje štete drugom pravnom ili fizičkom licu predstavlja sastavni deo složene posledice. Ovde ne može biti reči o objektivnom uslovu inkriminacije iz razloga što postavljanje ove okolnosti izvan bića krivičnog dela ne bi dovelo do sužavanja kriminalne zone.

Prilikom utvrđivanja prvog konstitutivnog elementa složene posledice krivičnog dela koji se sastoji u prouzrokovanju stečaja treba imati u vidu da je stečajni postupak vrsta sudskog postupka do čijeg pokretanja/otvaranja dolazi nakon što se utvrdi da se dužnik nalazi u nepovoljnoj finansijskoj situaciji iz koje proizlazi njegova nemogućnost da izmiruje obaveze. Sam stečajni postupak se sastoji od dve faze: prethodnog stečajnog postupka i glavnog stečajnog postupka. Prethodni stečajni postupak se sprovodi u cilju utvrđivanja postojanja stečajnog razloga i obuhvata predlog za pokretanje stečajnog postupka koji se od strane ovlašćenih predlagača (poverioci – tzv. nevoljni stečaj, dužnik, likvidacioni upravnik) podnosi nadležnom sudu; ispitivanje ispunjenosti procesnih pretpostavki za pokretanje prethodnog stečajnog postupka; donošenje rešenja o pokretanju prethodnog stečajnog postupka; raspravljanje o postojanju stečajnog razloga za otvaranje glavnog stečajnog postupka i donošenje rešenja o otvaranju glavnog stečajnog postupka kojim se usvaja predlog za pokretanje stečajnog postupka. Rešenjem o otvaranju stečajnog postupka okončava se prethodni i počinje glavni stečajni postupak – njegovim objavljivanjem na oglasnoj i elektronskoj tabli suda nastupaju pravne posledice otvaranja stečajnog postupka (član 73. ZOS).²⁵ Treba smatrati da je donošenjem (pravnosnažnošću) rešenja o otvaranju glavnog stečajnog postupka (član 69, stav 1. ZOS) realizovan deo posledice krivičnog dela koji se sastoji u prouzrokovanju stečaja. Opravdano je uzeti

22 T. Fischer, 2178

23 Z. Stojanović, 755. Upor. V. Čolović, N. Mrvić-Petrović, 158.

24 Z. Stojanović, O. Perić, *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd 2011, 179.

25 Vid. V. Čolović, I. Babić, *Predgovor Zakona o stečaju*, Beograd 2018, 15–19.

da bi sa ovim trebalo izjednačiti i slučajeve obustave stečajnog postupka zbog nepostojanja pluraliteta stečajnih poverilaca (nije od značaja broj potraživanja) i donošenje rešenja o zaključenju stečajnog postupka kada se utvrdi postojanje neznatne imovine stečajnog dužnika.²⁶

Prilikom utvrđivanja drugog konstitutivnog elementa posledice krivičnog dela koji se sastoji u nastupanju štete za drugog treba imati u vidu da se glavni stečajni postupak sprovodi na dva osnovna načina: bankrotstvom ili reorganizacijom. Postupak bankrotstva podrazumeva namirenje poverilaca iz vrednosti celokupne imovine stečajnog dužnika i pretpostavlja njeno unovčavanje (ili prodaju stečajnog dužnika kao pravnog lica). Reorganizacija podrazumeva namirenje poveralaca prema usvojenom planu reorganizacije (imovina stečajnog dužnika se po pravilu ne prodaje). Postoje dve vrste reorganizacije: klasična reorganizacija i unapred pripremljen plan reorganizacije.²⁷ Nesporno je da u slučaju bankrotstva šteta za drugog nastupa po prirodi stvari jer poverioci svakako nisu u prilici da u potpunosti namire svoja potraživanja. Iako predstavlja najpovoljnije kolektivno namirenje poverilaca, odnosno povoljnije namirenje poverilaca u odnosu na bankrotstvo, i u slučaju reorganizacije dolazi do nastupanja štete za poverioce iz razloga što nisu imali mogućnost da svoja potraživanja naplate blagovremeno makar ih naplatili i u celini tj. punom iznosu. I pored toga, postojanje krivičnog dela pretpostavlja da je nastupanje štete mora biti nedvosmisleno utvrđeno u svakom konkretnom slučaju. Pri tome, šteta kao konstitutivni element posledice krivičnog dela ne mora nastupiti samo za poverioca/e, već može da nastupi i za vlasnika/e subjekta privrednog poslovanja ili zaposlene.

Sledstveno prethodno rečenom, krivično delo je dovršeno nastupanjem složene posledice.

Ukoliko je sa umišljajem u potpunosti ili delimično preduzeta radnja izvršenja, ali posledica nije nastupila, postojaće pokušaj krivičnog dela koji je kažnjiv u skladu sa opštom normom (član 30. KZ).

U vezi sa prethodno iznetim je i stav sudske prakse koji glasi: „da bi se utvrdilo vreme izvršenja krivičnog dela prouzrokovanje stečaja neophodno je utvrditi kada je nastupila posledica ovog krivičnog dela, odnosno kada je prouzrokovan stečaj i kada je nastupila šteta za oštećenog”. U obrazloženju date odluke navodi se da je za nastupanje apsolutne zastarelosti krivičnog gonjenja ovog krivičnog dela relevantno vreme njegovog izvršenja koje se ne može računati od preduzimanja radnje izvršenja, odnosno preuzimanja robe od oštećenog, već od nastupanja posledice tj. pokretanja stečajnog postupka i nastupanja štete za oštećenog (VS u Beogradu, Kž. 891/2017). Iako sud u obrazloženju odluke dolazi do pravilnog zaključka – da se rok nastupanja apsolutne zastarelosti krivičnog gonjenja računa od nastupanja posledice ovog krivičnog dela, dati stav zaslužuje određenu pažnju iz razloga što polazna premisa nije pravilno postavljena, odnosno nije pravno osnovana. Naime, po pitanju određivanja vremena izvršenja krivičnog dela naš zakonodavac je prihvatio teoriju delatnosti i vremenom izvršenja krivičnog dela smatra se vreme kada je ostvarena radnja izvršenja. Kod krivičnih dela činjenja kao vreme kada je krivično

26 Vid. V. Radović, *Osnovi stečajnog prava*, Beograd 2018, 99–100.

27 Vid. *Ibid.*, 15–16.

delo učinjeno uzima se vreme kada je učinilac preduzeo delatnost koja ima značaj radnje izvršenja. Ukoliko je u konkretnom slučaju preduzeto više delatnosti koje imaju značaj radnje izvršenja kao vreme izvršenja krivičnog dela uzima se vreme preduzimanja poslednje delatnosti koja ima značaj radnje izvršenja. Otuda, moment nastupanja posledice nije od značaja za utvrđivanje vremena izvršenja krivičnog dela (član 16. KZ). No, shodno zakonskom tekstu, zastarelost krivičnog gonjenja počinje od dana kada je krivično delo izvršeno, a ukoliko posledica krivičnog dela nastupi kasnije zastarelost krivičnog gonjenja počinje od dana kada je posledica nastupila. (član 14, stav 1. KZ). Budući da krivično delo prouzrokovanje stečaja spada u tzv. temporalna krivična dela i da između preduzete radnje i nastupanja posledice po pravilu prođe odgovarajuće, duže ili kraće vreme, u skladu sa nevedenim, rok za zastarelost krivičnog gonjenja ovde počinje da teče od dana kada je posledica nastupila. Dakle, za utvrđivanje roka zastarelosti krivičnog gonjenja kod krivičnog dela prouzrokovanje stečaja nije od značaja vreme izvršenja krivičnog dela, jer je to prema teoriji delatnosti vreme preduzimanja radnje izvršenja, već se dato pitanje rešava primenom pravila o zastarelosti koje predstavlja izuzetak koji se primenjuje u odnosu na temporalne delikte.

Prema tekstu norme, izvršilac krivičnog dela može biti svako lice u subjektu privrednog poslovanja koji ima svojstvo pravnog lica. Subjekti privrednog poslovanja koji imaju svojstvo pravnog lica jesu: privredno društvo i drugo pravno lice koje obavlja privrednu delatnost (na primer, zadruga). Pravno lice koje pored svoje osnovne delatnosti obavlja i privrednu delatnost smatra se subjektom privrednog poslovanja samo kada vrši tu delatnost. Privredna delatnost je svaka delatnost proizvodnje i prometa roba, vršenje usluga i obavljanje drugih delatnosti na tržištu, radi sticanja dobiti ili ostvarivanja nekog drugog ekonomskog interesa (član 112, st. 21. i 21a KZ).

Uzevši u obzir prirodu radnje izvršenja jasno je da krivično delo može da izvrši samo lice koje je u faktičkoj mogućnosti da ostvari neku od delatnosti koja ima značaj radnje izvršenja. Preciznije rečeno, to može biti samo lice koje ima određena ovlašćenja i koje vrši određene poslove upravljanja, nadzora ili druge poslove iz delatnosti pravnog lica. Otuda se može zaključiti da poslednje izmene kojima je zakonodavac formalnopravno proširio krug mogućih izvršilaca ovog krivičnog dela nemaju veći praktični značaj. Iako krivično delo u formalnopravnom smislu više ne spada u posebna (*delicta propria*), već u opšta krivična dela (*delicta communia*) krug mogućih izvršilaca se i dalje svodi na odgovorna lica u pravnom licu.²⁸ U prilog tome govori i zakonski pojam odgovornog lica shodno kojem se pod odgovornim licem smatra i lice kome je faktički povereno obavljanje poslova upravljanja, nadzora i drugih poslova iz delatnosti pravnog lica (član 112, stav 5. KZ). Kako se navodi, izvršilac krivičnog dela može biti direktor, član upravnog odbora ili nadzorni organ (revizor).²⁹ Izvršilac krivičnog dela takođe, može biti i vlasnik preduzeća

28 Vid. D. Majstorović, „Stečajna kaznena djela”, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb 2/2007, 650–653. O razlici između vlastoručnih i posebnih krivičnih dela vid. više, I. Vuković, „O opravdanosti tzv. svojeručnih krivičnih dela”, *Kaznena reakcija u Srbiji, Peti deo*, Beograd 2015, 160–166.

29 V. Čolović, N. Mrvić-Petrović, 157.

pod uslovom da ima značajno učešće u osnovnom kapitalu (bar 25%) ili kontrolno (vladajuće) učešće. Takav vlasnik formalno nije organ upravljanja, niti član organa upravljanja ali ima mogućnost da utiče na odluke koje se donose (skriveni direktor). Takozvani „mali” vlasnik ne bi mogao biti izvršilac krivičnog dela budući da nema uticaja na upravljanje i poslovanje.³⁰ Iz razloga što naše stečajno pravo ne poznaje stečaj fizikog lica, po prirodi stvari je isključena mogućnost da izvršilac krivičnog dela bude preduzetnik. Stoga nije bilo potrebe da se u zakonskoj normi posebno naglašava da mora biti reč o subjektu privrednog poslovanja koji ima svojstvo pravnog lica.

Subjektivno biće krivičnog dela pretpostavlja umišljaj, direktni ili eventualni. Umišljajem učinioca krivičnog dela moraju biti obuhvaćeni radnja izvršenja, posledica u celini tj. njena oba konstitutivna elementa, kao i uzročna veza. Kako je novellom iz 2016. godine dekriminalizovan nehatni oblik ovog krivičnog dela, postojanje inkriminacije na subjektivnom planu u svakom slučaju pretpostavlja visok stepen svesti i volju ispoljenu u vidu htenja ili pristajanje učinioca.

U odnosu na radnju izvršenja krivičnog dela na planu krivice problem može da nastane u slučaju preduzimanja delatnosti koja se sastoji u lakomislenom zaključivanju ugovora sa licima nesposobnim za plaćanje. Ovo iz razloga što lakomislenost po pravilu implicira povredu dužne pažnje, odsustvo odgovarajućeg stepena pažnje koji karakteriše nebrižljivost, a što po prirodi stvari ukazuje na nehat učinioca krivičnog dela, u kom slučaju krivično delo ne bi postojalo.³¹ Otuda se ovde postavlja pitanje kako nehatnim ponašanjem umišljajno prouzrokovati posledicu krivičnog dela.³²

U nemačkoj doktrini opšteg dela krivičnog prava se smatra da „lakomislenost” označava poseban, povišeni stepen nehata, nehat koji odgovara grubom nehatu iz građanskog prava, ali koji se u krivičnom pravu primarno posmatra kroz prizmu svesti učinioca o njegovim ličnim mogućnostima. Lakomislen je učinilac koji pod datim uslovima ima mogućnost saznanja, mogućnost svesti o određenim činjenicama, nameće mu se spoznaja o tome, međutim on to ne uzima u obzir.³³ Kako se nadalje navodi u posebnom delu krivičnog prava, u kontekstu krivičnog dela prouzrokovanje stečaja pojavni oblik nehata u vidu lakomislenosti nema uticaja na umišljajni oblik krivičnog dela. Zaključuje se da treba uzeti da dati nehat egzistira nezavisno od svesti i volje u odnosu na radnju izvršenja krivičnog dela.³⁴ Budući da se naglašava da iako podrazumeva svest učinioca, lakomislenost ne treba izjednačiti sa svesnim nehatom, proizlazi kod lakomislenosti svest ne podrazumeva svest o rizicima date situacije, već spoznaju (svest) učinioca o mogućnosti da realno sagleda date okolnosti.³⁵ To bi značilo da u slučaju lakomislenog zaključivanja ugovora sa licima nesposobnim za plaćanje učinilac sa jedne strane, ima svest o tome da pro-

30 Vid. čl. 61–64. Zakona o privrednim društvima („Službeni glasnik RS”, br. 36/11, 99/11, 83/14 – dr. zakon, 5/15 i 44/18).

31 Vid. I. Vuković, „O pojmu nehata i njegovim pojavnim oblicima”, u: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, Treći deo*, Beograd 2009, 253–254.

32 T. Fischer, 2186.

33 *Ibid.*, 128.

34 *Ibid.*, 2187.

35 *Ibid.*

pušta mogućnost da se upozna sa rizičnošću date situacije, a da sa druge strane, kod njega postoje svest i volja u odnosu na samu radnju izvršenja – što primarno određuje umišljajni oblik ovog krivičnog dela.³⁶

Kada je reč o posledici krivičnog dela, umišljaj učinioca treba da postoji u odnosu na pokretanje stečajnog postupka i nanošenje štete drugom. Shodno tome, prilikom preduzimanja radnje izvršenja svešću i voljom učinioca bi trebalo da bude obuhvaćeno ispunjenje stečajnog razloga – trajnija nesposobnost plaćanja, preteća nesposobnost plaćanja ili prezaduženost (član 11. ZOS), zatim pokretanje glavnog stečajnog postupka – donošenje rešenja o otvaranju glavnog stečajnog postupka kojim se usvaja predlog za pokretanje stečajnog postupka (član 69, stav 1. ZOS) kao i nanošenje štete drugom.

1.2. Krivično delo prouzrokovanje lažnog stečaja član (232a KZ)

Odredbe ovog člana imaju za cilj da inkriminišu prevarne radnje koje dovode do pokretanja stečaja subjekta privrednog poslovanja, a koje se preduzimaju radi izbegavanja plaćanja obaveza koje subjekt privrednog poslovanja ima prema drugim pravnim ili fizičkim licima. Time se ugrožava sigurnost u obavljanju privrednih poslova i ometa nesmetano funkcionisanje privrednih odnosa.

Krivično delo čini onaj ko u subjektu privrednog poslovanja koji ima svojstvo pravnog lica, u nameri da izbegne plaćanje obaveza, prouzrokuje stečaj tog subjekta prividnim ili stvarnim umanjenjem njegove imovine, na način što: celu ili deo imovine subjekta privrednog poslovanja prikrije, prividno proda, proda ispod tržišne vrednosti ili besplatno ustupi; zaključi fiktivne ugovore o dugu ili prizna nepostojeca potraživanja; poslovne knjige koje je subjekt privrednog poslovanja obavezan da vodi po zakonu prikrije, uništi ili tako preinači da se iz njih ne mogu sagledati poslovni rezultati ili stanje sredstava ili obaveza ili ovo stanje sačinjavanjem lažnih isprava ili na drugi način prikaže takvim da se na osnovu njega može otvoriti stečaj.

Radnja izvršenja jeste prividno ili stvarno umanjenje imovine subjekta privrednog poslovanja.

Smatra se da prividno umanjenje imovine subjekta privrednog poslovanja postoji kada imovina nije realno umanjena, već se na određeni način stvara utisak (koji ne odgovara stvarnom stanju stvari) da je imovina manja nego što stvarno jeste. Na taj način se drugi dovode u zabludu u pogledu stvarne vrednosti imovine. Imovina privrednog subjekta je stvarno umanjena kada je njena ukupna vrednost manja nego što je bila pre preduzimanja delatnosti koja ima značaj radnje izvršenja. Do stvarnog umanjenja imovine dolazi preko otuđivanja jednog njenog dela ili tako što nije ostvareno njeno realno očekivano povećanje.³⁷

Prividno ili stvarno umanjenje imovine nastaje preduzimanjem neke od alternativno predviđenih delatnosti, to su: prikriivanje, prividna prodaja, prodaja ispod tržišne vrednosti ili besplatno ustupanje cele ili dela imovine subjekta privrednog

36 Kako se navodi, „učinilac nehatno nema spoznaju o rizičnosti date situacije ili je svojom nehatnom radnjom prouzrokovao rizičnu situaciju”. Schönke, Schröder, 2283.

37 Lj. Lazarević, 576.

poslovanja; zaključivanje fiktivnog ugovora o dugu ili priznavanje nepostojećih potraživanja; prikrivanje, uništenje ili preinačenje poslovnih knjiga koje je subjekt privrednog poslovanja obavezan da vodi po zakonu, na način da se iz njih ne mogu sagledati poslovni rezultati ili stanje sredstava i obaveza ili sačinjavanjem lažnih isprava ili na drugi način prikazivanje stanja sredstava ili obaveza takvim da se na osnovu njega može otvoriti stečaj.

U prvom slučaju učinilac krivičnog dela određeni deo ili celu imovinu subjekta privrednog poslovanja prikriva – stavlja na određena, nepoznata mesta na kojima imovina postaje fizički nedostupna ili dostupna samo ograničenom krugu lica; prividno proda – zaključi jedan ili više fiktivnih kupoprodajnih ugovora sa određenim licem/licima; prodaje imovinu ispod tržišne vrednosti ili je besplatno ustupa na primer, ugovorom o poklonu. Usled prikrivanja i prividne prodaje imovine dolazi do njenog prividnog umanjenja, a usled prodaje ispod tržišne vrednosti i besplatnog ustupanja, dolazi do stvarnog umanjenja imovine subjekta privrednog poslovanja.

U drugom slučaju učinilac krivičnog dela zaključuje fiktivni ugovor o dugu ili priznaje nepostojeća potraživanja i na taj način povećava obim obaveza subjekta privrednog poslovanja u toj meri da subjekt postaje nesposoban za njihovo ispunjenje. Zaključivanje fiktivnih ugovora i priznavanje nepostojećih potraživanja dovodi do prividnog umanjenja imovine, osim u slučaju da fiktivni dug ili nepostojeće potraživanje bude isplaćeno, što dovodi do stvarnog umanjenja imovine.

U trećem slučaju učinilac krivičnog dela poslovne rezultate ili stanje sredstava ili obaveza prikazuje takvim da se na osnovu njega može otvoriti stečaj. Učinilac krivičnog dela to čini ili tako što preduzima određene delatnosti koje su vezane za vođenje poslovnih knjiga koje subjekt privrednog poslovanja obavezan da vodi po zakonu – poslovne knjige se prikrivaju, uništavaju ili preinačavaju ili tako što sačinjava lažne isprave.³⁸ Zakonodavac takođe određuje da se krivično delo može ostvariti i na drugi način, čime ostavlja mogućnost da se krivično delo učini svakom delatnošću kojom je moguće postići isti efekat – stvoriti utisak da se zbog umanjenja imovine subjekt privrednog poslovanja nalazi u nepovoljnoj finansijskoj situaciji i da nije u mogućnosti da izmiruje dospele obaveze prema drugim pravnim ili fizičkim licima.

Posledica krivičnog dela jeste prouzrokovanje stečaja subjekta privrednog poslovanja. Naime, prividno ili stvarno umanjenje imovine subjekta privrednog poslovanja dovodi do ispunjenja nekog od stečajnih raloga kao što su trajnija nesposobnost plaćanja, preteća nesposobnost plaćanja ili prezaduženost (član 11. ZOS) što rezultira otvaranjem stečajnog postupka. Budući da su na ovaj način prethodno ispunjeni uslovi za njegovo otvaranje, u pitanju „pravi”, a ne „lažni” stečajni postupak.³⁹ Jednako kao i kod krivičnog dela prouzrokovanje stečaja, i ovde treba uzeti da je krivično delo dovršeno donošenjem (pravnosnažnošću) rešenja o otvaranju glavnog stečajnog postupka (član 69, stav 1. ZOS).

38 Bez obzira na različit objekt zaštite, isključen je sticaj ovog krivičnog dela sa krivičnim delima falsifikovanje isprave (član 355. KZ) i falsifikovanje službene isprave (član 357. KZ), u pitanju je prividni idelani sticaj primenom principa apsorpcije.

39 U istom smislu vid. Z. Stojanović, 757. Suprotno, vid. M. Babić, I. Marković, *Krivično pravo, posebni dio*, Banja Luka 2013, 243.

Takođe, kao i kod krivičnog dela prouzrokovanje stečaja predviđeno je da izvršilac krivičnog dela može biti bilo koje lice. No, i ovde priroda delatnosti koje imaju značaj radnje izvršenja značajno sužava krug potencijalnih izvršilaca, tako da su to samo lica koja imaju mogućnost upravljanja, raspolaganja imovinom privrednog subjekta.

Subjektivnu stranu bića krivičnog dela čine direktni umišljaj i namera da subjekat prirednog poslovanja izbegne plaćanje obaveza – radi se o umišljajnom prouzrokovanju stečaja u nameri izbegavanja plaćanja obaveza.⁴⁰

Važno je naglasiti da dovršeno krivično delo podrazumeva jedino nastupanje posledice u vidu otvaranja stečajnog postupka, a da namera izbegavanja plaćanja obaveza ne mora biti realizovana. Naime, u konstelaciji umišljaja i namere, namera je ta koju karakteriše projektovana instrumentalna racionalnost, jer se namera za razliku od umišljaja, koji se odnosi na obeležja bića krivičnog dela, odnosi na ostvarenje cilja koji je izvan datog neprava, i zato njeno ostvarenje nema značaja za postojanje dovršenog krivičnog dela.⁴¹ Treba imati u vidu da zakonodavac, za razliku od krivičnog dela prouzrokovanje stečaja, za ovo krivično delo ne propisuje da je potrebno da otvaranjem stečaja neko pravno ili fizičko lice bude oštećeno (iako do toga dolazi po prirodi stvari), već je prema zakonskom tekstu dovoljno pokretanje stečajnog postupka u formalnopravnom smislu.

Teži oblik krivičnog dela postoji ukoliko su usled osnovnog oblika krivičnog dela nastupile teške posledice za poverioca. Ovaj oblik krivičnog dela predstavlja krivično delo kvalifikovano težom posledicom. U pitanju je posledica koja je uzročno povezana sa posledicom osnovnog oblika krivičnog dela tačnije rečeno, povezana sa pokretanjem stečaja subjekta privrednog poslovanja. Iako je u pitanju naizgled jasna zakonska konstrukcija: osnovni oblik plus teža posledica, problem može da predstavlja tumačenje formulacije „teške posledice za poverioca” zato što ne postoje jasno definisani kriterijumi na osnovu kojih bi se utvrdilo njihovo nastupanje. U krivičnopravnoj doktrini nailazimo na mišljenje da ovde u obzir dolaze jedino „vrlo ozbiljne negativne posledice.”⁴² Sve u svemu, reč je o *faktičkom pitanju* koje treba ceniti u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja.⁴³ Primera radi, teška posledica bi nastupila u slučaju otvaranja stečaja poverioca. Naime, ukoliko u „lažnom” stečaju ne uspe da naplati svoje potraživanje od dužnika, poverilac može da ostane bez sredstava za ispunjenje dugova koje ima prema svojim poveriocima. Takođe, tešku

40 Drugačije pak, vid. V. Čolović, N. Mrvić-Petrović, 158.

41 Vid. više, N. Delić, „Volja i namera u krivičnom pravu”, u: *Kaznena reakcija u Srbiji, Šesti deo*, Beograd 2016, 103 i 110–111.

42 Z. Stojanović, 759.

43 Zakonodavac u posebnom delu krivičnog zakonodavstva u većini slučajeva težu posledicu propisuje koristeći formulaciju „teške posledice” (u glavi krivičnih dela protiv privrede to čini kod dva krivična dela: prouzrokovanje lažnog stečaja i narušavanje poslovnog ugleda i kreditne sposobnosti /član 239, stav 2. KZ/), dok se samo kod tri krivična dela koristi formulacija „naročito teške posledice”. U teoriji se uglavnom smatra da bi oba pojma trebalo ekstenzivno tumačiti. Budući da faktički nije moguće njihovo sadržinsko diferenciranje bilo bi neophodno izvršiti jezičko ujednačavanje i u svim slučajevima koristiti termin „teške posledice” (koji je već sam po sebi nedovoljno precizan). Vid. više, N. Delić, *Nova rešenja u Posebnom delu Krivičnog zakonika Srbije*, Beograd 2014, 236.

posledicu može da predstavlja i nastupela nelikvidnost poverioca ili ugovorna kazna koju bi morao da plati u slučaju kada je u ulozi preprodavca kupio robu od dužnika ali zbog „lažnog” stečaja nije uspeo da je isporuči svom kupcu. Iz razloga što ne predstavljaju samostalno krivično delo, nastupanje teških posledica za poverioca može biti obuhvaćeno nehatom ili umišljajem učinioca (član 27. KZ).

1.3. Krivično delo oštećenje poverilaca (član 233. KZ)

Ovim krivičnim delom štite se poverioci subjekta privrednog poslovanja koji je postao nesposoban za plaćanje tj. štite se pravna ili fizička lica koja su na osnovu određenog imovinskopravnog odnosa subjektu privrednog poslovanja isporučila robu, izvršila usluge ili kreditirala njegovo poslovanje i stoga prema njemu imaju odgovarajuće potraživanje. Vršanjem ovog krivičnog dela dolazi do povrede nekih od osnovnih načela stečajnog prava, kao što su načelo univerzalnosti – shodno kojem celokupna imovina stečajnog dužnika služi namirenju svih poverilaca; načelo kolektivnog namirenja – u skladu sa kojim svi poverioci stečajnog dužnika imaju pravo da se u stečajnom postupku namire iz imovine stečajnog dužnika i načelo jednakosti tretmana – koje svim poveriocima stečajnog dužnika garantuje jednak tretman i ravnopravan položaj.⁴⁴

Osnovni oblik krivičnog dela predviđenog u stavu 1. čini onaj ko u subjektu privrednog poslovanja, znajući da je taj subjekt postao nesposoban za plaćanje, isplatom duga ili na drugi način stavi poverioca u povoljniji položaj i time znatno ošteti drugog poverioca.

Radnja izvršenja osnovnog oblika krivičnog dela jeste stavljanje u povoljniji položaj jednog poverioca u odnosu na drugog poverioca. Data radnja izvršenja može se ostvariti isplatom duga ili preduzimanjem neke druge radnje. Isplata duga je u zakonu eksplicitno navedena kao najčešći način vršenja ovog krivičnog dela koje se shodno generalnoj klauzuli „ili na drugi način” može izvršiti i svakom drugom za to podobnom delatnošću.

U pitanju je isplata realno postojećeg duga nekom poveriocu u vreme kada je subjekt privrednog poslovanja postao nesposoban za plaćanje. Isplatom duga poverilac iz imovinskopravnog odnosa⁴⁵ biva namiren u celini ili u većem obimu nego što bi bio slučaj da je „čekao” da u svojstvu stečajnog poverioca⁴⁶ bude isplaćen u stečajnom postupku – time je stavljen u povoljniji položaj. Isplatom duga poveriocu iz imovinskopravnog odnosa, smanjuje se imovina subjekta privrednog poslovanja, a time i stečajna masa (celokupna imovina stečajnog dužnika u zemlji i nostranstvu na dan pokretanja stečajnog postupka kao i imovina koju stečajni dužnik stekne tokom stečajnog postupka)⁴⁷ iz koje bi trebalo da se namiri drugi, odnosno stečajni poverilac – time se drugi, stečajni poverilac dovodi u nepovoljniji položaj jer mu se umanjuju izgledi da u odgovarajućem iznosu namiri svoje prijavljeno i odobreno

44 V. Radović, 30–31.

45 V. Čolović, I. Babić, 13.

46 *Ibid.*

47 Vid. D. B. Slijepčević, *Komentar Zakona o stečaju*, Beograd 2016, 319–322.

potraživanje (čl. 111. i 116. ZOS). Stavljanje poverioca u povoljniji položaj može se takođe, izvršiti i na neki drugi način kao na primer, kada učinilac znajući da je subjekt privrednog poslovanja postao nesposoban za plaćanje naloži dužniku da dug ne uplati na račun datog subjekta privrednog poslovanja, već da uplatu izvrši neposredno nekom od poverilaca.⁴⁸

Uprkos tome što u doktrini nailazimo na stav da se ovaj oblik krivičnog dela može izvršiti pre i tokom stečajnog postupka, od momenta kada je subjekt privrednog poslovanja postao nesposoban za plaćanje pa sve do okončanja stečajnog postupka⁴⁹ treba uzeti da je delatnosti koje imaju značaj radnje izvršenja načelno moguće preduzeti samo pre pokretanja stečajnog postupka u formalnopravnom smislu, odnosno do donošenja rešenja o pokretanju glavnog stečajnog postupka. Preciznije rečeno, krivično delo je moguće izvršiti od momenta kada je subjekt privrednog poslovanja postao nesposoban za plaćanje do momenta donošenja pozitivne odluke o predlogu za pokretanje stečajnog postupka.

Kada je reč o stečajnom postupku u vidu bankrotstva u skladu sa načelom ograničenja prava stečajnog dužnika stečajni postupak utiče kako na pravnu, tako i poslovnu sposobnost stečajnog dužnika. Po pitanju ograničavanja pravne sposobnosti potrebno je praviti razliku između prethodnog i glavnog stečajnog postupka. Prethodni stečajni postupak ne utiče na pravnu sposobnost stečajnog dužnika, dok se otvaranjem glavnog stečajnog postupka stečajnom dužniku pravna sposobnost ograničava po samom zakonu. Ograničavanje poslovne sposobnosti se na različit način manifestuje u prethodnom i glavnom stečajnom postupku. U prethodnom stečajnom postupku ograničavanje poslovne sposobnosti je izuzetak (mere obezbeđenja /član 62. ZOS/) jer je pravilo da za vreme trajanja prethodnog stečajnog postupka stečajni dužnik ima neokrnjenu poslovnu sposobnost. Otvaranjem glavnog stečajnog postupka ovlašćenja direktora, zastupnika, punomoćnika i organa upravljanja po sili zakona prelaze na stečajnog upravnika koji u ime i za račun dužnika preduzima pravne poslove prema trećim licima. Takođe, otvaranjem stečajnog postupka i pravo na upravljanje i raspolaganje imovinom koja ulazi u sastav stečajne mase prelazi na stečajnog upravnika (u nekim slučajevima potrebna je i saglasnost stečajnog sudije ili odbora poverilaca /čl. 18. i 40. ZOS/). Navedeno ima za posledicu zabranu raspolaganja stvarima i pravima koja ulaze u stečajnu masu od strane ranijih zastupnika. Raspolaganja izvršena protivno ovoj (apsolutnoj) zabrani nemaju pravno dejstvo.⁵⁰

Ukoliko je reč o reorganizaciji kao posebnom vidu stečajnog postupka koji ima za cilj ostvarenje povoljnijeg namirenja stečajnih poverilaca od onog koje se postiže sprovođenjem bankrotstva, ukoliko je plan reorganizacije podnet nakon otvaranja stečajnog postupka to nema uticaja na nastupanje zakonom propisanih pravnih posledica stečaja. Međutim, ukoliko je došlo do istovremenog podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka i unapred pripremljenog plana reorganizacije, tada unapred pripremljen plan reorganizacije sprečava nastupanje pravnih posledica ste-

48 Lj. Lazarević, 579. i B. Čejović, *Krivično pravo u sudskoj praksi, posebni deo*, Beograd 1986, 625.

49 Z. Stojanović, 758.

50 V. Radović, 32–33. i 148–150.

čaja budući da se rešenjem kojim se potvrđuje usvajanje plana reorganizacije obustavlja stečajni postupak – otklanja se stečajni razlog kao stečaj u materijalnopравnom smislu i sprečava nastupanje formalnopравnih posledica stečaja.⁵¹

Sledstveno prethodno iznetom, opravdano je zaključiti da je krivično delo oštećenje poverilaca moguće izvršiti od momenta kada je subjekt privrednog poslovanja postao nesposoban za plaćanje do momenta podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka, kao i nakon toga, za vreme trajanja prethodnog stečajnog postupka, a do donošenja rešenja o pokretanju glavnog stečajnog postupka. Ovo pod uslovom da u prethodnom stečajnom postupku u cilju sprečavanja promene finansijskog i imovinskog položaja stečajnog dužnika nije određena mera obezbeđenja imenovanje privremenog stečajnog upravnika ili neka druga zakonom predviđena mera obezbeđenja (čl. 62. i 159b ZOS).⁵² Iz razloga što otvaranje glavnog stečajnog postupka dovodi do prelaza prava raspolaganja i upravljanja na stečajnog upravnika, isključena je mogućnost vršenja krivičnog dela oštećenje poverilaca. Ukoliko bi pak, nakon otvaranja glavnog stečajnog postupka, a pre stupanja na dužnost stečajnog upravnika, neko lice u subjektu privrednog poslovanja raspolagalo stvarima i pravima iz stečajne mase, tada ne bi postojalo ovo krivično delo, već krivično delo raspolaganje imovinom stečajnog dužnika posle otvaranja stečajnog postupka (član 205. ZOS). Po prirodi stvari, ukoliko do otvaranja glavnog stečajnog postupka dođe bez vođenja prethodnog stečajnog postupka (član 60. ZOS) krivično delo oštećenje poverilaca je moguće izvršiti jedino od momenta kada je subjekt privrednog poslovanja postao nesposoban za plaćanje do momenta podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka.

Iako u teoriji nailazimo i na mišljenje da nastupanje znatne štete za drugog poverioca u zakonskom opisu ovog krivičnog dela predstavlja objektivni uslov inkriminacije, koji ne treba da bude obuhvaćen krivicom učinioca,⁵³ treba uzeti da je u pitanju posledično krivično delo čija se posledica sastoji u nastupanju znatne štete za drugog poverioca. Naime, radi se o obeležju bića krivičnog dela koje suštinski zasniva dato objektivno nepravo, obezbeđuje mu potreban kriminalni sadržaj i time konstituiše kažnjivost ovog ponašanja, a što govori u prilog zaključku da ono treba da bude integralni deo bića, njegovo obeležje, tj. posledica. U svakom konkretnom slučaju neophodno je utvrditi uzročnu vezu između stavljanja u povoljniji položaj jednog poverioca i nastupanja znatne štete za drugog poverioca. Prema shvatanju Krivičnog odeljenja Vrhovnog suda Srbije od 2006. godine, „znatna šteta” postoji onda kada prelazi iznos od devet stotina hiljada dinara. Iako se u nazivu krivičnog dela koristi plural – „poverilaca”, jezičkim tumačenjem zakonskog teksta u kojem se koristi jednina – „drugog poverioca” dolazi se do nespornog zaključka da je krivično delo dovršeno ukoliko je znatno oštećen najmanje jedan poverilac. Okolnost da je u konkretnom slučaju oštećeno više od jednog poverioca može biti relevantna prilikom odmeravanja kazne, u smislu otežavajuće okolnosti (član 54. KZ).

51 D. B. Slijepčević, 479–480.

52 V. Radović, 106.

53 F. Bačić, *Kazneno pravo, posebni dio*, Zagreb 1979, 238. i Lj. Lazarević, 580.

Prema zakonskom tekstu otvaranje stečajnog postupka ne predstavlja obeležje bića ovog krivičnog dela. No, kako za postojanje krivičnog dela nije dovoljno oštećenje poverioca koje nastalo usled same nesposobnosti za plaćanje jasno je da otvaranje stečajnog postupka praktično predstavlja neophodnu pretpostavku za nastupanje posledice koja se sastoji u nanošenju znatane štete drugom poveriocu. Naime, tek sa otvaranjem stečajnog postupka moguće je utvrditi nastupanje posledice – tek tada je moguće utvrditi da li je usled preduzimanja delatnosti koja ima značaj radnje izvršenja neki od poverilaca, preciznije rečeno neki od stečajnih poverilaca namiren u znatno manjoj meri ili uopšte nije namiren i na taj način znatno oštećen.

Teži oblik krivičnog dela predviđen u stavu 2. postoji kada lice iz stava 1. ovog člana, znajući da je taj subjekt nesposoban za plaćanje, a u nameri da izigra ili oštetiti poverioca, prizna neistinito potraživanje, sastavi lažni ugovor ili nekom drugom prevarnom radnjom oštetiti poverioca.

Radnja izvršenja ovog oblika krivičnog dela jeste: a) priznanje neistinitog potraživanja – priznavanje potraživanja koja realno ne postoje ili priznavanje potraživanja koja realno postoje ali u većem obimu; b) sastavljanje lažnog – fiktivnog ugovora kojim se preuzimaju nepostojeće i/ili ekonomski neodgovarajuće obaveze, na primer, ukoliko je „okrivljeni u vreme kada se preduzeće nalazilo u dužoj neprekidnoj blokadi na osnovu fiktivnog kuporodajnog ugovora prebacio vozilo svog preduzeća na drugo preduzeće, pri čemu je iznos koji je naveden u ugovoru bio višestruko manji od vrednosti vozila” (AS u Novom Sadu Kž. 1 652/2011 – u istom smislu je i odluka VKS Kzz. 48/2016) ili v) neka druga prevarna radnja, kao na primer, bilo koji oblik raspolaganja sredstvima koji dovodi do prebacivanja sredstava subjekta privrednog poslovanja na neko drugo fizičko ili pravno lice. Preduzimanjem navedenih delatnosti koje imaju značaj radnje izvršenja stvaraju se fiktivne obaveze i fiktivni poverioci. „Ulaskom” fiktivnih poverilaca u krug poverilaca iz imovinsko-pravnih odnosa umanjuju se mogućnosti pravih poverilaca da kao stečajni poverioci namire svoja potraživanja (član 48. ZOS). Nije od značaja da li će ovako nastale fiktivne obaveze uopšte biti izmirene, a ukoliko do toga dođe, nije od značaja da li će to biti pre pokretanja ili tokom prethodnog stečajnog postupka. U oba slučaja stvarni poverioci, odnosno stečajni poverioci dospevaju u nepovoljniji položaj u pogledu mogućnosti naplate svojih potraživanja (član 54. ZOS).

Kao i prethodni, i ovaj oblik krivičnog dela moguće je izvršiti od momenta kada je subjekt privrednog poslovanja postao nesposoban za plaćanje do momenta podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka, kao i u periodu od podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka do donošenja pozitivne odluke o predlogu – rešenja o pokretanju glavnog stečajnog postupka.⁵⁴

Posledica krivičnog dela se sastoji u nastupanju štete za poverioca. Za postojanje krivičnog dela nije neophodno da je u pitanju nastupanje znatne štete za poverioca. Potreban kriminalni sadržaj ovog oblika krivičnog dela primarno se realizuje kroz prevarni karakter radnje izvršenja.

54 Otuda se ne bi se mogao prihvatiti stav da je izvršenje krivičnog dela moguće i za vreme glavnog stečajnog postupka. U tom smislu vid. Grupa autora, redaktor Lj. Lazarević, 521.

Jednako kao i kod osnovnog oblika krivičnog dela i ovde nastupanje štete za poverioca pretpostavlja pokretanje stečajnog postupka i u tom smislu pasivni subjekt ovog krivičnog dela jeste stečajni poverilac (član 48. ZOS), odnosno poverilac čije je potraživanje prijavljeno i odobreno u stečajnom postupku (čl. 111. i 116. KZ).

Ukoliko je umišljajno preduzeta radnja izvršenja, ali nije nastupila posledica koja se sastoji u nanošenju štete poveriocu, postojaće kažnjiv pokušaj krivičnog (član 30. KZ). U istom smislu izjašnjava se i naša sudska praksa (VKS Kzz. 48/2016).

Postojanje osnovnog i težeg oblika krivičnog dela pretpostavlja da je delatnost koja ima značaj radnje izvršenja preduzeta u vreme kada je subjekt privrednog poslovanja postao nesposoban za plaćanje. Sa jedne strane, čini se da je opravdano uzeti da nesposobnost za plaćanje kao obeležje bića ovih krivičnih dela treba tumačiti u skladu sa odgovarajućim odredbama stečajnog prava i kao relevantnu uzeti samo trajniju nesposobnost plaćanja koja postoji ako stečajni dužnik ne može da ispuni svoje novčane obaveze u roku od 45 dana od dospelosti obaveze ili potpuno obustavi sva plaćanja u neprekidnom trajanju od 30 dana (član 11. ZOS). Sa druge strane pak, ako se uzme u obzir da trajnija nesposobnost plaćanja shvaćena u navedenom smislu predstavlja stečajni razlog koji se utvrđuje u trenutku donošenja odluke o otvaranju glavnog stečajnog postupka i da je pri tome bez značaja činjenica da je dužnik bio nesposoban za plaćanje u nekom ranijem momentu,⁵⁵ može se zaključiti da prilikom utvrđivanja nesposobnosti za plaćanje kao obeležja bića ovog krivičnog dela samo načelno treba imati u vidu navedenu zakonsku odredbu. Naime, nesposobnost za plaćanje ovde treba tumačiti kao *faktičko pitanje* koje pretpostavlja objektivnu nemogućnost ispunjenja novčanih obaveza i zavisi od okolnosti konkretnog slučaja. Pri tome, opravdano je smatrati da nesposobnost za plaćanje kao obeležje bića krivičnog dela ne postoji u slučaju kada je došlo do kratkotrajne nesposobnosti za plaćanje koja po prirodi stvari nastaje usled određenih poslovnih aktivnosti subjekta privrednog poslovanja kao i u slučaju namernog neizvršavanja novčanih obaveza jer tada mogućnost ispunjenja obaveza objektivno postoji, ali subjekt privrednog poslovanja iz nekih razloga odbija ispunjenje. Za postojanje krivičnog dela nije od značaja koji razlozi su doveli do nesposobnosti za plaćanje, to može biti poslovna nesposobnost, viša sila ili postupanje samog subjekta privrednog poslovanja.

Izvršilac oba oblika krivičnog dela može biti bilo koje lice u subjektu privrednog poslovanja, pod uslovom da je u faktičkoj mogućnosti da preduzme neku od delatnosti koja ima značaj radnje izvršenja. U zakonskom tekstu postojanje krivičnog dela se ne ograničava na subjekt privrednog poslovanja koji ima svojstvo pravnog lica i jezičko tumačenje govori u prilog zaključku da to može biti i preduzetnik. U doktrini je prisutno stanovište da bu se u svojstvu izvršioca krivičnog dela mogao javiti i stečajni upravnik.⁵⁶ No, ako pođemo od činjenice da se prva dva oblika ovog

55 V. Radović, 85.

56 Z. Stojanović, 759.

krivičnog dela mogu izvršiti od trenutka kada je subjekt privrednog poslovanja postao nesposoban za plaćanje pa sve do okončanja prethodnog stečajnog postupka, vidimo da bi izvršilac krivičnog dela mogao biti jedino privremeni stečajni upravnik kojeg stečajni sudija može da imenuje u prethodnom stečajnom postupku (član 20, stav 4. i član 159b ZOS). Međutim, ako uzmemo u obzir odredbu člana 19, stav 2. ZOS kojom je propisano da stečajni upravnik ima status službenog lica u krivičnopravnom smislu, nedvosmisleno zaključujemo da privremeni stečajni upravnik (kao i stečajni upravnik) ne odgovara za ovo krivično delo nego za krivično delo zloupotrebe službenog položaja (član 359. KZ).⁵⁷

Relevantan oblik krivice za prvi oblik krivičnog dela jeste umišljaj, direktni ili eventualni.

Subjektivna obeležja bića drugog oblika krivičnog dela jesu direktni umišljaj i odgovarajuća namera. Učinilac vrši krivično delo u nameri da izigra ili ošteti poverioca.⁵⁸ Jednako kao i kod krivičnog dela prouzrokovanje lažnog stečaja, nije potrebno da u konkretnom slučaju data namera bude i realizovana.

Za oba oblika krivičnog dela na subjektivnom planu je predviđeno još i to da učinilac krivičnog dela radnju izvršenja preduzima znajući da je subjekt privrednog poslovanja postao nesposoban za plaćanje. Iako ima mišljenja da se znanje kao obeležje bića krivičnog dela razlikuje od umišljaja po tome što se ono zahteva u odnosu na neku okolnost koja ne bi bila obuhvaćena umišljajem učinioca i što se znanje, za razliku od umišljaja, manifestuje samo kao svest učinioca o onome što postoji ili nastaje nezavisno od njegove volje,⁵⁹ treba uzeti da u datoj konstelaciji objektivnih i subjektivnih obeležja bića krivičnog dela, znanje podrazumeva visok stepen svesti učinioca kao integralne komponente njegovog umišljaja.

Najteži oblik krivičnog dela predviđen u stavu 3. postoji ukoliko je izvršenjem osnovnog ili težeg oblika krivičnog dela poveriocu prouzrokovana šteta velikih razmera ili ako je prema oštećenom⁶⁰ tj. poveriocu zbog toga došlo do pokretanja postupka prinudnog poravnanja ili stečaja. Prema shvatanju Krivičnog odeljenja Vrhovnog suda Srbije od 2006. godine, „šteta velikih razmera” postoji onda kada prelazi iznos od šest miliona dinara. U skladu sa nepred iznetim stanovištem, stečajni postupak je pokrenut donošenjem rešenja o otvaranju glavnog stečajnog postupka. Podsećanja radi, ZOS ne poznaje institut prinudnog poravnanja i ova odredba otuda nema krivičnopravni značaj.⁶¹ Nastupanje štete velikih razmera i pokretanje stečaja predstavljaju kvalifikatorne okolnosti koje moraju biti obuhvaćene umišljajem učinioca (VKS Kzz. 196/2015).

57 Vid. N. Delić, „Krivično delo zloupotreba službenog položaja (član 359. KZ) – stanje i perspektiva”, u: *Kaznena reakcija u Srbiji, Osmi deo*, Beograd 2018, 123–149.

58 Izraz „izigrati” znači varati; obmanjivati; izbeći; zaobići primenu nečeg obavezujućeg. Grupa autora, redaktor M. Nikolić, 456.

59 Grupa autora, redaktor Lj. Lazarević, 91.

60 Treba primetiti da zakonodavac u materijalnopravnoj normi koristi procesnopravni pojam „oštećeni”.

61 Vid. M. Vasiljević, *Kompanijsko pravo*, Beograd 2017, 538.

Budući da se krivično delo oštećenje poverilaca (i prouzrokovanje lažnog stečaja) između ostalog, može izvršiti i sastavljenjem fiktivnih ugovora otvara se pitanje odgovornosti lica sa kojima se fiktivni ugovori zaključuju. U sudskoj praksi je prisutan stav da je u pitanju pomaganje kao oblik saučesništva i u skladu sa tim se navodi da je „okrivljeni A time što je zaključio predmetni fiktivni ugovor sa umišljajem stvorio uslove da okrivljeni B i V izvrše krivično delo oštećenje poverilaca tako što je sa okrivljenim B direktorom preduzeća zaključio ugovor o kupoprodaji i na taj način „olakšao” okrivljenima da oštete poverioca tj. preduzeće G, da bi se odmah nakon overe ugovora, a pre isplate ugovorene cene, koja je niža od tržišne cene, uknjižio kao vlasnik na predmetnom poslovnom objektu” (VKS Kzz. 898/2017).

ZAVRŠNE NAPOMENE

U srpskom zakonodavstvu u glavi krivičnih dela protiv privrede predviđena su tri takozvana stečajna krivična dela. Stavljanje kvalifikativa „takozvana” u genusni naziv ove neformalne podrupe krivičnih dela ima svoje opravdanje jer dosledno tumačenje naziva „stečajna krivična dela” implicira da je reč o krivičnim delima koja se vrše u toku stečajnog postupka. Kako je prethodno detaljno objašnjeno, delatnosti koje imaju značaj radnji izvršenja ovih krivičnih dela preduzimaju se isključivo pre pokretanja stečajnog postupka u formalnopravnom smislu tačnije rečeno, do donošenja rešenja o pokretanju glavnog stečajnog postupka. Otuda nije bez osnova stav da bi radi veće preciznosti bilo opravdano da se ova krivična dela označavaju kao „krivična dela u vezi sa stečajnim postupkom”, dok bi izraz „stečajna krivična dela” bio adekvatan u slučaju kada se imaju u vidu data krivična dela iz krivičnog zakonodavstva i krivična dela predviđena stečajnim zakonom.⁶²

Kao i većina krivičnih dela protiv privrede i stečajna krivična dela imaju nepotpunu blanketnu dispoziciju čija primena pretpostavlja uvažavanje odgovarajućih propisa iz stečajnog prava. Osim toga, njihovi zakonski opisi sadrže i termine koji su karakteristični za obligaciono i trgovinsko pravo kao i generalne klauzule. Data zakonodavna tehnika, kao što je napred prikazano, za posledicu ima to da tumačenje većine objektivnih obeležja ovih krivičnih dela predstavlja *faktičko pitanje*. To bi možda moglo da govori u prilog zaključku da zakonodavac u datim inkriminacijama nije u potpunosti uspeo da postigne balans između nužne generalizacije i neophodne preciznosti koja obezbeđuje doslednu realizaciju načela zakonitosti. Međutim, kada se uzme u obzir specifična dinamična priroda kako grupnog, tako i neposrednog objekta zaštite ovih krivičnih dela, ima mesta zaključku da ne bilo opravdano insistirati na suštinskom redefinisaju njihovih zakonskih opisa, ali da bi svakako bilo potrebno da u nekoj narednoj fazi zakonodavne reforme bude izvršeno bar redakcijsko doterivanje u vidu nomotehničke adaptacije datih normi. To bi zasigurno znatno unapredilo postojeću regulativu i doprinelo jasnijem definisanju granica postojeće krivičnopravne zaštite.

62 V. Čolović, N. Mrvić-Petrović, 154.

LITERATURA

- Atanacković, D. (1981): *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd.
- Babić, I. (2018): *Leksikon obligacionog prava*, Beograd.
- Babić, M, Marković, I. (2013): *Krivično pravo, posebni dio*, Banja Luka.
- Bačić, F. (1979): *Kazneno pravo, posebni dio*, Zagreb.
- Vasiljević, M. (2017): *Kompanijsko pravo*, Beograd.
- Vuković, I. (2009): „O pojmu nehata i njegovim pojavnim oblicima”, u: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, Treći deo*, Beograd.
- Vuković, I. (2015): „O opravdanosti tzv. svojeručnih krivičnih dela”, u: *Kaznena reakcija u Srbiji, Peti deo*, Beograd.
- Grupa autora, redaktor Lazarević, LJ. (1995): *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije*, Beograd.
- Grupa autora, redaktor Nikolić, M. (2007): *Rečnik srpskog jezika*, Beograd.
- Grupa autora, redaktor Srzentić, N. (1981): *Komentar Krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine*, Beograd.
- Delić, N. (2014): *Nova rešenja u Posebnom delu Krivičnog zakonika Srbije*, Beograd.
- Delić, N. (2016): „Volja i namera u krivičnom pravu”, u: *Kaznena reakcija u Srbiji, Šesti deo*, Beograd.
- Delić, N. (2018): „Krivična dela falsifikovanja predviđena u glavi krivičnih dela protiv privrede u svetlu novela iz 2012. i 2016. godine”, u: *Finansijski kriminalitet*, Beograd.
- Delić, N. (2018): „Krivično delo zloupotreba službenog položaja – stanje i perspektiva”, u: *Kaznena reakcija u Srbiji, Osmi deo*, Beograd.
- Jovanović, Ž. (1963): *Priručnik iz krivičnog prava Jugoslavije, posebni deo*, Beograd.
- Lazarević, LJ. (1998): *Krivično pravo Jugoslavije, posebni deo*, Beograd.
- Majstorović, D. (2/2007): „Stečajna kaznena djela”, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb.
- Radović, V. (2018): *Osnovi stečajnog prava*, Beograd.
- Slijepčević, D. B. (2016): *Komentar Zakona o stečaju*, Beograd.
- Stojanović, Z. (2018): *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd.
- Stojanović, Z, Delić, N. (2019): *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd.
- Stojanović, Z, Perić, O. (2011): *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd.
- Schönke, Schröder, (2001): *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München.
- Fischer, T. (2015): *Strafgesetzbuch, mit Nebengesetzen*, München.
- Čejović, B. (1986): *Krivično pravo u sudskoj praksi, posebni deo*, Beograd
- Čolović, V, Mrvić-Petrović, N. (2017): „Nedoumice tokom regulisanja stečajnih krivičnih dela”, u: *Privredna krivična dela*, Beograd.
- Čolović, V, Babić, I. (2018): *Predgovor Zakona o stečaju*, Beograd.

Nataša Delić

Faculty of Law, University of Belgrade

BANKRUPTCY CRIMINAL OFFENCES AFTER THE 2016 NOVELLA

SUMMARY

In this work the author analyses the positive legal aspect of bankruptcy criminal offences that are proscribed in the chapter of the Criminal Code of Serbia that regulates offences against the economy. Those are the following criminal offences: causing bankruptcy (article 232 CC), causing false bankruptcy (article 232a CC), and damaging creditors (article 233 CC). In the first part of the work the author points out the general characteristics of these criminal offences: blanket rules, *delicta communia*, and intent as the sole form of guilt. In the given context, it is particularly pointed out that although it is usual for these crimes to be labelled as „bankruptcy” crimes, they are not committed during bankruptcy procedure but rather before the procedure has begun. Initiating the bankruptcy procedure in the formally-legal sense represents either a segment of a complex consequence of the criminal offence – in the case of the crime of causing bankruptcy – or the consequence of the crime – in the case of the crime of causing false bankruptcy – or a presumption for the consequence of the crime – in the case of the crime of damaging creditors. The central part of the work contains a detailed display and analysis of the basic and additional elements of the being of these criminal offences. Attention is given to alternatively proscribed acts of perpetration of all three criminal offences, especially to those forms that the legislator defined using general clauses or qualifications characteristic to contract or commerce law. Certain controversial questions regarding the consequences of these criminal offences, which occur, among other causes, because their interpretation is tightly connected with the rules of bankruptcy law, are brought up. Following that, all the serious forms of these criminal offences are analysed. In the concluding part of the work, certain conclusions are brought up and supported with adequate arguments.

Key words: criminal offence causing bankruptcy, criminal offence causing false bankruptcy, criminal offence damaging creditors, bankruptcy criminal offences, criminal offences against the economy.

Goran P. Ilić*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

MARGINALIJE O KAZNI DOŽIVOTNOG ZATVORA, USLOVNOM OTPUSTU I LJUDSKIM PRAVIMA

„Ružno je učiniti nešto kažnjivo,
ali je neslavno i kažnjavati.”

Mišel Fuko**

Apstrakt: U radu su analizirana pitanja u vezi s kaznom doživotnog zatvora koja je Novelom iz maja 2019. godine uvedena u naš Krivični zakonik. Iako takav potez nije u suprotnosti sa standardima ljudskih prava, autor podseća da kazna doživotnog zatvora može pod određenim uslovima da predstavlja povredu zabrane mučenja koju jemči član 3. Evropske konvencije o ljudskim pravima. O tome se može govoriti ako osuđeni nema nikakve izglede da bude oslobođen, a to znači da u nacionalnom pravu ne postoji mehanizam za preispitivanje kazne doživotnog zatvora u cilju njenog preinačenja *in melius*, prevremenog ili uslovnog otpuštanja. Važno je da osuđenik na kaznu doživotnog zatvora ima pravo da na početku kazne zna šta i pod kojim uslovima mora da učini da bi se razmotrilo njegovo oslobađanje, kao i da zna kada će doći do preispitivanja njegove kazne ili kada to može zatražiti. U radu je analiziran značaj člana 3. Evropske konvencije o ljudskim pravima i za neke druge situacije u krivičnom postupku ili u postupku izdržavanja kazne i učinjen je osvrt na praksu Ustavnog suda u vezi s tim. Nakon razmatranja važećih zakonskih rešenja koja se odnose na uslovni otpust i pomilovanje, autor zauzima stav da uslovni otpust predstavlja bolje rešenje. U tom smislu bi postojeće rešenje trebalo *de lege ferenda* izmeniti i stvoriti mehanizam koji će *de iure* i *de facto* predvideti uslove za preispitivanje kazne doživotnog zatvora.

Ključne reči: kazna doživotnog zatvora, uslovni otpust, pomilovanje, ljudsko dostojanstvo, ljudska prava.

UVODNE NAPOMENE

Narodna skuština Republike Srbije je 21. maja 2019. godine usvojila Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika (dalje: ZID KZ).¹ Na taj način je u Krivični zakonik (dalje: KZ)² uvedena kazna doživotnog zatvora, učiniocima

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

** Mišel Fuko, *Nadzirati i kažnjavati Nastanak zatvora* (prevela s francuskog A. A. Jovanović), Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci, Novi Sad 1997, 13.

1 Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, *Službeni glasnik RS* 35/19.

2 Krivični zakonik, *Službeni glasnik RS* 85/05, 88/05 – ispravka, 107/05 – ispravka, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 i 35/19.

određenih krivičnih dela je ukinuto pravo na uslovni otpust, propisano je strože kažnjavanje u slučaju povrata, a krug krivičnih dela za koja se može izreći uslovna osuda je sužen. Određene izmene i dopune obuhvataju i pojedina krivična dela, ali u ovom radu će, kao što naslov upućuje, pažnja biti usmerena ka problematici kazne doživotnog zatvora, (ne)postojanju prava na uslovni otpust i značaju ovih pitanja u svetlu ljudskih prava. S obzirom da je u doktrini pisano o ovoj materiji, preostala je da se razmotri poneka nedoumica o kojoj nije ili bar ne u dovoljnoj meri raspravljano, a to podrazumeva i analizu određenih specifičnosti ustanova doživotnog zatvora i uslovnog otpusta u kontekstu ljudskih prava. Zbog toga je i ovaj pojam zavredio mesto u nazivu rada, pri čemu se on pominje na kraju kao svojevrsni *mis en scène* za primenu krivičnih ustanova, ali i s namerom da ukaže da je, pod uticajem naraslog penalnog populizma i tendencija zaoštavanja retribucije,³ zakonodavac i ovaj put agrumentima struke pretpostavio *basic instict* opšte javnosti. Takvo postupanje najbolje oslikava izostavljanje iz Predloga Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika (dalje: Predlog ZID KZ)⁴ određenih razloga koji su u Nacrtu zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz 2015. godine (dalje: Nacrt ZID KZ)⁵ navođeni u prilog uvođenja kazne doživotnog zatvora.⁶

1. KAZNA DOŽIVOTNOG ZATVORA

U članu 2. ZID KZ propisano je da se član 43. tač. 1. i 2. KZ menja tako da se učiniocu krivičnog dela mogu, između ostalog, izreći kazna doživotnog zatvora i kazna zatvora. Osnovni razlog za uvođenja kazne doživotnog zatvora jeste rešenost zakonodavca da je propiše za najteža krivična dela protiv života i tela i krivična dela protiv polne slobode u slučajevima kada je usled izvršenja dela nastupila smrt deteta, maloletnog lica, bremenite žene ili nemoćnog lica.⁷ Ova novela se odrazila i na druga krivična dela za koja je prema dosadašnjem zakonskom rešenju bio propisan zatvor od 30 do 40 godina, pa će ubuduće i ona potpadati pod režim kazne doživotnog zatvora.⁸

3 Dorđe Ignjatović, „Uslovni otpust – pravna i penoliška analiza”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2016, 54.

4 Predlog zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, dostupno na: <http://www.parlament.gov.rs/akti/zakoni-u-proceduri/zakoni-u-proceduri.1037.html> (posećeno 14. maja 2019).

5 V. Nacrt zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, tačnije *Obrazloženje Nacrta zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika*, 3, dostupno na: <https://mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php> (posećeno 14. maja 2019).

6 Za razliku od Nacrta ZID KZ, u Predlogu ZID KZ se ne navodi da bi prilikom propisivanja kazne doživotnog zatvora trebalo *poštovati i stav Evropskog suda za ljudska prava zauzet u odluci nje-govog Velikog veća iz 2013. godine, a to je da se ona ne može propisati i izreći bez prava osuđenog da po određenom osnovu kraće traje, tj. da se transformiše u vremensku kaznu (uslovni otpust, pomilovanje, amnestija), kao i da vreme posle kojeg osuđeni stiče to pravo ne može biti duže od 25 godina.*

7 Reč je o krivičnim delima: teško ubistvo (član 114. stav 1. tačka 9. KZ), silovanje (član 178. stav 4. KZ), obljuba nad nemoćnim licem (član 179. stav 3. KZ), obljuba nad detetom (član 180. stav 3. KZ) i obljuba zloupotrebom službenog položaja (član 46. stav 5. KZ), a sadržana su u inicijativi Fondacije „Tijana Jurić”. *Obrazloženje Predloga ZID KZ*, 10.

8 Ta dela su: ubistvo predstavnika najviših državnih organa (član 310. KZ), teška dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti Srbije (član 321. stav 2. KZ), udruživanje radi vršenja krivičnih dela

U obrazloženju Predloga ZID KZ⁹ stoji da kriminalnopolitičko opravdanje kazne doživotnog zatvora jeste u tome što ona treba da bude izuzetna kazna koja zamenjuje smrtnu kaznu. Uvođenjem kazne doživotnog zatvora izbegava se arbitrarnost u vezi s propisivanjem trajanja kazne zatvora, s obzirom da trajanje doživotnog zatvora ne zavisi od volje zakonodavca ili suda. Ukazuje se i na simbolički značaj ove kazne, budući da ona može adekvatnije da izrazi težinu nekih krivičnih dela i stepen krivice učinioca. Na prigovor o nehumanosti kazne doživotnog zatvora se odgovara da bi najstroža kazna u trajanju od 40 godina mogla pod određenim uslovima da bude i nehumanija, pošto osuđeni koji pred kraj života bude pušten na slobodu po pravilu nema sredstva za život, u dubokoj je starosti, veze s porodicom i prijateljima je prekinuo i sl.

Iako je reč je o argumentima koji su u doktrini navođeni u vezi s rešenjima koja je sadržao Nacrt ZID KZ iz 2015. godine,¹⁰ uočava se da ih je zakonodavac donekle izmenio i na taj način zapao u određene nelogičnosti. Stav o kazni doživotnog zatvora kao jedinoj pravoj zameni za smrtnu kaznu upućuje na zaključak da je za najteža krivična dela i najteže oblike teških krivičnih dela kazna doživotnog zatvora primerenija, a samim tim i stroža od kazne zatvora u trajanju od 30 do 40 godina. Nelogično je zato tvrditi da kazna doživotnog zatvora može pod određenim uslovima da bude humanija od kazne zatvora u ograničenom trajanju, pa makar to bilo i u rasponu od 30 do 40 godina. U najboljem slučaju bi se moglo govoriti da sa stanovišta (ne)humanosti nema suštinske razlike između osude na kaznu zatvora od 40 godina (ili nešto manje) ili osude na kaznu doživotnog zatvora.¹¹ Ova tvrdnja bi važila samo pod pretpostavkom da je u toku izdržavanja kazne doživotnog ili dugogodišnjeg zatvora nastupila smrt osuđenog ili je po izdržanoj kazni odnosno na osnovu uslovnog otpusta osuđeni pušten na slobodu.

Problem nastaje u slučaju kada osuđenom bude izrečena kazna doživotnog zatvora za neko od krivičnih dela za koja je Novelom iz 2019. godine ukinuto pravo na uslovni otpust (teško ubistvo (član 114. stav 1. tačka 9. KZ), silovanje (član 178. stav 4. KZ), obljuba nad nemoćnim licem (član 179. stav 3. KZ), obljuba nad detetom (član 180. stav 3. KZ) i obljuba zloupotrebom službenog položaja (član 46. stav 5. KZ)). Stepem (ne)humanosti između izdržane kazne zatvora od 30 do 40 godina i izrečene kazne doživotnog zatvora može se tada posmatrati maltene isključivo¹² kao puštanje na slobodu pred kraj života i ostanak do smrti u zatvoru.

(član 346. stav 5. KZ), genocid (član 370. KZ), zločin protiv čovečnosti (član 371. KZ), ratni zločin protiv civilnog stanovništva (član 372. stav 3. KZ), ratni zločin protiv ranjenika i bolesnika (član 373. stav 2. KZ), ratni zločin protiv ratnih zarobljenika (član 374. stav 2. KZ), upotreba nedozvoljenih sredstava borbe (član 376. stav 2. KZ), protivpravno ubijanje i ranjavanje neprijatelja (član 378. st. 3. i 4. KZ), agresivni rat (član 386. stav 2. KZ), terorizam (član 391. stav 4. KZ), upotreba smrtonosne naprave (član 391v stav 3. KZ), uništenje i oštećenje nuklearnog objekta (član 391g stav 3. KZ) i ugrožavanje lica pod međunarodnom zaštitom (član 392. stav 3. KZ).

9 Obrazloženje Predloga ZID KZ, 12, 13.

10 Zoran Stojanović, „Sistem kazni u krivičnom pravu Srbije i potreba njegovog daljeg usavršavanja”, *Kaznena reakcija u Srbiji V deo Tematska monografija* (ured. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015, 6, 7.

11 *Ibid.*, 7.

12 Teorijski ipak ostaje mogućnost pomilovanja osuđenika (npr. iz razloga humanosti) koji izdržava kaznu doživotnog zatvora.

Ukidanje prava na uslovni otpust koje predviđa član 46. stav 5. KZ odnosi se na *bilo koju kaznu zatvora* koja bude izrečena učiniocu nekog od navedenih krivičnih dela koje je izvršeno prema detetu, bremenitoj ženi, maloletnom ili nemoćnom licu.¹³ Slično rešenje već postoji u našem pozitivnom krivičnom pravu. Naime, u članu 5. stav 2. Zakona o posebnim merama za sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima iz 2013. godine (dalje: ZPM)¹⁴ propisano je da se lice osuđeno na kaznu zatvora za krivično delo iz člana 3. ZPM ne može uslovno otpustiti. U doktrini se ističe da navedena zakonska odredba ZPM dovodi u pitanje sistemski značaj KZ pošto fundamentalni principi sadržani u njemu više ne važe za sve slučajeve.¹⁵ Ima autora koji smatraju, uz pozivanje na praksu Ustavnog suda, da se može postaviti pitanje ustavnosti takve norme.¹⁶ O ustavnosti ukidanja prava na uslovni otpust, tj. o mogućnosti da se u kaznenom pravu posebnim zakonom odstupi od sistemskih rešenja i stavu koji je Ustavni sud zauzeo u vezi s tim biće više reči. Na ovom mestu je dovoljno ukazati na nedoslednost u koju je zakonodavac zapao unošenjem odredbe o ukidanju prava na uslovni otpust *samo* za krivična dela koja su navedena u članu 46. stav 5. KZ.

Nema sumnje da je već 2013. godine povučen pogrešan potez kada je osuđenom na kaznu zatvora za krivično delo iz člana 3. ZPM ukinuto pravo na uslovni otpust. S obzirom da KZ nije sadržao sličnu odredbu, stvorena je antinomija za koju je zakonodavac verovatno smatra da će biti otkloniti uz pomoć kriterijuma *lex posterior derogat legi priori* i *lex specialis derogat legi generali*. Problem je međutim što odredbe KZ imaju sistemski značaj za uređenje osnovnih ustanova krivičnog prava, tako da se u odnosu na rešenje o ukidanju uslovnog otpusta sadržano u ZPM ispoljavaju kao hijerarhijski više i daju mesta za primenu pravila *lex superior derogat legi inferiori*. Uz to, specifičnost krivičnog prava jeste da predstavlja granu prava u kojoj bez izuzetka važi princip potpunosti, tj. načelo zakonitosti, što predstavlja jedno od jemstava pravne sigurnosti u kaznenom pravu sadržano u članu 34. st. 1. i 2. Ustava Republike Srbije (dalje: Ustav RS).¹⁷ Sukob kriterijuma za otklanjanje antinomije bi trebalo posmatrati u svetlu značaja pravne sigurnosti u kaznenom pravu, a to vodi ka zaključku da se dilema mora rešiti uz pomoć najvišeg kriterijuma – pravednosti, koja se svodi na to da li je jedna norma opravdana ili ne.¹⁸

Na drugoj strani, Novelom iz 2019. godine je u KZ – kao opštem aktu sistemskog karaktera, ukinuto pravo na uslovni otpust za pojedina krivična dela (reč je o

13 U obrazloženju Predloga ZID KZ je navedeno samo da je takva odredba propisana u skladu sa inicijativom Fondacije „Tijana Jurić”. Obrazloženju Predloga ZID KZ, 13.

14 Zakon o posebnim merama za sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima, *Službeni glasnik RS* 32/13.

15 Đ. Ignjatović, 54.

16 Vladica Ilić, „Kazna doživotnog zatvora – evropski standardi ljudskih prava i aktuelne prepreke u njihovoj primeni u srpskom krivičnom zakonodavstvu”, 11, 12, dostupno na: <http://www.bgcentar.org.rs/bgcentar/wp-content/uploads/2019/01/Evropski-standardi-ljudskih-prava-koji-se-odnose-na-kaznu-do%C5%BEivotnog-zatvora-i-prepreke-u-njihovoj-primeni-u-Srbiji.pdf> (posećeno 14. maja 2019).

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

18 Gordana Vukadinović, „Načela pravnog sistema”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 4/2014, 28, 29.

delima koja su predstavljala osnov za propisivanje kazne doživotnog zatvora). To se delimično odrazilo na druga krivična dela (primera radi, genocid iz člana 340. KZ i ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 372. stav 2. KZ) tako što je kazna zatvora u maksimalnom trajanju bila zamenjena kaznom doživotnog zatvora, ali ne i na ukidanje prava na uslovni otpust osuđenom za takvo delo.¹⁹ Umesto toga, pozitivno rešenje dopušta osuđenom za neko od krivičnih dela protiv čovečnosti da zatraži uslovni otpust, što u slučaju kada mu je izrečena kazna doživotnog zatvora pretpostavlja da je izdržao dvadeset sedam godina (član 46. stav 2. alineja prva KZ). Teško je utvrditi *ratio legis* ovakve odredbe. Odgovor bi mogao bude – propust, povlađivanje penalnom populizmu ili, možda, nastojanje da se šteta sa ukidanjem prava na uslovni otpust ograniči na što manji broj krivičnih dela. Svaki drugi razlog bi u osnovi vodio ka zaljučku da zakonodavac stavlja u povoljniji položaj osuđenog koji je, postupajući s genocidnom namerom ili za vreme rata, oružanog sukoba (uključujući i građanski rat) ili za vreme okupacije,²⁰ izvršio neko od najtežih krivična dela protiv života i tela i krivična dela protiv polne slobode u slučajevima kada je usled izvršenja dela nastupila smrt deteta, maloletnog lica, bremenite žene ili nemoćnog lica.

O prirodi novih odredaba KZ svedoči i dopuna člana 42. KZ, tačnije, uvođenje još jednog cilja koji bi trebalo da se postigne svrhom kažnjavanja. U novoj tački 4. navedenog člana KZ predviđeno je ostvarivanje pravednosti i srazmernosti između učinjenog dela i težine krivične sankcije. Iako ga ne bi trebalo dovoditi u vezu isključivo s kaznom doživotnog zatvora, nesumnjiv je retributivni naboj novog cilja a samim tim i veza koja postoji s kaznom doživotnog zatvora kao „zamenom za smrtnu kaznu”.²¹ Istina, mada su dosadašnji ciljevi koji čine sadržaj svrhe kažnjavanja (član 42. tač. 1. do 3. KZ) oblikovani pod uticajem relativnih teorija o svrsi kažnjavanja, u teoriji nije bilo spora da kazna predstavlja svojevrsnu odmazdu, pa je razumljivo da se kazneni rasponi oblikuju prema stepenu društvene opasnosti ponašanja i štetnih posledica dela.²²

19 U navedenom primeru su izdvojena krivična dela koja ne zastarevaju, pa se i po tom osnovu nakon najnovijih izmena izjednačavaju s teškim krivičnim delima izvršenim prema detetu, bremenitoj ženi, maloletnom ili nemoćnom licu (član 108. KZ). Inače, ovo bi bio nužan sled zakonskih izmena koji bi i dalje bio podložan kritici zbog ukidanja prava na uslovni otpust (istina, kod svih, a ne – kao što je sada slučaj – samo kod pojedinih krivičnih dela).

20 V. Zoran Stojanović, Nataša Delić, *Krivično pravo Posebni deo*, Pravna knjiga, Beograd 20185, 318–321, 324–327.

21 Postoji shvatanje da je primena doživotnog zatvora ograničena principom pravednosti i srazmernosti (Z. Stojanović, 7). Umesto ograničenja, pre bi se moglo reći da pravednost i srazmernost (a to naročito važi kada je propisana kazna doživotnog zatvora) predstavljaju svojevrsno *retributivo merilo* kroz koje se posmatra težina krivičnog dela i odlučuje o kazni, tj. vrši se isključivo njen izbor ako je u pitanju kazna doživotnog zatvora. Otvoreno je pitanje na koji način će se u praksi primenjivati ovaj cilj kažnjavanja, s obzirom da sudije ne odmeravaju kaznu analitički polazeći od utvrđenih i ocenjenih činjenica, već sintetički po pravilu *ex aequo et bono* na osnovu ličnog utiska, osećanja ili uverenja. Zlata Đurđević, „Odluka o kazni – krivičnoprocesna pitanja”, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 2/2004, 764.

22 Igor Vuković, „Svrha kažnjavanja kao kriterijum odmeravanja kazne”, *Kaznena reakcija u Srbiji IV deo Tematska monografija* (ured. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014, 156, 157.

Specifičnost kazne doživotnog zatvora (uostalom, kao i smrtne kazne) jeste da se ne odmerava, već sud vrši samo njen izbor.²³ Drugim rečima, izricanje kazne doživotnog zatvora se u poređenju s drugim vrstama kazni odigrava u užem „slobodnom prostoru”, a to može uticati na realizaciju načela individualizacije kazne. U slučaju kada je slobodno sudijsko uverenje prilikom odlučivanja o kazni usmereno (u pojedinim slučajevima bi se čak moglo reći i – ograničeno) jedino na vrstu kazne, sud mora posebnu pažnju da posveti opštim i zakonskim pravilima koja objektivizuju i racionalizuju proces ocene relevantnih činjenica na osnovu kojih se donosi odluka o kazni.²⁴ S obzirom da je ovo jedini korak koji se može učiniti na planu individualizacije kazne, od naročitog je značaja da u oblasti individualizacije tretmana osuđenih na kaznu doživotnog zatvora postoje odgovarajuća pravila na osnovu kojih se odlučuje o ranijem otpuštanju zatvorenika pod individualizovanim uslovima.²⁵ Uslovni otpust zato predstavlja ključni mehanizam uz pomoć kojeg se nadomešćuje nedostajuće odmeravanje kazne, jer se na osnovu ocene pre svega ličnih crta osuđenog, a ne težine krivičnog dela, određuje stvarno trajanje kazne doživotnog zatvora.²⁶

2. STANDARDI LJUDSKIH PRAVA O KAZNI DOŽIVOTNOG ZATVORA

Republika Srbija se propisivanjem kazne doživotnog zatvora priklonila rešenju koje prevladuje u uporednom krivičnom pravu. Primetno je da i u državama koje prihvataju takvu mogućnost dolazi do povlačenja (*le recul*) kazne doživotnog zatvora što je, prema mišljenju pojedinih autora,²⁷ posledica praktičnih i ustavnih razloga. Važan argument ustavnog karaktera jeste poštovanje ljudskog dostojanstva i vladavine prava, a to pretpostavlja da je čovečno sprovođenje kazne doživotnog zatvora moguće samo ako zatvorenik ima „konkretnu i realno ostvarivu priliku” da povрати slobodu u budućnosti; *država udara pravo u srž ljudskog dostojanstva* (oznacio – G. P. Ilić) ako zatvorenika liši svake nade da će ikada zaslužiti svoju slobodu.²⁸

Ljudsko dostojanstvo može da bude povređeno između ostalog i zlostavljanjem. U doktrini međunarodnog prava ljudskih prava postoji gledište da je na osnovu relevantnih međunarodnih dokumenata moguće razlikovati dve kategorije zlostav-

23 Z. Stojanović, 6.

24 Z. Đurđević, 762, 763.

25 Reč je definiciji uslovnog otpusta koju sadrži Preporuka 2003(22) Komiteta ministara o uslovnom otpustu (Recommendation Rec(2003)22 of the Committee of Ministers to member States on conditional release (parole) (*Adopted by the Committee of Ministers on 24 September 2003 at the 853rd meeting of the Ministers' Deputies*), dostupno na: www.legislationline.org/documents/id/8026) (posećeno 14. maja 2019). Ova definicija se ne odnosi na amnestiju i pomilovanje.

26 Đ. Ignjatović, 54; Z. Stojanović, 6.

27 Jean Pradel, *Droit pénal comparé*, Dalloz, Paris 20164, 595.

28 Radi se o stavu nemačkog Saveznog ustavnog suda izraženom u presudi (45 BVerfGE 187) donetoj 21. juna 1977. godine u predmetu *Doživotna kazna zatvora (lebenslange Freiheitsstrafe)*. Grand Chamber, *Vinter and Others v. the United Kingdom*, 66069/09, 130/10 and 3896/10, 9. 7. 2013, § 69.

ljanja – mučenje i ostali oblici zlostavljanja.²⁹ Dok je pojam mučenja određen u nekoliko međunarodnih dokumenata, ostali oblici zlostavljanja nisu definisani *in abstracto* pa u tim slučajevima sudska praksa ima ključni značaj.³⁰

Pre nego što bude analiziran pristup koji je Evropski sud za ljudska prava (dalje: ESLJP) izgradio u vezi sa zabranom mučenja iz člana 3. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (dalje: EKLJP)³¹ i odnos ovog jemstva s kaznom doživotnog zatvora, potrebno je ukazati na nekoliko stvari. Zabrana mučenja spada u „tvrdo jezgro” ljudskih prava (*le „noyau dur” des droits de l’homme*)³² i obuhvaćena je konceptom evropskog javnog poretka (*l’ordre public européen*) koji je prvi put pomenut u predmetu *Loizidou protiv Turske*.³³

S obzirom da EKLJP predstavlja „ustavni instrument evropskog javnog poretka” (*l’instrument constitutionnel de l’ordre public européen*), stav Evropskog suda za ljudska prava je da su članice Saveta Evrope dužne da reaguju na postupanja koja predstavljaju ozbiljne napade na telesni i duševni integritet pojedinaca (na primer, tortura, ropstvo, terorizam itd.).³⁴ Od država se očekuje ne samo da donesu odgovarajuće propise i stvore uslove za nesmetano vršenje prava garantovanih EKLJP, već da se suzdrže od zadiranja u ljudska prava, a naročito ona koja su obuhvaćena pojmom „tvrdog jezgra” (reč je o tzv. negativnoj obavezi država). Delotvorno ostvarivanje ljudskih prava pretpostavlja i dužnost država da preduzmu pozitivne mere u tom pravcu, a to se, nakon odluke u predmetu *Airey protiv Irske*,³⁵ označava kao koncept pozitivnih obaveza. Ovaj pristup se posebno koristi u odnosu na prava koja su obuhvaćena pojmom evropskog javnog poretka.³⁶

Zabrana mučenja koju jemči odredba člana 3. EKLJP svrstava se u osnovne vrednosti demokratskog društva. Prilikom ocene da li određeno postupanje predstavlja kršenje zabrane iz člana 3. EKLJP neophodno je razmotriti da li je dostignut određeni minimum ozbiljnosti koji se ocenjuje u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja.³⁷

29 Ludovic Hennebel, H el ene Tigroudja, *Trait e de droit international des droits de l’homme*, Editions A. Pedone, Paris 2016, 860.

30 V. *Ibid.*, 860–862.

31 Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda sa dodatnim protokolima, sa izmenama i dopunama, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori* 9/03, 5/05 i 7/05 – ispravka i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori* 12/10 i 10/15.

32 Sagleđano u svetlu član 15. stav 2. EKLJP „tvrdo jezgro” obuhvata: pravo na život (član 2. EKLJP), zabranu mučenja (član 3. EKLJP), zabranu ropstva i prinudnog rada (član 4. EKLJP), kažnjavanje samo na osnovu zakona (član 7. EKLJP) i pravo da se ne bude dvaput suđen ili kažnjen u istoj stvari (član 4. Protokola br. 7 uz EKLJP).

33 Grande chambre, *Loizidou c. Turquie (exceptions pr elimitaires)*, 15318/89, 23. 3. 1995, § 75.

34 V. Goran P. Ilić, „O položaju oštećenog u krivičnom postupku”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2012, 150, 151.

35 *Airey v. Ireland*, 6289/73, 9. 10. 1979, § 25.

36 Goran P. Ilić, „Oštećeni i standardi ljudskih prava u krivičnom postupku”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2012, 145, 146.

37 Uzima se u obzir trajanje postupanja, fizičke ili mentalne posledice koje su prouzrokovane i, ponekad, pol, uzrast, zdravstveno stanje oštećenog i t. sl. (*Ireland v. the United Kingdom*, 5310/71, 18. 1. 1976, § 162).

Izricanje kazne doživotnog zatvora punoletnom učiniocu krivičnog dela nije zabranjeno ni članom 3, niti nekom drugom odredbom EKLJP. Ova kazna može da dođe pod „udar” člana 3. EKLJP ako osuđeni nema nikakve izgleda da bude oslobođen, a to znači da u nacionalnom pravu ne postoji mehanizam za preispitivanje kazne doživotnog zatvora u cilju njenog preinačenja *in melius*, prevremenog ili uslovnog otpuštanja. Da bi standard koji postavlja član 3. EKLJP bio ispunjen neohodno je, prema stavu iznetom u presudi *Vinter i ostali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*,³⁸ da osuđenik na kaznu doživotnog zatvora ima pravo da na početku kazne zna šta i pod kojim uslovima mora da učini da bi se razmotrilo njegovo oslobađanje, kao i da zna kada će doći do preispitivanja njegove kazne ili kada to može zatražiti.³⁹ Ako domaće pravo ne obezbeđuje nijedan mehanizam ili mogućnost preispitivanja kazne doživotnog zatvora, neusaglašenost te kazne s članom 3. EKLJP po ovom osnovu se pojavljuje već u trenutku njenog izricanja, a ne u toku njenog izdržavanja.

Kao ni većini drugih stavova koje Veliko veće ESLJP zauzima u nastojanju da reši sporna pitanja koja nastaju u strazburškoj praksi, ni ovom se s načelnog staništa ne može nešto posebno prigovoriti. Problem nastaje prilikom njegove primene na konkretne slučajeve,⁴⁰ o čemu svedoče predmeti *Vinter i ostali protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (utvrđena je povreda člana 3. EKLJP) i *Kafkaris protiv Kipra*⁴¹ o kojem je Veliko veće ESLJP odlučivalo nekoliko godina pre slučaja *Vinter i ostali*, i tom prilikom nije utvrdilo postojanje povrede člana 3. EKLJP.

U predmetu *Kafkaris* je zaključak o postojanju ograničenih *izgleda za oslobodjenje* zatvorenika koji izdržavaju kaznu doživotnog zatvora izveden uz pomoć argumentacije o kojoj bi se moglo raspravljati. Uprkos *nepostojanja* postupka i formalnih kriterijuma za primenu ustavnih i zakonskih odredaba koje bi mogle da predstavljaju pravni osnov za uslovni otpust,⁴² *nepostojanja* obaveze generalnog tužioca da osuđenom dostavi mišljenje koje se odnosi na zahtev za puštanje na slobodu, *nepostojanja* obaveze predsednika da obrazloži (inače, on to i ne čini u praksi) odluku kojom je odbio zahtev za oslobodjenje, i *nepostojanja* mogućnosti za osporavanje predsedničke odluke pred sudom, Veliko veće EKSLJ je zauzelo stav da je kazna doživotnog zatvora u kiparskom pravnom sistemu *de iure* smanjiva, a navedene nedostatke je označilo kao određene praznine u postojećem postupku.⁴³ Štaviše, ocenjeno je da ovakav mehanizam i *de facto* čini kaznu doživotnog zatvora umanjivom, pošto je 1993. godine oslobođeno devet osuđenika, a 1997. i 2005. godine po jedan.

38 Grand Chamber, *Vinter and Others v. the United Kingdom*, § 122.

39 U uporednom i međunarodnom pravu prevlađuje rešenje da se preispitivanje kazne doživotnog zatvora jemči najkasnije 25 godina nakon njenog izricanja, kao i kasnija periodična ispitivanja. *Ibid.*, § 120.

40 Dobar primer je presuda Velikog veća ESLJP u predmetu *Perez protiv Francuske*, 47287/99, 12. 2. 2004. V. G. P. Ilić, „Oštećeni i standardi ljudskih prava u krivičnom postupku”, 157–159.

41 Grand Chamber, *Kafkaris v. Cyprus*, 21906/04, 12. 2. 2008.

42 Ustavni osnov je bio sadržan u članu 53. stav 4. Ustava Republike Kipar. Dok je u st. 1–3. navedenog člana bilo izričito reči o pomilovanju (*mercy; la grâce*) osuđenog na smrtnu kaznu i njejoj zameni kaznom doživotnog zatvora, dotle je u stavu 4. reč o pravu predsednika da preinači *in melius* izrečenu kaznu (a to podrazumeva i mogućnost puštanja na uslovni otpust). Grand Chamber, *Kafkaris v. Cyprus*, §§ 36, 37.

43 *Ibid.*, §§ 91, 103.

Kao dobru stranu kiparskog rešenja Veliko veće je istaklo i nepostojanje roka po čijem proteku se može zahtevati preispitivanje kazne doživotnog zatvora.⁴⁴

Nakon ove presude bilo je jasno da između načelnih stavova o *de iure* i *de facto* ispunjenosti kriterijuma za ocenu smanjivosti kazne doživotnog zatvora i njihove delotvornosti u konkretnom slučaju postoji određeni „raskorak”, pa je s razlogom očekivano da se Veliko veće ESLJP pozabavi tim pitanjem u nekom novom predmetu. To je učinjeno u presudi *Vinter i ostali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*. Na osnovu analize relevantnog pravnog okvira⁴⁵ koji je predviđao da će nalog o oslobađanju biti izdat samo u pojedinim, konkretno određenim okolnostima (reč je o razlozima humanog karaktera – smrtna bolest u završnoj fazi ili teška fizička bespomoćnost zatvorenika), a naročito dotadašnje izričite, objavljene i restriktivne politike koju je u vezi s tim sprovodio ministar unutrašnjih poslova,⁴⁶ Veliko veće ESLJP je zaključilo da se u konkretnom slučaju ne može govoriti o „izgledima za oslobođenje” o kojima je bilo reči u predmetu *Kafkaris*.⁴⁷ Iako bi odluka ministra kojom odbija da oslobodi osuđenika na kaznu doživotnog zatvora mogla da bude osporena pred sudom (*judicial review; la voie du contrôle juridictionnel*) i u tom slučaju bi moglo da dođe do pojašnjenja pravnog stava, to nije dovoljno za otklanjanje postojećih nejasnoća u vezi sa stanjem važećeg domaćeg zakonodavstva. Nedoumice proističu iz uopštene redakcije člana 30. Zakona o izvršenju krivičnih sankcija⁴⁸ i taksativno nabrojanih uslova u Uredbi o upravljanju zatvorima, kao i nepostojanja bilo kakvog posebnog mehanizma za preispitivanje odluka o kaznama doživotnog zatvora.⁴⁹

Za ovu materiju poseban značaj ima presuda Velikog veća ESLJP u predmetu *Murray protiv Holandije*,⁵⁰ jer je u njoj pored postojećih, ukazano i na nove načelne stavove koji su izgrađeni u strazburškoj praksi. Zahtev za *de iure* smanjivošću kazne doživotnog zatvora podrazumeva postojanje *posebnog mehanizma* koji će omogućiti prvo preispitivanje nakon 25 godina, a potom i periodična ispitivanja, s tim da je na državama da uredi da li će to biti vršeno u upravnom ili sudskom postupku.⁵¹ Odluka o sudbini kazne doživotnog zatvora mora se zasnivati na *legitimnom penološkom razlogu*, a ne na razlozima humanosti, jer se oni ne mogu dovesti u vezu sa izrazom „izgled za oslobođenje”. Jedno od procesnih jemstava da su u postupku za presipitivanje kazne doživotnog zatvora ocenjene sve relevantne informacije jeste *obrazloženje odluke*. Naime, zatvorenik ima pravo da zna šta mora da čini i pod ko-

44 *Ibid.*, § 103.

45 Radilo se o članu 30. stav 1. Zakona o izvršenju krivičnih sankcija (*Crime (Sentences) Act 1997*) i Poglavlju 12 Uredbe br. 4700 o upravljanju zatvorima (*Prison Service Order 4700*).

46 Ovakav pristup nije izmenjen ni nakon tumačenja člana 30. Zakona o izvršenju krivičnih sankcija koje je dao Apelacioni sud u predmetu *Biber (R v. Bieber)*, 1 WLR 223).

47 Grand Chamber, *Vinter and Others v. the United Kingdom*, §§ 126, 127.

48 Uzeta su u obzir i tumačenja Apelacionog suda koja se odnose na član 3. EKLJP i član 3. stav 1. Zakona o ljudskim pravima (*Human Rights Act 1998*) koji propisuje da će, u meri u kojoj je to moguće, pravne norma da budu tumačene i primenjivane na način koji je saglasan s pravima zajemčenim EKLJP.

49 Grand Chamber, *Vinter and Others v. the United Kingdom*, §§ 129, 130.

50 Grand Chamber, *Murray v. the Netherlands*, 10511/10, 26. 4. 2016.

51 *Ibid.*, § 99.

jim uslovima može da bude oslobođen, a to pretpostavlja da može zahtevati sudsku kontrolu koja će otkloniti svaki nedostatak u tom pogledu. Pored izloženih pretpostavki pod kojim se kazna doživotnog zatvora može *de iure* smatrati smanjivom, potrebno je da ona to bude i *de facto*, a tu je korisno uzeti u obzir statističke podatke o mehanizmu za preispitivanje (naročito, broj pomilovanih lica).⁵²

Važnost presude *Murray* je i u tome što izričito stavlja akcenat na *obavezu države* da zatvoreniku koji izdržava kaznu doživotnog zatvora pruži mogućnost da se popravi.⁵³ Reč je o *pozitivnoj obavezi države* da jemči osuđenima na kaznu doživotnog zatvora postojanje zatvorskog ustrojstva koje je spojivo s ciljem popravljanja i omogućava zatvorenima da napreduju na tom putu. Bez pomenute obaveze bi zatvorenik koji izdržava kaznu doživotnog zatvora bio lišen mogućnosti da se popravi, a to bi imalo za posledicu da mehanizam za preispitivanje na osnovu kojeg se ocenjuje da li je kazna smanjiva, i u okviru kojeg mora da bude ocenjen napredak ostvaren od strane zatvorenika na putu popravljanja, nosi u sebi rizik da nikada neće stvarno omogućiti preinačenje *in melius* kazne doživotnog zatvora ili uslovnii otpust zatvorenika.⁵⁴

O usklađenosti uslovnog otpusta u Ujedinjenom Kraljevstvu sa zahtevima koji proizilaze u vezi s članom 3. EKLJP, Veliko veće ESLJP raspravljalo je ponovo u predmetu *Hutchinson*.⁵⁵ Za razliku od slučaja *Vinter i ostali* ovaj put je izveden zaključak da nije povređen član 3. EKLJP, a argumenti se u suštini svode na sledeće:⁵⁶ od ključnog značaja je bila odluka Apelacionog suda u predmetu *McLoughlin*⁵⁷ kojom su, u skladu sa stavovima iz presude *Vinter i ostali*, pojašnjeni domašaj, kriterijumi i načini preispitivanja od strane ministra unutrašnjih poslova ispunjenosti uslova za puštanje na slobodu, kao i obaveza ministra da oslobodi zatvorenika koji izdržava kaznu doživotnog zatvora ako se dalje zatvaranje ne može opravdati legitimnim penološkim razlozima.

Jedna od obaveza ministra je da, saglasno članu 6. Zakona o ljudskim pravima, primenjuje svoje ovlašćenje na način koji je usaglašen s pravima koja jemči EKLJP. On mora da vodi računa o praksi ESLJP i da obrazloži svaku odluku koju donese u vezi sa zahtevom za puštanje na slobodu. Odluke ministra su podložne sudskoj kontroli, a Visoki sud (*High Court*) je ovlašćen da neposredno naloži oslobođenje zatvorenika ako smatra da je to neophodno radi poštovanja člana 3. EKLJP. Apelacioni sud je politiku oslobađanja zatvorenika na koju upućuje Priručnik o kaznama

52 *Ibid.*, § 100.

53 *Ibid.*, § 104.

54 Upravo je predmetu *Murray* postojanje rizika od povrata bilo povezano s činjenicom da nije sprovedena nikakva ocena terapijskih potreba ni mogućnosti postojećih tretmana osuđenog, pa mu nije ni predložena određena vrsta tretmana koji bi olakšao njegovo ponovno uključivanje u društvo. Izbor i sprovođenje tretmana zatvorenika predstavlja praktično prethodni uslov za mogućnost da napreduje u pravcu popravljanja i da smanji rizik od povrata. Reč je dakle o pitanju koje se odnosi na *de facto* smanjivost kazne doživotnog zatvora i usled toga je utvrđeno postojanje povrede člana 3. EKLJP. Grand Chamber, *Murray v. the Netherlands*, §§ 123, 125, 127.

55 Grand Chamber, *Hutchinson v. the United Kingdom*, 57592/08, 17. 1. 2017.

56 *Ibid.*, §§ 51, 52, 54–56, 58, 70, 72.

57 *R v. McLoughlin*, 18. 2. 2014.

neodređenog trajanja (*Lifer Manual*) ocenio kao izuzetno restriktivnu. Uz to, izuzetne okolnosti o kojima je reč u članu 30. Zakona o izvršenju krivičnih sankcija ne mogu se pravno ograničiti na slučajeve okončanja života, već se moraju odnositi na sve izuzetne okolnosti za oslobađanje iz humanih razloga. Ove razloge ne treba ograničavati na humanitarne slučajeve, već im valja pridati šire značenje u skladu s članom 3. EKLJP. Iako Apelacioni sud nije odredio značenje izraza „izuzetne okolnosti”, Veliko veće je podsetilo da se to odnosi na napredak koji je zatvorenik postigao u toku izdržavanja kazne.⁵⁸

Dosadašnja analiza se odnosila na praksu ESLJP u vezi sa uslovnim otpustom. Izuzetak je bio slučaj *Kafkaris* u kojem je razmatrano da li pomilovanje ispunjava *de iure* i *de facto* uslove na osnovu kojih se može zaključiti da su zadovoljeni zahtevi iz člana 3. EKLJP. U redovima koji slede biće anlizirani nekoliko slučajevi u kojima je ESLJP ispitivao da li je mehanizam pomilovanja ispunjava *de iure* i *de facto* zahteve koji se vezuju za član 3. EKLJP.

Jedan od takvih jeste predmet *László Magyar*.⁵⁹ Ovaj slučaj je značajan i zbog toga stava ESLJP da postupak pomilovanja iziskuje strožu kontrolu ako ne postoji stvarna, pa makar i najmanja, mogućnost za uslovni otpust. Rukovodeći se ovim zahtevom starazburški sud je zaključio da mađarsko zakonodavstvo ne obavezuje nadležne organe i predsednika Republike da utvrde, nakon što je zatvorenik koji izdržava kaznu doživotnog zatvora zatražio pomilovanje, da li je ostanak u zatvoru opravdan. Pored toga, uprkos obavezi nadležnih organa da prikupljaju podatke o zatvoreniku i da ih dostave uz molbu za pomilovanje koju je podneo, nijedna zakonska odredba ne sadrži određeni pokazatelj o vrsti kriterijuma o kojima se mora voditi računa prilikom prikupljanja ličnih podataka i ispitivanju molbe. Najzad, ni ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa, ni predsednik Republike nemaju obavezu da obrazlože odluke o molbama za pomilovanje, tako da zatvorenici ne mogu da znaju šta se očekuje od njih da bi bili pomilovani. Navedni nedostaci su imali za posledicu da ESLJP utvrdi povredu člana 3. EKLJP, i pozove nadležne nacionalne organe da pristupe zakonskim izmenama koje bi stvorile uslove za *de iure* i *de facto* preispitivanje i osigurale da zatvorenici znaju „sa određenim stepenom preciznosti” šta treba da čine.

U nastojanju da ispuni ovaj zahtev Mađarska je u 2015. godini izvršila određene zakonske izmene koje su se odnosile na preispitivanje kazne doživotnog zatvora. Da li je i u kojoj meri zakonodavac bio na visini zadatka ESLJP je ispitao u predmetu *T.*

58 U cilju potpunijeg sagledavanja dilema zbog kojih određene sudije nisu glasale za presudu *Hutchinson*, videti najpre izdvojeno mišljenje sudije López Guerra koji je smatrao da je u periodu koji je prethodio odluci *R. v. McLoughlin* (osuđenom je kazna doživotnog zatvora izrečena 1984. godine) povređeno pravo iz člana 3. EKLJP (*Dissenting opinion of Judge López Guerra*). Sudija Pinto de Albuquerque je u izdvojenom mišljenju istakao da sudska praksa u Ujedinjenom Kraljevstvu podržava strogu kaznenu politiku Vlade i njenog Saveta za određivanje kazni (*Sentencing Council*), ne vodeći računa o tumačenju Apelacionog suda. Ovaj slučaj ukazuje na poremećeni odnos između nacionalnog prava i EKLJP: uticaj nacionalnog prava na EKLJP mora da bude povećan, dok uticaj EKLJP na nacionalno pravo mora biti smanjen, a ponekad i odbačen. *Dissenting opinion of Judge Pinto de Albuquerque*.

59 *László Magyar v. Hungary*, 73593/10, 20. 5. 2014, §§ 57, 58, 71.

P. i A. T. protiv Mađarske.⁶⁰ S obzirom da je osuđeni koji izdržava kaznu doživotnog zatvora mogao da podnese molbu za pomilovanje prvi put nakon 40 godina provedenih u zatvoru, ESLJP je ocenio da je reč o suviše dugom vremenskom periodu i da se *de facto* ne može govoriti o smanjivosti kazne doživotnog zatvora. Pored toga, nove zakonske odredbe su predvidele objektivne i unapred određene kriterijume o kojima raspravlja komisija za pomilovanje prilikom odlučivanja da li će preporučiti pomilovanje osuđenog na kaznu doživotnog zatvora. Problem je u tome što ovi kriterijumi ne obavezuju predsednika Republike, tako da on nije dužan da navede koji penološki razlozi opravdavaju ostanak osuđenog u zatvoru. Nije predviđen ni rok u kojem predsednik treba da odluči o molbi za pomilovanje, niti je obavezan da obrazloži svoju odluku čak i kada odstupa od predloga koji je dobio od strane komisije za pomilovanje. Na osnovu izloženog se nametao samo jedan zaključak – utvrđena je povreda člana 3. EKLJP.

Kao primer za izmene koje su dovele do poštovanja zahteva u vezi s članom 3. EKLJP biće pomenut slučaj *Harakchiev i Tolumov*.⁶¹ Iako je i u ovom predmetu utvrđena povreda člana 3. EKLJP u periodu od kada je presuda kojom je izrečena kazna doživotnog zatvora postala pravnosnažna (novembar 2004. godine) do početka 2012. godine, situacija je u bitnom izmenjena nakon toga. U periodu za koji je ocenjeno da izrečena kazna doživotnog zatvora nije bila *de iure* i *de facto* umanjiva, ESLJP je smatrao da sistem pomilovanja nije bio transparentan, da odluke o molbama za pomilovanje nisu sadržale obrazloženje, da su u potpunosti nedostajala formalna i neformalna jemstva, a u praksi nije bilo slučaja da je pomilovan zatvorenik koji izdržava kaznu doživotnog zatvora. Nakon reforme koja je izvršena 2012. godine postupak pomilovanja je postao u dovoljnoj meri jasan, a tome je značajno doprineo i Ustavni sud koji je ukazao na važnost određenih ustavnih vrednosti kao rukovodnih principa: „pravičnost, humanost, saučešće, milosrđe, kao i zdravstveno stanje i porodična situacija osuđenog, i sve pozitivne lične promene”. Od posebnog značaja je poslednji od navedenih elemenata, jer ukazuje na napredak koji je ostvario zatvorenik. Ustavni sud je istakao da se nedostatak obrazloženja odluke o molbi za pomilovanje može prevazići na određeni način. Naime, komisija za pomilovanje prilikom davanja preporuka o molbama za pomilovanje uzima u obzir relevantnu praksu međunarodnih sudova o tumačenju i primeni dokumenata za zaštitu ljudskih prava. U izveštajima koje periodično objavljuje komisija za pomilovanje izlaže kriterijume kojima se rukovodi prilikom ispitivanja molbi za pomilovanje, razloge koje je navela u preporukama i odluke o molbama. Na taj način je povećana transparentnost postupka za pomilovanje i stvorena je garancija za ujednačeno i transparentno vršenje predsedničkih ovlašćenja.

Biće pomenut još slučaj *Petukhov protiv Ukrajine*⁶² koji potvrđuje da postupak pomilovanja ima u osnovi iste nedostatke u svakoj od analiziranih država članica Saveta Evrope. Izvorni problem u vezi sa zahtevom za *de iure* smanjivošću kazne doživotnog zatvora u ukrajinskom pravu odnosi se na značenje izraza „izuzetni slu-

60 *T. P. and A. T. v. Hungary*, 37871/14 and 73986/14, 4. 10. 2016, §§ 48–50.

61 *Harakchiev and Tolumov v. Bulgaria*, 15018/11 and 61199/12, 8. 7. 2014, §§ 258, 259, 262, 267.

62 *Petukhov v. Ukraine (n° 2)*, 41216/13, 12. 3. 2019, §§ 173, 179, 182, 186, 187.

čajevi” i „izvanredne okolnosti” pod kojima osuđeni može biti pomilovan. S obzirom da u relevantnim propisima nije objašnjen njihov smisao, zatvorenik ne zna šta treba da čini da bi bio pomilovan. Neodstatak postupka za pomilovanje je i u tome što komisija za pomilovanje i predsednik nisu obavezni da obrazlože svoje odluke o molbama za pomilovanje. Iako postoji mogućnost da javnosti bude predstavljen izveštaj o postupanju nadležnih organa u postupku za pomilovanje, nikada nije postupljeno na taj način (izuzimajući 2016. godinu). Situacija je dodatno pogoršana nepostojanjem sudske kontrole. Ni tretman u zatvorima ne ispunjava minimalne zahteve za napredak osuđenog, s obzirom da u samici provodi skoro 23 časa dnevno, a organizovane aktivnosti su svedene na minimum. Ni *de facto* situacija nije ništa bolja, jer je, nakon što je 2000. godine uvedena kazna doživotnog zatvora, samo jedna molba za pomilovanje usvojena. Jasno je da su izloženi nedostaci upućivali na zaključak da je povređen član 3. EKLJP.

3. USLOVNI OTPUST ILI POMILOVANJE – DILEMA KOJA TO NIJE

U članu 25. Ustava propisano je da je fizički i psihički integritet nepovrediv, odnosno da niko ne može biti izložen mučenju, nečovečnom postupanju ili kažnjavanju, niti podvrgnut medicinskim ili naučnim ogledima bez svog slobodno datog pristanka. Redakcija odredbe člana 25. Ustava, uostalom kao i člana 3. EKLJP upućuje na zaključak da je reč o apsolutnom pravu čije se ograničenje ne može opravdati nikakvim objektivnim ili subjektivnim okolnostima. Osim slučaja koji se odnosi na problem mehanizma za preispitivanje kazne doživotnog zatvora, postoje još neke situacije u kojima ona ima značaj za primenu krivičnih odredaba.

Prva se odnosi na slučaj nezakonitih dokaza. Uslov *sine qua non* jeste da iskaz nekog lica bude pribavljen mučenjem pod kojim se podrazumevaju akti fizičkog ili psihičkog nasilja preduzeti prema određenom licu koji su, uzeti u celini, imali za posledicu teške bolove ili patnje i imaju naročito ozbiljan i surov karakter.⁶³ Evropski sud za ljudska prava je ovo gledište izneo u predmetu *Jalloh protiv Nemačke*⁶⁴ i time je, prema mišljenju određenih autora,⁶⁵ uveo konvencijsko ekskluziono pravilo, odnosno apsolutnu zabranu upotrebe dokaza pribavljenih mučenjem. Drugim rečima, upotreba izjava pribavljenih mučenjem kao dokaza za utvrđivanje činjenica u krivičnom postupku čini te postupke u celini nepravičnim, bez obzira na dokaznu vrednost izjava i njihov odlučujući značaj za donošenje osude. Kada je reč o povredama člana 3. EKLJP koje predstavljaju nečovečno ili ponižavajuće postupanje,

63 *Selmouni c. France*, 25803/94, 28. 7. 1999, § 105. Takav stav je još tridesetih godina prošlog veka zauzeo Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država u slučaju *Brown protiv Misisipija* (297 US 278 (1936)). Ovom odlukom su obavezani i sudove federalnih jedinica da isključuju ovaj dokaz, jer iznuđivanje priznanja mučenjem predstavlja povredu *due process clause* iz XIV Amandmana na Ustav SAD. Ronald Banaszak, Sr. (edit. by), „Fair Trial Rights of the Accused A Documetary History”, Greenwood press, Westport, Connecticut – London 2002, 89–93.

64 Grand Chamber, *Jalloh v. Germany*, 54810/00, 11. 7. 2006, § 105.

65 Igor Bojanić, Zlata Đurđević, „Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava”, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 2/2008, 979.

neophodno je oceniti značaj koji je dati takvom dokazu i da li je žrtva takvog postupanja imala mogućnosti da ospori njegovo uvođenje i korišćenje u postupku.⁶⁶

Drugi slučaj se odnosi na nečovečno postupanje prema okrivljenom dok je bio u pritvoru a potom na izdržavanju kazne zbog teškog krivičnog dela učinjenog prema detetu. Ustavni sud je usvojio ustavnu žalbu i utvrdio da je tokom trajanja izdržavanja kazne zatvora u Kazneno-popravnom zavodu Požarevac – Zabela, kao i tokom trajanja pritvora u Okružnom zatvoru u Beogradu, podnosiocu ustavne žalbe povređeno pravo na nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta ličnosti zajamčeno članom 25. Ustava.⁶⁷

Kada je reč o povredi *materijalnog aspekta* prava iz člana 25. Ustava, stav Ustavnog suda je da, iako je podnosilac ustavne žalbe tokom trajanja pritvora svojim ponašanjem „isprovocirao” upotrebu prinude, aktivni i pasivni otpor koji je tom prilikom pružio ne može opravdati brojnost i težinu nanetih povreda. Zbog toga je takvo postupanje moralo uzrokovati fizičku i psihičku patnju koja je nespojiva sa zabranom zlostavljanja garantovanom članom 25. Ustava. Sličan stav je izražen i nakon analize okolnosti konkretnog slučaja u toku izdržavanja kazne. Na osnovu „skupa indicija i neosporenih, dovoljno ozbiljnih, jasnih i usaglašenih pretpostavki” Ustavni sud je „van razumne sumnje” zaključio da je podnosilac ustavne žalbe zadobio stvarne i ozbiljne telesne povrede koje su morale kod njega izazvati fizičku i psihičku patnju i bol, pri čemu upravnik ustavove u kojoj je izdržavana kazna nije pružio „zadovoljavajuće i ubedljivo objašnjenje” za nastanak takvih povreda. U oba slučaja je postupanje prema podnosiocu ustavne žalbe ocenjeno kao nečovečno. Naime, pošavši od razlike u intenzitetu nanetog bola i patnje između dva oblika zlostavljanja – mučenja i nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja, ceneći sve okolnosti konkretnog slučaja, kao i činjenice o odsustvu namere da se podnosiocu nanese fizičke i duševne patnje i bol visokog intenziteta sa određenim ciljem, Ustavni sud je utvrdio da je prema podnosiocu ustavne žalbe postupano nečovečno, kako u periodu koji je proveo u pritvoru, tako i za vreme izdržavanja kazne zatvora.

S obzirom da povodom pritužbi podnosioca o zlostavljanju nije sprovedena delotvorna zvanična istraga, Ustavni sud je utvrdio da je tokom trajanja pritvora, kao i tokom izdržavanja kazne zatvora, podnosiocu povređen i *procesni aspekt* prava iz člana 25. Ustava. Postojanje ove povrede se ogleda u tome što je i pored više pritužbi podnosioca ustavne žalbe, kao i medicinske dokumentacije o njegovim brojnim povredama, tokom trajanja pritvora, od strane nadležnih državnih organa nije pokrenuta, niti sprovedena bilo kakva zvanična istraga koja bi utvrdila istinitost navoda podnosioca o zlostavljanju. Stanovište Ustavnog suda je da su se ove pritužbe mogle oceniti kao uverljive i argumentovane, posebno ako se imaju u vidu medicinski izveštaji o zdravstvenom stanju podnosioca, kao i to da je u pritužbama podnosilac navodio imena stražara koji su ga navodno zlostavljali. Kada je reč o nečovečnom postupanju do kojeg je došlo u toku izdržavanja kazne zatvora, Ustavni sud je oce-

66 V. Goran P. Ilić, „O nezakonitim dokazima u krivičnom postupku”, *Kaznena reakcija u Srbiji V deo Tematska monografija* (ured. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015, 80, 81.

67 US, UŽ-4100/2011, 10. 7. 2013.

nio da nije bilo delotvorne istrage, budući da od trenutka saznanja za povrede podnosioca, nadležni državni organi nisu hitno „preduzeli sve razumne korake koje su imali na raspolaganju da obezbede dokaze u vezi sa događajem”, kao i da zvaničnu istragu od samog početka vodi nezavisni nadležni organ.

Pre nego što bude razmotrena dilema u vezi s mehanizmom koji bi u našem pravu trebalo da obezbedi preispitivanje kazne doživotnog zatvora, valja ukazati na jednu odluku Ustavnog suda u kojoj je istaknut značaj odredaba sistemskog karaktera.⁶⁸ Tom prilikom je Ustavni sud istakao da načelo jedinstvenog pravnog poretka (član 4. stav 1. Ustava RS) predstavlja jedan od osnovnih principa na kojima počiva ustavnopravni sistem Republike Srbije. Iako Ustavni sud, saglasno članu 167. Ustava RS, nije nadležan da ceni međusobnu saglasnost zakona, ustavno načelo jedinstva pravnog poretka nalaže da osnovni principi i pravni instituti predviđeni zakonima kojima se na sistemski način uređuje jedna oblast društvenih odnosa budu ispoštovani i u posebnim zakonima, *osim ako je tim sistemskim zakonom izričito propisana mogućnost drugačijeg uređivanja istih pitanja* (označio – G. P. Ilić). Ovo posebno važi za oblast kaznenog zakonodavstva, imajući u vidu da su norme kaznenog prava, po svojoj prirodi, u neposrednoj vezi sa ostvarivanjem osnovnih ljudskih prava i sloboda, tako da uređivanje pojedinih instituta kaznenog prava različito od načina na koji su oni uređeni sistemskim zakonom, može ozbiljno da ugrozi ostvarivanje načela jednakosti svih pred Ustavom i zakonom iz člana 21. stav 1. Ustava RS i da dovede do diskriminacije.

U skladu sa izloženim principima, Ustavni sud je utvrdio da su neustavne odredbe o posebnim maksimumima propisanih novčanih kazni koje su sadržane u posebnom zakonu, jer oni prevazilaze opšti maksimum kazne koja se može propisati za ovu vrstu kažnjivih dela, što je u suprotnosti sa sistemskom odredbom o maksimumu kazne. I propisivanje novčane kazne u fiksnom iznosu je ocenjeno kao nesaglasno ustavnim načelima jedinstva pravnog poretka i nezavisnosti sudova, pošto lišava nadležni sud da primenom zakonom propisanih pravila o odmeravanju kazne nezavisno odlučuje. Ovaj pristup bi mogao da predstavlja osnov za izvođenje zaključka da bi i odredba ZPM kojom je ukinuto pravo na uslovni otpust u suprotnosti s odredbom sistemskog karaktera sadržanom u KZ koja takvu mogućnost ne predviđa.

Kada je pak reč o ukidanja uslovnog otpusta koje je izvršeno novom odredbom sadržanom u članu 46. stav 5. KZ, ukazano je na neke od nelogičnosti do kojih takvo rešenje dovodi. Na ovom mestu će biti analiziran odnos uslovnog otpusta i pravne sigurnosti u kaznenom pravu iz člana 34. stava 2. Ustava RS.

O tome je raspravljao Ustavni sud⁶⁹ rukovodeći se pri tome razlikovanjem koje je napravljeno u praksi strazburških organa između mere koja u materijalnom smislu predstavlja kaznu i mere koja se odnosi na izvršenje ili primenu kazne.⁷⁰ Institut uslovnog otpusta nije krivična sankcija iz člana 4. stav 1. KZ, niti je taj institut sadržan u članu 43. KZ koji taksativno nabroja vrste kazni. U pitanju je poseban

68 US, IUz-231/2009, 22. 7. 2010.

69 US, Už-2054/2012, 16. 10. 2012.

70 Grand Chambre, *Del Rio Prada v. Spain*, 42750/09, 21. 10. 2013, § 83..

krivičnopravni institut koji suspenduje kaznu i u tom pogledu ima slično dejstvo kao uslovna osuda, jer je upravo suština uslovnog otpusta da se deo izrečene kazne zatvora ne izvršava, odnosno da do izvršenja preostalog dela kazne zatvora dolazi samo izuzetno, u slučaju opoziva uslovnog otpusta, a ako do njega ne dođe smatra se da je osuđeni, i pored prevremenog puštanja na slobodu, izdržao kaznu. Jemstva prava na pravnu sigurnost u kaznenom pravu iz člana 34. stav 2. Ustava RS odnose se samo na individualno određivanje kazni, odnosno na način propisivanja kazni i krivičnih sankcija, ali ne i na izvršenje već određenih kazni. Stoga se ta jemstva tim manje odnose na odlučivanje o pravnim institutima koji, iako tokom trajanja suspenduju već izrečene kazne, nisu kazna, kao što je uslovni otpust.

Ukidanje prava na uslovni otpust koje je propisano u članu 46. stav 5. KZ spadalo bi u marginu slobodne procene koju imaju nacionalna zakonodavstva u vezi s pitanjima koja se odnose na kaznenu politiku oslobađanja, način njenog sprovođenja i razloge na kojima se zasniva.⁷¹ Postoje istina izuzetne situacije u kojima propisi o izvršenju kazne prevazilaze samo izvršenje, pa se može dogoditi da razlika između trajanja kazne doživotnog zatvora i načina njenog izvršenja nije u dovoljnoj meri očigledna.⁷² Ovaj problem pretpostavlja da nakon izricanja ili stupanja na izdržavanje kazne doživotnog zatvora nastupe pomenute promene u oblasti izvršenja. Bez ovakve konkretizacija pitanje bi se moglo postaviti samo na načelnom planu, što znači da bi trajanje kazna doživotnog zatvora bilo analizirano u svetlu postojećih i budućih (a to znači i izmenjenih, tj. suženih) mehanizama za njeno preispitivanje. U tom smislu je pravnu sigurnost u kaznenom pravu teško povezati s ukidanjem prava na uslovni opust, ali je preostale mehanizme kao što je pomilovanje moguće razmotriti u svetlu *de iure* i *de facto* ispunjenosti zahteva za preispitivanje kazne doživotnog zatvora. Pri tome bi to bilo učinjeno u okviru nepovredivosti fizičkog i psihičkog integriteta (član 25. Ustava RS), odnosno zabrane zlostavljanja (član 3. EKLJP).

U doktrini se ističe da pomilovanje predstavlja pojedinačni (u)pravni akt najviših organa izvršne vlasti kojim se menja dejstvo pravnosnažnih sudskih odluka u korist osuđenih lica.⁷³ Pored odredaba sadržanih u Glavi XI KZ, institut pomilovanja je uređen i Zakonom o pomilovanju (dalje: ZoP)⁷⁴ iz 1995. godine i Uputstvom o postupanju sudova i zavoda za izvršenje kazni zatvora u postupku pomilovanja (dalje: Uputstvo o PP)⁷⁵ iz 1998. godine. Postoji shvatanje da između pomilovanja i uslovnog otpusta ne postoje neke nepremostive razlike, tim pre što predsedniku Republike pomaže Komisija o pomilovanju kao stručno telo, a i u postupku pomilovanja ustanova u kojoj se sprovodi izvršenje kaznu prilaže izveštaj o ponašanju osuđenog na izdržavanju kazne (član 7. st. 3. i 4. ZoP i član 5. stav 1. Uputstva o PP).⁷⁶

71 *Ibid.*, § 84.

72 Grand Chamber, *Kafkaris v. Cyprus*, § 148.

73 Igor Vuković, Vanja Bajović, „Sadržina pomilovanja i pojedine nedoumice u njegovoj primeni”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2017, 60.

74 Zakon o pomilovanju, *Službeni glasnik RS*, br. 49/95 i 50/95 – ispr.

75 Uputstvo o postupanju sudova i zavoda za izvršenje kazni zatvora u postupku pomilovanja, *Službeni glasnik RS*, br. 6/98 i 7/98 – ispr.

76 I. Vuković, V. Bajović, 73.

Pitanje je da li bi izložena argumentacija mogla da bude iskorišćena za izvođenje zaključka da postupak pomilovanja zadovoljava standarde na osnovu kojih bi se moglo reći da postoje „izgledi za oslobođenje” osuđenog koji izdržava kaznu doživotnog zatvora. Treba se podsetiti da postupak pomilovanja mora biti podvrgnut strožoj kontroli ako ne postoji realna mogućnost za oslobođenje. To je upravo slučaj u našoj zemlji, jer je od početka 2013. godine do maja 2018. godine predsednik Republike meritorno odlučio o 127 molbi za pomilovanje koje su podneli osuđenici kojima je izrečena kazna zatvora u trajanju od 15 ili više godina. Ni u jednom slučaju molba za pomilovanje nije usvojena.⁷⁷ Navedeni podaci ukazuju da mehanizam pomilovanja *de facto* ne ispunjava uslove na osnovu kojih bi se moglo reći da će kazna doživotnog zatvora biti smanjiva. Iako je već ovo dovoljno da postupak pomilovanja bude ocenjen kao protivan članu 25. Ustava RS i članu 3. EKLJP, situacija nije bitno drugačija ni u pogledu *de iure* zahteva koje treba da zadovolji mehanizam pomilovanja. Reč je o roku za prvo preispitivanje kazne doživotnog zatvora, kao i za kasnija periodična ispitivanja, zasnivanju odluke o sudbini kazne doživotnog zatvora na legitimnom penološkom razlogu, a ne na razlozima humanosti, obrazloženju odluke o molbi za pomilovanje i obavezi države da stvori uslove koji će zatvoreniku koji izdržava kaznu doživotnog zatvora omogućiti da ostvari napredak.

Uslovni otpust bi zato predstavljao mehanizam koji, uz neophodne *de lege ferenda* izmene, može da ispuni *de iure* i *de facto* uslove za preispitivanje kazne doživotnog zatvora. Neophodno je predvideti preispitivanje posle određenog broja godina i u redovnim vremenskim razmacima, odrediti kriterijume za utvrđivanje legitimnih penoloških razloga za donošenje odluke o uslovnom otpustu, propisati obavezu obrazloženja odluka o zahtevu za uslovni otpust, predvideti i stvoriti uslove za napredak osuđenog u toku izdržavanja kazne doživotnog zatvora. Ako bi zatvorenicima bila uskraćena svaka nade da će biti oslobođeni, to će stvoriti ozbiljne probleme upravi kada je takve zatvorenike potrebno podstaći na saradnju i pozabaviti se njihovim destruktivnim ponašanjem, sprovoditi programe ličnog razvoja, organizovati planove izvršenja kazni i štititi bezbednost.⁷⁸

U literaturi postoji mišljenje da je standardizovanje procesa odlučivanja o opravdanosti uslovnog otpuštanja podjednako važno, ako ne i važnije od toga koji je subjekat nadležan za odlučivanje.⁷⁹ Ako se ima u vidu šta standardizovanje mehanizma za uslovni otpust podrazumeva, kao i da uslovni otpust predstavlja pravo osuđenog, treba prihvatiti gledište da sud treba da bude organ koji odlučuje o ispunjenosti pretpostavki za puštanje na uslovni otpust.⁸⁰ Od posebnog značaja je da u sudskom postupku u kojem se odlučuje o uslovnom otpustu prisustvuje osuđeni i da dobije priliku da se izjasni, bitno je i prisustvo predstavnika zavoda i sudije za izvršenje bi bilo obavezno, odluka o uslovnom otpustu bi trebalo da bude obrazlo-

77 Akt Generalnog sekretarijata predsednika Republike br. 020–1650/2018, 28. maj 2018, *in V. Ilić*, 17.

78 Obrazloženje Preporuke 2003(22), 12.

79 Snežana Soković, „Uslovni otpust – sporna pitanja i savremena normativna rešenja”, *CRIMEN (V)* 1/2014, 47.

80 Đ. Ignjatović, 60.

žena, a protiv nje bi valjalo izjaviti žalba o kojoj bi odlučivao sud i razmotrio je sa stanovišta pravnih i činjeničnih aspekata.⁸¹

ZAVRŠNE NAPOMENE

Krajem XVIII i početkom XIX veka dolazi do značajne promene na planu kažnjavanju: nestaje javni prizor kažnjavanja, s jedne strane, i otklanjanje bola, s druge. Jednom reči, otpočinje doba suzdržanosti u kažnjavanju.⁸² Kazna nije više usmerena ka telu već ka duši, a to ima za posledicu nastanak zatvora kao ustanove za njeno izvršenje.

Uskraćenost za scene javnog kažnjavanja, prisutna i rastuća potreba da se u strogosti, a ne izvesnosti kažnjavanja vidi rešenje za brojne probleme, uverenost da krivično pravo mora da ima represivni pristup – samo su neki od razloga zbog kojih se kod nas prečesto poseže za krivičnim zakonodavstvom. Na taj način je postupljeno i prilikom donošenja Novele iz 2019. godine kojom je, između ostalog, uvedena kazna doživotnog zatvora. Takav potez je bio praćen insistiranjem da se osuđenima za određena krivična dela uskrati pravo na uslovni otpust. Pristup je zasnovan na logici da kazna usmerena ka duši treba da uzrokuje neprekidnu, Tantalovu patnju, da osuđeni, figurativno govoreći, bude doveka žedan, gladan i zastrašen. Svest o patnji iza zatvorskih zidina bi se mogla posmatrati i kao svojevrsno virtuelno pogubljenje, egzekucija koja traje toliko da se smrt čini kao izbavljenje i spas. Utamničnim „monstrumima” treba uskratiti svaku nadu, oni je prolaskom kroz vrata „proklete avlije” moraju ostaviti iza sebe. Njihovo prevaspitanje je nemoguće, a ljudsko dostojanstvo sporno.

Ukoliko želimo da se razlikujemo od onih koje zaslužno šaljemo u zatvore, izričući im kaznu doživotnog zatvora, moramo se u nečemu od njih i razlikovati. A to je upravo ljudsko dostojanstvo koje im moramo priznati, bez obzira na to što oni nisu spremni da ga priznaju drugima, a naročito onima protiv kojima su učinili krivično delo. Ljudsko dostojanstvo je zato esencija koja razlikuje državu od osuđenog, kap koju može da upije površna zatvorenička svakodnevnica, ali može da bude i presudni činilac koji će pripomoći klijanju nade da je preobražaj moguć.

LITERATURA

- Ronald Banaszak, Sr. (edit. by), „Fair Trial Rights of the Accused A Documetary History”, Greenwood press, Westport, Connecticut – London 2002
- Igor Bojanić, Zlata Đurđević, „Dopuštenost uporabe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava”, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 2/2008,
- Zlata Đurđević, „Odluka o kazni – krivičnoprocesna pitanja”, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 2/2004
- Mišel Fuko, *Nadzirati i kažnjavati Nastanak zatvora* (prevela s francuskog A. A. Jovanović), Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci, Novi Sad 1997

81 *Ibidem*

82 M. Fuko, 15, 17.

- Ludovic Hennebel, Hélène Tigroudja, *Traité de droit international des droits de l'homme*, Editions A. Pedone, Paris 2016
- Dorđe Ignjatović, „Uslovni otpust – pravna i penoliška analiza”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2016
- Goran P. Ilić, „O nezakonitim dokazima u krivičnom postupku”, *Kaznena reakcija u Srbiji, V deo, Tematska monografija* (ured. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015
- Goran P. Ilić, „O položaju oštećenog u krivičnom postupku”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2012
- Goran P. Ilić, „Oštećeni i standardi ljudskih prava u krivičnom postupku”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 2/2012
- Vladica Ilić, „Kazna doživotnog zatvora – evropski standardi ljudskih prava i aktuelne prepreke u njihovoj primeni u srpskom krivičnom zakonodavstvu”, dostupno na: <http://www.bgcentar.org.rs/bgcentar/wp-content/uploads/2019/01/Evropski-standardi-ljudskih-prava-koji-se-odnose-na-kaznu-do%20%BEivotnog-zatvora-i-prepreke-u-njihovoj-primeni-u-Srbiji.pdf>
- Jean Pradel, *Droit pénal comparé*, Dalloz, Paris 20164
- Snežana Soković, „Uslovni otpust – sporna pitanja i savremena normativna rešenja”, *CRI-MEN (V)* 1/2014
- Zoran Stojanović, „Sistem kazni u krivičnom pravu Srbije i potreba njegovog daljeg usavršavanja”, *Kaznena reakcija u Srbiji V deo Tematska monografija* (ured. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015
- Zoran Stojanović, Nataša Delić, *Krivično pravo Posebni deo*, Pravna knjiga, Beograd 20185
- Gordana Vukadinović, „Načela pravnog sistema”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 4/2014
- Igor Vuković, „Svrha kažnjavanja kao kriterijum odmeravanja kazne”, *Kaznena reakcija u Srbiji, IV deo, Tematska monografija* (ured. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014
- Igor Vuković, Vanja Bajović, „Sadržina pomilovanja i pojedine nedoumice u njegovoj primeni”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2017

Goran P. Ilić

Faculty of Law, University of Belgrade

MARGINAL NOTES ON THE LIFE SENTENCE, CONDITIONAL RELEASE AND HUMAN RIGHTS

SUMMARY

The paper analyzes the questions regarding the life sentence, which is introduced into our Criminal Code by the Amendment from May 2019. Although such a move is not contrary to human rights standards, the author recalls that a life sentence may, under certain conditions, represent a violation of the prohibition of torture guaranteed by Article 3 of the European Convention on Human Rights. This can be said if the convicted person does not have the

prospect of being acquitted, which means that there is no mechanism in national law for reviewing the life sentence in the aim with of its reversal *in melius*, premature or conditional release. It is important that a life sentence convict has a right to know at the beginning of the sentence what and under what conditions he has to do in order his release to be considered, as well as to know when his sentence will be reconsidered or when he may request it. The paper analyzes the importance of Article 3 of the European Convention on Human Rights for some other situations in the criminal procedure or in the procedure of serving the sentence, and a review was made of the practice of the Constitutional Court in this regard. After considering the valid legal provisions relating to conditional release and pardon, the author takes the stand that conditional release is a better solution. In that sense, the existing solution should be amended *de lege ferenda* to create a mechanism that will *de iure* and *de facto* anticipate the conditions for reviewing life sentence.

Key words: life sentence, conditional release, pardon, human dignity, human rights.

KRIVIČNA ODGOVORNOST STRANIH (TERORISTIČKIH) BORACA

Apstrakt: Poslednjih nekoliko godina, pitanje odlaska domaćih građana u druge zemlje, radi učestvovanja u stranim oružanim konfliktima, predstavlja jedan od gorućih društvenih i pravnih problema. S obzirom da se poticaj za uobličavanje ovog fenomena vezuje za pridruživanje tzv. Islamskoj državi, i da su pripadnici ove tvorevine prepoznati kao stvarni ili potencijalni teroristi, pitanje stranih boraca je neposredno povezano sa zločinom terorizma. Međunarodna aktivnost na ovom planu uglavnom se sprovodi putem inkriminisanja različitih pripremnih radnji koje omogućavaju odlazak u zemlju u kojoj se odgovarajući sukob odigrava. Takav pristup nije neočekivan, imajući u vidu da je krivično gonjenje eksteritorijalnih terorističkih akata u zonama konflikta stranih država gotovo nemoguće. U ovom radu, autor prikazuje i razmatra različite momente koji oslikavaju ovu aktuelnu temu, ukazujući na potencijalne slabosti propisivanja putovanja kao krivičnog dela.

Ključne reči: strani borci, terorizam, Islamska država, pripremanje, putovanje.

UVODNA RAZMATRANJA

Učešće stranih boraca u oružanim sukobima ne predstavlja nov fenomen. U vreme Američke revolucije, ratova za oslobođenje Latinske Amerike od španske vlasti ili Grčke od otomanske tiranije, s kraja XVIII i početka XIX veka, većinu dobrovoljaca koji su po pravilu dolazili iz zapadnoevropskih zemalja, i potpomagali oslobodilačke pokrete na uključivanje u borbu, poticali su slobodarski motivi.¹ Pored ovih idealista, vođenih romantičarskim idejama slobode i ravnopravnosti građana, jedan broj stranih boraca dolazio je iz čistog avanturizma, dok su druge pokretali lukrativni motivi, ali su svi oni objedinjeno nazivani „dobrovoljcima”.² Ipak, ideološke pobude su predstavljale dominantan razlog učestvovanja dobrovoljaca u brojnim ratovima u XIX veku i u prvoj polovini XX veka. Veliki broj stranih boraca, oko 40.000 na strani Republikanaca i nekoliko hiljada na strani Nacionalista, učestvovalo je i u Španskom građanskom ratu. Pro-republikanski nastrojene Internacionalne brigade bile su mahom sastavljene od anti-fašista, komunista, socijalista i anarhista,

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

1 M. Flores /2016/: Foreign Fighters Involvement in National and International Wars: A Historical Survey, in: A. de Guttry, F. Capone, C. Paulussen (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Hague et al., p. – M. Flores: *op. cit.*, p. 30.

2 Često su novčani i ideološki motivi bili međusobno povezani. Tako se veliki broj britanskih dobrovoljaca u Velikoj Kolumbiji, koji je nakon okončanja Napoleonovih ratova završio u siromaštvu, borbi pridružio smatrajući to novim početkom, istovremeno verujući u pravedan cilj (*ibid.*, p. 32).

dok su se malobrojni dobrovoljci na Frankovoj strani uglavnom protivili uspostavljanju ateističke i komunističke vlasti u Zapadnoj Evropi.

Tek od sovjetske invazije na Avganistan, 1979. godine, islamski fundamentalizam postaje osnovni pokretač angažovanja stranih boraca na ratištima širom sveta. Pokretu Mudžahedinâ pridruživao se veliki broj dobrovoljaca iz arapskih zemalja, što je iz političkih razloga bilo snažno finansijski potpomognuto od Saudijske Arabije i SAD, da bi, nakon povlačenja sovjetskih trupa, militantni muslimanski dobrovoljci nastavili sa promocijom džihada u mnogim državama sveta, sa neposrednim oružanim doprinosom u BiH, Alžiru, Egiptu i drugde. Prekretnicu u povezivanju fenomena stranih boraca sa terorizmom predstavljao je teroristički napad u Nju-jorku, 11. septembra 2001. godine. Nakon ovog čina, Savet bezbednosti UN usvaja Rezoluciju 1373, kojom se zabranjuje finansiranje terorizma i ograničava kretanje terorista, uz poziv svim državama da uzmu učešće u relevantnim međunarodnim konvencijama i protokolima koji se odnose na terorizam. Pored ove, i niz kasnijih rezolucija nalaže preduzimanje različitih mera, uglavnom u kontekstu delovanja protiv imenovanih terorističkih grupa (pre svih Al Kaide i Talibana).³

Najsnažniji impuls pravnoj regulativi u ovoj oblasti dalo je obrazovanje kalifata Islamske države. Procene iz 2015. godine govore da je u vojnim sukobima u Siriji i Iraku na različitim stranama i u okviru različitih frakcija od 2011. godine učestvovalo više od 30.000 stranih boraca,⁴ s tim da je broj ratnika iz Evrope prevazilazio ukupno regrutovane borce sa ovog kontinenta u svim oružanim sukobima u poslednjih dvadesetak godina.⁵ Procenjuje se da se u sličnom periodu broj boraca iz država tzv. Zapadnog Balkana kretao oko 1000.⁶ Sredine u regionu sa velikim procentom muslimanskog življa (pre svih Kosovo i Metohija, Federacija BiH i Albanija) spadaju u pet vodećih izvoznika stranih boraca u relativnom smislu (u odnosu na ukupan broj stanovnika). Na takav trend je značajno uticao prodor kapitala i obrazovanje paralelnih verskih obrazovnih struktura u BiH, uglavnom novcem iz Saudijske Arabije, što je dovelo do širenja ideologije salafizma i indoktriniranja nezanemarljivog broja mladih ljudi da se priključe ekstremističkim grupama u Iraku i Siriji.⁷

Iako se pravno regulisanje stranih boraca u javnosti prvenstveno vezuje za dešavanja u Iraku i Siriji poslednjih godina, njihovo učešće pominje se i u kontekstu sukoba u Somaliji, Maliju, Jemenu i Pakistanu. Takođe, ovaj fenomen nije bio nepoznat ni u ratu u Bosni i Hercegovini. Tako Hegghammer u svom istraživanju o stranim borcima u oružanim sukobima (1945–2010) u kojima je jedna od strana pripada-

3 C. Koptzke /2017/: Security Council Resolution 2178 (2014): An Ineffective Response to the Foreign Terrorist Fighter Phenomenon, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, № 1, p. 315.

4 E. Bakker, M. Singleton /2016/: Foreign Fighters in the Syria and Iraq Conflict: Statistics and Characteristics of a Rapidly Growing Phenomenon, in: A. de Guttery, F. Capone, C. Paulussen (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Hague et al., p. 23.

5 S. Krähenmann /2015/: Foreign Fighters under International Law and National Law, *Recueils de la Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*, p. 252.

6 Od njih je najveći broj sa teritorije Kosova i Metohije (316), zatim BiH (260), Albanije (136), Makedonije (135), uže Srbije (42) i Crne Gore (do 30). Vid. A. Metodjeva /2018/: Balkan Foreign Fighters Are Coming Back: What Should Be Done?, *Stratpol*, p. 5.

7 L. S. Lebl /2014/: *Islamism and Security in Bosnia-Herzegovina*, Strategic Studies Institute and U.S. Army War College Press, p. 13.

la muslimanskom svetu, rat u BiH svrstava na treće mesto po broju stranih boraca (1.000–2000), posle ratova u Avganistanu i Iraku.⁸ Uostalom, poznato je da je bliski saradnik Osame bin Ladena Abu Abdel Aziz u Bosni osnovao zloglasni bataljon „svetih ratnika” El Mudžahedin, koji je bio u sastavu muslimanske armije BiH.

1. STRANI BORCI, STRANI TERORISTIČKI BORCI ILI PLAĆENICI?

Pojam „stranog borca” u međunarodnom pravu još uvek nije jasno uobličen. Njegova definicija se poslednjih decenija postojano menja, kako zbog različitih okolnosti i pobuda pod kojima se u oružanim sukobima u stranim državama danas učestvuje, tako i zbog nepostojanja jasnog međunarodnog pravnog okvira.⁹ Na nedoumice u tom smislu utiču i nepoznanice da li pod ovu kategoriju podvesti pobunjenike (protiv zakonitih vlasti), međunarodne teroriste, ili čak i pripadnike vladinih jedinica. Kada se tome kao odlučujuće dodaju i političke pobude, koje ovde često i suviše otvoreno usmeravaju stav zakonodavca, postaje jasno da problematika stranih boraca izlazi iz okvira isključivo pravnog pogleda na ovaj fenomen. Prema određenju koje danas prihvata veći broj autora,¹⁰ pod strane borce se podvode „lica koja nisu građani zaraćenih država, koja se pridružuju pobunjenicima tokom građanskih sukoba”.¹¹ Uostalom, istorijski posmatrano, ova kategorija je ispočetka i bila više povezana sa pobunjenicima nego sa teroristima.¹² Često se navodi i definicija prema kojoj „strani borac predstavlja pojedinca koji napušta zemlju porekla ili stalnog prebivališta, kako bi se pridružio nedržavnoj oružanoj grupi u oružanom sukobu u inostranstvu, i ko je primarno motivisan ideologijom, religijom, srodstvom, a ne materijalnom ili finansijskom korišću”.¹³

Treba međutim primetiti da se ovaj pojam u međunarodnim dokumentima uglavnom ipak vezuje za pripremanje akata *terorizma*. Rezolucija Saveta bezbednosti UN 2178 (iz 2014. godine), doneta na temelju glave VII povelje UN, definiše strane (terorističke) borce kao „pojedince koji putuju u državu koja nije država njihovog prebivališta ili državljanstva, u cilju izvršenja, planiranja, pripremanja ili učestvovanja u terorističkim aktima, ili u pružanju terorističke obuke ili obučavanja, kao i u vezi sa oružanim sukobom”.¹⁴ Ovo vezivanje stranih boraca za terorizam

8 T. Hegghammer /2010–2011/: The Rise of Muslim Foreign Fighters: Islam and the Globalization of Jihad, *International Security*, № 3, p. 61. Prema ovoj proceni, na strani Oslobođilačke vojske Kosova, je tokom ustanka Albanaca na Kosovu 1999. godine učestvovalo između 20 i 100 stranih boraca.

9 M. Flores: *op. cit.*, p. 28.

10 Vid. npr. I. Marrero Rocha /2015/: Foreign Fighters and Jihadists: Challenges for International and European Security, *Paix et Sécurité Internationales*, № 3, p. 85.

11 D. Malet /2013/: *Foreign Fighters: Transnational Identity in Civic Conflicts*, New York, p. 9.

12 C. Forcese, A. Mamikon /2015/: Neutrality Law, Anti-Terrorism, and Foreign Fighters: Legal Solutions to the Recruitment of Canadians to Foreign Insurgencies, *U.B.C. Law Review*, № 2, p. 309.

13 S. Krähenmann /2015/, *op. cit.*, p. 249. Hegghammer naglašava da stranom borcu „nedostaje pripadnost zvaničnoj vojnoj organizaciji”, čime bi se iz definicije izuzeli vojnici koji primaju platu, „odlazeći tamo gde ih pošalju njihovi generali” (T. Hegghammer /2010–2011/, *op. cit.*, p. 58).

14 Nakon Rezolucije 2178 i mnoga druga međunarodna tela i organi, kao npr. Organization for Security and Co-operation in Europe, prihvataju naziv „strani teroristički borci” (A. Creta /2016/:

na prvi pogled deluje prihvatljivije od suviše neodređenog utemeljenja isključivo na svojstvu inostranosti. Uostalom, u literaturi se nesumnjivo može uočiti trend izjednačavanja stranih boraca sa teroristima, iako, čak i po pravilu, teroristi uglavnom deluju izvan zone oružanih konflikta, i to uglavnom protiv civila, a ne u odnosu na druga naoružana lica.¹⁵ Problem sličnog povezivanja sa terorizmom je u tome što to pretpostavlja prethodno definisanje šta terorizam zapravo predstavlja. Međutim, navedena rezolucija takvu definiciju ne sadrži, prepuštajući pojedinačnim državama da same odrede obuhvat inkriminacije. Ova okolnost, u osvrtima uglednih komentatora međunarodnog javnog i krivičnog prava koji su pratili njeno donošenje, pogoduje njenom proizvoljnom političkom tumačenju od strane autoritarnih režima.¹⁶

Za razliku od eventualnih konkretnih zločina koje borci izvrše po prispeću na svoje odredište, Konvencija pravna dejstva vezuje već za sticanje statusa „stranog terorističkog borca”. Konvencija pod ovu kategoriju ne podvodi one koji se bore u oružanom sukobu u drugoj državi, već „pojedince koji putuju” u drugu državu. Moment borbe zamenjen je učestvovanjem u pripremanju terorističkog akta, čime se status stiže već u stadijumu pripremanja,¹⁷ već na temelju odgovarajuće namere, i nezavisno od stvarnog borbenog angažmana u zemlji odredišta. Primarni cilj Konvencije tiče se zabrane putovanja potencijalnih učesnika oružanih sukoba i različitih obaveza država koje se tiču ovog transfera.¹⁸ Takav pristup definisanju, ma u kojoj meri se pravdan kriminalno-političkim razlozima, zamagljuje stvari, jer se pojam „borca” ni uz najekstenzivnije tumačenje, primenjivo npr. u slučaju obučavanja za terorizam, teško može identifikovati sa aktima putovanja.

Kao kriminološki i politološki fenomen, učestvovanje stranaca u oružanim sukobima u drugim državama ne mora nužno podrazumevati učešće isključivo na strani pobunjeničkih jedinica. U jednoj novijoj monografiji posvećenoj ovoj problematici (*Foreign Fighters under International Law and Beyond*, eds. A. de Guttery, F. Capone, C. Paulussen),¹⁹ standardna definicija se dopunjuje mogućnošću da se stranim borcem smatra ne samo onaj ko se pridruži naoružanoj grupi koja deluje protiv regularnih oružanih snaga, već i onaj ko se pridruži *vladinim* snagama.

Towards Effective Regional Responses to the Phenomenon of Foreign Fighters: The OSCE Toolbox, in: A. de Guttery, F. Capone, C. Paulussen (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Hague et al., p. 358).

15 S pravom I. Marrero Rocha: *op. cit.*, p. 86.

16 Vid. K. Ambos, Our terrorists, your terrorists? The United Nations Security Council urges states to combat „foreign terrorist fighters”, but does not define „terrorism”, EJIL: Talk!, Blog of the European Journal of International Law, www.ejiltalk.org/our-terrorists-your-terrorists-the-united-nations-security-council-urges-states-to-combat-foreign-terrorist-fighters-but-does-not-define-terrorism/; M. Scheinin, Back to post-9/11 panic? Security Council resolution on foreign terrorist fighters, Just Security, www.justsecurity.org/15407/post-911-panic-security-council-resolution-foreign-terrorist-fighters-scheinin/.

17 S pravom V. Bilkova /2018/: Foreign Terrorist Fighters and International Law, *Groningen Journal of International Law*, № 1, p. 5.

18 A. Conte /2016/: States' Prevention and Responses to the Phenomenon of Foreign Fighters Against the Backdrop of International Human Rights Obligations, in: A. de Guttery, F. Capone, C. Paulussen (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Hague et al., p. 285.

19 A. de Guttery, F. Capone, C. Paulussen /2016/: Introduction, in: A. de Guttery, F. Capone, C. Paulussen (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Hague et al., p. 2.

Ovo razlikovanje nije međutim pravno irelevantno. Ako zanemarimo mogućnost da strani borac svojom aktivnošću ostvari obeležja nekog terorističkog akta ili ratnog ili drugog zločina, učestvovanje u oružanom sukobu na strani regularnih snaga države redovno neće voditi krivičnoj odgovornosti za samo učestvovanje.²⁰ Drugačije je, međutim, ako se radi o učestvovanju u oružanim grupama koje deluju protiv zvaničnih vlasti. Ovde već sama činjenica da se radi o borcu može voditi krivičnoj odgovornosti za neko od krivičnih dela upravljenih protiv odnosne države (terorizam, učestvovanje u oružanoj pobuni itd.).²¹ Osim ove okolnosti, protiv uključivanja u definiciju stranih boraca i onih koji su priključuju oružanim snagama država govore i brojni međunarodni dokumenti koji uređuju materiju terorizma.²²

Prema većini autora, osnovno razlikovanje stranih boraca i *plaćenika* počiva na motivaciji. Kako se, naime, iz samog naziva može pretpostaviti, plaćeništvo podrazumeva primanje odgovarajuće naknade za (vojne) usluge, dok stranog borca primarno ne pokreću koristoljubive pobude. Ipak, razlikovanje nije tako jednostavno. Plaćeništvo predstavlja fenomen koji je postao predmet interesovanja međunarodne zajednice nakon Drugog svetskog rata, kada dolazi do pojave šireg angažovanja stranih plaćenika od strane ostataka kolonijalnih vlasti, naročito u Africi, gde su bili regrutovani protiv oslobodilačkih pokreta, ili u kasnijim prevratima u novonastalim državama. Dopunskim protokolom I uz Ženevske konvencije od 1977. godine o zaštiti žrtava međunarodnih oružanih sukoba, plaćenicima je oduzet status borca ili ratnog zarobljenika. Da bi se jedno lice smatralo plaćenikom definisano je šest kumulativno postavljenih uslova. Prema ovoj definiciji, „plaćenik je svako lice koje: (a) je specijalno regrutovano, lokalno ili u inostranstvu, da bi se borilo u oružanom sukobu; (b) stvarno direktno učestvuje u neprijateljstvima; (c) je motivisano da učestvuje u neprijateljstvima uglavnom sa željom za ličnom korišću i kome je, u stvari, obećana, od strane u sukobu ili u njeno ime, materijalna naknada znatno veća od one koja je obećana ili plaćena borcima sličnog ranga ili funkcije u oružanim snagama te strane; (d) nije državljanin strane u sukobu niti ima prebivalište na teritoriji koju kontroliše strana u sukobu; (e) nije pripadnik oružanih snaga strane u sukobu; i (f) nije poslato od države koja nije strana u sukobu po zvaničnoj dužnosti kao pripadnik njegovih oružanih snaga.” (čl. 47). Za razliku od Dopunskog protokola, koji plaćeništvo nije definisao kao krivično delo, već je samo uskratio privilegiju dobijanja statusa borca i ratnog zarobljenika, Međunarodna konvencija protiv regrutovanja, korišćenja, finansiranja i obuke plaćenika od 1989. godine (International Convention against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries, stupila na snagu 2001. godine)²³, preuzimajući definiciju iz Protokola, propisuje da krivično delo čini ne samo plaćenik „koji direktno učestvuje u neprijateljstvima” (čl.

20 Sommaro kao primer navodi sukob u Ukrajini, gde je značajan broj stranaca primljen u bataljon „Azov” u sastavu regularnih oružanih snaga (E. Sommaro /2016/: The Status of Foreign Fighters under International Humanitarian Law, in: A. de Guttery, F. Capone, C. Paulussen (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Hague et al., p. 155).

21 R. Heinsch /2016/: Foreign Fighters and International Criminal Law, in: A. de Guttery, F. Capone, C. Paulussen (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Hague et al., p. 165.

22 U tom pravcu se izričito izjašnjava i Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju terorizma od 2005. godine (čl. 26.5).

23 Ovu konvenciju je ratifikovalo 34 države, ali nijedna od stalnih članica Saveta bezbednosti.

3), već i „lice koje regrutuje, koristi finansira ili obučava plaćenike” (čl. 2). Važnu novinu predstavljao je međutim dodatak, prema kojem plaćenika predstavlja i lice „koje je u bilo kojoj drugog situaciji specijalno regrutovano lokalno ili u inostranstvu u cilju učestvovanja u udruženom aktu nasilju usmerenog na: (i) svrgavanje vlasti jedne zemlje ili podriivanje njenog ustavnog poretka na drugi način; ili (ii) podriivanje teritorijalnog integriteta države”.

Kako možemo primetiti, između definicija plaćenika i stranog borca postoje izvesne sličnosti. Rat u Siriji i Iraku pokazuje da se propaganda kojom se privlače novi borci po pravilu ostvaruje izvan ovih država. Utoliko se može reći da se gotovo po pravilu novi strani borci „specijalno regrutuju” da bi se borili u oružanom sukobu (uslov a). Problem međutim predstavlja činjenica da to ne mora biti uvek slučaj. Za razliku od plaćenika, koji svoje usluge nude onima koji ponude dovoljnu količinu novca, i gde po prirodi stvari inicijativa za njihovo angažovanje redovno dolazi od naručilaca, kod učestvovanja u oružanim sukobima iz verskih ili ideoloških pobuda to nije nužno slučaj. Vođen osobenim motivima, simpatizer vernik ili ideološki sabrat može i sam, bez spoljnog poticaja, doneti odluku da se u inostranstvu priključi nekoj oružanoj grupi. Dalje, kako sam pojam „stranog” borca dalje implicira, ako do regrutovanja i dođe, do toga najčešće ne dolazi „lokalno”, na teritoriji gde se sukob odigrava, već van te teritorije. Najzad, dok fenomen plaćeništva više opterećuje državu odredišta, u kojoj se odvijaju oružana dejstva, strani borci predstavljaju više pretnju za države iz kojih potiču.²⁴

Drugi uslov koji se tiče direktnog učestvovanja u neprijateljstvima (uslov b) na prvi pogled ne izgleda sporan, budući da sam pojam stranog „borca” pretpostavlja da se radi o licu koje zaista učestvuje u borbi. Strani borci po pravilu direktno učestvuju u neprijateljstvima, bilo u okviru paravojnih bilo u okviru parapolicijskih formacija. Međutim, stvari ne stoje tako jednostavno. Kako iskustvo Islamske države pokazuje, nemali broj lica (pre svega žena) priključuje se Islamskoj državi, želeći da pruži podršku obrazovanju države organizovane po strogim šerijatskim pravilima, ali ne sa idejom da se priključe borbenim dejstvima. Ova lica bi trebalo da ostanu izvan domašaja eventualnih krivičnihopravnih mera. Problem eventualno predstavljaju i tehnička lica, medicinsko osoblje i drugi neborbeni personal. Uostalom, lica koja ne vrše borbene funkcije i kao takva direktno i ne učestvuju u neprijateljstvima u međunarodnom humanitarnom pravu po pravilu se i ne označavaju kao borci (combatants, fighters).²⁵

Treći uslov (c) predstavlja specifičnu razliku stranog borca i plaćenika. Ne samo da plaćenika na učestvovanje podstiče koristoljubivi motiv, već je kao pretpostavku bilo neophodno zahtevati i da njegova materijalna naknada prevazilazi ono što primaju drugi borci u sličnom položaju. Tako nešto u slučaju stranog borca redovno izostaje,²⁶ budući da su, kako smo videli, razlozi vojnog angažmana u stranoj zemlji

24 Vid. V. Bilkova: *op. cit.*, p. 3.

25 S. Krähenmann /2016/: The Obligations under International Law of the Foreign Fighter's State of Nationality or Habitual Residence, State of Transit and State of Destination, in: A. de Guttery, F. Capone, C. Paulussen (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Hague *et al.*, p. 241.

26 Ovaj uslov nije dovoljno određen, budući da danas u većini država služenje u oružanim snagama predstavlja profesionalni poziv, za koji se prima odgovarajuća novčana naknada. Štaviše, u savre-

uglavnom ideološki ili religiozni.²⁷ Ovom razlikom se, međutim, nije puno dobi-
lo. Sam motiv učestvovanja u nekom oružanom sukobu nema dovoljan negativno
vrednovan sadržaj, da bi na njemu počivala inkriminacija koja hoće da onemogući
priključivanje nekoj oružanoj frakciji u jednom ranijem trenutku, dok se budući bo-
rac još uvek nalazi u svojoj zemlji. Štaviše, za razliku od vojnog plaćeništva, koje je
kao pojava oduvek bilo omraženo (poznat je izraz „psi rata”), religiozni ili ideološki
zanos može imati i slobodarsku dimenziju, što uostalom pokazuje i istorija dobro-
voljačkih pokreta u novijoj istoriji.

S druge strane, svaka pobuda, bilo koristoljubiva, ideološka ili verska, ako je
postavljena kao uslov nekog fenomena koji treba da proizvede izvesna pravna dej-
stva, otežava utvrđivanje, s obzirom na to da ovi psihološki sadržaji po pravilu pred-
stavljaju nešto interno i po prirodi stvari teško dokazivo.²⁸ Osim toga, razlozi pri-
druživanja nekom pokretu, oslobodilačkom ili fundamentalističkom svejedno, retko
se mogu svesti samo na jedan motiv, makar on bio i pretežan.²⁹ Najzad, neretko se
događa da jedno lice, koje su iskreno pokretali ideološki ili religiozni motivi, ali bez
namere da se uključi u terorističke akte, po prispeću biva prisiljen da učestvuje u
borbenim dejstvima.³⁰ Sve ovo govori da unošenje odgovarajuće motivacije u defi-
niciju stranog borca predstavlja balast, koji samo opterećuje precizno određivanje
koja lica potpadaju pod ovu kategoriju. Pored razlike koje se tiče materijalne nakna-
de, pojedini autori kao važnu razliku prepoznaju i činjenicu da se plaćeništvo isto-

menim armijama sveta etablirale su se posebne jedinice plaćenih stranih vojnika profesionalaca
(Gurke u britanskoj ili Legija stranaca u francuskoj vojsci). Ako se za ta lica, ili one koji napre-
duju u vojničkoj karijeri u profesionalnim vojskama ne može reći da čine nešto moralno preko-
rivo, onda čitav uslov gubi smisao (R. M. Scoville /2005–2006/: *Toward an Accountability-Based
Definition of „Mercenary”, Georgetown Journal of International Law*, p. 556). Stoga i u slučaju
onih koji kao strani borci učestvuju u oružanim sukobima širom sveta nije isključeno da se za taj
angažman primi odgovarajuća materijalna vrednost.

- 27 U svom istraživanju, sprovedenom na grupi ispitanika, sa pitanjem šta tipično motiviše nekoga
da se priključi nekoj frakciji u stranim oružanim sukobima, Frenett i Silverman su došli do za-
ključka da je najčešće dominantan jedan od sledeća tri podsticaja: saosećanje i bes zbog onoga
što se događa ljudima upletenim u konflikt, sleđenje određene ideologije, i traganje za identite-
tom (R. Frenett, T. Silverman /2016/: *Motivations for Travel to Foreign Conflicts*, in: A. de Gu-
ttry, F. Capone, C. Paulussen (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Hague
et al., p. 65). Na prvi pogled, centralnu ulogu čine religiozni motivi, gde se sa snažnim osećanjem
pripadnosti određenoj religioznoj grupi i privlačnošću ideje verskog rata (džihada) nekada pre-
pliće i mržnja prema suprotstavljenim islamskim sektama (L. Vidino /2014/: *European Foreign
Fighters in Syria: Dynamics and Responses*, *European View*, № 2, p. 220). Ipak, pojedini istraži-
vači s pravom primećuju da poruke koje imaju najviše uspeha na planu regrutovanja nisu opte-
rećene složenim teološkim argumentima (vođenja „svetog rata”), već jednostavnim apelovanjem
na saosećanje i solidarnost. Zbog toga Hegghammer naglašava da više propagandnog uspeha
imaju anti-zapadne reportaže televizijskih mreža nego obraćanja ultra-konzervativnih islamista
(T. Hegghammer /2010–2011/: *op. cit.*, p. 90).
- 28 E. Kwakwa /1990/: *The Current Status of Mercenaries in the Law of Armed Conflict*, *Hastings
International and Comparative Law Review*, № 1, p. 71.
- 29 To važi i za sukob u Siriji i Iraku (vid. R. Frenett, T. Silverman: *op. cit.*, p. 65).
- 30 L. Darkwa /2016/: *The African Union and the Phenomenon of Foreign Fighters in Africa*, in: A.
de Guttry, F. Capone, C. Paulussen (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*,
Hague *et al.*, p. 377.

rijski uglavnom vezivalo za međunarodne oružane sukobe, dok se noviji fenomen „stranog borca” po pravilu vezuje za nemeđunarodne oružane sukobe.³¹

Uslov da plaćenik ne može da bude državljanin strane u sukobu niti da ima prebivalište na teritoriji koju kontroliše strana u sukobu (uslov d) polazio je od činjenice da državljani ili lica koja žive na odnosnoj teritoriji, a koja se lokalno priključuju stranama u sukobu, imaju izvesne legitimne razloge za učestvovanje, za razliku od onih koji su za spremni da pripadnike suprotstavljene strane ubijaju vođeni čisto materijalnim interesom.³² Zahtev da plaćenik ne sme biti poslat od države koja nije suprotstavljena strana bio je u funkciji interesa velikih sila, čije su se trupe, delom sastavljene i od stranaca, često mešale u lokalne sukobe. U literaturi se primećuje da uslov državljanstva poseduje nedovoljnu specifičnu težinu, da bi se za njega vezala dalekosežna pravna dejstva, budući da se u međunarodnom krivičnom pravu zločini uobičajeno definišu prema radnjama i posledicama koje ostvaruju, a ne prema faktu nečijeg državljanstva.³³

Očigledno je da fenomen učestvovanja stranih boraca u oružanim sukobima na Bliskom istoku pokazuje osobenosti u odnosu na do sada u međunarodnom pravu posebno regulisan fenomen plaćeništva. Osim što ukazuje da u određenom sukobu učestvuju i pridošlice iz inostranstva, pojam „stranog borca” je izvan terorističkog konteksta suviše bezbojan i nepodesan da povuče za sobom dalekosežne pravne posledice. Kako su i međunarodni dokumenti koji su poslednjih godina obrađivali ovaj fenomen bili motivisani prvenstveno onemogućavanjem odlazaka terorista u krizna žarišta, preciznije je otuda govoriti o „stranom terorističkom borcu”. Najzad, kako uobičajene definicije terorizma uključuju i ugrožavanje ustavnih i državnih struktura, ne čini nam se prikladnim da se pod ovaj pojam podvede i oni koje angažuju vladine snage u sukobu.

2. UČESTVOVANJE U ORUŽANOM SUKOBU U STRANOJ DRŽAVI KAO KRIVIČNO DELO

Većina zemalja iz okruženja fenomen stranih boraca na krivičnom planu rešava na temelju inkriminacija koje čine kažnjivim pridruživanje ili učestvovanje domaćih državljana u oružanim sukobima u inostranstvu. Tako je u Krivični zakonik Srbije 2014. godine uvedeno delo učestvovanja u ratu ili oružanom sukobu u stranoj državi (čl. 386a Krivičnog zakonika). Prema ovom delu kažnjava se državljanin Srbije koji učestvuje u ratu ili oružanom sukobu u stranoj državi, kao pripadnik vojnih ili paravojnih formacija strana u sukobu, a nije državljanin te strane države, kao ni pripadnik zvanične misije međunarodne organizacije čiji je Srbija član.³⁴ Osim uče-

31 R. Heinsch: *op. cit.*, p. 162; E. Sommaro: *op. cit.*, p. 157.

32 Ovaj zahtev u pogledu definicije „stranog borca” pojedini autori smatraju problematičnim, budući da bi se tako isključili svi oni pojedinci koji imaju državljanstvo zemalja upletenih u konflikt, iako su, primera radi, godinama živeli u nekoj drugoj sredini (E. Sommaro: *op. cit.*, p. 157).

33 R. Heinsch: *op. cit.*, p. 166.

34 Zanimljivo je primetiti da je obrazloženje uvođenja ovog dela počivalo na obavezama koje su navodno preuzete ratifikacijom Međunarodne konvencije protiv regrutovanja, korišćenja, finan-

stvovanja, srpski zakonodavac je inkriminisao i organizovanje učestvovanja u ratu ili oružanom sukobu u stranoj državi (čl. 386b), kojim se sankcioniše vrbovanje ili podsticanje drugih lica na učestvovanje u oružanom sukobu u drugoj državi, organizovanje grupe ili vršenje obuke, opremanje ili stavljanje na raspolaganje opreme, kao i prikupljanje sredstava u istom cilju.³⁵ Na uvođenje ove inkriminacije, pored sukoba u Iraku i Siriji, uticao je i odliv stranih boraca na ratište u Ukrajini.³⁶

Krivični zakon Bosne i Hercegovine takođe je uveo krivično delo protivzakonitog formiranja i pridruživanja stranim paravojnim ili parapolicijskim formacijama (čl. 162b). Prema ovoj odredbi (st. 2), kažnjivo je ne samo „organizovanje, rukovođenje, obučavanje, opremanje ili mobiliziranje pojedinaca ili grupa ljudi sa ciljem pridruživanja, na bilo koji način, stranoj vojnoj, stranoj paravojnoj ili stranoj parapolicijskoj formaciji koja deluje izvan Bosne i Hercegovine” (st. 1), već i „na bilo koji način pridruživanje” stranoj vojnoj, paravojnoj ili parapolicijskoj strukturi. Ova odredba se neće primeniti na lica koja su na zakonit način stekla državljanstvo države (priznate od strane BiH) u čijoj vojsci služe, ili ukoliko se radi o vojnim formacijama od strane UN međunarodno priznatih vlada. Kazne po ovom osnovu se u praksi u najvećem broju slučajeva, na temelju sporazuma o krivici, kreću oko jedne godine zatvora.³⁷

U prilog inkriminacija koje bi podrazumevale onemogućavanje pridruživanja oružanim grupama u građanskim sukobima u drugim državama govori princip ne-intervencije, kao jedno od temeljnih načela Deklaracije o principima međunarodnog prava koji se tiču prijateljskih odnosa i saradnje između država, u skladu sa Poveljom UN (Rezolucija 2625 Generalne skupštine UN).³⁸ Ovaj princip ne podrazumeva samo mere aktivnog podržavanja građanskih nemira ili terorističkih akata u drugoj državi, već i nesprečavanje uočenih sličnih aktivnosti na svojoj teritoriji.³⁹

siranja i obuke plaćenika, iako obeležja dela uopšte ne polaze od onih uslova koje poznaje ova konvencija (vid. detaljnije I. Vuković /2014/: Prilagođavanje srpskog krivičnog zakonodavstva međunarodnim standardima u pogledu plaćenika u oružanim sukobima, *Harmonius*, str. 392).

- 35 Učestvovanje u stranoj vojsci, policiji, paravojnim ili parapolicijskim formacijama inkriminisano je i u Krivičnom zakoniku BJR Makedonije (čl. 322a Krivičnog zakonika).
- 36 U odnosu na jedan broj povratnika iz Ukrajine su vođeni krivični postupci po ovom osnovu. Učinioci su uglavnom kažnjavani kućnim zatvorom ili uslovnom osudom (vid. J. Beslin, M. Ignjatijević /2017/: Balkan Foreign Fighters: from Syria to Ukraine, *European Union Institute for Security Studies*, № 20, p. 3).
- 37 A. Metodjeva: *op. cit.*, p. 13.
- 38 „Svaka država je dužna da se suzdrži od organizovanja ili ohrabriranja organizovanja iregularnih snaga ili naoružanih bandi, uključujući plaćenike, za upad na teritoriju druge države. Svaka država je dužna da se suzdrži od organizovanja, podsticanja, pomaganja ili učestvovanja u aktima građanskog sukoba ili terorističkim aktima u drugoj državi, ili od mirenja sa organizovanjem aktivnosti unutar svoje teritorije, upravljenih na izvršenje takvih akata... Takođe, nijedna država ne sme da organizuje, pomaže, izaziva, finansira, podstiče ili toleriše subverzivnu, terorističku ili naoružanu aktivnost upravljenu na nasilno svrgavanje vlasti druge države, ili da se meša u građanski sukob u drugoj državi”.
- 39 U oba aktuelna sukoba (u Siriji i Iraku odnosno u Ukrajini), vlasti su osuđivale druge države iz susedstva ili regiona da se protivpravno mešaju u unutrašnje poslove, između ostalog dopuštajući organizovanje dobrovoljačkih jedinica i njihovo prebacivanje (vid. S. Krähenmann /2016/: *op. cit.*, p. 232 fn 13).

Slične inkriminacije nisu najbolji vid rešavanja problema stranih boraca. Razlog njihovog uvođenja upravo se odnosio na argument o opasnosti koja državama u koje se strani borci kao „psi rata” vraćaju od njihovog povratka preti, dok je njihovo opravdanje bilo objašnjavano potrebom usklađivanja nacionalnog zakonodavstva sa Konvencijom o plaćenicima.⁴⁰ Međutim, kako smo videli, fenomeni plaćenika i stranih boraca po svojim pretpostavkama i načinima reakcije potpuno se razlikuju. Krivična dela koja obuhvataju plaćenike danas predstavljaju retkost u uporednom zakonodavstvu, izuzev pravnih sistema nastalih na temeljima sovjetskog krivičnog prava i nekoliko drugih država (npr. Francuske). Čak je i u mnogim državama u kojima je krivično delo stupanja u vojnu službu stranih država, zbog zastupanog koncepta neutralnosti država, uvedeno još u XIX veku i dalje zaprećeno krivičnim kaznama (SAD, Velika Britanija), ono je, zbog višedecenijskog neprimenjivanja ovih odredaba u praksi, faktički dekriminalizovano. Budući da slična krivična dela, u obliku u kojem su ga uvele države bivše SRFJ, ni ne zahtevaju da učesnika u sukobu motiviše koristoljubiva pobuda, očigledno je da se ovde zapravo htelo reagovati na problem terorističkih boraca, a ne plaćenika. Međutim, to se u krivičnim delima iz čl. 386a i 386b KZ ne vidi.⁴¹ Učestvovanje u stranim vojnim, paravojnim ili parapolicijskim operacijama, kojem nedostaje bilo kakva, makar i posredna povezanost sa terorističkom delatnošću, izvan je domašaja aktuelnih međunarodnih dokumenata koji su se bavili tematikom stranih boraca. Stoga je nejasno koje dobro slične inkriminacije uopšte štite.

Uostalom, čl. 6, st. 5 Dodatnog protokola II Ženevskih konvencija predviđa da će „po završetku neprijateljstava, vlasti nastojati da u najvećoj mogućoj meri amnestiraju lica koja su učestvovala u oružanom sukobu, ili ona koja su lišena slobode iz razloga u vezi s oružanim sukobom, bilo da su internirana ili pritvorena”. Iako se ovo ne odnosi na lica koja su učinila ratne zločine, nesumnjiva je intencija Protokola da sam akt učestvovanja u oružanom sukobu bude načelno nekažnjiv. Kako se u literaturi primećuje, „ako se od vlasti direktno uključenih u sukob načelno očekuje da ne gone lica za ratovanje kao takvo, onda bi možda i zemlja mnogo dalja od sukoba takođe trebalo da ispuni taj zahtev”⁴²

Ne može se pritom zanemariti da delo učestvovanja u ratu ili oružanom sukobu u stranoj državi nema nikakve formalne doticaje sa fenomenom terorizma. Kako je iz dokaznih razloga malo verovatno nepobitno utvrđivanje nečijeg stvarnog učešća u oružanom sukobu u nekoj stranoj zemlji, realno je očekivati da krivično gonjenje ovde bude uslovljeno svojevrsnim „odabirom” kriznih žarišta, čije se potpomaganje od strane domaćih državljana hoće onemogućiti. To deliktu daje snažnu *političku notu*. Još je veći problem to što se ovde ne radi o deliktu iz grupe terorističkih. Tako,

40 Vid. I. Vuković: *op. cit.*, str. 392.

41 Više smisla ima inkriminisanje služenja u neprijateljskoj vojsci, odnosno u oružanoj formaciji koja je u sukobu protiv Srbije ili njenih saveznika, ali slično delo je i ranije postojalo u našem krivičnom zakonodavstvu (čl. 422 KZ), što nije sprečilo zakonodavca da propiše nova dela u čl. 386a i 386b KZ. Po sličnom osnovu su uostalom mnoge države, članovi američke koalicije, neposredno angažovane u Siriji i Iraku, gonile svoje državljanke za pridruživanje suprotstavljenim formacijama (vid. npr. H. H. Jakobsen /2019/: Returning foreign fighters: The case of Denmark, *International Review of the Red Cross*, p. 17, u pogledu Danske).

42 C. Paulussen, K. Pitcher /2018/: Prosecuting (Potential) Foreign Fighters: Legislative and Practical Challenges, *International Centre for Counter-Terrorism*, p. 21.

primera radi, autori Beslin i Ignjatijević zaključuju da se u odnosu na povratnike iz Sirije i Ukrajine u Srbiji primenjuju „dvostruki standardi” u tretmanu, uz strože kažnjavanje islamskih stranih boraca i blaži pristup u odnosu na učesnike građanskog rata u Ukrajini.⁴³ Takvo tumačenje, imajući u vidu opis krivičnog dela iz čl. 386a ne iznenađuje, premda sukob u Ukrajini niko ne povezuje sa delovanjem terorističkih grupa.⁴⁴ Većina teoretičara fenomen vezuje isključivo za opšteprihvaćene ili čak (kao u slučaju Rezolucije 2178) izričito imenovane terorističke grupe i pojedince, čiji povratak nosi *realan* rizik od terorističkih akcija u zemlji porekla.⁴⁵ Uostalom, i Evropska unija, pored učešća u nekom internom konfliktu, u sačinjavanju svoje liste terorističkih grupa i pojedinaca,⁴⁶ kao kriterijum navodi pokretanje istrage ili krivično gonjenje za neki teroristički akt (po pravilu napad na civilno stanovništvo u cilju širenja terora), ili bar njegov pokušaj. Iz takvog ugla, između sukoba u Siriji i Ukrajini nesumnjivo se ne može postaviti znak jednakosti.⁴⁷

3. PUTOVANJE U INOSTRANSTVO U CILJU TERORIZMA KAO KRIVIČNO DELO

Zakonodavni poticaj u pravcu inkriminisanja putovanja u cilju pridruživanja nekoj terorističkoj grupi do 2017. godine išao je uglavnom preko Ujedinjenih nacija, zbog čega zakonodavna akcija nije išla sinhronizovano, već kao rezultat pojedinačnih inicijativa zainteresovanih država.⁴⁸ Pre usvajanja Rezolucije 2178, međunarodni dokumenti nisu smatrali da putovanje ili njegov pokušaj treba da predstavljaju krivično delo, iako su mnoga zakonodavstva, široko definišući pripremanje ili pomaganje terorističkih akata, u ishodu obuhvatala i ove radnje.⁴⁹ Mnoga zakonodav-

43 J. Beslin, M. Ignjatijević: *op. cit.*, p. 3.

44 Osim same Ukrajine, nijedna druga država ne smatra Donjecku i Lugansku republiku terorističkim organizacijama (vid. https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_designated_terrorist_groups).

45 Tako izričito I. Marrero Rocha: *op. cit.*, p. 92.

46 Vid. <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/fight-against-terrorism/terrorist-list/>

47 Ipak, treba primetiti da i zakonodavstva, koja su problemu stranih boraca pristupila preko širokog propisivanja pripremanja terorističkih akata kao kašnjevog stadijuma, do kažnjavanja nekada dolaze preko činjenice pridruživanja okrivljenog vojnim formacijama u inostranstvu, čak i kada sud ne zna tačno šta je okrivljeni u stranoj državi konkretno radio. Tako je u holandskoj praksi u jednom slučaju lice osuđeno za pripremanje terorističkog akta na temelju činjenice da je prethodno otputovalo u Siriju i pridružilo se organizovanoj oružanoj grupi. Sud je pošao od toga da budući da ova lica nemaju priznat status borca ona mogu biti gonjena već za činjenicu učestvovanja u borbenim dejstvima, dok je zaključak o terorističkoj nameri zaključen iz činjenice da je oružana grupa kojoj se okrivljeni bio priključio htela da sruši vladajuće političke strukture u Siriji (vid. C. Paulussen, E. Entenmann /2016/: National Responses in Select Western European Countries to the Foreign Fighter Phenomenon, in: A. de Guttery, F. Capone, C. Paulussen (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Hague et al., p. 414).

48 L. H. Kennedy /2015/: Homeward Bound: The European Union's Freedom of Movement in an Age of Transnational Terrorism, *Georgetown Journal of International Law*, № 1, p. 292. Ipak, ubrzo po donošenju Rezolucije, ministri unutrašnjih poslova članica EU preporučuju uvođenje sličnih inkriminacija u evropsko pravo (*ibid.*, p. 300), što je i rezultiralo novom direktivom na evropskom nivou.

49 S. Krähenmann /2015/: *op. cit.*, p. 256.

stva, uostalom, pokušala su da pristupanje svojih građana međunarodnim terorističkim grupama onemoguće putem drugih postojećih inkriminacija, u doticaju sa ovim fenomenom: preko krivičnih dela koja se tiču organizovanog kriminala (Turska), propisa o imigraciji (Kina) ili npr. pretnje nacionalnoj bezbednosti (Egipat).⁵⁰

Doneta na temelju Rezolucije Saveta bezbednosti UN 2170, Rezolucija Saveta bezbednosti UN 2178 poziva sve države članice da inkriminišu (kao „ozbiljna krivična dela”) svaki vid učestvovanja u finansiranju, planiranju, pripremanju ili izvršenju terorističkih akata, kažnjavajući: „(a) svoje državljane koji putuju ili pokušaju da oputuju u državu koja nije država njihovog prebivališta ili državljanstva, i druge pojedince koji putuju ili pokušaju da oputuju sa svojih teritorija u državu koja nije država njihovog prebivališta ili državljanstva, u cilju izvršenja, planiranja, pripremanja ili učestvovanja u terorističkim aktima, ili pružanju terorističke obuke ili obučavanju; (b) voljno pribavljanje ili prikupljanje na bilo koji način od strane njihovih državljana ili na njihovoj teritoriji, direktno ili indirektno, sredstava, sa namerom da ta sredstva treba da budu upotrebljena, ili sa svešću da se imaju upotrebiti za finansiranje putovanja pojedinca, koji putuje u državu koja nije država njegovog prebivališta ili državljanstva, u cilju izvršenja, planiranja, pripremanja ili učestvovanja u terorističkim aktima, ili pružanju terorističke obuke ili obučavanju; kao i, (c) voljno organizovanje ili drugo olakšavanje, uključujući akte regrutovanja, od strane njihovih državljana ili na njihovoj teritoriji, putovanja pojedinaca, koji putuju u državu koja nije država njegovog prebivališta ili državljanstva, u cilju izvršenja, planiranja, pripremanja ili učestvovanja u terorističkim aktima, ili pružanju terorističke obuke ili obučavanju” (čl. 6). Utoliko ova inkriminacija pretpostavlja različite radnje na objektivnom planu i odgovarajuću nameru (cilj) kao subjektivno obeležje.⁵¹ Treba naglasiti da je ova rezolucija bila inspirisana prvenstveno terorističkim grupama povezanim sa Islamskom državom i Al-Kaidom (čl. 10), iako jezičko tumačenje dopušta njenu primenu i u odnosu na druge strane terorističke borce.

Nakon toga, i Savet Evrope krajem 2015. usvaja Dodatni protokol Konvencije o sprečavanju terorizma (tzv. Protokol iz Rige, stupio na snagu u julu 2017. godine)⁵² posvećen isključivo krivičnopravnim aspektima fenomena stranih boraca. Ovim protokolom se od potpisnica očekuje da se kao krivično delo propiše: učestvovanje u udruženju ili grupi u cilju terorizma (čl. 2), obučavanje za terorizam (primanje „instrukcija, uključujući sticanje znanja ili praktičnih veština, od drugog lica, u pravljenju ili upotrebi eksploziva, vatrenog ili drugog oružja ili škodljivih ili opasnih supstanci, ili drugih specifičnih metoda ili tehnika, u cilju izvođenja ili učestvovanja u izvršenju dela terorizma”, čl. 3), putovanje (ili pokušaj da se oputuje) u inostranstvo u cilju terorizma („putovanje u državu koja nije država putnikovog državljanstva ili prebivališta, u cilju izvršenja, doprinosa ili učestvovanja u delu terorizma, ili pružanju obuke ili obučavanju za terorizam”, čl. 4), finansiranje putova-

50 C. Paulussen, K. Pitcher: *op. cit.*, p. 14.

51 Z. Zhou /2015/: Punishing Foreign Terrorist Fighters: New Developments in Chinese Criminal Law, *WIAS Research Bulletin*, № 8, p. 28.

52 Vid. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/217>

nja u inostranstvo u cilju terorizma („pribavljanje ili prikupljanje na bilo koji način, direktno ili indirektno, sredstava koja u celosti ili delimično omogućavaju bilo kom licu da otputuje u inostranstvo u cilju terorizma, sa znanjem da su sredstva u celini ili delimično namenjena za korišćenje u tom cilju”, čl. 5), kao i organizovanje ili na drugi način olakšavanje putovanja u inostranstvo u cilju terorizma (čl. 6). Iako se u tekstu ne govori o stranim terorističkim borcima, u preambuli se koristi definicija iz Rezolucije 2178.

Najzad, na nivou Evropske unije je u 2017. godini doneta nova Direktiva o borbi protiv terorizma (2017/541), koja ustanovljava minimalna pravila i definicije terorističkih krivičnih dela i sankcija. Između ostalog,⁵³ Direktivom se takođe nalaže inkriminisanje umišljajnog putovanja u svrhu terorizma, „kako bi se obezbedilo da putovanje u zemlju koja nije članica Unije u cilju izvršenja ili doprinosa izvršenju imenovanih akata terorizma, ‘radi učestvovanja u aktivnostima terorističke grupe, sa znanjem da će se tim učestvovanjem doprineti njenim kriminalnim aktivnostima’, kao i ‘radi pružanja ili pohađanja obuke za terorizam’ (čl. 9, st. 1). Osim toga, nalaže se i inkriminisanje putovanja u državu-članicu pod istim uslovima, kao i „pripremnih radnji koje preduzme lice koje ulazi u tu državu članicu sa umišljajem da izvrši ili da doprinese izvršenju krivičnog dela terorizma”. Izričito se ukazuje i na neophodnost propisivanja kao kažnjive i svake umišljajne radnje „organizacije ili olakšavanja kojom se bilo kom licu pomaže u putovanju u cilju terorizma” (čl. 10).

Na prvi pogled, logičnije je umesto kažnjavanja putovanja kažnjivost vezati za čin *regrutovanja* za terorizam. Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju terorizma od 2005. godine pod takvim zločinom (čl. 6) podrazumeva „navođenje drugog lica da izvrši ili učestvuje u izvršenju dela terorizma, ili da se priključi udruženju ili grupi, u cilju doprinosa izvršenju jednog ili više dela terorizma od strane udruženja ili grupe.” Pored regrutovanja za terorizam, pod koje se mogu podvesti različiti vidovi navođenja drugih osoba na priključivanje terorističkom udruženju ili na vršenje terorističkih akata, za koje se ne traži da druga osoba teroristički akt i izvrši ili da se terorističkoj grupi pridruži, Konvencija inkriminiše i javno provociranje izvršenja dela terorizma, pod kojom se podrazumeva „širenje ili na drugi način činjenje dostupnim javnosti poruka, sa namerom da se podstakne izvršenje dela terorizma, tamo gde takvo ponašanje izazove opasnost da jedno ili više takvih dela bude izvršeno, nezavisno od toga da li se delo terorizma zastupa direktno” (čl. 5).⁵⁴ Većina država sa prostora bivše SFRJ su ova ponašanja uvela u svoje krivično zakonodavstvo.⁵⁵ Međutim, kako lica koja preko društvenih mreža vrbuju za pridruživanje

53 Za razliku od mnogih drugih međunarodnih instrumenata, ova direktiva precizno definiše koji su delikti teroristički i koja su pravna obeležja terorizma. Iako po svom domašaju regionalna, ova unapređena definicija ipak čini pouzdaniji okvir za krivičnopravnu analizu fenomena stranih terorističkih boraca od Rezolucije 2178.

54 Odredba člana 5 Konvencije je u uporednoj literaturi ocenjena kao kontroverzna, s obzirom na nedovoljnu određenost „indirektnog” podsticanja na teroristički akt.

55 Vid. čl. 391a i 391b Krivičnog zakonika Srbije, čl. 99 i 100 Kaznenog zakona Hrvatske, čl. 447a i 447b Krivičnog zakonika Crne Gore, čl. 202a i 202b Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine.

terorističkim grupama najčešće nisu dostupna organima krivičnog gonjenja u zemljama regrutovanja, krivičnopravni odgovor na ovaj problem po svojim mogućnostima je ograničen na onemogućavanje potencijalnih boraca da se pridruže grupi.

U srpskom pravu, teroristička krivična dela vrlo ekstenzivno zahvataju u stadijumu *pripremanja*, inkriminišući različite pripremne radnje kao samostalna krivična dela, i to na šest nivoa. Najpre, već se u samoj definiciji terorističkih akata proizvodnja, posedovanje ili nabavljanje oružja i eksploziva smatra jednom od nabrojanih radnji (čl. 391, st. 1, tač. 5 KZ). Dalje, odgovornost saučesnika za terorizam dopunjena je inkriminisanjem i javnog podsticanja na izvršenje terorističkih dela (čl. 391a KZ), čime se kriminalna zona proširuje i na neuspela podstrekavanja na terorističke akte, pa čak i na neodređeno pronošnje ideja, koje posredno podstiču na izvršenje takvog akta. Treće, krug tipičnih pripremnih radnji izričito je dopunjen aktima vrbovanja drugog da se pridruži terorističkom udruženju i obučavanja u izradi i korišćenju eksplozivnih naprava i oružja (čl. 391b KZ). Posebno su inkriminirani i prikupljanje sredstava za terorističke namene (čl. 393 KZ), kao i terorističko udruživanje (čl. 394), kod kojeg je čak, za razliku od drugih vidova kriminalnog udruživanja (čl. 319 i 346 KZ), dovoljno povezivanje samo dva lica. Najzad, zakonodavac je našao za neophodno da inkriminiše i pripremanje kao stadijum krivičnog dela terorizma (čl. 391, st. 5 KZ), prepisujući ovde raniju opštu odredbu čl. 17 KZ SFRJ. Ovako široko zahvatanje u stadijumu pripremanja kod krivičnih dela sa elementom terorizma u domaćoj literaturi se pravda visokom vrednošću objekta zaštite i intenzitetom njegovog ugrožavanja.⁵⁶

Iako većina ovih država poznaje krivična dela terorističkog *udruživanja*, kojima se kažnjava sama pripadnost nekoj terorističkoj grupi i kada u okviru grupe nije učinjen neki zločinački akt, većina lica koja budu regrutovana za učestvovanje u nekom oružanom sukobu u inostranstvu po pravilu formalno ne pristupaju terorističkoj grupi na teritoriji matične države, već samo otputuju na ratište. Dok je kažnjavanje udruživanja više lica u terorističku ćeliju, koja podeli uloge i dužnosti, obučava pripadnike i obezbeđuje sredstava za izvršenje terorističkih akata, nezavisno od toga da li će do izvršenja planiranog zločina uopšte doći, kao vid delikta-prepreke donekle opravdano, vezivanje kažnjivosti za čin putovanja opterećeno je različitim dogmatskim krivičnopravnim prigovorima.

Mnoge radnje čije se inkriminisanje u sklopu borbe protiv terorizma, a u vezi sa fenomenom stranih boraca, danas zahteva, po svojoj suštini predstavljaju vrednosno *bezbojna ponašanja*. Tako u slučaju putovanja u inostranstvo u cilju terorizma ne vrednost delikta počiva na nameri, a ne na samom putovanju, koje po sebi ne predstavlja nešto protivpravno. Tamo gde putovanje može da se objasni verskim hodočašćem ili nekim drugim razlogom, omogućava okrivljenom da cilj putovanja dovede u pitanje. Štaviše, stranim borcima je redovno onemogućeno direktno putovanje u zemlju sukoba.⁵⁷ U takvim okolnostima, dokazivanje u državi tranzita koja to država predstavlja krajnje odredište potencijalnog borca može biti krajnje

56 Z. Stojanović, D. Kolarić /2014/: *Krivičnopravno suzbijanje organizovanog kriminaliteta, terorizma i korupcije*, Beograd, str. 184.

57 Tako je većina avio-prevoznika, primera radi, obustavila direktne letove za Damask.

otežano,⁵⁸ a i kada je to moguće utvrditi dokazna sredstva su opterećena realnim prigovorom diskriminacije. Problem pojačava i činjenica da obaveštajni podaci često ne ukazuju neposredno da se putnik upućuje na stranu teritoriju kako bi neposredno učestvovao u nekom aktu nasilja.

Bezličnost putovanja kao krivičnog neprava još je očiglednija, ako pod udar inkriminacije dođu žene kao navodni borci. Islamska država je propagirala različite vidove pridruživanja i angažovanja žena, iako se one po pravilu bile isključene iz neposrednih borbenih dejstava. Veliki broj žena sa decom je bio priključivan Islamskoj državi kao pratnja svojih muževa. Islamska država promovisala je dolazak čitavih porodica, tako snažnije vezujući strane borce za svoje ciljeve i umanjujući verovatnoću da će se usled razočarenja ili drugih razloga oni vratiti u zemlju porekla.⁵⁹ S druge strane, naročiti naglasak je stavljan na regrutovanje devojaka i mladih žena, ne samo da bi nakon dolaska bile udate za borce („jihad brides”), već da bi se tim putem i potencijalnim borcima dolazak u novu sredinu učinio privlačnijim.⁶⁰

Iz ugla kriminalne politike i potrebe oblikovanja inkriminacija koje bi obuhvatile pridruživanje stranih državljana Islamskoj državi, priključivanje žena predstavlja kompleksan fenomen. Iako je jedan broj imao aktivniju ulogu u promociji Islamske države,⁶¹ najveći broj njih, zaveden lažnim obećanjima i pogrešnim predstavama o novom životu koji ih tamo očekuje, kasnije se razočarao. Usporedna sudska praksa pokazuje da navođenje žena da napuste svoju zemlju i da se dosele u područja koja kontrolišu terorističke grupe teško može da se obuhvati postojećim inkriminacijama. Tako je u jednom slučaju holandski sud oslobodio ženu okrivljenu za regrutovanje druge dve pripadnice ženskog pola da otputuju u Siriju i da se tamo udaju za borce, smatrajući da ove žene nisu bile regrutovane za aktivno učešće u borbenim dejstvima.⁶²

Povoljnu okolnost donekle predstavlja činjenica da se povezivanje sa licima koja vrbuju i organizuju prebacivanje na teritorije oružanih sukoba po pravilu vrši preko

58 S. Krähenmann /2016/: *op. cit.*, p. 236.

59 D. Van Leuven, D. Mazurana, R. Gordon /2016/: *Analysing the Recruitment and Use of Foreign Men and Women in ISIL through a Gender Perspective*, in: A. de Guttery, F. Capone, C. Paulussen (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Hague *et al.*, p. 104.

60 Od država iz regiona, procenjuje se da su u značajnijem broju u Islamsku državu odlazile žene iz BiH i sa prostora Kosova i Metohije (A. Metodieva: *op. cit.*, p. 11).

61 Tako su neke žene postale članice lokalnih jedinica verske policije (npr. ženske al-Khanssaa brigade), koja je kažnjavala žene koje su svojim oblačenjem ili kršenjem drugih pravila (npr. napuštanjem kuće bez muške pratnje) narušavale islamski moral. Iako su se i u ovim jednim pretežno nalazile Arapkinje, u njima je navodno bilo i Francuskinja i Britanki (D. Van Leuven, D. Mazurana, R. Gordon: *op. cit.*, p. 114). U praksi je vrlo često i korišćenje žena-samoubica, koje neposredno vrše teroristički akt. Od 30 identifikovanih bombaša samoubica u Siriji u 2013. godini, 23 su bili stranci, iako je samo manji broj njih bio poreklom iz Evrope (F. Coticchia /2016/: *The Military Impact of Foreign Fighters on the Battlefield: The Case of the ISIL*, in: A. de Guttery, F. Capone, C. Paulussen (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Hague *et al.*, p. 131).

62 Vid. C. Paulussen, E. Entenmann /2016/: *op. cit.*, p. 413.

društvenih mreža,⁶³ što potencira značaj *elektronskih dokaza*.⁶⁴ Nekada uostalom i sami teroristi ne odole iskušenje da snimaju svoje zločine.⁶⁵ To međutim ne olakšava previše posao tužiocima, imajući u vidu da izvan država Zapadnog Balkana, Turske i SAD, razmena podataka (evropske agencije Eurojust) sa drugim partnerima EU, pa čak i prostorno bliskim zonama konfliktâ, gotovo i ne postoji.⁶⁶ Upravo prvi slučaj osude Britanca za terorizam u Siriji (2014. godine) oslikava tipična potencijalna dokazna sredstva dostupna tužilaštvu i sudu u sličnim primerima. Tu je porota osudila optuženog na suđenju na kome su prezentovane poruke sa socijalnih mreža, gde je optuženi iskazivao nameru da se pridruži terorističkom kampu u Siriji, a gde su tužioci otvoreno ukazivali da nemaju informacije šta je on zapravo tamo radio.⁶⁷ Sudovi nisu uvek spremni da kazne takva ponašanja, smatrajući ih „radikalizovanim hvalisanjem”, nedovoljnim za krivičnu odgovornost.⁶⁸ Problem predstavljaju i poteškoće na planu obezbeđivanja dokaza preko interneta, imajući u vidu značajne razlike u nacionalnim zakonodavstvima EU, pitanja zakonitog presretanja VoIP komunikacije u nekim državama-članicama, kao i poteškoće sa gašenjem naloga ra-

63 Do regrutovanja stranih boraca uglavnom dolazi propagandom preko različitih društvenih mreža i online platformi (YouTube, Twitter, Facebook) povezanih putem interneta. Terorističke grupe pokreću kampanje kojima nastoje da mlade ljude privuku svojim ciljevima i borbi, nekada prikazujući svoje ratnike kao nežna ljudska bića (npr. slike boraca koji miluju mačiće, „little mewjahideen”), nekada pak emitujući surove egzekucije zarobljenih neprijatelja (G. Weimann /2016/: The Emerging Role of Social Media in the Recruitment of Foreign Fighters, in: A. de Guttery, F. Capone, C. Paulussen (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Hague et al., p. 87). Tako je jedan od najpoznatijih glavoseča Islamske države, poznat po nadimku Jihadi John, veći deo života proveo u Velikoj Britaniji, da bi se kao strani borac priključio Islamskoj državi. Protivmere upravljane u pravcu smanjivanja terorističkih sadržaja nemaju puno efekta ne samo zato što i eventualno uklonjeni propagandni materijal brzo ponovo osvane na internetu, već i zato što mnoge (američke) društvene mreže nisu voljne da cenzurišu sadržaje, pozivajući se na ustavom garantovanu slobodu govora (*ibid.*, p. 90). Treba primetiti da opasnost od širenja terorističkih ideja putem društvenih mreža ne nosi samo rizik da regrutovana lica napuste matičnu zemlju i da se priključe terorističkim grupama u inostranstvu. Postoji realna opasnost da regrutovani teroristi, umesto da oputuju u druge zemlje, ostanu u svojim sredinama i tu preduzmu terorističke akte (B. Horn /2016/: Inside Pandora’s Box: Foreign Fighters and the Lone Wolf Terrorism Nexus, in: W. Mendel and P. McCabe (Eds.), *SOF Role in Combating Transnational Organized Crime*, Florida, p. 119–120).

64 Budući da se internet provajderi često nalaze u drugim državama, od naročitog je značaja razmena informacija, i to pogotovo sa SAD, gde je smešten najveći broj međunarodnih internet kompanija (G. de Kerchove, C. Höhn /2016/: The Regional Answers and Governance Structure for Dealing with Foreign Fighters: The Case of the EU, in: A. de Guttery, F. Capone, C. Paulussen (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Hague et al., p. 315).

65 C. Paulussen, E. Entenmann /2014/: *op. cit.*, p. 90.

66 O. Bures /2018/: EU’s Response to Foreign Fighters: New Threat, Old Challenges?, *Terrorism and Political Violence*, p. 11. U planu je da se European Criminal Records Information System (ECRIS) proširi i na zemlje izvan Evropske unije, kako bi se unapredila razmena informacija o krivičnim osudama u oblasti terorizma, naročito u slučaju lica čiji podaci iz krivične evidencije upućuju na povećani rizik. Iako je interes Evropske unije u tom smislu prvenstveno okrenut unošenju u sistem podataka o državljanima trećih zemalja, i države Zapadnog Balkana mogu očekivati da razmenom informacija poboljšaju bezbednost.

67 C. Forcese, A. Mamikon: *op. cit.*, p. 320.

68 *Ibid.*, p. 325.

zličitih socijalnih mreža kada je sedište internet-provajdera u drugoj jurisdikciji.⁶⁹ Pored podataka dobijenih presretanjem komunikacije, u dosadašnjim primerima iz prakse često se sreću i video i foto dokazi (pronađeni kod povratnika sa ratišta).⁷⁰

Poteškoće postoje i na planu otkrivanja i dokazivanja *rute* putnika, potencijalnog teroriste, imajući u vidu da pravo na zaštitu ličnih podataka unutar Evropske unije podleže značajnim ograničenjima. Razmena ovih informacija predstavlja *conditio sine qua non* uspešnog onemogućavanja putovanja stranih boraca u državu sukoba. U međuvremenu je okončan proces donošenja i implementacije Registra imena putnika (Passenger Names Record – PNR), kao baze podataka koje u procesu rezervisanja i prijave na let o putnicima prikupljaju avio-kompanije na nivou EU, iako ne bez pravnih poteškoća.⁷¹

Pored toga, Rezolucija 2178 izdvaja kao kažnjivo isključivo putovanje odnosno njegov pokušaj u državu koja nije država prebivališta ili državljanstva putnika. Premda su pobude za uobličavanje problema stranih terorističkih boraca potekle od različitih svetskih žarišta u kojima učestvuju ratnici iz inostranstva, tačnije bile vezane za problematiku *međunarodnog terorizma*, time se pravi neprincipijelna razlika na planu kažnjivih ponašanja između međunarodnog i domaćeg terorizma. Srpski krivični zakonodavac je spojivši krivična dela terorizma i međunarodnog terorizma u novo jedinstveno delo terorizma, izmenama i dopunama Krivičnog zakonika od 2012. godine, očigledno išao u pravcu nerazlikovanja pravnih dejstava prema ovom merilu. Inkriminisanje isključivo internacionalnih putovanja pomerilo bi kažnjavanje, u tom smislu, u jedan raniji momenat u odnosu na potencijalno jednako ne vredna domaća putovanja u cilju ostvarenja planiranih terorističkih ciljeva unutar Srbije.

Problem predstavlja i utvrđivanje pretpostavki pod kojim bi putovanje u stranu državu u cilju učestvovanja u terorističkim aktima zasluživalo kažnjivost. Tako pomenuta Rezolucija Saveta bezbednosti UN 2178 (2014) podrazumeva da svaka država, primera radi, kazni svog državljanina koji otputuje ili pokuša da otputuje u Siriju, radi učestvovanja u tamošnjem oružanom sukobu (osim ukoliko se ne radi o domaćem državljaninu koji ima prebivalište u Siriji), ali i bilo kog stranog državljanina koji sa svoje teritorije (države u kojoj prebiva ili čiji je državljanin) u tranzitu ka Siriji prolazi kroz nju (osim opet ukoliko Sirija nije država njegovog državljanstva ili prebivališta). Međutim, ova definicija nailazi na poteškoće, budući da ne precizira vremenski okvir koji podrazumeva sticanje prebivališta, niti stav u pogledu dvojnog državljanstva.⁷² Iako se može dovesti u pitanje da li se nekome može uopšte ograničiti pravo da otputuje u državu svog državljanstva, pojedini autori smatraju da je takav ishod kriminalno-politički nepoželjan.⁷³

69 O. Bures: *op. cit.*, p. 11.

70 Vid. detaljnije C. Paulussen, K. Pitcher: *op. cit.*, p. 28.

71 Vid. L. H. Kennedy: *op. cit.*, p. 296.

72 S. Krähenmann /2016/: *op. cit.*, p. 235.

73 Tako Krähenmann upućuje na nelogično tumačenje da Rezolucija 2178 (2014) zabranjuje da se Sirijac pridruži Islamskoj državi u Siriji, ali da to može učiniti u Iraku (*ibid.*, p. 236).

I pored mogućih dogmatskih prigovora, mnoge države savremenog sveta inkriminisale su putovanje u inostranstvo u terorističke svrhe. Tako je Kanada 2013. godine dopunila svoje krivično zakonodavstvo, kažnjavajući svakoga ko napusti ili pokuša da napusti Kanadu, ili se ukrca ili pokuša da se ukrca na prevozno sredstvo sa namerom da napusti Kanadu, u cilju: svesnog učestvovanja ili doprinosa, direktno ili indirektno, bilo kojoj aktivnosti neke terorističke grupe, u cilju unapređenja sposobnosti bilo koje terorističke grupe da omogući ili izvede terorističku aktivnost (čl. 83.181 kanadskog KZ), svesnog omogućavanja terorističke aktivnosti (čl. 83.191), izvršenja krivičnog dela u korist, pod upravom ili u vezi sa terorističkom grupom (čl. 83.201) ili izvršenja krivičnog dela koje predstavlja terorističku aktivnost (čl. 83.202). Primer sličnog, široko postavljenog krivičnog dela, nudi i odgovarajući *australijski* propis (Counter-Terrorism Legislation Amendment [Foreign Fighters] Act) iz 2014. godine. Prema ovom propisu (odeljak 119), predstavlja krivično delo „ako lice uđe u stranu državu sa namerom uključivanja u neprijateljsku aktivnost u toj ili nekoj drugoj stranoj državi”, ili se „uključi u neprijateljsku aktivnost u stranoj državi”, a radi se o australijskom državljaninu, rezidentu ili imaocu imigrantske vize. Međutim, krivično delo pod istim uslovom čini i onaj ko „uđe ili ostane u području strane države”, koje je ministar spoljnih poslova proglasio zonom u kojoj određene terorističke organizacije vrše neprijateljsku delatnost.⁷⁴ Ovako definisano krivično delo faktički prebacuje *onus probandi* na okrivljenog, koji će, da bi izbegao krivičnu odgovornost, biti obavezan da dokazuje da li je cilj njegovog putovanja u zabranjenu zonu bio legitiman.⁷⁵ I mnoge evropske države inkriminisale su slična ponašanja.⁷⁶

Najcelovitije sankcionisanje radnji povezanih sa fenomenom stranih boraca na Zapadnom Balkanu učinila je Crna Gora 2015. godine. Za razliku od drugih država regiona, koje su središte inkriminacije vezale za samo učestvovanje u oružanom sukobu u stranoj državi, Crna Gora kažnjava i onoga ko „protivno zakonu, drugim propisima ili pravilima međunarodnog prava otputuje radi pridruživanja ili učestvovanja, pridruži se ili učestvuje u stranoj oružanoj formaciji koja djeluje izvan Crne Gore, pojedinačno ili u organizovanim grupama” (čl. 449b, st. 2 Krivičnog zakonika). Takođe se kažnjava i regrutovanje, pripremanje, organizovanje, rukovođenje, prevoženje, organizovanje prevoza ili obučavanje pojedinaca ili grupa, u nameri njihovog pridruživanja ili učestvovanja u stranim oružanim formacijama koje djeluju izvan Crne Gore (st. 1 KZ), prikupljanje ili prikrivanje finansijskih sredstava, fondova, materijalnih sredstava ili opreme namenjenih istome cilju (st. 3), kao i javno pozivanje na vršenje ovih dela (st. 4). Stranom oružanom formacijom smatra se teroristička organizacija, strana vojska ili policija, strana paravojna formacija ili

74 U međuvremenu su takvim zonama proglašene /declared/ provincija Al-Raqqa u Siriji i district Mosul u Iraku (vid. www.nationalsecurity.gov.au/WhatAustraliaIsDoing/Pages/DeclaredArea-Offence.aspx).

75 S. Philipp /2015/: Australia's response to foreign fighters: Security without a bill of rights, in: C. Clark (Ed.), *The politics of human rights in Australia. Law under the spotlight*, School of Law and Justice, Southern Cross University, p. 65.

76 Tako čl. 89a, st. 2a, nemačkog Krivičnog zakonika kažnjava onog ko pokuša da otputuje u inostranstvo u nameri vršenja teških nasilnih delikata koji ugrožavaju državu, dok čl. 89b kažnjava „uspostavljanje ili održavanje odnos” sa nekom terorističkom organizacijom.

parapolicijska formacija osnovana protivno zakonu, drugim propisima ili pravilima međunarodnog prava.

Pored izričitog inkriminisanja pojedinačnih tipičnih pripremnih radnji za dela terorizma, pojedina zakonodavstva pribegavaju modelu inkriminisanja pripremanja kao opšte kažnjivog *stadijuma* krivičnog dela terorizma. Tako prema britanskom Zakonu o terorizmu iz 2006. godine (Terrorism Act) lice „vrši krivično delo ako se, u nameri izvršenja akata terorizma ili pomaganja drugome da izvrši takav akt, upusti u bilo koje ponašanje u pripremanju omogućavanja ostvarenja ove namere”. Štaviše, prema izričitoj odredbi, nije od značaja da li se radnje pripremanja (i inače široko postavljene) odnose na neki konkretizovan akt, ili na „na akt terorizma u načelu”,⁷⁷ što ne daje nikakav objektivan okvir za procenu kada bi to iskazana namera mogli preći prag kažnjivog pripremanja. Upravo su argumenti branilaca u postupcima pred britanskim sudovima isticali ovaj moment, smatrajući da optužbe za terorizam protiv njihovih klijenata predstavljaju povredu principa nekažnjavanja za misli (*cogitationas poenam nemo patitur*).⁷⁸ Zaista, u krivičnopravnoj doktrini se često pravi razlika između onih ispoljavanja koji samo spolja iskazuju nameru da se učini neki zločin i realnih akata pripremanja za njega. Uostalom, da li se i u tradicionalnom srpskom pogledu na ovo pitanje, i na radnje koje su ranije bilo obuhvaćene odredbom o kažnjivom pripremanju (čl. 18 KZ SFRJ), pod nabrojane tipične radnje pripremanja može podvesti i *iskazana* namera da se učini krivično delo? Čak je i ranija generalna klauzula iz čl. 18, st. 3 KZ SFRJ, koja je omogućavala da se kao pripremanje shvate i neke druge radnje izvan imenovanih (nabavljanja ili osposobljavanja sredstava za izvršenje krivičnog dela, otklanjanja prepreka za izvršenje krivičnog dela, dogovaranja, planiranja ili organizovanja sa drugima izvršenja krivičnog dela), tu podvodila radnje kojima se stvaraju uslovi za „neposredno izvršenje” krivičnog dela, a koje ne predstavljaju radnju izvršenja. Preko društvene mreže iskazana namera pridružavanja nekoj terorističkoj grupi u inostranstvu uslov za neposredno izvršenje, kako nam se čini, ipak ne stvara.

Međutim, ovde se ne čini kažnjivim samo iskazivanje namere uzimanja učešća u nekoj formi terorističkog poduhvata, upućeno preko neke društvene mreže, već putovanje ili njegov pokušaj u tom cilju. To ipak nije isto. Ovde se više ne radi samo o planu izloženom drugom licu, već i o konkretnim aktima, kojima se na kauzalnom planu zaista stvaraju uslovi za učestvovanje u terorizmu. Međutim, to ne čini od takvih akata dogmatski nesporne društveno opasne kažnjive radnje krivičnih dela, nezavisno od toga da li ćemo ih formalno definisati kao radnje izvršenja ili radnje pripremanja. „Odlazak učinioca na lice mesta”, pa i u formi putovanja nekim prevoznim sredstvom, nezavisno od nepokolebljivog umišljaja da se planirano realizuje, u doktrini se uglavnom ne pominje kao radnja pripremanja.⁷⁹ Tamo gde

77 Serious Crime Act iz 2015. proširuje primenu na terorističke akte učinjene u inostranstvu. Vid. S. Krähenmann /2016/: *op. cit.*, p. 243.

78 C. Forcese, A. Mamikon: *op. cit.*, p. 325.

79 Drugačije je u onim zakonodavstvima u kojima pripremanje predstavlja načelno kažnjivi stadijum. Tako je npr. prema krivičnom pravu Ruske federacije (čl. 30 KZ) kažnjivo pripremanje kategorije teških i naročito teških krivičnih dela (za koje je maksimalna kazna zatvora deset ili više godina). U ondašnjoj sudskoj praksi se vidom pripremanja smatra i prispeće učinioca na me-

teroristički akt još uvek nije učinjen, a gde nedostaju drugi neposredni dokazi, sama priroda pripremljenih akata mora imati dokazni potencijal koji omogućuje zaključak o terorističkim ciljevima, ili saznanje da drugi dele takve ciljeve.⁸⁰ Slični bezbojni akti, sa nedovoljno izraženim kriminalnim karakteristikama koje ne zadovoljavaju ni minimalne pretpostavke principa zakonitosti, i u sferi terorističkih inkriminacija opterećuju krivično zakonodavstvo.⁸¹

Istina, srpski zakonodavac kao tipične nabroja izvesne radnje koje redovno vremenski prethode odlasku učinioca na planirano mesto zločina. Tako će npr. nabavljanje sredstva izvršenja redovno predstavljati raniju kariku u planu izvršenja. Bilo bi u tom smislu na prvi pogled nelogično da jedna ranija radnja (nabavljanje oružja) bude obuhvaćena kao pripremanje, a da kasniji i vremenski izvršenju bliži čin (putovanje na lice mesta), to ne bude. Ovde se međutim ne radi o naoružanom teroristi koji putuje na lice mesta da izvrši nameravano, ili o nekome ko je pre putovanja svoju terorističku nameru već manifestovao konkretnim društveno opasnim aktima pripremanja (vrbovanjem drugih lica, obučavanjem, prikupljanjem sredstava u tom cilju i tsl.), već o licu čiji se sav akt pripreme svodi na odlazak na mesto događanja.

Štaviše, mesto planiranog dospeća redovno nije dovoljno konkretizovano. Plan da se dospe do npr. Sirije, ili do određene naoružane grupe koja tamo ratuje, a u čijem sastavu bi se delovalo, još uvek ne znači da putnik u svojoj predstavi ima dovoljno jasnu i određenu predstavu u šta se upušta. Te predstave su često idealizovane, i opterećene izvesnom sekundarnom motivacijom (religioznom zanosom ili idejom da se potpomogne kakav „slobodarski” pokret), koja se po dolasku na lice mesta u sudaru sa realnošću neretko rasprši u „paramparčad”. Pomenuti razlozi koji u praksi najčešće prethode odluci o putovanju u područja oružanih sukoba – empatija prema žrtvama, naklonost prema osnovnim dogmama određene ideologije i traženje ličnog identiteta – neposredno ne ukazuju na zločinačke ambicije putnika.⁸² U tom smislu je i navodna *namera* putnika, to jest, rečima Rezolucije 2178 „cilj izvršenja, planiranja, pripremanja ili učestvovanja u terorističkim aktima, ili pružanju terorističke obuke ili obučavanju” – krajnje upitna. Tekst Direktive, koji naglasak stavlja na cilj učestvovanja u aktivnostima terorističke grupe i znanje da će se time doprineti njenim kriminalnim aktivnostima, tu nije naročito precizniji, pa i ne čudi da se u literaturi ukazuje na dovoljnost *eventualnog umišljaja* putnika u odnosu na potencijalno buduće uplitanje u akt terorizma.⁸³ Takav zaključak je međutim jako nategnut, jer počiva na pretpostavci da je verovatno da će prispeće u mesto odredi-

sto izvršenja (vid. В. В. Лукьянов, В. С. Прохоров, В. Ф. Щепельков (ред.) /2013/: *Уголовное право России. Общая часть*, Санкт-Петербург, стр. 230).

80 E. J. Husabø, I. Bruce /2009/: *Fighting Terrorism through Multilevel Criminal Legislation. Security Council Resolution 1373, the EU Framework Decision on Combating Terrorism and their Implementation in Nordic, Dutch and German Criminal Law*, Leiden – Boston, p. 443.

81 S pravom *ibid.*, p. 441. Isti autori ukazuju na neke primere iz uporednog zakonodavstva, sa pokušajem da se neodređenost radnji pripremanja nadomesti izvesnim strožim pretpostavkama odgovornosti. Tako npr. finski zakonodavac kao uslov priznavanja izvesne grupe kao terorističke zahteva da ona prethodno učini bar jedan protivpravan akt.

82 V. Bilkova: *op. cit.*, p. 16.

83 V. Bilkova: *op. cit.*, p. 16.

šta istovremeno značiti i uključenje u kriminalne aktivnosti grupe, za koju možda i ne postoji konsenzus da je po svojoj prirodi teroristička.

Uostalom, i iz ugla srpske odredbe o kažnjavanju terorizma u stadijumu pripremanja (čl. 391, st. 5 KZ), navedene pripremne radnje moraju biti funkcionalno povezane sa onim što je označeno kao moguća radnja izvršenja terorizma (čl. 391, st. 1 KZ). Tako se npr. iz činjeničnog stanja mora videti da se radi o pripremanju npr. uništenja nekog javnog objekta ili infrastrukture u stranoj državi, ili recimo otmice vazduhoplova. Reč je o konkretnim radnjama izvršenja, u odnose na koje se mora upraviti i umišljaj onogo ko ih navodno „priprema”. Eventualni prostor za improvizaciju tužioca može se prepoznati u učiniočevoj „nameri da ozbiljno zastraši stanovništvo, ili da prinudi... stranu državu... da nešto učini ili ne učini, ili da ozbiljno ugrozi ili povredi osnovne ustavne, političke, ekonomske ili društvene strukture Srbije, strane države ili međunarodne organizacije”. Takvu nameru moguće je, uz ograde koje smo prethodno izneli, zbog nedovoljne određenosti formulacije sa većom verovatnoćom uspeha dokazati i u odnosu na pripremača. Ako je u tom smislu dovoljno da pripremač terorizma namerava da „ozbiljno ugrozi... političku strukturu” npr. Sirije, verovatno bi umešan tužilac takvu nameru i mogao da dokaže. U odnosu na pripremanje, međutim, to nije dovoljno. Pripremanje se kao stadijum oslanjanja na propisane konkretne radnje izvršenja dela čije se omogućavanje inkriminiše, i na čiju se objektivnu stranu akti pripremanja *naslanjaju*. A to su po prirodi stvari konkretni a ne neodređeni akti nekog apstraktnog i nedefinisanog „terorizma”.

Najzad, ne postoji neka univerzalna *lista* međunarodnih terorističkih grupa, koja bi nacionalnim zakonodavstvima poslužila kao orijentir prilikom utvrđivanja da li se neko lice pridružuje ovoj grupi ili putuje u inostranstvo da bi učestvovao u njenim aktivnostima. Savet bezbednosti UN je od devedesetih godina, delujući na temelju glave 7 Povelje UN, uvodio izvesne sankcije protiv određenih pojedinaca i grupa povezanih sa oružanim sukobima u Africi i Aziji.⁸⁴ Sličnu „crnu” listu, kako smo pomenuli, poznaje i Evropska unija. Izvan ovih imenovanih terorističkih organizacija, i svaka država ima svoju listu naoružanih grupa koje smatra terorističkim, i prema kojima primenjuje izvesne sankcije ili poseban režim.⁸⁵ Ne samo da je broj ovih „crnih” lista, sa krajnje različitim strukturama imenovanih pojedinaca i grupa, veliki, već su i kriterijumi za definisanje izvesne grupacije kao terorističke redovno politički obojeni.⁸⁶ Tako se u sukobu u Siriji većina aktera međusobno optužuje da vojno saraduje sa grupama koje druga strana ne smatra demokratskim već terorističkim. Primera radi, Kurske narodne zaštitne jedinice (YPG), koje deluju u Siriji,

84 Odgovarajuće rezolucije se odnose najpre na Talibane (Rezolucije 1267 [1999] i 1988 [2011]), zatim Al-Kaidu (Rezolucija 1989 [2011]) i najzad na Islamsku državu (Rezolucija 2253 [2015]). U pogledu liste pojedinaca i grupa koji se nalaze na ovom spisku vid. <https://www.un.org/securitycouncil/content/un-sc-consolidated-list>. Vid. takođe i listu pojedinaca i tela u pogledu terorističkih aktivnosti u Somaliji i Eritreji (Rezolucije 751 [1992], 1844 [2008] i 1907 [2009]).

85 U pogledu američke liste stranih terorističkih organizacija vid. <https://www.state.gov/j/ct/rls/other/des/123085.htm>

86 S. Krähenmann /2016/: *op. cit.*, p. 239. Tako je, primera radi, francusko rešavanje problema stranih boraca opterećeno činjenicom da Francuska priznaje Syrian National Council kao legitimnu vlast, koja se navodno opravdano bori protiv režima Bašara el Asada (vid. C. Paulussen, E. Entenmann /2016/: *op. cit.*, p. 401).

u Turskoj se smatraju terorističkim udruženjem, dok to u mnogim evropskim državama nije slučaj, pa ostaje nejasno kako bi pridruživanje grupi za koju je teško utvrdivo da li je uopšte teroristička moglo da nadomesti kriminalnu bezbojnost radnje putovanja. To uostalom potvrđuje i krajnje šarolika uporedna praksa. Tako su, primera radi, optužbe u odnosu na pripadnike YPG u Australiji uglavnom odbacivane, uz argument da ne postoji javni interes da se goni neko ko se bori protiv Islamske države, dok je recimo u Holandiji (slučaj „Jitse Akse”) protiv pripadnika iste grupe vođen krivični postupak.⁸⁷ Kada se tome doda činjenica da putnik zbog faktičke nemogućnosti da direktno dođe do zaraćenih područja uglavnom za određite bira neku susednu zemlju, kažnjivost postaje još spornija.⁸⁸ Niti dakle samo ponašanje navodnog učinioca (putovanje odnosno njegov pokušaj) nosi jasnu kriminalnu ne vrednost koja opravdava kažnjavanje, niti se na planu umišljaja mogu naći dovoljno konkretizovani obrisi zločinačke aktivnosti koji bi opravdali takvu kriminalnu zonu.

4. KAŽNJAVANJE STRANIH BORACA I POŠTOVANJE LJUDSKIH PRAVA

Problematiku ljudskih prava u ovoj materiji naročito dotiče ograničavanje *slobode kretanja* u situacijama krivičnih dela koja kažnjavaju pokušaj putovanja ili prelazak granice sa namerom navodnog učestvovanja u nekom terorističkom aktu. Pozivanje Dodatnog protokola da se u procesu uvođenja novih krivičnih dela uvaži poštovanje ljudskih prava, „naročito prava na slobodu kretanja, slobodu izražavanja, slobodu udruživanja i slobodu religije”, u kontekstu široko postavljene kriminalne zone može izgledati, imajući u vidu sve iznete prigovore, i suviše optimistično.⁸⁹ Uostalom, Rezoluciju 2178 Savet bezbednosti je doneo na osnovu glave VII Povelje UN, koja podrazumeva da odluke Saveta bezbednosti bude sprovedene od strane država članica, čak i kada nastupi konflikt sa poštovanjem ljudskih prava. Naime, „u slučaju konflikta između obaveze članica UN prema postojećoj Povelji i njihovih obaveza prema bilo kojem drugom međunarodnom sporazumu, njihove obaveze prema Povelji imaju prednost” (čl. 103), pa se može postaviti pitanje da li obaveza da se poštuje Rezolucija Saveta bezbednosti (doneta na temelju glave VII Povelje) ima prevagu u odnosu na obaveze ustanovljene različitim međunarodnim ugovorima iz oblasti ljudskih prava. Kako pojedini autori, na temelju odluke Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Al-Dulimi and Montana Management Inc v. Switzerland*, ovaj konflikt tumače,⁹⁰ Savet bezbednosti ne nameće državama članicama da prekrše osnovna ljudska prava. Naime, pretpostavlja se da su mere kojima

87 C. Paulussen, K. Pitcher: *op. cit.*, p. 25.

88 Uočava se i tendencija menjanja strategije putovanja boraca, tako što se u cilju izbegavanja razotkrivanja pravih ciljeva putnika i konačnog odredišta ruta deli na više podcelina (Z. Zhou: *op. cit.*, p. 36).

89 I tokom pregovora na izradi Dodatnog protokola izražavana je nada da će usvajanje minimalnih standarda predstavljati inspiraciju na planu moguće koegzistencije predviđenih ograničenja sa poštovanjem ljudskih prava (vid. G. de Kerchove, C. Höhn: *op. cit.*, p. 314).

90 A. Conte: *op. cit.*, p. 296.

države implementiraju obaveze koje proističu iz članstva u nekoj međunarodnoj organizaciji (ovde Ujedinjenim nacijama) u saglasnosti sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima, ali samo ukoliko odnosna međunarodna organizacija garantuje zaštitu ljudskih prava ekvivalentnu onoj koju pruža Konvencija. Ako takva zaštita, kao u slučaju kažnjavanja putovanja u stranu državu u terorističke svrhe, u sklopu pravila odnosne organizacije nije obezbeđena, država nosi punu odgovornost za nepoštovanje ljudskih prava i ne može se pokriti pravilima međunarodne organizacije u pitanju (ovde članom 103 Povelje).

Zbog toga pomenuti Dodatni protokol Evropske konvencije o terorizmu iz 2015. godine dopušta (čl. 4.2) da svaka država ustanovi posebne uslove pod kojima bi putovanje u cilju terorizma bilo saglasno ustavnim načelima. Međutim, usklađivanje slobode kretanja i široko postavljene inkriminacije zasnovane na nameri teško je sprovodivo, i u praksi može voditi faktičkoj zabrani putovanja u određene zemlje ili područja koja su povezana sa terorizmom.⁹¹ Iako izvestan broj stranih boraca ima izvesno ratno iskustvo, većina regrutovanih iz Evrope u svojim zemljama porekla ili nije nikada javno ispoljavao simpatije prema ekstremnoj islamskoj ideologiji, ili je imao izvesnu aktivnost na društvenim internet grupama, ali bez ikakvog prethodno ispoljenog nasilničkog ponašanja.⁹²

Problem predstavlja i realan rizik od *diskriminacije*. U literaturi se primećuje da je gotovo nemoguće razlikovati nekog ko putuje u inostranstvo iz nekog legitimnog razloga od nekog ko tek treba da realizuje svoje terorističke motive i da bi se takve namere zaključivale više posredno, iz etničkog porekla ili verske pripadnosti.⁹³ Mnogi autori s pravom ukazuju na opasnost od diskriminacije na graničnoj kontroli, gde bi se krajnje namere putnika utvrđivale na osnovu izvesnih spoljnih karakteristika i diskriminatornih stereotipa (duga brada, Qur'an u prtljagu i tsl.), što vodi tzv. profajlingu na etničkim osnovama.⁹⁴

5. ADMINISTRATIVNE MERE PROTIV STRANIH BORACA

Pored krivične odgovornosti, pripremanje terorističkih akata može proizvesti i druge pravne posledice. Mnoge države su predvidele različite policijske i druge administrativne mere koje omogućavaju široka ovlašćenja i izvesno ograničavanje ljudskih prava u slučaju sumnje da se pripremaju teroristički akti u zemlji ili inostranstvu. Primena administrativnih mera kao vid prevencije kriminaliteta, putem zamrzavanja finansijskih sredstava, oduzimanja putnih isprava, poništavanja vize, otkaza boravka ili zabrane ulaska u zemlju ili izlaska iz zemlje ima izvesne prednosti u odnosu na klasične krivičnopravne mehanizme zaštite, jer omogućava niži dokazni standard i po pravilu je efikasnija u odnosu na krivični postupak.⁹⁵ Neke države

91 S. Krähenmann /2016/: *op. cit.*, p. 237.

92 L. Vidino: *op. cit.*, p. 220.

93 S. Krähenmann /2016/, *op. cit.*, p. 237.

94 K. Ambos, *ibid.*; L. H. Kennedy: *op. cit.*, p. 309.

95 L. Zedner /2016/: Citizenship Deprivation, Security and Human Rights, *European Journal of Migration and Law*, № 2, p. 227.

(npr. Nemačka i Australija) naročiti akcenat su stavile upravo na takav vid kontrole domaćih državljana koji se vraćaju iz Sirije.⁹⁶

Tako, primera radi, britanski Zakon o protivterorizmu i bezbednosti iz 2015. godine (Counter-Terrorism and Security Act) predviđa *oduzimanje putnih dokumenata* od licâ za koje se sumnja da su povezani sa terorizmom, ali i privremene naredbe o isključenju (temporary exclusion orders), koje pojedincima umešanim u terorističku aktivnost u inostranstvu onemogućavaju povratak u Veliku Britaniju (do dve godine, uz mogućnost beskonačnog produžavanja mere). Slične mere poznaju i druga zakonodavstva (npr. francusko, nemačko ili kanadsko).⁹⁷ Prema našem zakonu o putnim ispravama,⁹⁸ nadležni organ može odbiti zahtev za izdavanje putne isprave, ili istu oduzeti, „ako je licu koje traži izdavanje putne isprave u skladu sa priznatim međunarodnim aktima zabranjeno putovanje” (čl. 35, st. 1, tač. 3), ili ako se za istu smetnju naknadno sazna (čl. 37, st. 1, tač. 4). Oduzimanje pasoša kao upravnopravna mera se u uporednoj literaturi smatra potencijalno vrlo upotrebljivim sredstvom onemogućavanja odlaska stranih boraca u krizna žarišta, jer se pored nižeg dokaznog standarda u odnosu na krivičnopravne mehanizme uporni borac, prinuđen da napravi lažni pasoš, i preko eventualne krivične odgovornosti za falsifikovanje isprave (čl. 355, st. 2 KZ) opet može efikasno sprečiti u nameravanom.⁹⁹

U literaturi se dovodi u pitanje da li postojeći međunarodni dokumenti omogućavaju da sloboda kretanja bude na taj način ograničena. Prema čl. 12, st. 4, Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima niko ne može biti proizvoljno lišen prava da uđe u svoju zemlju. Pravo na slobodno kretanje i izbor mesta stanovanja može biti ograničeno izvesnim merama samo ako su je to potrebno „radi zaštite nacionalne bezbednosti, javnog reda, javnog zdravlja ili morala ili prava i slobode drugih lica”. Većina država koja je uslovila slične mere pošla je od toga da su u opasnosti od terorističkih akata slične restrikcije predstavljale nužnost, s čim se uglavnom slažu i komentatori.¹⁰⁰

Neka zakonodavstva dopuštaju i *oduzimanje državljanstva*, bilo kao vid preventivnog zastrašivanja potencijalnih terorista, bilo u cilju onemogućavanja njihovog povratka.¹⁰¹ Tako je Kanada, iako ne bez kritika u ondašnjoj stručnoj javnosti, to

96 C. Forcese, A. Mamikon: *op. cit.*, p. 321. Pored sličnih represivnih mera, prisutan je (npr. u Danskoj) i inkluzivni model prihvata stranih boraca, koji podrazumeva posećivanje savetovališta, lečenje post-traumatskog stresa i druge vidove podrške (O. Bures: *op. cit.*, p. 12).

97 Vid. C. Paulussen, E. Entenmann /2016/: *op. cit.*, p. 402, 407; A. Y. Zelin, J. Prohov, How Western Non-EU States Are Responding to Foreign Fighters: A Glance at the USA, Canada, Australia, and New Zealand's Laws and Policies, in: A. de Guttery, F. Capone, C. Paulussen (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Hague *et al.*, p. 434.

98 'Sl. glasnik RS', br. 90/2007, 116/2008, 104/2009, 76/2010 i 62/2014.

99 Neki autori to upoređuju sa strategijom koja je primenjena u odnosu na Ala Kaponea, jer bi na taj način strani borci, umesto za terorizam, odgovarali za kolateralivnu delatnost (C. Forcese, A. Mamikon: *op. cit.*, p. 338).

100 C. Kopitzke: *op. cit.*, p. 326.

101 M. Pinto /2018/: The Denationalisation of Foreign Fighters: How European States Expel Unwanted Citizens, *King's Student Law Review*, № 1, p. 73.

predvidela kao moguću pravnu posledicu krivične osude.¹⁰² Holandija pak dopušta oduzimanje državljanstva licima osuđenim za terorizam u slučaju da poseduju dvostruko državljanstvo. Britanski Immigration Act iz 2014. godine, s druge strane, omogućava oduzimanje državljanstva naturalizovanim britanskim građanima iz razloga bezbednosti, čak i ako bi ta mera ova lica učinila apatridima.¹⁰³ I druge države (npr. Austrija) izmenile su svoje zakone o državljanstvu, uvodeći novi osnov za oduzimanje državljanstva, inspirisan problemom učestvovanja svojih građana u oružanim sukobima u inostranstvu. Srpski propisi o državljanstvu omogućavaju prestanak državljanstva samo na osnovu zahteva državljanina (otpustom iz državljanstva), odricanjem od državljanstva ili na temelju međunarodnih ugovora. Kako je Konvenciju o smanjenju broja lica bez državljanstva (iz 1961. godine) Srbija ratifikovala (2011. godine), oduzimanje državljanstva načelno nije moguće, ako bi takvom odlukom lice ostalo bez državljanstva uopšte, što otvara prostor za oduzimanje samo u odnosu na lica sa više državljanstava.¹⁰⁴ U svakom slučaju, i tamo gde je oduzimanje moguće, time se problem realno ne rešava, već samo prebacuje na državu čije državljanstvo stranom borcu preostaje.

6. POVRATAK STRANIH BORACA U MATIČNU ZEMLJU

Za fenomen stranih boraca vezuju se ne samo pitanja koja se tiču njihovog odlaska na neko svetsko ratište ili mogućeg njihovog učešća u tamo počinjenim zločinima, već i za njihov eventualni povratak u matične države. Pojedini autori u tom smislu čak i „životni ciklus” stranih boraca dele na dva perioda – odlazak u zonu konflikta i povratak u zemlju porekla.¹⁰⁵ Povratak ovih lica nosi značajne bezbednosne rizike. Mnogi teroristički akti u Evropi poslednjih godina (npr. masakr u redakciji časopisa „Šarli Ebdo”, napadi u Parizu iz 2015. ili Briselu 2016. godine) vezuju se upravo za radikalizovane građane zapadnih država, povratnika sa ratišta.¹⁰⁶ Studija koja je obuhvatila fenomen stranih boraca u periodu između 1990. i 2010. godine došla je do zaključka da jedna devetina stranih boraca povratnika kasnije bude

102 L. Van Waas /2016/: Foreign Fighters and the Deprivation of Nationality: National Practices and International Law Implications, in: A. de Guttery, F. Capone, C. Paulussen (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Hague et al., p. 473.

103 Moguće kršenje člana 14 EKLJP u pogledu denaturalizacije vlada Velike Britanije je obrazložila time da je navodno postojalo „objektivno i razumno opravdanje za postupanje sa naturalizovanim građanima drugačije nego sa drugim”. „Naturalizovani građani su odabrali britanske vrednosti, a državljanstvo im je dodeljeno na osnovu njihovog dobrog karaktera. Stoga je prikladno ograničiti meru sa tako ozbiljnim posledicama kao što je gubitak državljanstva na naturalizovane građane” (vid. L. Zedner: *op. cit.*, p. 238).

104 Izuzetak (čl. 8) je moguć ako je državljanstvo stečeno davanjem lažnih podataka ili prevarno, ili je u vreme potpisivanja Konvencije država potpisnica naznačila da zadržava pravo da oduzme državljanstvo ako se lice ponašalo na način koji ozbiljno šteti „vitalnim interesima te države” (vid. detaljnije S. Jayaraman /2016/: International Terrorism and Statelessness: Revoking the Citizenship of ISIL Foreign Fighters, *Chicago Journal of International Law*, № 1, p. 194).

105 C. Forcese, A. Mamikon: *op. cit.*, p. 307.

106 M. Pinto: *op. cit.*, p. 67.

uključena u terorističke akcije u zemlji porekla.¹⁰⁷ Iako ova cifra na prvi pogled ne deluje obeshrabrujuće, problem predstavlja činjenica što nezavisno od načelno malog broja terorističkih akata prisustvo stranih boraca povratnika, zbog njihovog borbenog iskustva, značajno povećava šanse da teroristički napad bude uspešan.¹⁰⁸ Teroristički napadi u Rusiji pokazuju da nekada i jedan zločinački akt tog tipa može brojati na stotine žrtava.

U krivičnim zakonodavstvima država iz okruženja uglavnom je došlo do unificiranja krivičnih dela međunarodnog terorizma (terorističkih akata u stranoj državi) i domaćeg terorizma u jedno jedinstveno krivično delo. Tako prema Krivičnom zakoniku Srbije krivično delo terorizma čini onaj ko preduzme neku od izričito nabrojanih radnji (preuzetih iz Okvirne odluke Saveta Evropske unije 2002/475)¹⁰⁹ u nameri da ozbiljno zastraši stanovništvo, ili da prinudi Srbiju, stranu državu ili međunarodnu organizaciju da nešto učini ili ne učini, ili da ozbiljno ugrozi ili povredi osnovne ustavne, političke, ekonomske ili društvene strukture Srbije, strane države ili međunarodne organizacije. Time opis dela hipotetički može ostvariti i onaj ko terorističke akte učini npr. u Siriji, Iraku ili drugoj državi. To otvara mogućnost vođenja krivičnih postupaka za neko od krivičnih dela terorizma u zemlji državljanstva ili prebivališta učinioca, čak i u odsustvu okrivljenog. Tu se može postaviti pitanje odnosa učestvovanja u nemeđunarodnom oružanom sukobu iz ugla međunarodnog humanitarnog prava i odredaba o terorizmu. Naime, iskustvo sličnih krivičnih postupaka, vođenih u Holandiji¹¹⁰ i Belgiji¹¹¹, pokazuje da se odbrana često poziva na argument da krivična dela terorizma nisu primenjiva na nemeđunarodne oružane sukobe (kakav je recimo sukob u Siriji). Na njih bi prema ovome trebalo primeniti međunarodno humanitarno pravo, koje borcima garantuje zaštitu koju pružaju Ženevske konvencije. Učestvovanje u stranom nemeđunarodnom oružanom sukobu moglo bi prema tom tumačenju predstavljati samo ratni zločin, koji bi isključio nadležnost nacionalnog krivičnog pravosuđa. Slični argumenti sudovi međutim nisu prihvatili, smatrajući da shodno članu 3 Ženevskih konvencija, Dodatnom protokolu II i sudskoj praksi, iako se u sukobima u Siriji zaista radi o nemeđunarodnom oružanom sukobu – pripadnici organizovanih oružanih grupa, za razliku od vladinih snaga, u takvom konfliktu nisu ovlašćeni na upotrebu sile.¹¹² Osim toga, mogućnost da strani borci u inostranstvu učine ratne zločine ne isklju-

107 T. Hegghammer /2013/: Should I Stay or Should I Go? Explaining Variation in Western Jihadists' Choice between Domestic and Foreign Fighting, *American Political Science Review*, February, p. 10. U zemljama tzv. Zapadnog Balkana do sada još nisu zabeleženi teroristički akti povratnika (A. Metodjeva: *op. cit.*, p. 7).

108 *Ibid.*, 11.

109 Jedan od ciljeva ove okvirne odluke i jeste bilo to da se teroristi krivično gone pred domaćim sudovima, na temelju nacionalnih zakonskih odredaba o terorizmu.

110 Vid. M. Zwanenburg /2016/: Foreign Terrorist Fighters in Syria: Challenges of the 'Sending' State, *International Law Studies Series. US Naval War College*, p. 209.

111 Vid. C. Paulussen, E. Entenmann /2016/: *op. cit.*, p. 396.

112 Vid. M. Zwanenburg: *op. cit.*, p. 210. Za razliku od holandskog suda, belgijski sud je pošao od toga da oružane grupe kojima su optuženi pripadali nisu imale odgovarajuću organizacionu i komandnu strukturu koja bi ih kvalifikovala za zaštitu prema međunarodnom humanitarnom pravu (C. Paulussen, E. Entenmann /2016/: *op. cit.*, p. 397).

čuje kažnjavanje za dela terorizma, ako je takva mogućnost propisana nacionalnim zakonodavstvom.

Treba pomenuti da mnoga zakonodavstva u tom smislu izričito isključuju mogućnost da se delo kvalifikuje kao akt terorizma, ako je učinjeno u sastavu *zvaničnih* oružanih snaga strane države. Tako npr. KZ Kanade (83.01 [1]) predviđa da terorističku aktivnost ne predstavlja „činjenje ili nečinjenje izvršeno tokom oružanog sukoba, koje je, u vreme i mestu izvršenja, bilo u skladu sa međunarodnim ugovornim ili običajnim pravom primenjivim na sukob, ili aktivnosti koje preduzimaju vojne snage države u vršenju svojih službenih dužnosti”. Na aktivnosti pripadnika oružanih snaga moguće je utoliko primeniti isključivo pravila međunarodnog humanitarnog prava. U srpskom pravu slično ograničenje ne postoji, ali se iz same namere ugrožavanja ili povređivanja „ustavne, političke, ekonomske ili društvene strukture... strane države” po prirodi stvari podrazumeva da terorista nije deo neke državne strukture. Ako se u formalnom smislu i radilo o pripadniku zvaničnih oružanih snaga, momentom okretanja protiv državne vlasti učinilac postaje pripadnik pobunjene strane.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Inkriminisanje putovanja u svrhu terorizma u drugu državu, kako možemo zaključiti, otvara brojna pitanja. Najveći broj krivičnopravno relevantnih aspekata takve inkriminacije vezuje se za kriminalno-političke nedoumice u odnosu na spornu ne vrednost putovanja kao stadijuma pripremanja terorizma. Krivičnopravni protivargumenti mogu se svesti na različite momente. Najpre, samo putovanje predstavlja vrednosno bezbojno ponašanje, čija je objektivna ne vrednost stoga morala biti nadomeštena subjektivnim zahtevom da se u drugu državu putuje u cilju vršenja terorističkog akta. To međutim, kako je bar pokazao primer Islamske države, često nije slučaj. Nemali broj putnika u oblasti Iraka i Sirije u vreme odlaska nije bio član terorističke grupe, niti ih je na putovanje pobuđivalo vršenje terorističkih zločina, već više idealizovana predstava da se dolazi u sredinu gde se poštuju određene verske dogme i stvara društvo na novim osnovama. U tom smislu, može se osnovano postaviti pitanje da li je labava povezanost putovanja kao akta pripremanja i kasnijih potpuno nedefinisanih, i u predstavi učinioca još neuobičenih „terorističkih akata” dovoljna za kažnjivost, naročito imajući u vidu da ruta takvog „teroriste” često podrazumeva putovanje u neku zemlju koja se tek graniči sa zonom konflikta. Pritom, ne treba zaboraviti da u određivanju koja se grupa uopšte može smatrati terorističkom u uporednoj praksi postoje krajnje različiti primeri, imajući u vidu da pojedine države imaju nekada i suprotan pogled na to da li se neki pokreti smatraju oslobođilačkim ili terorističkim.

Posmatrajući uporednopravno, stiče se utisak da postoji tendencija da se u odabranim sferama krivičnopravne zaštite pogled zakonodavca pomera ranije. Osim u odnosu na terorizam, sličan pristup prisutan je i u materiji seksualnih delikata, gde se, primera radi, Krivičnim zakonikom (čl. 185b), u skladu sa Konvencijom Saveta Evrope o zaštiti dece od seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja, čini kažnjivim „dogovoranje sa maloletnim licem sastanka i pojavljivanje na dogovore-

nom mestu radi sastanka”. Imajući u vidu da poticaj za slične inkriminacije dolazi iz zapadnih zemalja, realno je očekivati da i pored brojnih protivargumenata, kažnjavanje pripremnih radnji dela bude sve više propisivano. Na toj liniji je uostalom i srpski zakonodavac. Tako Nacrt zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz aprila 2019. godine, osim što proširuje kažnjivost teškog ubistva i na stadijum pripremanja, u čl. 391b (vrbovanje i obučavanje za vršenje terorističkih dela) dodaje novi oblik koje se neposredno odnosi na radnju putovanja. Prema ovoj odredbi, „ko u nameri izvršenja krivičnog dela iz člana 391. ovog zakonika [terorizam] otputuje u inostranstvo radi pripreme, obučavanja, planiranja ili učestvovanja u izvršenju tog dela, kazniće se zatvorom od šest meseci do pet godina”. Kako je prema propisanoj kazni pokušaj ovog dela kažnjiv, time bi i pokušaj da se otputuje bio obuhvaćen kriminalnom zonom. Nismo sigurni da kriminalno-politički interes zaštite društva od povratka terorističkih boraca u vlastitu državu i neodređeni rizik od njihovih potencijalnih terorističkih akata u budućnosti opravdava postojanje inkriminacije čiji opis čini obično putovanje. Argumenti koji govore protiv njenog postojanja, kako nam se čini, jasno pretežu, naročito imajući u vidu dostupne pomenute administrativno-pravne mehanizme kao vid prevencije kriminaliteta u ovoj sferi. I pored mogućih primedaba, međutim, čini nam se da inkriminisanje akata putovanja predstavlja samo nastavak procesa zaoštavanja krivičnopravne zaštite u materiji terorističkih krivičnih dela, koji će izvesno biti nastavljen i u budućnosti.

LITERATURA

- Bakker E., Singleton M. /2016/: Foreign Fighters in the Syria and Iraq Conflict: Statistics and Characteristics of a Rapidly Growing Phenomenon, in: A. de Guttery, F. Capone, C. Paulussen (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Hague et al.
- Beslin J., Ignjatijević M. /2017/: Balkan Foreign Fighters: from Syria to Ukraine, *European Union Institute for Security Studies*, № 20.
- Bilkova V. /2018/: Foreign Terrorist Fighters and International Law, *Groningen Journal of International Law*, № 1.
- Bures O. /2018/: EU's Response to Foreign Fighters: New Threat, Old Challenges?, *Terrorism and Political Violence*.
- Conte A. /2016/: States' Prevention and Responses to the Phenomenon of Foreign Fighters Against the Backdrop of International Human Rights Obligations, in: A. de Guttery, F. Capone, C. Paulussen (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Hague et al.
- Coticchia F. /2016/: The Military Impact of Foreign Fighters on the Battlefield: The Case of the ISIL, in: A. de Guttery, F. Capone, C. Paulussen (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Hague et al.
- Creta A. /2016/: Towards Effective Regional Responses to the Phenomenon of Foreign Fighters: The OSCE Toolbox, in: A. de Guttery, F. Capone, C. Paulussen (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Hague et al.
- Darkwa L. /2016/: The African Union and the Phenomenon of Foreign Fighters in Africa, in: A. de Guttery, F. Capone, C. Paulussen (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Hague et al.

- Flores M. /2016/: Foreign Fighters Involvement in National and International Wars: A Historical Survey, in: A. de Guttery, F. Capone, C. Paulussen (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Hague et al.
- Forcese C., Mamikon A. /2015/: Neutrality Law, Anti-Terrorism, and Foreign Fighters: Legal Solutions to the Recruitment of Canadians to Foreign Insurgencies, *U.B.C. Law Review*, № 2.
- Frenett R., Silverman T. /2016/: Motivations for Travel to Foreign Conflicts, in: A. de Guttery, F. Capone, C. Paulussen (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Hague et al.
- Guttery A. de, Capone F., Paulussen C. /2016/: Introduction, in: A. de Guttery, F. Capone, C. Paulussen (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Hague et al.
- Hegghammer T. /2010–2011/: The Rise of Muslim Foreign Fighters: Islam and the Globalization of Jihad, *International Security*, № 3.
- Hegghammer T. /2013/: Should I Stay or Should I Go? Explaining Variation in Western Jihadists' Choice between Domestic and Foreign Fighting, *American Political Science Review*, February.
- Heinsch R. /2016/: Foreign Fighters and International Criminal Law, in: A. de Guttery, F. Capone, C. Paulussen (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Hague et al.
- Horn B. /2016/: Inside Pandora's Box: Foreign Fighters and the Lone Wolf Terrorism Nexus, in: W. Mendel and P. McCabe (Eds.), *SOF Role in Combating Transnational Organized Crime*, Florida.
- Husabø E. J., Bruce I. /2009/: *Fighting Terrorism through Multilevel Criminal Legislation. Security Council Resolution 1373, the EU Framework Decision on Combating Terrorism and their Implementation in Nordic, Dutch and German Criminal Law*, Leiden – Boston.
- Jakobsen H. H. /2019/: Returning foreign fighters: The case of Denmark, *International Review of the Red Cross*.
- Jayaraman S. /2016/: International Terrorism and Statelessness: Revoking the Citizenship of ISIL Foreign Fighters, *Chicago Journal of International Law*, № 1.
- Kennedy L. H. /2015/: Homeward Bound: The European Union's Freedom of Movement in an Age of Transnational Terrorism, *Georgetown Journal of International Law*, № 1.
- Kerchove G. de, Höhn C. /2016/: The Regional Answers and Governance Structure for Dealing with Foreign Fighters: The Case of the EU, in: A. de Guttery, F. Capone, C. Paulussen (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Hague et al.
- Kopitzke C. /2017/: Security Council Resolution 2178 (2014): An Ineffective Response to the Foreign Terrorist Fighter Phenomenon, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, № 1.
- Krähenmann S. /2015/: Foreign Fighters under International Law and National Law, *Revue de la Société Internationale de Droit Militaire et de Droit de la Guerre*.
- Krähenmann S. /2016/: The Obligations under International Law of the Foreign Fighter's State of Nationality or Habitual Residence, State of Transit and State of Destination, in: A. de Guttery, F. Capone, C. Paulussen (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Hague et al.
- Kwakwa E. /1990/: The Current Status of Mercenaries in the Law of Armed Conflict, *Hastings International and Comparative Law Review*, № 1.
- Lebl L. S. /2014/: *Islamism and Security in Bosnia-Herzegovina*, Strategic Studies Institute and U.S. Army War College Press.

- Лукьянов В. В., Прохоров В. С., Щепельков В. Ф. (ред.) /2013/: *Уголовное право России. Общая часть*, Санкт-Петербург.
- Malet D. /2013/: *Foreign Fighters: Transnational Identity in Civic Conflicts*, New York.
- Marrero Rocha I. /2015/: Foreign Fighters and Jihadists: Challenges for International and European Security, *Paix et Sécurité Internationales*, № 3.
- Metodieva A. /2018/: Balkan Foreign Fighters Are Coming Back: What Should Be Done?, *Stratpol*.
- Paulussen C., Entenmann E. /2016/: National Responses in Select Western European Countries to the Foreign Fighter Phenomenon, in: A. de Guttery, F. Capone, C. Paulussen (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Hague et al.
- Paulussen C., Pitcher K. /2018/: Prosecuting (Potential) Foreign Fighters: Legislative and Practical Challenges, *International Centre for Counter-Terrorism*.
- Philipp S. /2015/: Australia's response to foreign fighters: Security without a bill of rights, in: C. Clark (Ed.), *The politics of human rights in Australia. Law under the spotlight*, School of Law and Justice, Southern Cross University.
- Pinto M. /2018/: The Denationalisation of Foreign Fighters: How European States Expel Unwanted Citizens, *King's Student Law Review*, № 1.
- Scoville R. M. /2005–2006/: Toward an Accountability-Based Definition of „Mercenary”, *Georgetown Journal of International Law*.
- Sommario E. /2016/: The Status of Foreign Fighters under International Humanitarian Law, in: A. de Guttery, F. Capone, C. Paulussen (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Hague et al.
- Stojanović Z., Kolaric D. /2014/: *Krivičnopravno suzbijanje organizovanog kriminaliteta, terorizma i korupcije*, Beograd.
- Van Leuven D., Mazurana D., Gordon R. /2016/: Analysing the Recruitment and Use of Foreign Men and Women in ISIL through a Gender Perspective, in: A. de Guttery, F. Capone, C. Paulussen (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Hague et al.
- Van Waas L. /2016/: Foreign Fighters and the Deprivation of Nationality: National Practices and International Law Implications, in: A. de Guttery, F. Capone, C. Paulussen (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Hague et al.
- Vidino L. /2014/: European Foreign Fighters in Syria: Dynamics and Responses, *European View*, № 2.
- Weimann G. /2016/: The Emerging Role of Social Media in the Recruitment of Foreign Fighters, in: A. de Guttery, F. Capone, C. Paulussen (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Hague et al.
- Zedner L. /2016/: Citizenship Deprivation, Security and Human Rights, *European Journal of Migration and Law*, № 2.
- Zelin A. Y., Prohov J., How Western Non-EU States Are Responding to Foreign Fighters: A Glance at the USA, Canada, Australia, and New Zealand's Laws and Policies, in: A. de Guttery, F. Capone, C. Paulussen (Eds.), *Foreign Fighters under International Law and Beyond*, Hague et al.
- Zhou Z. /2015/: Punishing Foreign Terrorist Fighters: New Developments in Chinese Criminal Law, *WIAS Research Bulletin*, № 8.
- Zwanenburg M. /2016/: Foreign Terrorist Fighters in Syria: Challenges of the 'Sending' State, *International Law Studies Series. US Naval War College*.

Igor Vuković

Faculty of Law, University of Belgrade

CRIMINAL RESPONSIBILITY OF FOREIGN (TERRORIST) FIGHTERS

SUMMARY

In the last few years, the question of the departure of domestic citizens to other countries, in order to participate in foreign armed conflicts, represents one of the major social and legal problems. Since the incentive to shape this phenomenon is related to joining the so-called Islamic State, and that members of this creation are recognized as real or potential terrorists, the issue of foreign fighters has been directly linked to the crime of terrorism. International action on this plan is mainly carried out through the incrimination of various preparatory actions that allow the departure to the country in which the relevant conflict takes place. Such an approach is not unexpected, bearing in mind that the prosecution of extraterritorial terrorist acts in conflict zones of foreign countries is almost impossible. In this paper, the author presents and discusses various moments that reflect this current subject, pointing out the potential weaknesses in prescribing travel as a crime.

Key words: foreign fighters, terrorism, Islamic state, preparation, travel.

ZABRANA SLANJA NENARUČENIH POŠILJAKA U SRPSKOM PRAVU I PRAVU EU: USKLAĐENOST I RAZVOJNE TENDENCIJE

Apstrakt: Problem nenaručenih pošiljaka isprva je označavao trgovačku praksu slanja nenaručenih stvari potrošaču uz zahtev da plati, vrati ili čuva ono što je primio. Drugi naziv te pojave jeste prodaja po inerciji. U savremenom pravu taj pojam obuhvata i pružanje usluga koje potrošač nije tražio. Klasična pravila ugovornog prava o ponudi, prihvatu ponude i ćutanju ponuđenog štite primaoca nenaručene pošiljke od nevoljnog stupanja u ugovorni odnos, ali mu ne pružaju dovoljnu zaštitu od drugih neželjenih posledica opisane prakse. Predmet ovoga rada jesu poreklo, sadržina, usaglašenost i razvojne tendencije važećih pravila srpskog prava i prava EU o javnopravnim i privatnopravnim posledicama slanja nenaručenih pošiljaka. Srpski zakonodavac je uskladio domaće pravo s pravilima komunitarnog prava o prodaji po inerciji. Prvo, zabranio je isporuku nenaručene robe i pružanje netraženih usluga kao vid nasrtljivog poslovanja i prekršajno sankcionisao takvo ponašanje trgovaca prema potrošačima. I drugo, propisao je da u takvoj situaciji ćutanje potrošača ne znači pristanak na ugovor, kao i da potrošač može besplatno da zadrži sve što je primio.

Ključne reči: nenaručene pošiljke, netražene usluge, nasrtljivo poslovanje, ponuda, prihvatanje ponude, ćutanje ponuđenog.

UVOD

Problem nenaručenih pošiljaka nastao je u evropskim društvima masovne potrošnje po okončanju Drugog svetskog rata. Ova pojava naziva se još i prodajom po inerciji.¹ Reč je o trgovačkoj praksi koja je s vremenom postala veoma rasprostranjena a sastojala se u slanju nenaručenih pošiljaka potrošačima, uz zahtev da plate naznačenu cenu za stvar čiju isporuku nisu tražili. Klasična pravila ugovornog prava o ponudi, prihvatu ponude i ćutanju ponuđenog štite primaoca nenaručene pošiljke od nevoljnog stupanja u ugovorni odnos, ali mu ne pružaju dovoljnu zaštitu od drugih neželjenih posledica te prakse. Ako primalac nenaručene pošiljke ne želi da se nađe u pravnoj poziciji kupca, klasična pravila nalažu da vrati primljenu stvar ili da je čuva za pošiljaoca.

Recimo, opšte pravilo srpskog ugovornog prava jeste da ćutanje ponuđenog ne znači prihvatanje ponude. Prema izričitom slovu zakona nema pravno dejstvo odredba u ponudi da će se ćutanje ili neko drugo ponašanje ponuđenog smatrati

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

1 Na engleskom govornom području taj problem je poznat pod nazivom *inertia selling* ili *unsolicited goods*.

kao prihvatanje. To drugo ponašanje može da bude, na primer, propuštanje ponuđenog da ponudu odbije u određenom roku ili propuštanje da u određenom roku vrati primljenu stvar o kojoj mu je ponuđen ugovor.² To znači da se ćutanje primaoca nenaručene pošiljke ne može tumačiti kao njegov pristanak da kupi primljenu stvar po ceni koju je odredio pošiljalac.

Na odredbu u ponudi da će se ćutanje ponuđenog smatrati kao prihvatanje mogu da se pozovu ni ponudilac ni ponuđeni. Zakonsko pravilo da takva odredba u ponudi nema pravno dejstvo deluje prema obojici,³ što znači da ni potrošač koji je ćtao za vreme dok je ponuda bila otvorena za prihvatanje ne može da tvrdi da je ćutanjem stupio u ugovorni odnos s trgovcem.

Izloženo zakonsko pravilo ne govori ništa o nekim drugim obavezama koje bi ponuđeni mogao da ima povodom nenaručene stvari koju je primio – recimo, da stvar vrati ili da je čuva kao dobar domaćin dok njen imalac ne dođe po nju. Međutim, i vraćanje i skladištenje tuđih stvari mogu da stvore troškove za onoga ko ih je nevoljno primio. Pored toga, primalac nenaručene pošiljke je obično pravno neuk te ekonomski slabiji i lošije informisan od trgovca koji pokušava da ga na ovaj način uvuče u ugovorni odnos. Zato se slanje nenaručenih pošiljaka u savremenim evropskim pravnim sistemima percipira pre svega kao problem potrošačkog prava.

Slanje nenaručenih pošiljaka je danas sankcionisano kao jedan oblik nepoštenne poslovne prakse u potrošačkom pravu Evropske unije (EU),⁴ uz posebno propisivanje građanskopravnih posledica takvog ponašanja trgovaca.⁵ Moderna pravila komunitarnog prava ne odnose se samo na isporuku nenaručenih stvari, nego i na pružanje usluga koje potrošač nije tražio. Ta pravila su tokom poslednje decenije preuzeta u srpsko pravo u postupku usklađivanja domaćeg prava s pravom EU, a u skladu s ustavnom obavezom Republike Srbije da štiti potrošače⁶ i njenom zakonskom obavezom da unutrašnje standarde zaštite potrošača usaglasi sa standardima koji važe u EU.⁷ Cilj ovog rada jeste da se razmotre sadržina, usklađenost i razvojne tendencije postojećih režima srpskog prava i prava EU o isporuci nenaručenih stvari i pružanju netraženih usluga u potrošačkom kontekstu.

2 Član 42 stav 1 Zakona o obligacionim odnosima (ZOO), *Službeni list SFRJ*, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 i 57/1989, *Službeni list SRJ*, br. 31/93 i *Službeni list SCG*, br. 1/2003. Videti: Miodrag Orlić, „Ćutanje ponuđenog kao znak pristajanja prema ZOO”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1–2/2004, 5–52.

3 Mladen Draškić, „Član 42. Ćutanje ponuđenog”, u: Slobodan Perović (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd 1995, 101.

4 Directive 2005/29/EC of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market, *OJ L* 149, 11 June 2005, 22–39, u daljem tekstu: *Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi*. Videti čl. 5 (5) i Aneks I, tač. 29 te direktive.

5 Directive 2011/83/EU of 25 October 2011 on consumer rights, *OJ L* 304, 22 November 2011, 64–88, u daljem tekstu: *Direktiva o pravima potrošača*. Videti čl. 27 te direktive.

6 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.

7 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.

I NORMATIVNI OKVIR

1. Pravo EU

a. Rana pravila

Komunitarno pravo je rano reagovalo na problem nenaručenih pošiljaka u potrošačkom kontekstu. Savet ministara Evropske ekonomske zajednice (EEZ) je još 1975. godine usvojio *Rezoluciju o preliminarnom programu zaštite potrošača*.⁸ Kao jedan od principa zaštite ekonomskih interesa potrošača u tom programu predviđeno je da potrošač treba da bude u pravnom smislu zaštićen od zahteva da plati cenu za isporučenu robu koju nije tražio.⁹

Međutim, dugo se ostalo samo na tom načelnom programskom opredeljenju. Prošlo je više od dve decenije do konkretizacije pomenutog principa usvajanjem *Direktive o zaštiti potrošača pri sklapanju ugovora na daljinu*.¹⁰ U čl. 9 te direktive bila je propisana obaveza države članice da odredbama svog nacionalnog prava zabrani trgovcu da potrošaču šalje nenaručenu robu i pruža usluge koje mu ovaj nije tražio i da uz to zahteva da potrošač plati ono što je primio. Pored toga, država članica je bila dužna da posebno propiše da ćutanje potrošača ne znači pristanak na ugovor i da potrošač nema obavezu da plati robu i usluge koje nije naručio.

Prva pravila komunitarnog prava o nenaručenim pošiljkama imala su sledeće specifičnosti. Prvo, evropski zakonodavac se još tada opredelio da zaštitu proširi i na usluge, to jest da propiše da potrošač nema obavezu da plati ni robu ni usluge koje nije tražio. Drugo, već u ovom prvom propisu razdvojeni su javnopravni od privatnopravnih aspekata slanja nenaručenih pošiljaka. Međutim, norma o javnopravnim posledicama bila je nesavršena. Nacionalnom zakonodavcu jeste naloženo da zabrani određeno postupanje trgovaca, ali nije precizirano koje bi trebalo da budu posledice oglušenja o predmetnu zabranu. S druge strane, jasno je propisano da u građanskopravnom smislu ćutanje potrošača koji je primio nenaručenu robu ili uslugu ne znači njegov pristanak na ugovor te da se tom potrošaču ne može tražiti da plati ono što je primio. Treće, nova pravila su bila, po prirodi stvari, sektorska to jest vertikalna – ograničena na ugovore zaključene upotrebom sredstava komunikacije na daljinu.¹¹

Direktiva o zaštiti potrošača pri sklapanju ugovora na daljinu ukinuta je *Direktivom o pravima potrošača* iz 2011.¹² U pozitivnom potrošačkom pravu EU danas

8 Council Resolution of 14 April 1975 on a preliminary programme of the European Economic Community (EEC) for a consumer protection and information policy, *OJ C* 092, 25 April 1975, 1.

9 Art. 19 (i), Preliminary programme of the EEC for a consumer protection and information policy, *OJ C* 092, 25 April 1975, 2–16.

10 Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, *OJ L* 144, 4 June 1997, 19–27.

11 Pod horizontalnom harmonizacijom misli se, najjednostavnije rečeno, na objedinjeno, jednoobrazno i jednovremeno uređenje jednog ili više pitanja vezanih za veći broj predmeta odnosno oblasti; pod vertikalnom ili sektorskom harmonizacijom misli se na regulisanje svih pitanja koja su specifična za jedan određeni predmet odnosno jednu određenu oblast. Uporediti: Zlatan Meškić, Darko Samardžić, *Pravo Evropske unije I*, GIZ, Sarajevo 2012, 117.

12 Čl. 31 *Direktive o pravima potrošača*.

postoje dva osnovna propisa kojima se uređuju javnopravni i privatnopravni aspekti isporuke robe odnosno pružanja usluga koje potrošač nije tražio a za koje mu trgovac zahteva naknadu.¹³ Izlaganje o tome sledi.

*b. Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi iz 2005.*¹⁴

Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi načelno pripada javnopravnoj a ne privatnopravnoj komponenti materijalnog potrošačkog prava EU. Ipak, nova istraživanja posvećena su njenom povratnom uticaju na ugovorno potrošačko pravo i načinima na koje upravo ta direktiva podstiče proces evropeizacije ugovornog prava.¹⁵

Jednim opštim pravilom *Direktive o nepoštenoj poslovnoj praksi* evropski zakonodavac je definisao nepoštenu poslovnu praksu i na načelnom nivou zabranio trgovcima da s potrošačima posluju na nepošten način. To pravilo se obično naziva velikom generalnom klauzulom.¹⁶ Pored nje u Direktivi postoje i tri male generalne klauzule koje propisuju opšta merila za prepoznavanje posebnih oblika nepoštene poslovne prakse, gde spadaju nasrtljiva i obmanjujuća poslovna praksa i specijalan vid obmanjivanja koje se sprovodi propuštanjem. Konačno, Direktiva sadrži i crnu listu konkretnih ponašanja za koja se uvek smatra da su nepoštena, bez obzira na konkretne okolnosti pod kojima ih je trgovac preduzeo.¹⁷

Postupak utvrđivanja da li je određena poslovna praksa nepoštena opisan je u literaturi kao trostepeni mehanizam:¹⁸ (1) Pri prosuđivanju da li se određeno postupanje trgovca prema potrošačima kvalifikuje kao nepoštena poslovna praksa, nadležni organ države članice prvo proverava da li je reč o nekom od posebno određenih i uvek zabranjenih postupaka iz kataloga koji se nalazi u Aneksu I *Direktive*

13 Još neke sektorske potrošačke direktive zabranjuju prodaju po inerciji. Recimo, odredbom čl. 9 *Direktive o pružanju finansijskih usluga potrošačima koje se ugovara na daljinu* predviđena je obaveza države članice da propiše da potrošač nije dužan da plati finansijsku uslugu koju nije tražio, te da se njegovo ćutanje ne može tumačiti kao pristanak. Videti: Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services, OJ L 271, 9 October 2002, 16–24.

14 Videti detaljno: Marija Karanikić Mirić, „Zabrana nepoštene poslovne prakse”, u: Đorđe Ignjatović (ur.), *Kaznena reakcija u Srbiji, VII deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017, 156–173.

15 Videti: Mateja Đurović, *European Law on Unfair Commercial Practices and Contract Law*, Hart Publishing, Oxford–Portland 2016, 194–195 i *passim*.

16 Čl. 5 (1) *Direktive o nepoštenoj poslovnoj praksi*. Upotreba generalne klauzule ovog tipa karakteristična je za pravne sisteme evropskog kontinenta, s tim što je njena svrha u početku vezivana za zaštitu konkurenata. Tako: Geraint Howells, „Introduction”, in: Geraint Howells, Hans-W. Micklitz, Thomas Wilhelmsson, *European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Practices Directive*, Ashgate, Aldershot–Burlington 2006, 2–5.

17 Aneks I *Direktive o nepoštenoj poslovnoj praksi*. Videti: Hans-W. Micklitz, „Unfair Commercial Practices and Misleading Advertising”, in: Norbert Reich, Hans-W. Micklitz, Peter Rott, Klaus Tonner (eds.), *European Consumer Law*, Intersentia, Cambridge–Antwerp–Portland 2014, 116–118.

18 Marija Karanikić, Hans-W. Micklitz, Norbert Reich, „Explanatory Memorandum to the Draft Proposal of a Model Consumer Law”, in: Marija Karanikić, Hans-W. Micklitz, Norbert Reich (eds.), *Modernising Consumer Law. The Experience of the Western Balkan*, Nomos, Berlin 2012, 180–181; M. Đurović, 68.

o nepoštenoj poslovnoj praksi (tzv. crna lista).¹⁹ (2) Ako nije reč o nekom takvom postupku, nadležni organ ispituje da li se konkretno ponašanje trgovca kvalifikuje kao nepošteno po nekoj od takozvanih malih generalnih klauzula, to jest može li da se označi kao neki poseban tip nepoštene poslovne prakse. (3) Tek ako ni to nije slučaj, nadležni organ može da primeni veliku generalnu klauzulu, to jest da proveri da li se konkretno ponašanje kvalifikuje kao nepoštena poslovna praksa po ovom najopštijem merilu. To će biti onda kada je konkretno postupanje protivno zahtevima profesionalne pažnje i uz to preti da znatno poremeti način na koji se na tržištu ponaša hipotetički prosečan potrošač.²⁰

Slanje nenaručenih proizvoda potrošaču koje je praćeno zahtevom da potrošač plati, vrati ili čuva ono što je primio, izričito je označeno je kao jedan oblik nasrtljive poslovne prakse i nalazi se na crnoj listi u Aneksu I *Direktive o nepoštenoj poslovnoj praksi*.²¹ To se odnosi kako na slanje nenaručene robe, tako i na pružanje netraženih usluga, pošto reč „proizvod” u predmetnoj direktivi označava i robu i usluge.²²

Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi obavezuje države članice da propišu odgovarajuće pravne posledice nepoštene poslovne prakse. U velikom broju tih država propisane su kazne za trgovačke postupke koji se kvalifikuju kao nepoštena poslovna praksa, što ne isključuje mogućnost da potrošač zahteva naknadu štete od trgovca po opštim pravilima o odgovornosti. Smatra se da država članica može po svom izboru da propiše sankcije kako javnopravne, tako i građanskopravne prirode, kao i da optira za kombinaciju dva tipa sankcija, ako su propisane sankcije u krajnjem ishodu delotvorne, srazmerne i odvrćajuće.²³

Dakle, slanje nenaručenih pošiljaka i pružanje netraženih usluga uz zahtev da potrošač plati ono što je primio predstavlja jedan vid nasrtljivog poslovanja. Takvo ponašanje je izričito zabranjeno bez obzira na konkretne okolnosti pod kojima je preduzeto. Trgovac ne može da dokazuje da isporuka nenaručene robe ili pružanje netražene usluge, uz zahtev da potrošač plati ono što nije tražio, u pojedinačnom slučaju ne predstavlja nasrtljivo poslovanje. Države članice su listom prekršajno sankcionisale takvo postupanje trgovaca, što nikada nije isključivalo mogućnost da propišu i građanskopravne sankcije za isto ponašanje. Štaviše, od usvajanja *Direktive*

19 Trgovačke prakse sa crne liste smatraju se nepoštenim po sebi, bez obzira na to da li se u konkretnom slučaju kvalifikuju kao nepoštene po merilima sadržanim u velikoj i malim opštim klauzulama. U tom smislu videti: Judgment of the Court of Justice of the EU (First Chamber), 19 September 2013, Case C-435/11, *CHS Tour Services GmbH v Team4 Travel GmbH*, EU:C:2013:574, para. 38 sa tamo navedenim drugim odlukama ESP.

20 Podrazumeva se da nadležni organ države članice ne primenjuje neposredno odredbu direktive, nego odredbu odgovarajućeg nacionalnog propisa kojim se u unutrašnje pravo transponuje predmetna odredba direktive. Ovo je izostavljeno jer se podrazumeva, a kada se stalno ponavlja – narušava jasnoću izlaganja.

21 Čl. 5 (5) i Aneks I, tač. 29 *Direktive o nepoštenoj poslovnoj praksi*.

22 Čl. 2 (1) (c) *Direktive o nepoštenoj poslovnoj praksi*.

23 Videti detaljno: Dörte Poelzig, „Private or Public Enforcement of the UCP Directive? Sanctions and Remedies to Prevent Unfair Commercial Practices”, in: Willem van Boom, Amandine Garde, Orkun Akseli (eds.), *The European Unfair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, Ashgate, Farnham–Burlington 2014, 238–242.

o pravima potrošača države imaju dužnost da uredi i građanskopravne posledice ovog oblika nasrtljivog poslovanja.

c. Direktiva o pravima potrošača iz 2011.

Direktiva o pravima potrošača služi kao instrument pune to jest maksimalne harmonizacije ugovornih potrošačkih prava država članica EU. Rad na tom evropskom propisu trajao je relativno dugo, a politički procesi koji su paralelno tekli okončani su tako što je Evropska komisija kao predlagač napustila svoje inicijalne pozicije i zacrtane pravno-političke ciljeve. Insistiranje na potpunom usaglašavanju nacionalnih pravnih poredaka dovelo je do toga da predmet ove direktive bude sasvim ograničen u odnosu na početnu koncepciju.²⁴

Njena struktura je jednostavna. Posle uvodnog obrazloženja smeštenog u 67 tačaka Preambule, Direktiva o pravima potrošača sadrži bliže određenje osnovnih pojmova i horizontalna pravila o predugovornom obaveštavanju. Ostale odredbe mahom nalažu vertikalnu harmonizaciju nacionalnih pravila o ugovorima koji se zaključuju na daljinu odnosno van poslovnih prostorija trgovca. Direktiva sadrži i neka posebna pravila o prodaji potrošačke robe, recimo o isporuci, prelasku rizika i naknadi za korišćenje određenih oblika plaćanja. Slede opšte i završne odredbe. Prve se odnose, recimo, na sprovođenje, pravne sankcije i obavezujuću prirodu ovog propisa, a potomje, primera radi, ukidaju stare direktive o ugovorima koji se zaključuju na netradicionalan način i unose manje izmene u zatečene direktive o nepoštenim ugovornim odredbama i prodaji robe široke potrošnje.²⁵

Kada je reč o slanju nenaručenih pošiljaka, u tački 60 Preambule Direktive o pravima potrošača izričito stoji da Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi iz 2005. zabranjuje isporuku nenaručene robe i pružanje netraženih usluga, ali propušta da uredi građanskopravne posledice takvog postupanja trgovaca. Zato je neophodno, kaže se u Preambuli, da se Direktivom o pravima potrošača posebno propiše da potrošač nema obavezu da plati isporučenu robu odnosno pružene usluge koje nije tražio. U tom smislu dve direktive su komplementarne:²⁶ jedna uređuje javnopravne

24 Ta direktiva je u određenom vidu uticala na srpsko potrošačko pravo još pre nego što je usvojena. Naime, Evropska komisija je 2008. objavila kontroverzni Predlog direktive koji je od samog početka bio izložen ostrim kritikama. Direktiva koja je konačno usvojena jedva da liči na taj početni dokument. Međutim, srpski zakonodavac je rano izašao u susret Predlogu direktive koji je u samoj EU u to vreme bio predmet polemika i osporavanja. Pojedini elementi tog ambicioznog evropskog pokušaja ugrađeni su u srpsko potrošačko pravo već 2010, a neki od njih su preuzeti u zakon koji je danas na snazi. Videti detaljno: Marija Karanikić Mirić, „Uticaj Direktive o pravima potrošača na srpsko potrošačko pravo”, *Pravo i privreda*, 7–9/2017, 570–588.

25 Više o sadržini Direktive o pravima potrošača videti u: Klaus Tonner, Kathleen Fangerow, „Directive 2011/83/EU on consumer rights: a new approach to European consumer law?”, *Journal of European Consumer and Market Law*, 2/2012, 70–71; Klaus Tonner, „The Consumer Rights Directive and its Impact on Internet and other Distance Consumer Contracts”, in: N. Reich, H.-W. Micklitz, P. Rott, K. Tonner (2014), 401–410; Christoph Busch, Ronny Domröse, „From a Horizontal Instrument to a Common European Sales Law”, *Journal of European Consumer and Market Law*, 1/2012, 48–50; Zlatan Meškić, „Direktiva 2011/83/EU o pravima potrošača”, *Nova pravna revija*, 1/2012, 46–48.

26 K. Tonner (2014), 410.

a druga građanskopravne posledice isporuke robe odnosno pružanja usluga koje potrošač nije tražio.

U čl. 27 *Direktive o pravima potrošača* nalazi se pravilo o tzv. prodaji po inerciji, koje uređuje građanskopravne posledice predmetne trgovačke prakse.²⁷ Tamo stoji da potrošač nije dužan da plati nikakvu naknadu za isporuku robe, vode, gasa, električne energije, centralnog grejanja ili digitalnog sadržaja koje nije naručio, kao ni za pružene usluge koje nije tražio. Propisano je i da ćutanje potrošača u navedenim slučajevima ne može da se tumači kao prihvatanje ponude.

Na prvom mestu, suvišno je nabranje vode, gasa, električne energije, centralnog grejanja i digitalnog sadržaja u pravilu iz čl. 27 *Direktive o pravima potrošača*. Nabranje bi imalo smisla kada se predmetno pravilo ne bi odnosilo i na robu i na usluge.²⁸ Međutim, pošto je izričito propisano da potrošač nije dužan da plati ni robu ni usluge koje nije tražio, predmetno pravilo se primenjuje u svakom slučaju, bez obzira na pravnu kvalifikaciju vode, gasa, električne energija,²⁹ centralnog grejanja i digitalnog sadržaja.³⁰

Drugo, odredbom čl. 27 *Direktive o pravima potrošača* propisano je da potrošač nije dužan da plati naknadu za isporučenu robu i pružene usluge koje nije tražio te da ćutanje potrošača ne predstavlja pristanak na ugovor. Pravila komplementarne *Direktive o nepoštenoj poslovnoj praksi* propisuju da nasrtljiva poslovna praksa ne obuhvata samo zahtev da potrošač plati naknadu za robu ili uslugu koje nije tražio, nego i zahtev da potrošač vrati ili čuva to što je primio.³¹ S tim u vezi treba primetiti sledeće.

Građanskopravne posledice slanja nenaručenih pošiljaka odnosno pružanja netraženih usluga mogu da se uredi na više načina koji su povoljni za potrošača. Prvo, moglo bi se uzeti da je reč o bezuslovnom poklonu. To bi značilo da slanje nenaručene stvari predstavlja ponudu konkludentnom radnjom. Ćutanje potrošača znači prihvatanje te ponude, a zaključen ugovor kvalifikuje se kao bezuslovni poklon iz kojeg ne nastaje nikakva obaveza za potrošača. Potrošač može slobodno da baci primljeno, da ga zadrži ili da njime raspolaze, a u svakom slučaju ne mora ništa da plati. Drugo, može se poći od toga da ćutanje potrošača ne znači pristanak na ponudu za zaključenje ugovora. Naime, po opštim pravilima ugovornog prava nema

27 Čl. 27 *Direktive o pravima potrošača*.

28 U čl. 2 (1) (3) *Direktive o pravima potrošača* stoji da se voda, gas i električna energija smatraju robom ako se prodaju u ograničenoj zapremini odnosno količini.

29 Na primer, odredba čl. 2 *Direktive o odgovornosti za proizvod s nedostatkom* izričito svrstava električnu energiju među proizvode. Videti: Council 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 of the European Parliament and of the Council of 10 May 1999, *OJ L* 141, 4 June 1999, 20–21. Nasuprot tome, većina sudova u Sjedinjenim Američkim Državama označava isporuku električne energije kao uslugu. Videti: Marshall S. Shapo, „Comparing Products Liability: Concepts in European and American Law”, *Cornell International Law Journal*, Vol. 29, 1993, 281–282.

30 O teorijskim i praktičnim aspektima klasifikovanja digitalnog sadržaja kao robe odnosno kao usluge videti ukratko: Natali Helberger et al., „Digital Content Contracts for Consumers”, *Journal of Consumer Policy*, 1/2012, 42–44.

31 Čl. 5 (5) i Aneks I, tač. 29 *Direktive o nepoštenoj poslovnoj praksi*.

dejstva odredba u ponudi da se ćutanje ponuđenog ili neko drugo njegovo propuštanje smatra kao prihvatanje. U tom slučaju otvara se pitanje na čemu se zasniva potrošačevu sticanje, odnosno kako to da potrošač ne mora ni da vrati ni da čuva tuđu stvar. Ako ćutanje potrošača ne znači prihvatanje, kako to da potrošač može da se ponaša kao vlasnik onoga što je primio?

Evo načina da se razume rešenje koje istovremeno predviđa i da je potrošač slobodan da besplatno raspolaže onim što je primio i da ćutanje potrošača ne znači pristanak. Slanjem nenaručene pošiljke trgovac očigledno nudi zaključenje nekog teretnog ugovora. Naime, trgovac po definiciji zahteva da mu potrošač plati određenu naknadu za primljeno. Budući da je to zabranjeno, ponuda za zaključenje kupoprodaje ili drugog teretnog ugovora učinjena konkludentnom radnjom slanja nenaručene pošiljke, konvertuje se u ponudu za zaključenje bezuslovnog poklona.

Sve dok ponuđeni u građanskopravnom smislu ćuti, to jest sve dok izostaje bilo kakva reakcija potrošača na to što je primio, njegovo ćutanje ne znači prihvatanje. Međutim, ako potrošač počne da se ponaša kao vlasnik primljene stvari, odnosno ako je baci, koristi ili njome pravno raspolaže, onda će se smatrati da je pristao na bezuslovni poklon.

2. Srpsko pravo

a. Zakon o zaštiti potrošača iz 2005.

Zakon o zaštiti potrošača iz 2005. godine sadržavao je prvo, rudimentarno pravilo domaćeg prava koje se odnosilo (i) na problem nenaručenih pošiljaka.³² Domašaj tog zakonskog pravila bio je sasvim ograničen.³³ Naime, zakonodavac je bio zabranio da trgovac potrošaču nudi proizvode ili usluge van svojih poslovnih prostorija, izuzev ako je potrošač na to unapred pristao. Zabrana se izričito odnosila i na ponudu učinjenu na adresi potrošača.³⁴ A ako je ponuda na adresi potrošača učinjena konkludentnom radnjom, to jest ako je trgovac poslao proizvod na adresu potrošača bez njegove prethodne saglasnosti, onda se tu zapravo radi o problemu nenaručenih pošiljaka.³⁵

32 Videti čl. 28 Zakona o zaštiti potrošača (ZZP-05), *Službeni glasnik RS*, br. 79/05. Taj naš propis je – pod uticajem tadašnjeg francuskog potrošačkog prava – dopuštao da se i pravno lice pod određenim uslovima kvalifikuje kao potrošač. Naime, prema čl. 2 ZZP-05 potrošač nije samo fizičko lice koje kupuje proizvode ili koristi usluge za lične potrebe ili potrebe svog domaćinstva, nego i privredno društvo, preduzeće, drugo pravno lice i preduzetnik, kada kupuju proizvode ili koriste usluge za sopstvene potrebe. Zakonodavac je izgleda bio pretpostavio da privredna društva i druga pravna lica koja pribavljaju robu i usluge za sopstvene potrebe naprosto ne koriste svu onu ekonomsku snagu i informacioni potencijal koje inače imaju kada na tržištu plasiraju vlastite proizvode i usluge. U svakom slučaju, to rešenje je napušteno u cilju usaglašavanja srpskog potrošačkog prava s pravom EU. Od 2010. godine i u našem pravu potrošač može da bude samo fizičko lice.

33 Detaljno o tadašnjem komunitarnom pravu, uporednom pravu i manjkavostima domaćeg zakonskog rešenja videti u: Marija Karanikić Mirić, „Nenaručene pošiljke u pravu EU i Srbije”, u: Stevan Lilić (ur.), *Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije 2*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2007, 121–134.

34 Čl. 28 ZZP-05.

35 ZZP-05 ne pominje da ponuda mora da bude praćena zahtevom da potrošač plati to što je primio. Međutim, potrošač je definisan kao lice koje *kupuje* proizvode ili koristi usluge, na osnovu

Građanskopravne posledice nedozvoljenog slanja proizvoda na adresu potrošača nisu bile posebno uređene pravilima ZZP-05. Takva nedozvoljena ponuda samo je prekršajno sankcionisana, ali i to isključivo onda kada se u ulozi ponudioca nalazi pravno lice. Zakonodavac je bio propustio da propiše prekršajnu odgovornost preduzetnika koji pošalje nedozvoljenu ponudu potrošaču.³⁶

b. Zakon o zaštiti potrošača iz 2010.

Prvi pokušaj da se srpsko potrošačko pravo usaglasi sa zahtevima *Direktive o nepoštenoj poslovnoj praksi* učinjen je u Zakonu o zaštiti potrošača iz 2010.³⁷ Tada je izričito propisano da svaki zahtev trgovca da potrošač plati, vrati ili čuva proizvod čiju isporuku nije tražio³⁸ predstavlja nasrtljivo poslovanje i prekršajno se sankcioniše.³⁹

Zakonodavac je 2010. godine posebno uredio i građanskopravne posledice slanja pošiljki koje potrošač nije naručio. Odredbama čl. 42 ZZP-10 izričito je zabranjeno slanje robe i pružanje usluga potrošaču sa zahtevom da plati naknadu za ono što nije naručio.⁴⁰ Propisano je i da se ćutanje potrošača ne smatra za prihvat ponude, da za potrošača ne može da nastane nikakva obaveza iz toga što mu je poslata nenaručena roba ili pružena usluga koju nije tražio, nego da se to smatra безусловnim poklonom koji je potrošaču učinjen u svrhu oglašavanja. Međutim, zakonodavac tu nije stao, nego je povredu načelne zabrane iz čl. 42 st. 1 ZZP-2010 dodatno prekršajno sankcionisao.⁴¹

Zakruženi sistem pravila u ovoj oblasti podrazumevao bi da se slanje nenaručene robe i vršenje netraženih usluga uz zahtev da potrošač plati to što mu je isporučeno ili učinjeno kvalifikuje kao nasrtljiva poslovna praksa i da se takvo ponašanje trgovca prekršajno sankcioniše. Pravila o javnopravnim posledicama tog trgovačkog postupanja trebalo bi da budu dopunjena posebnim odredbama o građanskopravnim posledicama slanja nenaručene robe i vršenja istih takvih usluga. To podrazumeva načelnu zabranu slanja nenaručenih pošiljaka i vršenja nenaručenih usluga, kao i propisivanje da potrošač nije dužan da plati ono što nije tražio te da je slobodan da se prema primljenom odnosi kao da je reč o безусловnom poklonu. U takvom sistemu nije potrebno da se pravila o građanskopravnim aspektima

čega bi moglo da se tvrdi da slanje proizvoda na adresu potrošača ne predstavlja ponudu ako ne sadrži i informaciju o ceni.

36 Čl. 78 ZZP-05.

37 Zakon o zaštiti potrošača (ZZP-10), *Službeni glasnik RS*, br. 73/10. Više o tom prvom pokušaju vid. M. Karanikić, H.-W. Micklitz, N. Reich (2012), 180–183.

38 U ZZP-2010 je zapravo stajalo da je takav zahtev zabranjen „osim u slučajevima kupovine na daljinu”, što je besmisleno, jer se slanje nenaručenih pošiljaka po prirodi stvari odvija na daljinu odnosno van poslovnih prostorija trgovca. Taj dodatak je nastao pogrešnim preuzimanjem iz tač. 29 Aneksa I *Direktive o nepoštenoj poslovnoj praksi* i brisan je 2014.

39 Čl. 25 st. 1 tač. 6 i čl. 151 st. 1 tač. 34 ZZP-10. Pod proizvodom se u tom kontekstu podrazumeva svaka roba i usluga uključujući nepokretnosti, prava i obaveze. Videti čl. 5 st. 1 tač. 12 ZZP-10.

40 Izričito je propisano da se zabrana ne odnosi na slučajeve: (1) kada umesto robe ili usluge koju je potrošač naručio trgovac isporuči drugu robu odnosno pruži drugu uslugu iste cene i kvaliteta; (2) kada trgovac obavesti potrošača da nije dužan da prihvati robu ili uslugu koju nije tražio, niti da snosi troškove vraćanja robe trgovcu. Čl. 42 st. 4 ZZP-10.

41 Čl. 151 st. 1 tač. 40 ZZP-10.

slanja nenaručenih pošiljaka i vršenja nenaručenih usluga još jednom ojačaju prekršajnom sankcijom. Međutim, domaći zakonodavac je 2010. dva puta prekršajno sankcionisao jedno te isto trgovačko ponašanje. Prvo je to ponašanje klasifikovao kao nasrtljivu poslovnu praksu i za njega umesno propisao prekršajnu odgovornost, a potom je prekršajnu odgovornost vezao i za zakonsku odredbu kojom se uređuju građanskopravne posledice istog oblika nasrtljivog poslovanja.⁴² Potonja prekršajna odredba bila je suvišna.

c. Zakon o zaštiti potrošača iz 2014. i usklađenost srpskog prava s pravom EU

Prvobitna pravila srpskog prava o nepoštenoj poslovnoj praksi izmenjena su u određenoj meri 2014. godine, kada je usvojen Zakon o zaštiti potrošača koji je danas na snazi.⁴³ Te promene su bile u najvećem broju kozmetičke i podrazumevale su pre svega terminološke korekcije zakonskog izraza iz 2010. Međutim, pojedine zakonske izmene iz 2014. ne mogu da se označe kao puke terminološke intervencije. Srpski zakonodavac se 2010. bio oslonio na činjenicu što Srbija još uvek nije član EU te stoga još uvek ima tu mogućnost da potrošačima garantuje jaču zaštitu od one koja je predviđena potrošačkim direktivama i kada nalažu punu harmonizaciju.⁴⁴ Promene koje su sprovedene četiri godine kasnije ogledale su se, između ostalog, u čišćenju zakonskog teksta od odredaba o nepoštenoj poslovnoj praksi koje su obezbeđivale jaču zaštitu za potrošače nego što propisuje *Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi*.⁴⁵

Ipak, zakonodavac nije menjao pravila iz 2010. godine koja se odnose na nasrtljivu praksu slanja nenaručenih pošiljaka i vršenja usluga koje potrošač nije tražio. Odredbe o javnopravnim posledicama slanja nenaručenih pošiljaka ostala su ista: i ZZP-14 sadrži pravilo po kojem se zahtev da potrošač plati, vrati ili čuva proizvod čiju isporuku nije tražio kvalifikuje i prekršajno sankcioniše kao nasrtljiva poslovna praksa,⁴⁶ pri čemu se pod proizvodom misli i na robu i na usluge.⁴⁷ To rešenje je sasvim usklađeno sa zahtevima *Direktive o nepoštenoj poslovnoj praksi*.

Ostaje pitanje da li su građanskopravne posledice slanja nenaručenih pošiljaka u Srbiji uređene u skladu sa zahtevima *Direktive o pravima potrošača*. ZZP-10 sadržavao je pravilo da ćutanje potrošača ne znači pristanak na ugovor to jest prihvatanje ponude koju mu je trgovac učinio konkludentnom radnjom slanja nenaručene robe ili pružanja netražene usluge, zatim, da za potrošača iz toga ne može da nastane nikakva obaveza, i konačno, da ono što je potrošaču dato ili učinjeno bez njegovog traženja predstavlja bezuslovni poklon koji mu je učinjen u svrhu oglašavanja.⁴⁸

42 Još neke primedbe na prekršajne odredbe ZZP-10 videti u: M. Karanikic, H.-W. Micklitz, N. Reich (2012), 201–205.

43 Zakon o zaštiti potrošača (ZZP-14), *Službeni glasnik RS*, br. 62/2014, 6/2016 i 44/2018.

44 M. Karanikic, H.-W. Micklitz, N. Reich, 166.

45 Videti detaljno: M. Karanikić Mirić (2017), 166–170. Detaljno o odredbama ZZP-10 koje su pružale jaču zaštitu nego što naređuje *Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi*: M. Karanikic, H.-W. Micklitz, N. Reich, 180–183.

46 Čl. 23 st. 1 tač. 6 i čl. 160 st. 1 tač. 10 ZZP-14.

47 Čl. 5 st. 1 tač. 14 ZZP-14.

48 Čl. 42 ZZP-10.

Identična pravila sada se nalaze u čl. 39 ZZP-14, a jedina izmena sastoji se u tome što umesto odredbe da ono što je potrošaču dato ili učinjeno bez njegovog traženja predstavlja bezuslovni poklon sada stoji da potrošač ima pravo da zadrži poslatu robu bez obaveze plaćanja, odnosno da nije dužan da plati izvršenu uslugu. Ta odredba je smeštena među pravila o ugovorima na daljinu i ugovorima koji se zaključuju izvan poslovnih prostorija i razlikuje se od pravila iz čl. 27 *Direktive o pravima potrošača* po tome što ne sadrži posebno nabranje da potrošač nije dužan da plati naknadu za isporučenu vodu, gas, električnu energiju, centralno grejanje i digitalni sadržaj koje nije unapred tražio. Međutim, ovde je već pokazano da je to nabranje suvišno, pa može da se zaključi da je srpsko potrošačko pravo usklađeno s pravom EU i u pogledu privatnopravnih posledica slanja nenaručenih pošiljaka.

Konačno, zakonodavac je 2014. godine propustio priliku da eliminiše ranije pomenuto dvostruko prekršajno sankcionisanje slanja nenaručenih pošiljaka.⁴⁹ To je nomotehnička greška koja se ne tiče usklađenosti domaćeg prava s pravom EU, ali je svakako treba ispraviti. Prekršajno sankcionisanje nasrtljivog poslovanja je sasvim na mestu, ali ne treba još jednom propisivati prekršajnu odgovornost za isto to ponašanje u vezi sa zakonskom odredbom kojom se uređuju njegove građansko-pravne posledice.

3. Tendencije razvoja u pravu EU

Evropski sud pravde (ubuduće ponekad: ESP) je nedavno razmatrao da li se pravila o nenaručenim pošiljkama primenjuju na prodaju SIM kartica⁵⁰ s prethodno instaliranim uslugama koje se posebno naplaćuju, odnosno na životni događaj koji je bio tehnološki nezamisliv u vreme kada se u Evropi pojavio društveni problem slanja nenaručenih pošiljaka.⁵¹

Naime, kada se u postupku pred sudom države članice EU postavi prethodno pravno pitanje tumačenja osnivačkih ugovora odnosno važenja ili tumačenja drugih pravnih akata koje donose institucije, organi ili tela EU, nacionalni sud može da zastane s postupkom i uputi Evropskom sudu pravde zahtev za odlučivanje o tom prethodnom pitanju.⁵² U odluci o tom prethodnom pravnom pitanju ESP 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 reši konkretan spor, odnosno da u predmetnom postupku utvrdi pravne posledice primene pravila kojim je određena evropska norma transponovana u unutrašnji pravni poredak.

49 Čl. 160 st. 1 tač. 10 i čl. 160 st. 1 tač. 20 ZZP-14

50 Akronim SIM označava *Subscriber Identity Module* to jest pretplatnički identifikacioni uređaj. Reč je o zamenljivoj i prenosivoj kartici koja se koristi uz mobilni uređaj i služi za njegovu identifikaciju. Na SIM karticu mogu i da se pohrane određeni podaci.

51 Judgment of the Court of Justice of the EU (Second Chamber), 13 September 2018, Joined Cases *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato v Wind Tre SpA* (C-54/17) and *Vodafone Italia SpA* (C-55/17), EU:C:2018:710 (ubuduće: Presuda *Wind Tre*).

52 Art. 267, Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ 115, 9 May 2008.

U pomenutom postupku pred ESP koji je okončan u septembru 2018. Državni savet Italije (*Consiglio di Stato*) postavio je nekoliko pitanja Evropskom sudu pravde. Jedno od tih pitanja odnosilo se na domašaj pravila o nenaručenim pošiljkama (prodaji po inerciji) iz tačke 29 prvog aneksa *Direktive o nepoštenoj poslovnoj praksi*. Tamo stoji da isporuka nenaručenih proizvoda potrošaču praćena zahtevom da potrošač plati, vrati ili čuva ono što je primio predstavlja jedan od oblika nasrtljive poslovne prakse. Pod proizvodom se u tom kontekstu misli kako na robu, tako i na usluge.

Najviši upravni sud Italije postavio je pitanje da li se kvalifikuje kao *isporuka nenaručenog proizvoda* – postupanje operatora mobilne telefonije koji zahteva od potrošača da plati naknadu za unapred instalirane usluge govorne pošte ili korišćenja interneta, ako u vreme zaključenja ugovora potrošač nije bio obavešten ni o ceni tih usluga, ni da su unapred instalirane na SIM karticu koju je kupio, uzevši u obzir da potrošač ipak mora da obavi određene radnje da bi zaista koristio predmetne usluge, recimo, da pozove broj govorne pošte ili da uključi funkcije za korišćenje interneta.⁵³

ESP je odgovorio da se opisano postupanje mobilnog operatora kvalifikuje kao prodaja po inerciji to jest isporuka nenaručenog proizvoda, što predstavlja nasrtljivu poslovnu praksu po sebi, bez obzira na konkretne okolnosti pod kojima je mobilni operator potrošaču prodao SIM karticu s unapred instaliranim uslugama govorne pošte i interneta koje se posebno naplaćuju, ne obavestivši ga pre zaključenja o prethodnom instaliranju i ceni tih usluga.⁵⁴

ESP je razjasnio da za pravnu kvalifikaciju postupanja mobilnog operatora nije relevantno to što u određenim slučajevima potrošač mora da obavi određene radnje da bi zaista koristio usluge koje su unapred instalirane na SIM karticu, kao ni to što je naknadno mogao da traži da mu se te usluge isključe ili čak da ih sam isključi.⁵⁵

Konačno, ESP je istakao da pri utvrđivanju da li je potrošač pre zaključenja ugovora bio na adekvatan način obavešten o prethodno instaliranim uslugama koje se posebno naplaćuju, nacionalni sud treba da primeni standard prosečnog potrošača,⁵⁶ a od prosečnog potrošača se ne može osnovano očekivati da zna da SIM kartica koju je kupio sadrži prethodno instalirane usluge koje se posebno naplaćuju, da pretpostavi da na toj kartici već postoje aplikacije koje mogu da se povežu na internet bez njegovog znanja te da poseduje tehničko znanje potrebno da sam isključi predmetne usluge ili automatsko povezivanje svog uređaja na internet.⁵⁷

Presuda *Wind Tre* ima neposredan uticaj na nacionalna prava država članica EU. Prvo, države imaju obavezu da obezbede efikasnu primenu (*effet utile*) *Direktive o nepoštenoj poslovnoj praksi*, kao i drugih direktiva. I drugo, nacionalni sudovi imaju obavezu da domaće propise kojima se u nacionalno pravo transponuje neka direktiva interpretiraju u skladu s njenim jezičkim izrazom i ciljevima, pri čemu

53 Prema para. 34 Presude *Wind Tre*.

54 Prema para. 56 i izreci Presude *Wind Tre*.

55 Prema para. 49 Presude *Wind Tre*.

56 Videti tač. 18 Preambule *Direktive o nepoštenoj poslovnoj praksi*.

57 Prema para. 52 Presude *Wind Tre*.

su dužni da uzmu u obzir značenje koje tom jezičkom izrazu pridaje Evropski sud pravde.⁵⁸ Na isti način treba da postupaju sudovi država koje pretenduju na članstvo u EU.

ZAKLJUČAK

Problem nenaručenih pošiljaka (prodaja po inerciji) inicijalno je označavao jednu rasprostranjenu trgovačku praksu slanja nenaručenih stvari potrošačima uz zahtev da plate naznačenu cenu za ono što su primili. U savremenom potrošačkom pravu EU taj pojam je proširen na pružanje usluga koje potrošač nije tražio.

Pravo EU uređuje javnopravne i privatnopravne aspekte takve trgovačke prakse. Prvo, isporuka nenaručenog proizvoda potrošaču uz zahtev da plati, vrati ili čuva ono što je primio, nalazi se na crnoj listi nasrtljivih postupaka u Aneksu I *Direktive o nepoštenoj poslovnoj praksi iz 2005.* i obuhvata slanje nenaručene robe i pružanje netraženih usluga. Države članice su dužne da zabrane opisanu trgovačku praksu i da je sankcionišu na delotvoran, srazmeran i odvratajući način. Države su listom prekršajno sankcionisale takvo postupanje trgovaca.

Drugo, *Direktiva o pravima potrošača iz 2011.* uređuje privatnopravne posledice slanja nenaručene pošiljke potrošaču uz zahtev da plati, vrati ili čuva ono što je primio. Svaka država članica je dužna da u nacionalno pravo unese pravilo iz ove direktive da ćutanje potrošača ne znači pristanak na ugovor i da potrošač nije dužan da plati nikakvu naknadu za robu i usluge koje nije tražio.

Srpski zakonodavac je uskladio domaće pravo s pravilima komunitarnog prava o nenaručenim pošiljkama. Prvo, označio je kao nasrtljivo poslovanje, zabranio i prekršajno sankcionisao slanje nenaručenih proizvoda – i roba i usluga – potrošačima uz zahtev da plate, vrate ili čuvaju ono što su primili. I drugo, propisao je da ćutanje potrošača u ovakvoj situaciji ne znači pristanak na ugovor, da za potrošača iz toga ne može da nastane nikakva obaveza, i konačno, da potrošač ima pravo da zadrži poslatu robu bez obaveze plaćanja, odnosno da nije dužan da plati izvršenu uslugu.

Kada je reč o zakonskom uređenju javnopravnih aspekata prodaje po inerciji, domaći zakonodavac je napravio nomotehničku grešku tako što je dva puta prekršajno sankcionisao jedno te isto postupanje trgovca prema potrošaču. To bi moglo da se popravi brisanjem prekršajne sankcije iz čl. 160 st. 1 tač. 20 ZZP–14, pošto je prodaja po inerciji već jednom prekršajno sankcionisana u čl. 160 st. 1 tač. 10 istog zakona.

Što se tiče zakonskog uređenja privatnopravnih posledica isporuke nenaručenog proizvoda, treba razjasniti kako to da potrošač može da zadrži primljeno, ako po izričitom slovu zakona njegovo propuštanje da se o tome izjasni ne znači da

58 Judgment of the Court (Sixth Chamber), 13 November 1990, Case C–106/89, *Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, EU:C:1990:395, para. 8. Videti više: Hannes Rösler, „Interpretation of EU Law”, in: Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, OUP, Oxford 2012, 980–981.

pristaje na ugovor. Na čemu se zasniva potrošačevo sticanje, odnosno kako to da potrošač ne mora ni da vrati ni da čuva tuđu stvar?

Slanjem nenaručene pošiljke trgovac očigledno nudi zaključenje nekog teretnog ugovora, jer uz isporuku traži da mu potrošač plati određenu naknadu za ono što je primio. Takva ponuda je zabranjena kao vid nasrtljivog poslovanja. Ona se konvertuje u ponudu za zaključenje dobročinog ugovora po osnovu kojeg potrošač može da zadrži primljeno, što je izričito predviđeno zakonom. Sve dok potrošač čuti, neće se smatrati da prihvata konvertovanu ponudu. Međutim, ako potrošač počne da se ponaša kao vlasnik primljene stvari, odnosno ako je baci, koristi ili njome pravno raspolaze, smatraće se da je pristao na bezuslovni poklon.

Nacionalni sudovi određuju domašaj pravila o javnopravnim i privatnopravnim posledicama slanja nenaručenih pošiljaka. To čine kvalifikacijom činjenica i tumačenjem zakonskih pravila kojima je domaće pravo usklađeno s pravom EU. Pri tome, nacionalni sudovi su dužni da pravila unutrašnjeg prava tumače u skladu s jezičkim izrazom i ciljevima transponovanog evropskog propisa i pratećom praksom ESP. Kao što smo videli, taj proces omogućava da se neke potpuno nove i čak doskora nezamislive činjenične okolnosti podvedu pod zatečena pravila, odnosno da se ustanova razvija u skladu s novim društvenim potrebama i prilikama, bez čestog menjanja pisanih pravila kojima je jednom uređena.

LITERATURA

1. Knjige i članci

- Christoph Busch, Ronny Domröse, „From a Horizontal Instrument to a Common European Sales Law”, *Journal of European Consumer and Market Law*, 1/2012.
- Dörte Poelzig, „Private or Public Enforcement of the UCP Directive? Sanctions and Remedies to Prevent Unfair Commercial Practices”, in: Willem van Boom, Amandine Garde, Orkun Akseli (eds.), *The European Unfair Commercial Practices Directive. Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, Ashgate, Farnham–Burlington 2014.
- Geraint Howells, Hans-W. Micklitz, Thomas Wilhelmsson, *European Fair Trading Law. The Unfair Commercial Practices Directive*, Ashgate, Aldershot–Burlington 2006.
- Hannes Rösler, „Interpretation of EU Law”, in: Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, OUP, Oxford 2012.
- Hans-W. Micklitz, „Unfair Commercial Practices and Misleading Advertising”, in: Norbert Reich, Hans-W. Micklitz, Peter Rott, Klaus Tonner (eds.), *European Consumer Law*, Intersentia, Cambridge–Antwerp–Portland, 2014.
- Klaus Tonner, „The Consumer Rights Directive and its Impact on Internet and other Distance Consumer Contracts”, in: Norbert Reich, Hans-W. Micklitz, Peter Rott, Klaus Tonner (eds.), *European Consumer Law*, Intersentia, Cambridge–Antwerp–Portland, 2014.
- Klaus Tonner, Kathleen Fangerow, „Directive 2011/83/EU on consumer rights: a new approach to European consumer law?”, *Journal of European Consumer and Market Law*, 2/2012.

- Marija Karanikić Mirić, „Nenaručene pošiljke u pravu EU i Srbije”, u: Stevan Lilić (ur.), *Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije 2*, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2007.
- Marija Karanikić Mirić, „Uticaj Direktive o pravima potrošača na srpsko potrošačko pravo”, *Pravo i privreda*, 7–9/2017.
- Marija Karanikić Mirić, „Zabrana nepoštene poslovne prakse”, u: Đorđe Ignjatović (ur.), *Kaznena reakcija u Srbiji, VII deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017.
- Marija Karanikić, Hans-W. Micklitz, Norbert Reich (eds.), *Modernising Consumer Law. The Experience of the Western Balkan*, Nomos, Berlin 2012.
- Marshall S. Shapo, „Comparing Products Liability: Concepts in European and American Law”, *Cornell International Law Journal*, Vol. 29, 1993.
- Mateja Đurović, *European Law on Unfair Commercial Practices and Contract Law*, Hart Publishing, Oxford–Portland 2016.
- Miodrag Orlić, „Čutanje ponuđenog kao znak pristajanja prema ZOO”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1–2/2004.
- Mladen Draškić, „Član 42. Čutanje ponuđenog”, u: Slobodan Perović (ur.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena administracija, Beograd, 1995.
- Natali Helberger et al., „Digital Content Contracts for Consumers”, *Journal of Consumer Policy*, 1/2012.
- Zlatan Meškić, „Direktiva 2011/83/EU o pravima potrošača”, *Nova pravna revija*, 1/2012.
- Zlatan Meškić, Darko Samardžić, *Pravo Evropske unije I*, GIZ, Sarajevo 2012.

2. Propisi i sudske odluke

- Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, *OJ* 115, 9 May 2008.
- Council 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 of the European Parliament and of the Council of 10 May 1999, *OJ L* 141, 4 June 1999, 20–21.
- Council Resolution of 14 April 1975 on a preliminary programme of the European Economic Community (EEC) for a consumer protection and information policy, *OJ C* 092, 25 April 1975, 1.
- Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services, *OJ L* 271, 9 October 2002, 16–24.
- Directive 2005/29/EC of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market, *OJ L* 149, 11 June 2005, 22–39.
- Directive 2011/83/EU of 25 October 2011 on consumer rights, *OJ L* 304, 22 November 2011, 64–88.
- Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, *OJ L* 144, 4 June 1997, 19–27.
- Judgment of the Court (Sixth Chamber), 13 November 1990, Case C–106/89, *Marleasing SA v La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, EU:C:1990:395.
- Judgment of the Court of Justice of the EU (First Chamber), 19 September 2013, Case C–435/11, *CHS Tour Services GmbH v Team4 Travel GmbH*, EU:C:2013:574.
- Judgment of the Court of Justice of the EU (Second Chamber), 13 September 2018, Joined Cases *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato v Wind Tre SpA* (C–54/17) and *Vodafone Italia SpA* (C–55/17), EU:C:2018:710 (Presuda *Wind Tre*).

Preliminary programme of the EEC for a consumer protection and information policy, *OJ C* 092, 25 April 1975, 2–16.

Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

Zakon o obligacionim odnosima (ZOO), *Službeni list SFRJ*, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 (odluka USJ) i 57/1989, *Službeni list SRJ*, br. 31/93 i *Službeni list SCG*, br. 1/2003 (Ustavna povelja).

Zakon 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.

Zakon o zaštiti potrošača, *Službeni glasnik RS*, br. 62/2014, 6/2016 i 44/2018.

Zakon o zaštiti potrošača, *Službeni glasnik RS*, br. 73/10.

Zakon o zaštiti potrošača, *Službeni glasnik RS*, br. 79/05.

Marija Karanikić Mirić

Faculty of Law, University of Belgrade

PROHIBITION OF INERTIA SELLING IN SERBIAN AND EU LAW: APPROXIMATION AND NEW DEVELOPMENTS

SUMMARY

The problem of unsolicited goods, *i.e.* inertia selling, originally signified the act of sending goods to consumers who have not asked for them, with a request for payment for, or the return or safekeeping of what was received. The contemporary notion of inertia selling also includes the provision of unsolicited services, followed by a demand for payment. The classic rules of contract law on offer, acceptance, and silence of the offeree protect the recipient of unsolicited goods from unwillingly entering into a contract, but do not provide them with adequate protection against other unintended consequences of the described practice. This paper examines the origins, content, conformity and developments of the Serbian and EU regimes on public law and private law consequences of inertia selling. The Serbian legislator has brought domestic law in line with the rules of communitarian law on unsolicited goods and services. The inertia selling now qualifies as an aggressive commercial practice in Serbia, it is prohibited by law, and penalized as a misdemeanor. In addition, the consumer is exempted from the obligation to provide any consideration for unsolicited goods and services, and the absence of his response to such practice does not constitute consent.

Key words: unsolicited goods, unsolicited services, aggressive commercial practice, offer, acceptance, silence by the offeree.

JEDAN POGLED IZ USTAVNOG SUDA – ŽIVOT JE NEŠTO DRUGO

Apstrakt: Autor ovog teksta, koji je u poslednje dve godine sudija srpskog ustavnog suda, pre toga je bio naučni radnik, najpre u Institutu za kriminološka i sociološka istraživanja, a zatim u Institutu za uporedno pravo. S tim u vezi se postavlja pitanje da li je iskustvo naučnog rada pomoglo novom sudiji u njegovom svakodnevnom sudijskom poslu. Jovan Ćirić ipak kaže da sada, nakon iskustva u Ustavnom sudu njegov naučni rad bi mogao biti i bogatiji i plodotvorniji. Jednom rečju, teorija je jedna stvar, a život je nešto sasvim drugo. U tom smislu, autor najpre daje prikaz statističkih podataka o radu Ustavnog suda, pre svega u vezi sa brojem ustavnih žalbi. Broj žalbi je zaista vrlo veliki i autor pokušava da odgovori na pitanje zbog čega je to tako. On smatra da je to zbog toga što građani nemaju dovoljno prostora za izjavljivanje vanrednih pravnih lekova, pa tako ustavne žalbe postaju neka vrsta vanrednog pravnog leka. On takođe smatra da i mentalitet građana igra specifičnu ulogu u porastu broja ustavnih žalbi. Ljudi kod nas vole da idu na sudove i da se parniče bez da pokušavaju da pronađu neko mirno rešenje za svoje probleme. To je jedan od razloga zbog čega sudski postupci u Srbiji traju vrlo dugo. Autor takođe ističe da iz Srbije pred Evropski sud za ljudska prava dolazi veliki broj predstavki, ali zato broj onih predstavki koje je Sud u Strazburu usvojio i izrekao da su prekršena ljudska prava apelana iz Srbije, uopšte nije tako veliki, tačnije 192 za 12 godina. U tom periodu bilo je nekoliko stotina hiljada predmeta koji su bili razrešeni pred srpskim sudovima. Sam taj podatak potvrđuje da su sudovi u Srbiji, uključujući tu i Ustavni sud radili na ispravan način i da se ne može govoriti o političkim uticajima na pravosuđe niti o korupciji među sudijama.

Ključne reči: naučni rad, teorija i praksa, Ustavni sud, ustavne žalbe, statistički podaci, Evropski Sud za Ljudska Prava.

Kada se govori o Ustavnom sudu (Srbije)¹ onda se kao prva impresija nameću ustavne žalbe i s tim u vezi njihov izuzetno veliki broj, koji je u prošloj, 2018. godini dostigao cifru od preko 15.000. Dakle, ovde je u pitanju izuzetna masovnost, odnosno vrlo veliki broj uložениh žalbi. To je nešto što u vrlo velikoj meri karakteriše rad Ustavnog suda u Srbiji.² U tom smislu možda je na početku odmah neophodno prezentovati nekoliko osnovnih statističkih podataka koji pokazuju da je svake godine,

* Naučni savetnik, sudija Ustavnog suda Srbije, jovan.ciric@ustavni.sud.rs.

1 Zvaničan naziv jeste „Ustavni sud”, a ne Ustavni sud Srbije, pa smo mi zbog toga ovde u zagradi stavili to (Srbije), inače ćemo u daljem tekstu koristiti i pre svega podrazumevati „Ustavni sud Srbije”.

2 Potpisnik ovih redova je međutim, boraveći u aprilu 2018. u Košicama u Ustavnom sudu Slovačke, imao priliku da shvati da se i Slovaci susreću sa sličnim problemima i izazovima.

počev od 2006. kada je ustavna žalba uvedena u naš pravni sistem, beležen izraziti porast broja uloženih ustavnih žalbi. Zašto je to tako, jeste nešto što ćemo pokušati da objasnimo u ovom tekstu. Tačno je da je Ustavni sud svake godine rešavao sve veći broj ustavnih žalbi, ali, očigledno je da je masovnost ustavnih žalbi, imala vrlo negativnog uticaja na rad Ustavnog suda. Sve u svemu, od 34 žalbe koliko ih je bilo uloženo u 2006. godini, došlo se do 12.118 koliko ih je uloženo u 2017. godini,³ odnosno, kao što smo rekli, nešto preko 15.000 u 2018. godini.⁴

2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
34	326	1567	2842	5555	6982	10069	11654	9355	8810	10150	12118
0	0	363	1289	3126	3130	7328	8013	10853	10501	8992	7958

U drugoj koloni u prethodnoj tabeli, prikazan je broj onih ustavnih žalbi koje su rešene u Ustavnom sudu. Taj broj pokazuje da je sud radio vrlo vredno, ali, da je i pored svega on stalno bio u zaostatku, pre svega zbog sve većeg priliva novih ustavnih žalbi. Ustavni sud nije bio u stanju da reši sve one žalbe koje mu se upućuju. Tako se broj nerešenih slučajeva, iz godine u godinu nagomilavao. Posledica toga je kontinuirano kašnjenje iz godine u godinu. Tako je 2008. godine u radu bilo 1927 žalbi, a devet godina kasnije, 2017. godine, taj broj je, neverovatno, ali više nego udesetostručen – 25.846. Makar samo ta činjenica zaslužuje da se o tome promišlja na odgovarajući način. Ispostavlja se da veliki broj žalbi koje apelanti-građani ulažu svake godine, imaju za posledicu i kontinuirano povećanje zakašnjenja u radu Ustavnog suda.

2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
1927	4406	8672	12474	19413	23739	25097	23057	22712	25846

Ovde treba pomenuti i to da je u 2015. godini broj uloženih ustavnih žalbi u Srbiji bio gotovo deset puta veći nego broj uloženih ustavnih žalbi u Sloveniji. Po broju stanovnika, Srbija nije deset puta veća od Slovenije, već svega nešto više od 3,5 puta. I ovaj podatak može podsticati na različita razmišljanja. Možda su građani Srbije više skloni tome da idu na sudove, da se međusobno parniče, pa i da ulažu ustavne žalbe? Možda su zapravo Slovenci racionalniji od Srba kada je reč o parničanju, sudovima i ustavnim žalbama? Možda je institut medijacije i mirnog rešavanja sporova, bolje zaživeo u Sloveniji nego u Srbiji? Sve u svemu, gledajući makar samo iz Ustavnog suda, čovek bi mogao da zaključi mnogo štošta o državi i društvu, pravnom sistemu i institucijama, ali i o samom narodu.⁵

3 Jovan Ćirić; – Constitutional complaints in Serbia – the big numbers problem; in „Ustavne sud-nictvo – vyzvy a perspektivy – Zbornik prispevkov z medzinarodnej konferencie pri priležito-sti 25.vyročia Ustavneho sudu Slovenskey republiky konanej 11. aprila 2018. V Košicah; Košice 2018, pp. 82–90

4 Svi ovi podaci uzeti su iz službe sudske prakse Ustavnog suda.

5 Jovan Ćirić; – Constitutional complaints, – *op. cit.* str. 82–90

U svakom slučaju, nešto malo duže od dve godine se pisac ovih redova nalazi na radu u Ustavnom sudu Srbije kao sudija. Njegova dotadašnja karijera bila je vezana za naučni rad, najpre u Institutu za kriminološka i sociološka istraživanja, a zatim i u Institutu za uporedno pravo. Svakako da je u tom smislu zanimljivo da li je i koliko znanje i iskustvo iz institutskog rada sudiji i piscu ovih redova bilo od pomoći. Teško je naravno na to pitanje odgovoriti sasvim direktno, iako bi se moglo reći da bi se u suštini moglo zaključiti i nešto sasvim obrnuto, a to je da bi tek sada, nakon iskustva u Ustavnom sudu, institutski rad mogao biti još konkretniji, sadržaj-niji i korisniji. Možda bi se čak moglo reći da bi bilo dobro i korisno da svaki onaj koji se bavi, odnosno hoće da se bavi naukom i teorijom, pre toga treba bar neko vreme da provede u sudu, odnosno u praksi i da odatle osmotri kako izgleda život i životna praksa. U tom smislu, ovaj rad i ima za cilj da odgovori na pitanje zbog čega se ipak ne tako retko događa da zakon, teorija i nauka često idu drumom, a život šumom. Ili obrnuto, kako hoćete.⁶ Ovim ne želimo da kažemo kako teorijska znanja nemaju svoj značaj i praktičnu primenu, naprotiv, već želimo da ukažemo na nešto drugo, a to je zakonodavna praksa. Naime, ono što teorijski izgleda kao vrlo dobro, korisno, svrsishodno, adekvatno rešenje, na primer u zakonodavstvu nekih drugih zemalja, uopšte ne mora biti dobro i svrsishodno rešenje u našem, domaćem pravu, jer se opšti socijalni, ekonomski i psihološko-mentalitetski uslovi bitno razlikuju u Srbiji u odnosu na druge zemlje. Tu na primer mislimo na institut „uzbunjivača“, zatim institut „informacija od javnog značaja“, kao i na „tužilačku istragu“, zatim na „sužavanje prava na reviziju“, zatim na sistem izvršitelja, zatim sistem notarijata, ali i na neke druge stvari. Sve to je nešto što je kao teoretska ideja dobro, odnosno to što jedan institut u nekoj zemlji dobro funkcioniše, ne znači da će i u drugoj zemlji, konkretno kod nas, dobro funkcionisati. U pitanju je nešto što možemo nazvati nevolje sa uporednim pravom.⁷

Naravno, kada ocenjujemo ustavnost i zakonitost nekih pravnih akata, onda se može pojaviti pitanje – problem da pojedina rešenja, pojedini zakoni sami po sebi nisu funkcionalni, da su sasvim eksperimentalni, da ne kažemo besmisleni, ali to još uvek ne znači i da su protivustavni i da krše nečija ljudska (ustavna) prava. Jer, nešto, neko zakonsko rešenje, može biti nelogično i nefunkcionalno, ali ipak još uvek ne i protivustavno, iako je to ponekad dosta teško razdvojiti. S druge strane, neretko se pokazuje da je dobro, da je korisno da protekne jedno određeno vreme da bi se zaista u praksi pokazalo šta u jednom zakonu valja, a šta ne valja. Odnosno, kako i na koji način nešto funkcioniše u praksi, te kakvi se problemi tu pojavljuju. U tom je smislu dobro ne brzati sa zaključivanjem da li je nešto zakonito i ustavno ili nije. Ustavni sud se u tom smislu nalazi u jednoj relativno ugodnoj situaciji, uprkos tome što javnost uglavnom očekuje brza rešenja, odnosno brze odgovore na pitanja da li je nešto ustavno ili nije. Sa druge strane, može se pojaviti i jedan sasvim suprotan problem, problem da jedan zakon relativno dugo funkcioniše, relativno dugo se primenjuje u praksi, pa kako onda reći da je taj zakon protivustavan. Kako ga staviti van snage nakon što je nekoliko godina bio u funkciji i bio primenjivan? Nakon

6 Mirko Vasiljević; – Privreda i vladavina prava; – „Pravo i privreda“ br. 4–6/2011. str. 19.

7 Jovan Ćirić; – Nevolje sa uporednim pravom; – „Strani pravni život“, br. 1/2008 str. 7–31.

što je dotični zakon bio primenjen na nekoliko hiljada ljudi? Da li je tu onda veća šteta nego korist ukoliko mi iz Ustavnog suda za neki zakon nakon dužeg vremena kažemo da nije ustavan? Ko će i na koji način nadoknaditi štetu, koja nije samo simbolične prirode, već može biti i vrlo izrazite ekonomske prirode?

Sve ove konstatacije o tome kako su stvarni život i pravo dve različite stvari, kao i pravda i pravo uostalom,⁸ ipak se u najvećoj meri odnose na situacije ustavnih žalbi, situacije koje su najčešće, odnosno situacije sa kojima se Ustavni sud najčešće susreće i koje praktično mogu paralisati rad ovog suda, a o čemu ćemo još govoriti.

Jedan od prvih slučajeva, predmeta sa kojim se pisac ovih redova susreo, bio je slučaj izvesnog advokata koji je pisao ustavnu žalbu zbog povrede njegovog prava na imovinu, a konkretno se radilo o tome da mu je neko ostao dužan čitavih 475 dinara. Naravno, slučaj nije bio komplikovan i mi smo u sudu to relativno lako rešili, žalbu smo odbacili, uz pozivanje na „delo malog značaja”, koje kao takvo ne zaslužuje da se nađe na ustavnom sudu. Ali, da li, zašto, kako i koliko Ustavni sud treba time uopšte da se bavi? Odnosno koliko takve stvari oduzimaju vreme, energiju i troše papir i koliko sve to košta? Drugi karakteristični slučaj, bio je slučaj kada je jedan čovek dobio od „Infostana” opomenu pred utuženje, zbog duga od oko 2.500 dinara, a onda je njegov advokat na tu opomenu podneo ustavnu žalbu. Moja malenkost se najblaže rečeno, začudila, pre svega pitajući se koliko li je advokat naplatio tu svoju uslugu pisanja ustavne žalbe? Jer, prema advokatskoj tarifi, pisanje i podnošenje ustavne žalbe se naplaćuje 90.000 dinara,⁹ ali je gotovo očigledno da ovde zaista nije moglo biti naplaćeno onoliko koliko je to po tarifi. Treći slučaj bio je relativno komplikovaniji: jedna mlada žena je poginula u saobraćajnoj nesreći. Njeni roditelji podneli su tužbu protiv osiguravajućeg društva, a po osnovu člana 200 Zakona o obligacionim odnosima, gde se u prvom stavu, između ostalog, kaže, da će „u slučaju smrti bliskog lica... sud ako nađe da okolnosti slučaja to opravdavaju, dosuditi pravičnu novčanu naknadu, nezavisno od naknade materijalne štete, kao i u njenom odsustvu”. Sud je u prvom stepenu presudio u korist roditelja. Osiguravajuće društvo se žalilo i drugostepeni sud je preinačio presudu i odlučio o zahtevima stranaka, tako što je odbio zahtev roditelja, štaviše obavezao ih je na plaćanje sudskih troškova. U takvim situacijama ima mesta primeni člana 403, stav 2, tačka 2 Zakona o parničnom postupku, gde se kaže da je „revizija uvek dozvoljena ako je drugostepeni sud preinačio presudu i direktno odlučio o zahtevima stranaka”. Advokat koji je zastupao roditelje, nije međutim uložio „reviziju”, već je odmah uložio ustavnu žalbu. Slučaj je dospelo do sudije, potpisnika ovog članka i on se zaista našao u „nebranom grožđu”, jer je morao da odbaci tu ustavnu žalbu iz formalnih

8 Jer, Pravda je u suštini ideološka kategorija koja se drugačije doživljava u socijalizmu, a drugačije u tržišno-liberalnim društvenim uslovima. (Hans Kelzen; – Šta je pravda? – „Pravni život” 12/1995)

9 Možda upravo u toj relativno visokoj tarifi i treba tražiti uzroke i razloge prečestog i olakog ulaganja ustavnih žalbi, jer advokati možda uspevaju da ubede svoje lakoverne klijente da je ustavna žalba, „prava stvar”. U konkretnom slučaju, kao i verovatno u dobrom broju drugih slučajeva, advokati, zbog tržišnih prilika i uslova ne uspevaju da naplate po tarifi 90.000 dinara, ali, tada dolazi do izražaja stav tipa: „daj šta daš”, a to „daj šta daš”, vodi obasipanju Ustavnog suda bezbrojnim, vrlo često i sasvim besmislenim žalbama.

razloga, zato što podnosilac ustavne žalbe, nije pre nje iskoristio sva druga pravna sredstva koja su mu stajala na raspolaganju. Slučaj je nekoliko dana stajao na stolu kod sudije, koji se lomio, pre svega zbog osećaja velike nepravde. Dodatno je bilo i to kako da u obrazloženju odluke o odbacivanju ustavne žalbe, makar na diskretan način ukaže nesrećnim roditeljima da je za sve „kriv advokat”, koji je iz neznanja, a možda i ne samo iz neznanja, uradio nešto što ih je na kraju „skupo koštalo”. Sudija ipak nije to uradio, jer je smatrao da to ipak ne bi bilo kolegijalno i korektno prema dotičnom advokatu, iako je mogao da pretpostavlja i zamišlja razočarenje roditelja i kako ih njihov advokat ubeđuje da je sve to posledica nestručnosti, ispolitiziranosti i korumpiranosti našeg sudstva, a što je česta floskula, kojoj pribegavaju i novinari i advokati, ne samo kod nas, već i u gotovo svim tranzicijskim državama.¹⁰ Uostalom, kako sopstvenom klijentu priznati grešku, ili pak to da je druga strana u pravu?

Jedan nekadašnji, relativno poznat političar, podneo je privatnu krivičnu tužbu protiv drugog političara iz druge stranke zbog krivičnog dela uvrede. Ovo zato što ga je ovaj nepreciziranog datuma u Parlamentu, nepreciziranim rečima i konkludentnim radnjama uvredio. Redovni sud je tu tužbu odbacio, pa je stvar završila kao ustavna žalba, s tim što je podnosilac ustavne žalbe zahtevao da u odlučivanju o ustavnoj žalbi budu izuzete sve one sudije koje su bile izabrane za vreme aktuelnog režima.¹¹ Ako tako rezonuje čovek sa fakultetskom diplomom, a radi se o takvom čoveku, šta tek očekivati od običnih ljudi?

Bivalo je slučajeva da je jedan advokat, samo u jednom danu, podneo preko hiljadu ustavnih žalbi, a pojedina imena podnosilaca ustavnih žalbi često su se ponavljala. Oni su obično podnosili krivične prijave protiv nekih drugih ljudi, bilo svojih komšija, bilo lokalnih funkcionera, pa su onda na kraju podnosili i ustavne žalbe. Dotični su često pisali i prigovore na izbor pojedinih sudija u bilo kom delu Srbije, pa su onda na kraju pisali i ustavne žalbe. Međutim, posebna zanimljivost jeste i to da se kao podnositeljke ustavnih žalbi nikada nisu pojavljivale prostitutke. One su naravno bivale prekršajno kažnjavane, ali nikada nijedna od njih nije podnela ustavnu žalbu zbog toga. To bi mogla biti tema za posebna razmišljanja. Možda su uprkos svemu, to osobe sa nešto višim nivoom morala od onih koji se predstavljaju kao posebno moralne ličnosti. Ili možda nemaju vremena da se bave zaludnim poslom pisanja i ulaganja ustavnih žalbi?

Bizarnih i smešnih stvari koje su dolazile pred Ustavni sud bilo je u proteklom periodu još mnogo: od običnih uvreda, gde su bilo stranka koja je osuđena za uvredu, bilo stranka koja je oslobođena odgovornosti za krivično delo uvrede, na kraju posezale za ustavnom žalbom. Ustavni sud u takvim, kao ni u drugim situacijama ne može da se bavi činjeničnim stanjem, pa je sve to uglavnom odbacivao, ali je čitav rad Ustavnog suda bivao opterećen time, a i to je na jedan posredan način dovelo do banalizacije i trivijalizacije rada ove visoke ustanove. Kuriozitet i vrhunac je bio i u tome što je jedan čovek bio izbačen sa posla, pa onda bezuspešno vodio rad-

10 Monitoring the EU Accession Process: Corruption and Anti-corruption Policy, – Open Society Institute, Budapest, 2002, pp. 620.

11 Time se naravno implicira to da su sudije nestručne i da nisu nezavisne i onda se neretko sa time „maše” u javnosti kod sopstvenih pristalica.

ni spor zato što je u radnoj organizaciji u kojoj je radio, masturbirao pred prisutnim koleginicama. Naravno da se potpisniku ovih redova nametalo pitanje kako i zašto se mi time uopšte bavimo, te da li je i na koji način njemu ovde uskraćeno neko ljudsko pravo?¹² Ali, u situacija kada je drastično redukovana mogućnost ulaganja vanrednih pravnih lekova, bilo u građanskim, bilo u krivičnim stvarima, kao nužna posledica došlo je do toga da se svi oni koji su prosto nezadovoljni ishodom spora koji su vodili, na kraju obrate Ustavnom sudu.¹³ Redovni sudovi, Vrhovni kasacioni, pre svih, oslobođeni su rada na tim predmetima, ali stvar nije rešena, nego je samo preseljena u Ustavni sud.

Sa druge strane, ne može se reći da nije bilo i onih ozbiljnih predmeta – slučajeva, naročito u oblasti privrede, gde je vrednost pojedinih sporova dostizala i milionske iznose, pa se sudija, pisac ovih redova, stalno plašio da mu u moru banalnih i bagatelnih stvari, ne promakne nešto što baš i nije banalno. Drugo, ako mi kao Ustavni sud ne možemo da ulazimo u činjenično stanje, kako da uspešno presudimo neki slučaj, jer, stara izreka kaže: „daj mi činjenice, pa ću ti dati pravo” – *da mihi factum, dabo tibi ius*. No, da bi došli do činjenica, bilo bi potrebno saslušavati stranke i veštace i onda nikad ne bi bilo kraja i tada bi se Ustavni sud potpuno pretvorio u nadrevizijski sud, što mi inače često i kažemo da nismo, u obrazloženjima svojih odluka, obrazloženjima kojima odbacujemo ustavne žalbe. Osim toga, postavlja se i pitanje da li mi možemo da sve one činjenice koje su sudovi u prvom i drugom stepenu već (nedvosmisleno) utvrdili, sada negiramo samo na osnovu „papira”? Odnosno, postavlja se pitanje smemo li mi uopšte da „revidiramo” odluke redovnih sudova? Radi se ovde u suštini o pitanju: kako saopštiti sudovima da su napravili grešku u nekom konkretnom slučaju? Možemo li na primer reći da su sudovi „proizvoljno i arbitrerno primenili pravo”? Zaista, nije li to pomalo „prejaka” formulacija? Mogu li profesionalci iz redovnih sudova da prihvate da im se neko drugi¹⁴ meša u posao? Sve ovo pogotovo ako se ima u vidu da su redovni sudovi imali priliku da uživo vide i komuniciraju sa strankama, sa svedocima i sa veštacima u jednom konkretnom postupku. Ustavni sud stvari sagledava samo kroz papire, a ne i neposredno sa ljudima. To može biti ograničavajuće. Sa druge strane, to može biti i olakšavajuće. Ipak, osnovno pitanje, koje se meni kao „novajliji” u Ustavnom sudu bilo postavilo jeste: „Smem li ja nekome ko je ceo svoj radni vek proveo u sudstvu, da na neki način držim lekcije o tome šta i kako je trebalo presuditi? Da mu kažem da je neki posao odradio, odnosno presudio „proizvoljno i arbitrerno”? Ovo može biti izvor latentnih sukoba između ustavnog i redovnih sudova. To nas naravno dovodi i do pitanja pravne prirode i opšte svrhe i opravdanosti same ustavne žalbe

12 On je naravno tvrdio da mu je povređeno pravo na pravično suđenje, ali to pre svega zato što se pod tim pojmom, pod pravom na pravično suđenje onako kako je ono formulisano u Evropskoj Konvenciji o ljudskim pravima, a i onako kako je ono formulisano u Ustavu Srbije (član 32) može podvesti sve i svašta.

13 E to je ono što smo na početku govorili o razlici između teorije i prakse. Teorijski se može opravdavati to da se ide ka ubrzanju sudskih postupaka i da se ograničava pravo na vanredne pravne lekove, ali to može da zagovara samo onaj koji ne vidi celinu sistema i koji ne vidi kako taj sistem funkcioniše u praksi.

14 A Ustavni sud ipak nije pravi sud, sud u pravom smislu te reči.

kao takve.¹⁵ Zaista se u tom smislu nameće pitanje: postaje li Ustavni sud „žalbeni sud“?¹⁶ Pravno-teorijske dileme u vezi sa ustavnim žalbama mogu biti vrlo brojne i osnovane, iako je jasno da postoje odgovarajući razlozi koji svakako opravdavaju postojanje ustavnih žalbi.

Poseban problem koji se može pojaviti kod ustavnih žalbi, jesu i slučajevi dvostranačkih sporova. U jednom sporu, na primer, učestvuju dve stranke, koje naravno imaju suprotstavljene interese. Redovni sudovi donesu odgovarajuću, kakvu-takvu presudu i jedna strana (stranka) bude zadovoljna time i što je najvažnije ona misli da je sada sve gotovo, ali, avaj... Druga strana (stranka) ulaže ustavnu žalbu i cela stvar se prolongira za još neko vreme, sa neizvesnim završetkom. Često se može ispostaviti da je onaj koji je pobedio, da je on na kraju u stvari ipak izgubio. Što je najvažnije od trenutka kada je redovni sud presudio, a jedna stranka uložila ustavnu žalbu, pa do trenutka kada je Ustavni sud odlučio, može proći nekoliko godina. Dovoljno da se stranka koja je u redovnom postupku „pobedila“, „uljuljka“ u svojoj pobedi, tako da ni ne može naslutiti da ona nije ta koja je pobedila, već da je ona ta koja je u stvari izgubila, odnosno tek će izgubiti. Sve ovo može proizvoditi vrlo velike probleme u privrednim sporovima u kojima je vrednost spora velika, odnosno problem je naročito veliki kada je jedan od aktera tog spora, u međuvremenu bio privatizovan. Zamislimo dakle jednu situaciju: pravno lice „X“, vodi spor sa pravnom licem „Y“. „X“ dobije spor u redovnom sudskom postupku, sudovi presude u njegovu korist, međutim, pravno lice „Y“ podnese ustavnu žalbu, tako da stvar ipak ne bude završena. U međuvremenu, pravno lice „X“ bude otkupljeno, privatizovano, od strane nekog stranog investitora, nekog stranog pravnog, ili fizičkog lica, koje jednostavno bude zavarano time da je sve „čisto“ i da pravno lice „X“ nema nikakvih zaostalih dugovanja ni prema pravnom licu „Y“, niti prema bilo kom drugom. Međutim, ispostavi se da Ustavni sud donese odluku povodom ustavne žalbe „Y“, a sve u korist tog „Y“. I onda naloži pravnom licu „X“, u stvari novom, stranom kupcu, da isplati još neku odgovarajuću sumu novca, dugovanja. Jasno je kakvi se sve problemi ovde mogu pojavljivati, tj. jasno je da čitav sistem ustavnih žalbi može voditi svojevrsnom dezavuisanju, derogiranju osnovnog principa *res iudicata*, jer se kod ustavnih žalbi, u stvari često ispostavlja da ono što je presuđeno, u stvari nije presuđeno, pa se čitav spor uvek vraća na početak i prolongira tako da traje sve duže i duže.

Stvar koja je takođe iznenadila potpisnika ovih redova, jeste i to koliko dugo su trajali pojedini sudski postupci. Vrhunac je bio jedan parnični postupak oko jedne njive u jednom selu na zapadu Srbije. Spor je započeo 1979. godine, a okončan je 2014. godine, odnosno nakon ustavne žalbe 2016. godine. Ima li smisla da posle 35 godina, trajanja jednog postupka, Ustavni sud dodatno razvlači jedan spor za još dve, ili tri godine? Sve to o dužini sudskih postupaka naravno može potvrđivati

15 Vladan Petrov; Uz dilemu o ustavnosudskoj kontroli sudskih odluka u Republici Srbiji; –U zborniku „Policija i pravosudni organi kao garanti slobode i bezbednosti u pravnoj državi – tom 1“ Naučno-stručni skup sa međunarodnim učešćem, Tara, 23–25. maj 2017. izdavači: Kriminalističko-policijska akademija; Pravni fakultet u Kragujevcu; Fondacija „Hans Zajdel“ p. 13.

16 Bosa Nenadić; Ustavni sud Srbije kao „žalbeni sud“, Pravna riječ, no. 10, 2007, p. 18.

stereotype o sporosti srpskog pravosuđa, ali se ipak ovde nameće još jedno drugo pitanje: koliko su njiva na sudske takse, veštačenja i advokate, potrošili učesnici ove parnice, koji inače svi imaju isto prezime, odnosno svi su u međusobnom srodstvu, da bi na kraju došli do te jedne njive oko koje su se sporili. Posebna priča je i u tome što gotovo polovina učesnika tog spora, nije dočekala završetak parnice, ali su zato njihovi naslednici uredno nastavljali da vode parnicu, plaćaju advokate i sudske takse. Treba li uopšte govoriti o medijaciji kao takvoj, ili je to samo jedna teorijska konstrukcija koja nema mnogo veze sa životnom realnošću u kojoj dominira inadzijsko-kverulantski mentalitet čitavog naroda. A možda je krivica i u samim advokatima, koji umesto da upozore svoje klijente koliko će trajati neka parnica, tj. koliko će vremena i para izgubiti, umesto svega toga, oni ih neosnovano ubeđuju kako je pravda na njihovoj strani i kako sigurno dobijaju dotični spor.

Banalnosti i trivijalnosti sa kojima se ovaj sudija Ustavnog suda susretao u svojoj dvogodišnjoj praksi dolazile su do izražaja i u situacijama koje su na prvi pogled delovale veoma ozbiljno. Tako je jedan profesor Univerziteta, drugog profesora u svom udžbeniku, direktno nazvao „gnjidom” i „ljigom”. Ovaj ga je krivično tužio (po privatnoj tužbi) za uvredu i prvi profesor je bio osuđen, a onda je taj prvi profesor podneo ustavnu žalbu, tvrdeći da mu je time prekršeno pravo na slobodu govora. Razvila se povodom toga veoma živa i zanimljiva diskusija na sednici Ustavnog suda sa pozivom na praksu Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu. Tako je pomenut i slučaj „Lepojić protiv Srbije” 13909/05 gde je Sud u Strazburu, napisao da članak koji je bio povod spora jeste sadržao određeni „jak” jezik, ali da on ipak nije bio proizvoljni lični napad i da je bio usredsređen na pitanja od javnog interesa, a ne na privatni život Predsednika opštine, pa je stav Suda u Strazburu da su javne ličnosti, a to će reći pre svega političari, dužni da trpe malo više od običnih ljudi. Ovo je svakako nešto sasvim dobro i pozitivno, čemu nas je „naučio” Sud u Strazburu. Međutim, u konkretnom slučaju, dotični profesori, iako jesu na neki način javne ličnosti, ipak nisu političari. Piscu ovih redova ostao je međutim, gorak utisak tabloidizacije, u stvari banalizacije i trivijalizacije čitavog društvenog života, pa i svega što bi trebalo da karakteriše odgovarajuća učenost i visoki standardi etičnosti i kulture akademskog života.

Slična toj, bila je i priča dvojice (uglednih) beogradskih lekara. Na sastanku kolegijuma, jedan od njih je rekao kako je jedan kolega živi dokaz da čovek ipak nije nastao od majmuna, već od hijene ili beloglavog supa. Naravno, ovaj ga je tužio za uvredu, ali, redovni sud prvog lekara, nije proglasio krivim za krivično delo uvrede, pa se „uvređeni” na kraju žalio Ustavnom sudu koji i nije mogao nikako drugačije, nego da odbaci žalbu. Naravno i ovde se nameće pitanje: ako su nam takvi profesori i lekari, šta možemo da očekujemo od „običnog” sveta. A jedan „običan” advokat iz unutrašnjosti u svojoj ustavnoj žalbi je umesto argumenata za svoju stvar, upotrebio bio sijaset najprostačijih uvreda na račun sudije koja je sudila u redovnom postupku.¹⁷ Možda je to sve slika stanja stvari u društvu, ili onoga što mi ovde kažemo: „život je nešto drugo”.

17 Šta mislite da li je moguće da se tako nešto dogodi u Engleskoj, ili bilo kojoj drugoj zemlji zapadne, razvijene demokratije. Za razvoj demokratije je od ključne važnosti i razvoj političke i svake

Ponekad je bilo na svoj način mučno čitati rukom pisane ustavne žalbe polupismenih ljudi koji su se nalazili u pritvoru, ili na izdržavanju kazne, ali ponekad nije bilo mnogo drugačije čitati ni žalbe pisane od strane učenih advokata, koji su se ponekad trudili da napišu gotovo pesmu u prozi, pozivajući se čas na Aristotela, čas na Hegela, čas na Dučića, čas na Andrića, a jedan je bio pobrkao Đordana Bruna i Galileja i njihove sudbine. Gotovo je bilo pravilo da što je neka žalba napisana pompeznije i obimnije, da je njena šansa na uspeh bila manja. Jedan beogradski advokat je napisao da je njegovu klijentkinju Vrhovni kasacioni sud osudio iako je znao da ona nije izvršila nikakvo krivično delo. Možemo samo da zamišljamo koliko je ta klijentkinja bila zadovoljna kada je pročitala tu žalbu: „Ala im je rekao, sve u lice!”

Sa druge strane, banalnosti i trivijalnosti koje su se u značajnom broju pojavljivale pred Ustavnim sudom, ipak govore da u radu redovnog pravosuđa, uprkos svemu, uprkos širenju fame o korumpiranosti srpskog pravosuđa, njega u stvari nema, tj. da je korupcije znatno manje nego što se o njoj priča. Jer, opštedruštveni, politički i ekonomski značaj najvećeg dela onoga što dođe pred sudove, a ovaj sudija Ustavnog suda ima makar samo letimičan, na neki način statistički uvid u rad srpskog pravosuđa, nije takav da on predstavlja posebno veliki koruptivni izazov. Odnosno, moglo bi se sve to tumačiti i na drugačiji način: možda se sve ono što je značajno, završava pre nego što dotična stvar uopšte dođe do suda.

Prilikom odlučivanja, Ustavni sud je dosledno vodio računa o svojoj, kao i o praksi redovnih sudova u Srbiji, a pre svega, vodio je računa o praksi Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu. Ovo je nesumnjivo važna i pozitivna stvar, jer se tim specifičnim sistemom suđenja na osnovu ranije već presuđenih slučajeva, uspostavlja jednakost – ujednačenost.¹⁸ Takav sistem poštovanja ranije presuđenih stvari, odnosno poštovanja i suđenja na osnovu sudske prakse, obezbeđuje uspostavljanje pravne sigurnosti, kao možda najvažnijeg elementa onoga što nazivamo „vladavina prava”.¹⁹ Ustavni sud je odlučivao na osnovu svojih ranijih odluka, kao i na osnovu odluka ESLJP-a iz Strazbura i to je nema sumnje dobro, ali, ovde se postavljaju neka zanimljiva pitanja. Osim pitanja da li i koliko mi istinski možemo da razumemo, ne samo u jezičkom smislu, celinu jednog slučaja iz Norveške, ili Azerbejdžana i da ga onda primenimo na Srbiju, postavlja se zapravo još jedno pitanje. Da li će u budućnosti pravnicima uopšte biti potrebna znanja iz istorije, sociologije, ekonomije, psihologije, teorije prava, ili će pravnicima biti potreban samo jedan veliki kompjuter, sa velikom bazom podataka, u kojoj će biti smešteni svi relevantni slučajevi. Možda zapravo pravnik uopšte neće ni biti, već će umesto njih odluke donositi kompjuter? Da li treba reći koliko to obezličuje čitavo „odmeravanje pravde” i ukida kreativnost pravnika, te ih svodi na nešto drugo, a ne na pravnike, pravnike koji ponekad, za rad pravde i pravičnosti, možda moraju da postupaju i *contra legem*. Život je u tom smislu zaista nešto drugo, nešto drugo od tog velikog kompjutera sa bazom podataka.

druge kulture i bontona koji jednostavno kaže: „ne, to se ne radi!”

18 O tome videti kod Jelene Čeranić; – Izvori američkog prava; – u zborniku radova „Uvod u pravo SAD”, izdanje Instituta za uporedno pravo, priredio Jovan Ćirić, Beograd, 2008, str. 33–37

19 Gustav Radbruch; Filozofija prava, (prevod sa nemačkog) Beograd, 1980, str. 120–121.

Sistem međutim, a naročito sistem sudske prakse, tj. ranije već presuđenih slučajeva, ne dopušta gotovo nikakvu kreativnost i razmatranje *contra legem*, te se i potpisnik ovih redova suočio sa time da, uprkos njegovoj želji i volji da u pojedinim slučajevima postupa onako kako on smatra da je potrebno i pravično, da je to ipak nemoguće. Ponekad se ispostavljalo da ni najbezazlenije jezičke ispravke nije bilo moguće sprovesti. Na primer, u jednom slučaju, jednoj ženi je bilo dodeljeno starateljstvo nad maloletnim detetom, ali njen bivši muž nikako nije želeo da dozvoli da dete staro nepune dve godine ode da živi kod majke, nije želeo da ispoštuje odluku suda, već je „pristajao” na to da ide u zatvor zbog nepoštovanja odluke suda kojom je dete bilo dodeljeno majci na starateljstvo. Odluku suda faktički nije bilo moguće sprovesti, jer, kada bi se policajci pojavili u očevom selu, čitavo selo se angažovalo na tome da „sakrije” dete, jedanputa kod dede i babe, drugi put kod stričeva i tetaka, treći put kod komšija, četvrti put nekog drugog. Otac nije „bežao” od toga da ide u zatvor,²⁰ ali dete nikako nije odlazilo kod majke na starateljstvo. Naravno da se čovek ovde može zapitati u kakvog će čoveka izrasti to dete sa kojim su se otac i majka i čitavo selo u stvari poigrali (žmurke ili šibicarenja)²¹, međutim, osim toga, ovde se zaista pojavljuje problem koji smo mi ovde nazvali „život je nešto drugo”. Sve je urađeno *lege artis*, po zakonu i po odgovarajućem sudskom postupku, ali sve to ništa ne vredi, kada, iz ovih ili onih razloga, sudsku odluku nije faktički bilo moguće sprovesti u delo. Žena se obratila Ustavnom sudu i mi smo znali da će odluka koju donesemo, biti faktički deklaratornog karaktera. No, nešto drugo je tu meni bilo zasmatalo. U odluci koju smo razmatrali, je u nekoliko navrata stajala rogovatna formulacija „izvršni poverilac”, što je u konkretnom slučaju značilo: majka i „izvršni dužnik”, što je u konkretnom slučaju značilo: otac. To mi je naravno zasmatalo, pa sam postavio pitanje: „a šta je onda predmet izvršenja – dete, zar ne?” Pokušao sam ostale da ubedim da je ipak bolje i svrsishodnije da koristimo termine: otac, majka i dete. Nisam uspeo, možda zato što nisam bio dovoljno ubedljiv, možda zato što su pravnički stil i način razmišljanja tu zaista takvi da se zbog toga i kaže da je „život nešto drugo”. U svakom slučaju, pokazuje se da je sistem neretko jači od pojedinačne želje da se nešto promeni. Ovo važi ne samo kada se radi o sudovima i Ustavnom sudu, već i uopšte. Nisam više siguran – možda je to i bolje, jer garantuje jednu stabilnost i pravnu sigurnost.

Rad Ustavnog suda, a preko njega i rad čitavog srpskog pravosuđa, bio je u dobroj meri pod uticajem i, na neki način pod senkom Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu. Često smo se u obrazloženjima svojih odluka pozivali na odluke Suda u Strazburu, a i kada to nismo direktno činili, indirektno smo mislili o tome „šta bi rekao Strazbur?” Da li je to dobro? I da i ne, ali, veliki broj predstavi protiv Srbije koje su podnete Sudu u Strazburu nas je obavezivao da budemo oprezniji. Po broju predstavi, a to je 1800, Srbija se krajem 2018. nalazila na devetom mestu u Evropi. Posle Rusije, Rumunije, Ukrajine, Turske, Italije, Azerbejdžana, Jermenije i Gruzije.

20 Ali njegov „odlazak u zatvor” nije pomagao da se sprovede odluka suda, a još manje da se poboljša položaj deteta i njegova (ljudska) dečija prava.

21 Jovan Ćirić, Branislava Knežić; – Od žrtve do zločinca; – „Pravni život” br. 9/2017

Statistički podaci o broju podnetih predstavlki građana Srbije Sudu u Strazburu, kao i broj predmeta u kojima je Sud u Strazburu doneo odluku da su aplikantima iz Srbije prekršena neka ljudska prava, ukazuju na dve stvari. Prvo, građani Srbije jesu skloni tome da posežu za „traženjem pravde” u Strazburu što je ili posledica mentaliteta,²² ili vere da će im sud u Strazburu dosuditi veliku odštetu, tj. da će u „Strazburu” zaraditi neke velike pare. Obični ljudi – aplikanti veruju da će im sud u Strazburu dosuditi onoliko koliko obični sudovi u Francuskoj, ili Nemačkoj dosuđuju svojim građanima. Verovatno je to razlog zbog čega i aplikanti iz drugih, siromašnijih istočno-evropskih država tako često podnose predstavke ESLJP-u. Međutim Sud u Strazburu prilagođava svoju sudsku politiku (dodeljivanja odštete) aktuelnoj ekonomskoj situaciji u dotičnoj državi, a kada je reč o Srbiji i srpski sudovi, a pre svega Ustavni sud prilagođava svoju sudsku politiku, naročito u oblasti dosuđivanja odštete praksi koja postoji u „Strazburu”. Ovo dolazi do izražaja naročito u oblasti dosuđivanja odštete za kršenje prava na suđenje u razumnom roku. Tako sa jedne strane Ustavni sud Srbije, nastoji da se približi praksi Suda u Strazburu, a Sud u Strazburu nastoji da se približi srpskoj realnosti.

Sa druge strane, sam broj usvojenih predstavlki, tj. presuda ESLJP-a protiv Srbije, a to je 192 za preko 10 godina,²³ govori o tome da u suštini problem kršenja ljudskih prava u Srbiji i nije baš tako veliki i tako gorući, kako bi se to moglo učiniti ukoliko se čitaju senzacionalistički i ispolitizirani medijski napisi. Jer, u dotičnom periodu sudovi u Srbiji su odlučivali u nekoliko stotina hiljada slučajeva, te se broj usvojenih predmeta u Strazburu može smatrati gotovo kao neka vrsta statističke greške. Ovo pogotovo kada se od ukupnog broja usvojenih predstavlki u Strazburu odbiju predmeti koji se tiču povrede prava na suđenje u razumnom roku, kao i predstavke koje se tiču povrede prava na imovinu, a radilo se o neisplaćenim zaradama radnika društvenih preduzeća u stečaju.

U tom smislu ESLJP konstatuje da je država odgovorna za dugove i obaveze društvenih preduzeća. Pojednostavljeno rečeno, ESLJP ne priznaje „društvenu svojinu”, već nalaže državi da preuzme obaveze društvenih preduzeća, čime Sud u Strazburu preseca „Gordijev čvor” oko toga šta je u stvari društvena svojina i ko je odgovoran za nju. Ove odluke su vrlo značajne u teorijskom, ali, pre svega u praktičnom smislu, no pre svega bi se moglo reći da su takve odluke Suda u Strazburu i sasvim pravedne i ispravne, te ih je i srpsko pravosuđe, a pre svega Ustavni sud preuzelo i počelo da presuđuje onako kako to radi i Sud u Strazburu. U svakom slučaju ovde treba imati u vidu slučajeve „Kačapor protiv Srbije” 2269/06 od 15.01. ali isto tako i „Vlahović protiv Srbije 42619/04; „Crnišanin protiv Srbije 35835/05, „Glišović” 16909/06, zatim „Kin-Stib i Majkić protiv Srbije 12312/05, „Adamović protiv Srbije 41703/06, odnosno „Marinković protiv Srbije” 5353/11.²⁴ Pod uticajem ove

22 Ne možemo a da se ovde ne prisetime da je nekada u našem narodu postojala uzrečica: „žaliću se do Maršalata!” Danas je Strazbur zamenio Maršalat, ali je mentalitet čini se ostao isti. To „žaliću se do Maršalata!”, Matija Bečković je formulisao u rečenici – stihu: „Ćeraćemo se još!” Sve to odslikava kverulantsko-svađalačko-parničarski mentalitet koji bi zasluživao jednu posebnu analizu.

23 Podaci su preuzeti iz službe sudske prakse Ustavnog suda. .

24 O ovim, kao i drugim slučajevima videti u knjizi Marka Sladojevića; – Srbija i Evropski sud za ljudska prava, – Beograd 2017.

prakse Suda u Strazburu i srpski Ustavni sud je uveo „novu” praksu, u čitavom nizu slučajeva presudio da se radnicima društvenih preduzeća od strane države, tj. iz republičkog budžeta isplate sva dugovanja za neisplaćene plate. Ovo je svakako nešto što je pravedno i značajno, a što je u „pravni život” Srbije uvedeno u poslednjih nekoliko godine, zahvaljujući prvenstveno Sudu u Strazburu, ali i Ustavnom sudu Srbije.

Kada je reč o predmetima iz oblasti krivičnog prava, dominirale su tri vrste predmeta: povreda prava na suđenje u razumnom roku; povreda prava na ograničeno trajanje pritvora i povreda načela *ne bis in idem*. Potpisnik ovih redova suočio se bio i sa jednim zanimljivim predmetom, koji je zapravo bio izuzetak u odnosu na ove tri vrste slučajeva – predmeta. Jedan stariji čovek od sedamdeset i nešto više godina je nakon jednog saobraćajnog udesa koji je on izazvao, bio priveden u stanicu policije i tu zadržan 24 sata. Policija je tvrdila da se on ponašao agresivno,²⁵ te da su ga oni zbog toga uhapsili. Stariji gospodin se nakon svega žalio i zbog toga što mu je dok je boravio u policijskom pritvoru bio oduzet slušni aparat,²⁶ čime mu je po njegovom mišljenju bilo prekršeno njegovo ustavno pravo na dostojanstvo ličnosti iz člana 28 Ustava, stav 1, „Postupanje s licem lišenim slobode” gde se kaže da se „prema licu lišenom slobode mora postupati čovečno i s uvažavanjem dostojanstva njegove ličnosti.” Pisac ovih redova zaista je bio mišljenja da je policija neosnovano našem žalioocu oduzela slušni aparat, da ga je na taj način neopravdano maltretirala, ali, ispostavilo se da je podnosilac žalbe „debelo” zakasnio, odnosno prekoračio rok za ulaganje žalbe. Ono što je međutim tu zanimljivo, jeste to da ovaj sudija, pisac ovih redova, nije imao ni jednu drugu priliku da se susretne sa bilo kojom žalbom u kojoj je neko tvrdio da je bio izložen torturi i maltretiranju od strane policije. Ta stvar sama po sebi ipak dosta govori o društvenom stanju i stanju ljudskih prava u Srbiji, u jednom pozitivnom smislu naravno. Zanimljivo je i to da se jedan žalilac bio žalio zbog povrede prava na pravično suđenje, a sve zbog toga što mu je sud u presudi, uz ime i prezime napisao i pogrđni nadimak „Kenja”, no niko se ipak nije žalio da je bio izložen torturi i nečovečnom postupanju.

Kada je reč o načelu *ne bis in idem*, smatra se da jasnije zakonsko razlikovanje prekršaja i krivičnih dela i pre svega bolja saradnja nadležnih državnih organa će dovesti do smanjenja povrede zabrane dvostrukog suđenja u istoj stvari.²⁷ Ovoj konstataciji se naravno ne može ništa ni dodati, ni oduzeti, međutim, u praksi je često ipak drugačije, tako da je najčešće ipak neophodno ući u činjeničnu analizu jednog slučaja, uprkos tome što se kaže kako Ustavni sud ne bi trebalo da se previše bavi činjenicama. Ali, kod slučajeva *ne bis in idem*, to je jednostavno nužno. Tako je na primer u jednom slučaju, osoba A u jednom selu u Srbiji, ispred seoske prodavnice, oko 17 sati tog popodneva, počela da galami, da psuje, vređa i preti svojim ko-

25 Tvrdnja o agresivnosti jednog sedamdesetogodišnjaka, sama po sebi deluje prilično besmisleno, međutim, Ustavni sud nije mogao da ulazi u utvrđivanje činjeničnog stanja, u utvrđivanje da li je stariji gospodin zaista bio i koliko je bio agresivan.

26 Ovde nije bilo dileme o činjeničnom stanju, jer se iz spiska stvari koje je policija oduzela i na kraju vratila, nedvosmisleno moglo utvrditi da je žalioocu zaista bio oduzet slušni aparat.

27 Dragana Kolarić; Saša Marković; – Načelo *ne bis in idem* u praksi Ustavnog suda Srbije i Evropskog suda za ljudska prava; – „Srpska politička misao” – 2/2017, str. 263–280.

mšijama, osobama B i C. Osim toga, osoba A je i prevrtala gajbice sa pivom, razbivši nekoliko flaša. Stvar se ipak nekako na tome završila i svi su otišli svojim kućama, ali je nekih sat, sat ipo nakon toga, osoba A izašla iz svoje kuće, isto kao i osobe B i C. Sve troje stajali su ispred kapija svojih kuća i svađe, pretnje i psovke su se nastavile, ali je onda osoba A ovoga puta zatvorenom šakom, tj. pesnicom, udarila osobu B po licu i nanela mu odgovarajuće povrede, oguljotine.²⁸ Protiv osobe A je nakon toga, najpre bio pokrenut prekršajni postupak zbog remećenja javnog reda i mira ispred prodavnice i on je zbog toga bio prekršajno osuđen. Nakon toga, pokrenut je i krivični postupak po privatnoj tužbi zbog nanošenja telesne povrede i on je i zbog toga, odnosno po tom osnovu krivično osuđen.²⁹ Stvar je na kraju dospela do Ustavnog suda i u ustavnoj žalbi se insistiralo na tome da je osobi A bilo povređeno pravo na zabranu dvostrukog kažnjavanja – *ne bis in idem*. Do svega toga verovatno ne bi došlo da je između prekršajnog i krivičnog suda bilo više koordinacije, kako to ističu autori citirani u jednoj od prethodnih fusnota,³⁰ ali, kada je do toga već došlo, onda se bilo postavilo pitanje: kako razrešiti čitavu stvar? Da li je bilo povrede načela *ne bis in idem*, ili nije? Potpisnik ovih redova naravno zna kako je on lično tu situaciju video i razrešio, ali svaki onaj ko bude čitao ovaj tekst, imaće verovatno neko svoje viđenje stvari i odgovor na pitanje koje nam se bilo postavilo – da li se ovde radi o jednom ili o dva slučaja? Teorija ovde možda i ne pomaže toliko mnogo, jer, život je nešto drugo.

Ono što se takođe relativno često pojavljivalo pred Ustavnim sudom, bili su i pritvorski predmeti, tj. pitanje predugog trajanja pritvora, odnosno pitanje da li je nekome zbog predugog trajanja pritvora bilo prekršeno pravo na ograničeno trajanje pritvora iz člana 31 Ustava. Karakterističan je bio slučaj izvesnog učinioca krivičnog dela razbojništva koji se žalio na to da su mu sudovi kršili pravo na ograničeno trajanje pritvora. On je pre nego što je optužen za to krivično delo, ranije već bio četiri puta osuđivan za neka druga istovrsna krivična dela razbojništva. Za ovo konkretno delo, optuženi je, čekajući na pravosnažnu presudu, u pritvoru proveo šest godina, da bi na kraju bio osuđen na osam godina zatvora. U svojoj ustavnoj žalbi, on je bio napisao da su mu sudovi u više navrata, donoseći rešenja o produženju pritvora navodili kako, ako bi dotični bio pušten na slobodu postojala bi opasnost da će ponoviti krivično delo razbojništva. Žalilac, odnosno njegov advokat, isticao je da su sudovi, ne udubljujući se previše u slučaj, koristili stereotipne formulacije. Šta reći o svemu? Sa jedne strane, postojala je, odnosno postoji opasnost da će dotični ponoviti razbojništvo u svakom trenutku kada izađe sa izdržavanja kazne, ali sa druge strane, postavlja se pitanje: zar pravo uopšte, uvek ne operiše stereotipnim formulacijama? Zar jezik prava nije sam po sebi stereotipan? Šta drugo sud u svojim rešenjima o produženju pritvora može da napiše? Insistiranje na jasnim obrazloženjima rešenja ili presuda, što je nešto što i Sud u Strazburu i Ustavni sud često ističu u prvi plan, moglo bi, s druge strane, voditi gomilanju reči i fraza, koje u stvari ne govore mnogo, ili gotovo ništa. Dužina obrazloženja ne mora značiti

28 Za našu priču ovde nije od značaja da li je reč o teškoj ili lakoj telesnoj povredi.

29 Takođe nije važno o kakvoj osudi se radi, tj. kakva mu je sankcija bila izrečena.

30 Dragana Kolarić; Saša Marković; – *op. cit.*

da je to obrazloženje samo po sebi bolje, kvalitetnije, ubedljivije. Naprotiv, ponekad je bolje i ubedljivije kada se nešto kaže kratko i u malo reči, a svaki put kada pisac insistira na dužini, to onda može pobuđivati sumnju da stvari i ne stoje baš tako nedvosmisleno. Jezik prava, na žalost pisca ovih redova, ne trpi razbarušenost i „pesničku slobodu”, a insistiranje na obrazloženjima može voditi upravo tome: toj razbarušenosti i pesničkoj slobodi.

Suđenje u razumnom roku je takođe bila stvar koja se relativno često pojavljivala u radu Ustavnog suda, ne samo kako kada je reč o krivičnim, već i kada se radi o svim drugim predmetima. Međutim, pitanje koje se ovde nameće jeste i: da li su i koliko su krivi sami sudovi za kašnjenja i dugo trajanje suđenja.³¹ Čini se da ipak ne. Naime, u ne malom broju slučajeva događalo se da se jedno ročište odlagalo i zbog toga što nije bilo slobodnih vozila, ili slobodnih čuvara koji bi priveli iz pritvora optuženog u sud. Ovo deluje kao sasvim bizarna i profana stvar, ali, jeste životna realnost koja je imala svog značajnijeg uticaja na tok jednog sudskog postupka i njegovo odugovlačenje. Treba li Ustavni sud i o tome da razmišlja kada odlučuje o tome da li je nekome povređeno pravo na suđenje u razumnom roku? Takođe se, kao čest razlog za odlaganje suđenja,³² pojavljuju i neke druge bizarne i profane stvari. Jedna od takvih stvari jeste i štrajk advokata, ali, bivalo je slučajeva kada je i štrajk zaposlenih, tj. pomoćnog osoblja u sudu, takođe izazivao zastoje u suđenjima. Lažne dojave o podmetnutim bombama u sudovima, koje su jedno vreme bile vrlo aktuelne, a koje su sada ipak, na svu sreću, znatno ređe, takođe su bile razlog za odlaganje suđenja. Tu su i zakašnjenja u nalazima i izveštajima veštaka, ali i to kada se svedoci ne odazovu na poziv suda, što takođe može dovoditi do odugovlačenja jednog sudskog postupka. U vezi sa tim treba reći da nije bez životnog osnova stav pojedinih advokata da idu na odugovlačenje jednog krivičnog postupka. Jer, u praksi se najčešće dogodi to da osoba X bude uhapšena zbog nekog krivičnog dela, pa to medijski bude vrlo ispraćeno i vrlo mnogo komentarisano u tom smislu da krivica dotičnog bude prejudicirana. Kasnije međutim, kada prođe određeno vreme, čitava stvar i medijske strasti se stišaju i sudovi onda mogu da sude sasvim mirno i trezveno.³³ Pokazuje se da odugovlačenje jednog postupka i suđenje preko svakog razumnog roka, najčešće ide u prilog onome kome se sudi. Kada ovo kažemo, mi prvenstveno mislimo na tzv. ekonomski kriminalitet, odnosno na one koji su bili optuženi da su učinili krivično delo na primer zloupotrebe službenog položaja, ali su nakon određenog vremena ipak bili oslobođeni odgovornosti od optužbi za to delo. A oslobođeni su odgovornosti zato što su pronađeni neki novi dokazi koji idu u njihovu korist, zato što se pokazalo da dokazi koji su bili protiv njih i nisu bili baš

31 Nije sporno da država i opšti državni sistem jesu krivi, pre svega zato što nisu ažurirani spiskovi stanara, zato što nije obezbeđeno adekvatno pozivanje svedoka, zato što se svedoci često ne odazivaju na sudske pozive, ali za sve to su ponajmanje krivi sami sudovi.

32 A ročište kada se jedanput odloži, onda to izaziva znatno zakašnjenje i u tom i u drugim predmetima – slučajevima. Otprilike kao na nekom prometnom aerodromu kada jedan avion zakasni, onda to poremeti redovne letove, redovni tok stvari svih drugih aviona, koji čekaju na svoje poletanje.

33 Jovan Ćirić; – Pravosuđe i mediji; – u zborniku radova: „Kriminalitet u tranziciji: fenomenologija, prevencija i državna reakcija” izdanje Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja”, Beograd, 2007.

tako jaki, zato što su se u međuvremenu strasti jednostavno stišale. Da postupak nije trajao tako dugo, da nije došlo do prekoračenja suđenja u razumnom roku, da im je brzo bilo suđeno, oni bi u najvećem broju slučajeva bili oglašeni krivim. Pokazuje se da pravičnost i brzina sudskog postupka stoje u obrnutoj proporciji. Što su postupci brži, to je veća šansa da budu nepravičniji i obrnuto – što su postupci duži, to je manja šansa da budu nepravični. U svakom slučaju, neko je imao koristi od toga što postupak nije bio baš mnogo brz, ali je jednim delom upravo zbog toga on bio oslobođen od odgovornosti, – da li sad treba da bude i dodatno povlašćen – „nagrađen” time što će mu biti isplaćena i određena (novčana) naknada za kršenje prava na suđenje u razumnom roku?

UMESTO ZAKLJUČKA

Ukoliko bismo na kraju u nekoliko rečenica pokušali da rezimiramo opšti utisak iz ovog dvogodišnjeg iskustva sudije Ustavnog suda, onda bismo najpre morali da ukažemo na izuzetno veliki broj ustavnih žalbi a što parališe rad Ustavnog suda. Taj veliki broj ustavnih žalbi posledica je tri stvari. Najpre, u poslednjih nekoliko godina vrlo je smanjena, ograničena mogućnost ulaganja vanrednih pravnih lekova, tako da se građani i njihovi advokati danas u sve većoj meri prebacuju sa vanrednih pravnih lekova na ustavne žalbe. Zatim, krivica je i do samih advokata. Oni podstiču svoje klijente na ulaganje često sasvim besmislenih ustavnih žalbi, podstičući kod njih nerealna očekivanja da će im jedna ustavna žalba razrešiti sve njihove pravne probleme sa kojima se suočavaju. Advokati naravno imaju znatne ekonomske koristi od velikog ulaganja ustavnih žalbi, jer kako drugačije objasniti činjenicu da je bivalo slučajeva da je u samo jednom danu jedan advokat uložio preko hiljadu ustavnih žalbi. Stiče se u tom smislu ponekad utisak da ustavne žalbe ne služe toliko građanima za zaštitu njihovih ustavnih, ljudskih prava, već pre svega advokatima. I na kraju, tu je i iracionalan, kverulantsko-parničarski mentalitet našeg naroda koji uglavnom nije spreman da svoje pravne i uopšte životne probleme rešava vanskudskim putem, putem medijacije ili na neki drugi sličan način.

Posledica tako velikog broja ustavnih žalbi jeste dominacija bizarno-banalnih stvari kojima su se redovni sudovi, pa na kraju i sam Ustavni sud bavili. Sve to međutim na svoj način govori u prilog nezavisnosti, nepolitičnosti i nekorumpiranosti sudija i sudstva, uprkos tome što se u široj političkoj i medijskoj javnosti često moglo čuti nešto sasvim suprotno. To naravno ne znači da nije bilo i suprotnih slučajeva i primera koji su imali znatniju političku i ekonomsku težinu, ali, jednostavno rečeno, priče o korumpiranosti i ispolitiziranosti domaćeg sudstva nisu tačne, a što na svoj način potvrđuje i podatak o relativno malom broju usvojenih predstevki građana Srbije pred Evropskim sudom za ljudska prava u Strazburu. Jer, da nije tako, da je sudstvo u Srbiji korumpirano i ispolitizirano, kako ponekad u laičkoj i političkoj javnosti može da se čuje, onda bi to mogao da posvedoči upravo Sud u Strazburu. Egzakti, statistički podaci to međutim ne potkrepljuju, pogotovu kada se od broja usvojenih predstevki iz Srbije od 2006. do 2018. a to je svega 192,³⁴

34 Za tih 12 godina u Srbiji je što u krivici, što u parnici, što kada je reč o upravnim sporovima, što kada je reč o prekršajnim predmetima, rešavano u nekoliko stotina hiljada slučajeva, tako da je taj broj od 192 u stvari jedna statistička greška, izuzetak koji potvrđuje pravilo da sudovi u Srbiji

oduzmu predmeti koji su se ticali isplate plata radnicima zaposlenim u društvenim preduzećima, kao i onima kojima je predugo suđeno, kojima je povređeno pravo na suđenje u razumnom roku.

Na osnovu dvogodišnjeg uvida u životnu praksu i životnu realnost, pre svega sa osmatračnice Ustavnog suda, ovaj sudija, tj. pisac ovih redova, može zaista da potvrdi da su sudski postupci u Srbiji vrlo često trajali nerazumno dugo, što svakako jeste opštedruštveni problem. Zbog toga je u naš pravni sistem maja 2015. i uveden Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, ali, jasno je da ni taj zakon sam po sebi, ne može da uradi mnogo, jer kako u samo 37 članova, regulisati jednu takvu problematiku. Probleme u vezi sa predugim trajanjem sudskih postupaka, nisu u stanju da razreše ni redovni sudovi, pa još manje sam Ustavni sud. To što neko suđenje traje predugo, posledica je ili toga da se stranke, odnosno svedoci ne odazivaju na pozive sudova, ili posledica nekih drugih vidova svojevrstne zloupotrebe prava, naročito procesnih prava, kojima pribegavaju stranke ili njihovi advokati, a ponekad je posledica i nekih opštih ekonomskih prilika u društvu, kao što je ono o nedovoljnom broju stražara i vozila kojima bi optuženi bili privedeni u sud na suđenje. Ovo možda na najrečitiji način potvrđuje ono što smo u naslovu ovog rada istakli: život je nešto drugo. Očekivati da pravo uopšte, jedan zakon, ili jedan sud, pa makar to bio i Ustavni sud, promene društvene i ekonomske prilike i da učine da se uspostavi ono što nazivamo „vladavina prava” ili „pravna država”, iluzorno je. To je nešto čega je pisac ovih redova bio svestan i pre nego što je postao sudija Ustavnog suda, ali je sada, nakon dvogodišnjeg iskustva u tom sudu, u to potpuno ubeđen.

LITERATURA

- Ćeranić Jelena; – Izvori američkog prava; – u zborniku radova „Uvod u pravo SAD”, izdanje Instituta za uporedno pravo, priredio Jovan Ćirić, Beograd, 2008.
- Ćirić Jovan; – Constitutional complaints in Serbia – the big numbers problem; in „Ustavne sudništvo – izazovi i perspektive – Zbornik prispevkov z mednarodnej konferencie pri priležitosti 25.vyročia Ustavneho sudu Slovenskej republiky konanej 11. aprila 2018. V Košicah; Košice 2018.
- Ćirić Jovan, Knežić Branislava; – Od žrtve do zločinca; – „Pravni život” br. 9/2017.
- Ćirić Jovan; – Nevolje sa uporednim pravom; – „Strani pravni život”, br. 1/2008.
- Ćirić Jovan; – Pravosuđe i mediji; – u zborniku radova: „Kriminalitet u tranziciji: fenomenologija, prevencija i državna reakcija” izdanje Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja”, Beograd, 2007.
- Kelzen Hans; – Šta je pravda? – „Pravni život” 12/1995.
- Kolarić Dragana; Marković Saša; – Načelo ne bis in idem u praksi Ustavnog suda Srbije i Evropskog suda za ljudska prava; – „Srpska politička misao” – 2/2017.
- Nenadić Bosa; Ustavni sud Srbije kao „žalbeni sud”, Pravna riječ no.10 2007.
- Petrov Vladan; Uz dilemu o ustavnosudskoj kontroli sudskih odluka u Republici Srbiji; – U zborniku „Policija i pravosudni organi kao garant slobode i bezbednosti u pravnoj dr-

nisu kršili ljudska prava. Tome je svakako u jednoj određenoj meri doprineo i Ustavni sud, kao neka vrsta poslednje brane pre nego što pojedini slučajevi dospeju do Suda u Strazburu.

žavi – tom 1” Naučno-stručni skup sa međunarodnim učešćem, Tara, 23–25. maj 2017. izdavači: Kriminalističko-policijska akademija; Pravni fakultet u Kragujevcu; Fondacija „Hans Zajdel”.

Radbruch Gustav; *Filozofija prava*, (prevod sa nemačkog) Beograd, 1980.

Sladojević Marko; – Srbija i Evropski sud za ljudska prava, – Beograd 2017.

Vasiljević Mirko; – Privreda i vladavina prava; – „Pravo i privreda” br. 4–6/2011.

***Monitoring the EU Accession Process: Corruption and Anti-corruption Policy, – Open Society Institute, Budapest, 2002.

Jovan Ćirić

Constitutional court of Serbia

ONE LOOK FROM THE CONSTITUTIONAL COURT – THE LIFE IS SOMETHING ELSE

SUMMARY

The author of this text is a judge of the Serbian Constitutional Court in last two years. Before that he used to be a scientific worker in the Institute for the criminological and sociological researches and in the Institute of comparative law. So, the question is does the experience from the scientific work helped to the new judge in his everyday judge's work. Jovan Ćirić says that now, after the experience in the Constitutional court, his work in the science could be more rich and fruitful. In one word the theory is one thing and the life is something else. In that sense, the author of this text presents statistical data about the work in the Constitutional court, first of all the number of constitutional complaints. That number is really big and the author tries to answer why it is so. He thinks that it is because the people has no enough space for the appealing in the extra-ordinary proceeding and in that sense the constitutional complaint becomes some kind of the extra-ordinary appeal. He also thinks that the mentality of citizens plays significant role in the big number of constitutional complaints. People like to go to the court and to litigate without finding some other peaceful solution for their problems. That is one of the reason why trial last long in Serbia. The author also says that the number of appeals coming from Serbia in front of the European Court for Human Rights is big, but the number of those who were accepted, the number of the cases in which the European Court from Strasbourg said the that the human rights of the citizens from Serbia were violated, that number was nor so big, precisely said 192 for 12 years. In that period several hundred thousand cases were resolved in Serbia and in only 192 ECHR found that someone's human rights were violated. Those data confirm that courts in Serbia including Constitutional court worked on a regular way and that we can not talk about the political influence on the judiciary in Serbia and about the corruption among judges.

Key words: scientific work, theory and practice, Constitutional court, constitutional complaints, statistical data, European Court for Human Rights.

NEKI PROBLEMI ODMERAVANJA KAZNE ZA KRIVIČNA DELA U STICAJU

Apstrakt: Problematika odmeravanja kazne za sticaj krivičnih dela veoma je značajna kako sa teorijskog tako i sa praktičnog stanovišta. Rešenja koja po tom pitanju sadrži Krivični zakonik Srbije sa teorijskog gledišta su sasvim prihvatljiva i do sada su široko primenjivana u praksi naših sudova. Ipak, na neka pitanja koja su se pojavila posle donošenja Krivičnog zakonika, uvođenja novog sistema kazni i izmene opštih zakonskih okvira pojedinih kazni nisu ni do danas, 13 godina po donošenju Krivičnog zakonika, dati adekvatni odgovori, pa se u nekim slučajevima još uvek pojavljuju izvesne dileme. Najveći broj problema pojavljuje se kada je u pitanju kazna zatvora u trajanju od 30 do 40 godina, zatim novčana kazna i različiti načini njenog odmeravanja i izricanja, kao i nove kazne u našem krivičnom zakonodavstvu, rad u javnom interesu i oduzimanje vozačke dozvole.

Gljučne reči: odmeravanje kazne, sticaj, jedinstvena kazna, zatvor, novčana kazna, rad u javnom interesu, oduzimanje vozačke dozvole.

UVOD

Problematika sticaja od velikog je značaja kako u teoriji krivičnog prava, tako i u praksi sudova. Teorijski problemi najvećim delom se odnose na određivanje pojma i vrsta sticaja, odnosno na preciziranje u kojim će se situacijama smatrati da postoji jedinstveno krivično delo, a kada sticaj više krivičnih dela.¹ Ovo pitanje ima i značajne praktične aspekte, jer za učinioca nije nevažno da li će mu se suditi za jedno ili više krivičnih dela.²

Ako se učiniocu sudi za više učinjenih krivičnih dela, onda do izražaja dolazi problematika odmeravanja kazne za sticaj krivičnih dela, odnosno primene posebnih pravila koja se primenjuju u takvim situacijama. O ovom problemu u teoriji krivičnog prava postoje različita shvatanja, a u uporednom krivičnom zakonodavstvu različita rešenja.³ Pri tome je nesporno da pošto se učiniocu za sva učinjena krivična dela zajedno sudi (što je uglavnom opšteprihvaćeno u krivičnom procesnom pravu) da mu se za sva krivična dela za koja se utvrdi njegova krivica izrekne jedna jedinstvena kazna. Međutim, tada nastaje problem kako doći do te jedinstvene kazne s obzirom da krivično zakonodavstvo propisuje za svako krivično delo posebnu kaznu.

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

1 Stojanović Z: *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 217.

2 Mrvić – Petrović N: *Krivično pravo, opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Službeni glasnik, Beograd, 2014, str. 218.

3 vidi: Čorović E: *Sistem krivičnih sankcija Republike Srbije*, Državni univerzitet u Novom Pazaru, Novi Pazar, 2015, str. 162.

Postoje uglavnom dva načina na koja se ovo pitanje rešava. Prvi je da se za sva učinjena krivična dela izrekne jedna kazna odmerena neposredno za sva krivična dela uzeta kao celinu, a drugi da se najpre utvrdi kazna za svako učinjeno krivično delo, a zatim da se na osnovu tako utvrđenih kazni odmeri jedinstvena kazna za sva krivična dela u sticaju.

Prvi način, da se jedinstvena kazna za sva krivična dela u sticaju odmeri neposredno uzimajući u obzir sva učinjena krivična dela, ima prednosti utoliko što sud pri njenom odmeravanju ima u vidu celinu kriminalnog ponašanja lica kome se sudi i prema tome odmerava kaznu koja odgovara za taj slučaj. Nedostatak ovog načina je u tome što se kod ovako odmerene kazne ne zna kolika je kazna za koje od učinjenih krivičnih dela, te ako iz nekog od mogućih razloga kasnije otpadne odgovornost za neko od krivičnih dela u sticaju za koja je izrečena jedinstvena kazna (na primer, u slučaju vanrednog pravnog leka, ponavljanja postupka, amnestije ili pomilovanja) ne zna se za koliko treba umanjiti izrečenu jedinstvenu kaznu. Problem je kod ovog načina odmeravanja jedinstvene kazne i koju vrstu kazne i u kom okviru u ovakvom slučaju treba izreći i kako to uskladiti sa zakonom propisanim kaznama za svako od učinjenih krivičnih dela. Za rešavanje ovog problema u teoriji i zakonodavstvu postoje tri rešenja: da se za sva krivična dela u sticaju odmeri jedinstvena kazna u okvirima propisane kazne za najteže od učinjenih krivičnih dela, da se kazna odmeri u okviru propisane kazne za najteže krivično delo, ali da se u tom slučaju taj maksimum propisane kazne može povisiti za određeni procenat (na primer do 50%), i da sud u ovakvom slučaju može izreći i težu vrstu kazne od onih koje su propisane za svako učinjeno krivično delo pojedinačno.⁴

Drugi način, da se najpre utvrdi kazna za svako učinjeno krivično delo, a onda na osnovu njih odmeri jedinstvena kazna za sva učinjena krivična dela u sticaju ima tu prednost što se pored odmerene jedinstvene kazne koja će biti izrečena zna i odmerena kazna za svako učinjeno krivično delo i vidi kako se do jedinstvene kazne došlo. Ovaj način, međutim, otvara pitanje kako na osnovu pojedinačno utvrđenih kazni doći do jedinstvene kazne, pa su u tom smislu u teoriji i zakonodavstvu poznata tri sistema. Prvi je tzv. sistem kumulacije, po kome se do jedinstvene kazne dolazi sabiranjem pojedinačno utvrđenih kazni. Nedostatak ovog sistema kod kazni lišenja slobode jeste neograničena mogućnost sabiranja kazni i ograničenost čovekovog života. Osim toga svaka dodata godina lišenja slobode sve teže pogađa osuđenog, pa tako prvih, recimo, pet godina zatvora nemaju istu težinu kao pet godina posle već odležanih deset godina zatvora. Drugi je sistem apsorpcije, po kome se učiniocu najteža pojedinačno utvrđena kazna izriče kao odmerena kazna za sva krivična dela u sticaju jer ona u sebi apsorbuje sve ostale utvrđene lakše kazne. Njegov je nedostatak što pri ovakvom odmeravanju jedinstvene kazne učinilac u stvari ostaje bez kazne za sva ostala učinjena krivična dela izuzimajući najteže. Po trećem sistemu, sistemu asperacije, do jedinstvene kazne se dolazi tako što se najteža od pojedinačno utvrđenih kazni pooštrava s obzirom na ostale pojedinačno odmerene kazne, ali ne toliko da dostigne zbir svih pojedinačnih kazni. Na taj način odmerena

4 *Komentar Krivičnog zakona Savezne Republike Jugoslavije* (grupa autora), izd. „Savremena administracija”, Beograd, 1995, str. 242.

jedinstvena kazna mora biti teža od najteže pojedinačne kazne, ali manja od zbira kazni utvrđenih za svako pojedino krivično delo. Ovim sistemom na izvestan način se izbegavaju nedostaci prethodno navedenih sistema.⁵

U našem krivičnom zakonodavstvu prihvaćena su oba načina odmeravanja kazne za krivična dela u sticaju, a kod drugog načina (jedinstvena kazna na bazi pojedinačno odmerenih kazni) i sva tri pomenuta sistema (kumulacije, apsorpcije i asperacije).⁶ Tako se odmeravanje jedinstvene kazne za sva krivična dela u sticaju bez prethodnog utvrđivanja kazne za svako pojedinačno krivično delo primenjuje kod odmeravanja kazne maloletničkog zatvora za krivična dela u sticaju, jer Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica iz 2005. godine kojim je regulisana primena krivičnih sankcija prema maloletnicima predviđa rešenje prema kome se kazna maloletničkog zatvora za krivična dela u sticaju odmerava neposredno za sva krivična dela bez prethodnog odmeravanja kazne za svako pojedinačno.⁷ U svim ostalim slučajevima jedinstvena kazna za krivična dela u sticaju odmerava se na osnovu prethodno utvrđenih kazni za svako pojedino krivično delo. Pri tome se koriste sva tri pomenuta sistema.⁸ Kad je u pitanju novčana, kazna primenjuje se sistem kumulacije po kome se novčane kazne sabiraju u jedinstvenu novčanu kaznu. Ako je za neko od dela u sticaju utvrđena kazna zatvora u trajanju od 30 do 40 godina,⁹ u primeni je sistem apsorpcije, jer kazna zatvora u trajanju od 30 do 40 godina odmerena za neko od krivičnih dela u sticaju apsorbuje ostale pojedinačno utvrđene kazne. Kod svih ostalih pojedinačno utvrđenih kazni zatvora primenjuje se sistem asperacije, s tim što jedinstvena kazna zatvora odmerena po sistemu asperacije ne sme preći opšti zakonski maksimum ove kazne, odnosno dvadeset godina.¹⁰

1. ODMERAVANJE KAZNE ZATVORA ZA KRIVIČNA DELA U STICAJU

Član 60. Krivičnog zakonika koji govori o odmeravanju kazne za sticaj krivičnih dela predviđa da će sud, „ako je za neko od krivičnih dela u sticaju utvrdio kaznu zatvora od trideset do četrdeset godina, izreći samo tu kaznu” (član 60, stav 2, tačka 1. KZ). Na ovaj način je u ovakvom slučaju uveden pomenuti princip apsorpcije. To praktično znači da sud, ako je utvrdio za jedno delo u sticaju, kaznu od 30

5 Stojanović Z: *Krivično pravo, opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Pravna knjiga, Beograd, 2013, str. 332.

6 Đorđević M, Đorđević Đ: *Krivično pravo sa osnovama privrednoprestupnog i prekršajnog prava*, Projuris, Beograd, 2017, str. 94.

7 Jovašević D: *Krivično pravo, opšti deo*, Nomos, Beograd, 2010, str. 240.

8 Stojanović Z: *Krivično pravo, opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Pravna knjiga, Beograd, 2013, str. 332.

9 Nacrt Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika od 22.4.2019. (u daljem tekstu Nacrt) predviđa uvođenje kazne doživotnog zatvora umesto kazne zatvora od 30 do 40 godina, dostupno na www.mpravde.gov.rs pregledano 23.4.2019.

10 U jednom kratkom vremenskom periodu, posle izmena i dopuna Osnovnog Krivičnog zakona iz 2003. godine, a pre stupanja na snagu Krivičnog zakonika iz 2005. jedinstvena kazna zatvora za krivična dela u sticaju mogla je preći zakonski maksimum te kazne.

do 40 godina (bez obzira na njenu dužinu), ne može ni za sticaj izreći veću kaznu, bez obzira na utvrđene kazne za ostala krivična dela u sticaju. U tom smislu i odluke Vrhovnog suda Srbije i Okružnog suda u Somboru u kojima je sud, pošto je optuženom utvrdio kaznu zatvora u trajanju od 30 godina, a zadržavajući ranije izrečene kazne zatvora od tri godine i jedne godine kao pravilno utvrđene, osudio optuženog na jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju od 30 godina, shodno odredbi člana 60. stav 2. tačka 1. KZ.¹¹ Do primene principa apsorpcije može doći i u slučajevima tzv. nužne apsorpcije,¹² kada sud dođe u situaciju da treba da spoji dve kazne tako što je jedna kazna utvrđena u trajanju dužem od šest meseci, a druga u trajanju do jednog meseca, pa primenom odredbe člana 45, stav 1. KZ, koja određuje da se kazna zatvora izriče na pune godine i mesece, a do šest meseci i na dane, sud praktično ne može da primeni princip asperacija i da povisi kaznu od šest meseci zatvora.¹³ Isto su postupili i Okružni suda u Beogradu odnosno Opštinski sud u Lazarevcu kada su svojim odlukama okrivljenom spojili kazne i to: kaznu od 1 godine zatvora i kaznu od 30 dana zatvora i izrekli mu jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju od 1 godine.¹⁴

Primena principa asperacije određena je članom 60, stavom 2, tačka 2. KZ. Ova odredba predviđa da će sud, ako je za krivična dela u sticaju utvrdio kazne zatvora, povisiti najtežu utvrđenu kaznu, s tim da jedinstvena kazna ne sme dostići zbir utvrđenih kazni, niti preći dvadeset godina zatvora. Međutim, KZ ne sadrži detaljnija pravila na osnovu kojih će se sud opredeljavati za konkretnu jedinstvenu kaznu u relativno širokom rasponu između najteže od utvrđenih kazni i zbira utvrđenih kazni s obzirom da se u tu svrhu ne može koristiti već korišćenim olakšavajućim i otežavajućim okolnostima koje karakterišu učinjena krivična dela, već bi morao da ima u vidu srodnost učinjenih krivičnih dela, vrstu sticaja i sl.¹⁵

Ovakva odredba ima za posledicu i to da se kazna zatvora od 30 do 40 godina može izreći samo ako je učinjeno neko od krivičnih dela za koje je ta kazna propisana,¹⁶ a ne može se izreći ni za veliki broj učinjenih drugih teških dela koja posmatrana u njihovoj ukupnosti mogu da imaju mnogo veću težinu od jednog krivičnog dela teškog ubistva (na primer, za jedno krivično delo ubistva iz kori-

-
- 11 Presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. 113/06 od 13. marta 2006. i presuda Okružnog suda u Somboru K. 54/05 od 13. oktobra 2005. godine – Bilten Okružnog suda u Beogradu, br. 72/2006, Intermeks, Beograd, dostupno na www.propisionline.com pregledano 15.4.2019.
 - 12 Lazarević Lj: *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Savremena administracija, Beograd, 2006, str. 217.
 - 13 Presuda Apelacionog suda u Beogradu Kž1. 382/15 od 27. maja 2015. i presuda Višeg suda u Beogradu K. 1241/11, Kv. 1208/15 od 16. aprila 2015. godine – Iz Biltena Višeg suda u Beogradu, broj 87/2016, Intermeks, Beograd, priredili: sudija Aleksandar Stepanović, sudija Aleksandar Trešnjev, samostalni savetnik Bojana Stanković, dostupno na www.propisionline.com pregledano 15.4.2019.
 - 14 Presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 836/09 od 31. marta 2009. godine i presuda Opštinskog suda u Lazarevcu K. 15/09 od 30. januara 2009. godine – Bilten Okružnog suda u Beogradu, br. 80/2009, Intermeks, Beograd, priredili: Siniša Važić i mr Aleksandar Trešnjev, dostupno na www.propisionline.com pregledano 15.4.2019.
 - 15 Mrvić – Petrović N: *Krivično pravo, opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Službeni glasnik, Beograd, 2014, str. 283.
 - 16 Isto rešenje predviđa i Nacrt, zamenjujući samo kaznu zatvora od 30 do 40 godina kaznom doživotnog zatvora.

stoljublja može se izreći 30 do 40 godina, a za jedno obično umišljajno ubistvo u sticaju sa velikim brojem razbojništava i razbojničkih krađa kvalifikovanih smrću uz postojanje većeg broja drugih krivičnih dela, jedinstvena kazna ne može biti veća od 20 godina, ili, kazna zatvora za ubistvo sa umišljajnim dovođenjem u opasnost još nekog lica može se izreći 30 do 40 godina, a ne može za umišljajno ubistvo u sticaju sa jednim ili više krivičnih dela izazivanja opšte opasnosti kod kojih je kao teža posledica nastupila smrt većeg broja lica). Ista nelogičnost ostaje i po rešenju koje se predlaže Nacrtom. Stoga je, čini se, propuštena prilika da se prilikom donošenja izmena i dopuna Krivičnog zakonika razmotri i pitanje mogućnosti izricanja kazne zatvora do 40 godina, odnosno doživotnog zatvora, pod određenim uslovima i za sticaj velikog broja teških krivičnih dela čija ukupna težina očigledno može da prelazi težinu samo jednog od krivičnih dela za koje se po zakonu može izreći kazna zatvora od 30 do 40 godina, odnosno doživotni zatvor.

Drugo pitanje koje se može postaviti u vezi sa opštim zakonskim maksimumom kazne zatvora od 20 godina i kaznom zatvora od 30 do 40 godina jeste zašto se u propisivanju i odmeravanju kazne zatvora u Krivičnom zakoniku ne koristi interval između 20 i 30 godina, iako bi njegovo korišćenje u mnogim slučajevima pružalo znatno bolje mogućnosti individualizacije kazne i njeno odmeravanje srazmerno težini učinjenih krivičnih dela i stepenu krivice učinioca. Sadašnje rešenje to apsolutno onemogućava, pa kad su u pitanju neki slučajevi odmeravanja kazne za sticaj može doći i do nelogičnih rešenja. Tako, na primer, praksa (opravdano) stoji na stanovištu da kada prvostepeni sud za jedno krivično delo utvrdi kaznu zatvora od 20 godina, a za drugo krivično delo kaznu zatvora u trajanju od 2 godine, prilikom određivanja jedinstvene kazne zatvora za krivična dela u sticaju sud može izreći jedinstvenu kaznu zatvora u trajanju utvrđene kazne zatvora od 20 godina.¹⁷ U takvom slučaju se praktično primenjuje princip apsorpcije.¹⁸ Ipak, to ponekad može da deluje kao neopravdano pogodovanje učiniocu, naročito kada je u pitanju situacija da pored dela za koje je izrečena kazna zatvora od 20 godina postoji još jedno teško krivično delo, za koje je utvrđena visoka zatvorska kazna do 20 godina, koje biva praktično oprosteno.

Zbog toga bi ubuduće, celishodnije rešenje u pogledu zakonskog maksimuma kazne zatvora moglo da bude da opšti zakonski maksimum kazne zatvora ostane 20 godina, a da za najteža krivična dela i sticaj teških krivičnih dela bude 40 godina.¹⁹ Ovakvo rešenje ne bi, u stvari, ništa bitno izmenilo u pogledu mogućeg maksimuma kazne zatvora, a otklonilo bi dileme suda da li izreći kaznu od 20 ili od 30 do 40 godina za teška krivična dela kod kojih ta mogućnost postoji.

Slična dilema mogla bi se pojaviti i u varijanti koju predlaže Nacrt, sa postojanjem doživotnog zatvora umesto zatvora od 30 do 40 godina, ali se rešenje koje se

17 Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Kž.1 1475/12 od 04.07.2012. godine) – Bilten Apelacionog suda u Novom Sadu, broj 5/2013, Intermex, Beograd, priredila: sudija Snježana Leković, dostupno na www.propisionline.com pregledano 15.4.2019.

18 Lazarević Lj: *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Savremena administracija, Beograd, 2006, str. 217.

19 Đorđević Đ: Sistem krivičnih sankcija i mogućnosti njegove reforme, u publikaciji „*Evropske integracije-pravo, sloboda i bezbednost*”, Kriminalističko-policijska akademija, Fondacija „Hans Zajdel”, Beograd, 2016, str. 72.

predlaže za sadašnju situaciju ne može lako preslikati, zbog specifičnosti doživotnog zatvora kao posebne vrste kazne.

U slučaju da je sud za krivična dela u sticaju utvrdio kazne zatvora i maloletničkog zatvora, izreći će jedinstvenu kaznu zatvora primenom principa asperacije, jer su u ovom slučaju, iako po svojoj nameni i nekim karakteristikama različite vrste kazni, suštinski u pitanju kazne lišenja slobode.²⁰

Primena principa kumulacije kad je u pitanju odmeravanje kazne za sticaj krivičnih dela u slučaju da je za sva pojedinačna dela utvrđena kazna zatvora u potpunosti je isključena. To proizlazi iz odredbe člana 60. KZ, a u tom smislu se izjašnjava i sudska praksa kroz stav da je izricanje jedinstvene kazne jednake zbiru pojedinačno utvrđenih kazni zatvora prekoračenje ovlašćenja koje sud ima po zakonu i da predstavlja povredu zakona na štetu okrivljenog.²¹

2. ODMERAVANJE NOVČANE KAZNE ZA KRIVIČNA DELA U STICAJU

Kad je u pitanju odmeravanje kazne za krivična dela u sticaju, a za sva dela je utvrđena novčana kazna, KZ je u članu 60, stav 2, tačka 4. propisao primenu sistema kumulacije, odnosno sabiranja iznosa izrečenih kazni. Ova odredba, za razliku od ranije odredbe člana 48, st. 2, tačka 3 OKZ, ne ostavlja mogućnost da jedinstvena kazna bude manja od zbira izrečenih pojedinačnih kazni. Tako opštinski i okružni sud u Nišu u svojim odlukama ističu da je primena sistema kumulacije u ovakvom slučaju obavezna,²² a Apelacioni sud u Kragujevcu i osnovni sud u Aleksandrovcu da je povređen krivični zakon u korist okrivljenog ukoliko Sud prilikom izricanja jedinstvene kazne za krivična dela učinjena u sticaju, za koje je prethodno utvrdio samo novčane kazne, izrekne okrivljenom kaznu koja je manja od zbira utvrđenih novčanih kazni.²³

Rešenje Krivičnog zakonika u pogledu odmeravanja novčane kazne za krivična dela u sticaju može da stvara problem zbog paralelnog postojanja dva sistema odmeravanja i izricanja novčane kazne. Prema Krivičnom zakoniku novčana kazna za krivična dela u sticaju odmerava se po sistemu kumulacije utvrđenih novčanih kazni za pojedina krivična dela, pri čemu jedinstvena odmerena novčana kazna ne

20 Lazarević Lj: *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Savremena administracija, Beograd, 2006, str. 219.

21 Presuda Osnovnog suda u Prokuplju 4.K.br. 1029/10 od 19.04.2010. godine i rešenje Apelacionog suda u Nišu Kž.1.br.3005/10 od 27.01.2011. godine – Bilten Apelacionog suda u Nišu, broj 2/2011, Intermeks, priredila: Vesna Stevanović, sudija Apelacionog suda u Nišu, dostupno na: www.propisionline.com pregledano 15.4.2019.

22 Presuda Opštinskog suda u Nišu K.644/03 i Presuda Okružnog suda u Nišu, Kž. 479/05) – Bilten sudske prakse Okružnog suda u Nišu, br. 23/2006, Intermex, Beograd, priredio: sudija Novica Stefanović, dostupno na: www.propisionline.com pregledano 15.4.2019.

23 Rešenje Apelacionog suda u Kragujevcu, Kž.1–1136/10 od 27.01.2010. godine i presuda Opštinskog suda u Aleksandrovcu, K-133/07 od 06.07.2009. godine – Bilten Apelacionog suda u Kragujevcu, br. 1/2010, Intermeks, Beograd, priredio: Aleksandar Blanuša, sudija Apelacionog suda u Kragujevcu, dostupno na: www.propisionline.com pregledano 15.4.2019.

sme preći 18.000.000 dinara ako su pojedinačne novčane kazne utvrđene u dnevnim iznosima, a ako su pojedinačne novčane kazne utvrđene u određenom iznosu jedinstvena novčana kazna ne može biti viša od 1.000.000 dinara, odnosno 10.000.000 dinara ako je jedno ili više krivičnih dela u sticaju učinjeno iz koristoljublja.²⁴ Različito određen opšti zakonski maksimum novčane kazne zavisno od toga da li se novčana kazna odmerava u dnevnim iznosima ili u određenim (fiksni) iznosima i inače nema dovoljno opravdanja,²⁵ pa nema ni u slučaju odmeravanja novčane kazne za krivična dela u sticaju.

Kada je sud za neka krivična dela u sticaju utvrdio kazne zatvora, a za neka novčane kazne jedinstvena kazna sastojaće se iz jedne kazne zatvora, utvrđene primenom principa asperacije i jedne novčane kazne formirane po principu kumulacije.²⁶

3. ODMERAVANJE KAZNE RADA U JAVNOM INTERESU ZA KRIVIČNA DELA U STICAJU

Krivični zakonik je predvideo kaznu rada u javnom interesu kao posebnu vrstu kazne u našem krivičnom zakonodavstvu koja se može izreći i kao glavna i kao sporedna kazna. Ona se može izreći za sva krivična dela za koja je propisana kazna zatvora do tri godine ili novčana kazna, a njen minimum i maksimum su od šezdeset do tri stotine šezdeset časova. Zakonik je u pogledu odmeravanja ove kazne za krivična dela u sticaju predvideo da se ona odmerava po sistemu kumulacije, s tim da jedinstvena kazna ne može biti veća od tri stotine šezdeset časova (član 60, stav 2, tačka 5. KZ).

Međutim, predviđene odredbe o odmeravanju ove kazne za krivična dela u sticaju odnose se samo na slučaj ako je sud za svako od krivičnih dela u sticaju utvrdio ovu kaznu, a nije dato rešenje o slučajevima kada je ona utvrđena samo za jedno ili samo za neka krivična dela, dok su za druga dela u sticaju utvrđene druge kazne. Zbog toga u praksi mogu nastati izvesni problemi, naročito ako su za drugo (ili druga) krivična dela utvrđene kazne zatvora. U takvim slučajevima postavlja se pitanje da li bi sud trebalo da izrekne samo kaznu zatvora ili obe kazne zajedno. Izricanje samo utvrđene kazne zatvora značilo bi zanemarivanje utvrđene kazne rada u javnom interesu i otvorilo pitanje kako u takvom slučaju uzeti u obzir utvrđenu kaznu rada u javnom interesu (da li bi se u izvesnoj proporciji zamenila kaznom zatvora pa onda izrekla jedinstvena kazna zatvora za sva dela u sticaju, ili bi ona na neki drugi način mogla da utiče na visinu jedinstvene kazne zatvora). Jedno od mogućih rešenja bilo bi i propisivanje da ako sud za neko od krivičnih dela u sticaju utvrdi kaznu zatvora za ostala krivična dela ne može utvrđivati kaznu rada u javnom interesu.

24 Simić I: *Krivični zakonik sa kraćim komentarom*, Beograd, 2005, str. 57–58.

25 Kolarić D, Đorđević Đ: Problemi propisivanja i odmeavanja novčane kazne u našem krivičnom zakonodavstvu, u publikaciji „*Krivične i prekršajne sankcije i mere-izricanje, izvršenje i uslovni otpust*”, Palić, 2016, str. 115.

26 Stojanović Z: *Krivično pravo, opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Pravna knjiga, Beograd, 2013, str. 334.

Ipak čini se kao najlogičnije da se izreknu obe kazne, što bi bilo analogno rešenju koje je predviđeno u članu 60, stav 2, tačka 6. koje propisuje da će se, ako je za neka krivična dela u sticaju utvrđene kazne zatvora, a za druga dela novčane kazne, izreći jednu kaznu zatvora i jednu novčanu kaznu po odredbama ovog člana. Problem bi u tom slučaju mogao nastati u pogledu izvršenja ovih kazni (koja bi se prvo izvršavala) što bi takođe bilo potrebno regulisati. Generalno, nezavisno od odmeravanja kazne za sticaj, predviđanje kazne rada u javnom interesu i kao glavne i kao sporedne kazne ne predstavlja dobro rešenje jer omogućava njeno izricanje i uz druge glavne kazne što očigledno ne odgovara prirodi ove kazne i onome što se njenim izricanjem treba da postigne.²⁷

S obzirom na izloženo, očigledno je da problematika odmeravanja kazne rada u javnom interesu za krivična dela u sticaju nije u krivičnom zakoniku dovoljno razrađena te da treba očekivati da problemi koji u vezi sa ovom kaznom i njenim odmeravanjem za krivična dela u sticaju mogu da nastanu dobiju budućim izmenama i dopunama Krivičnog zakonika svoja potpuna i adekvatna rešenja.

4. ODMERAVANJE KAZNE ODUZIMANJA VOZAČKE DOZVOLE ZA KRIVIČNA DELA U STICAJU

Naše krivično zakonodavstvo poznaje kao posebnu vrstu kazne i kaznu oduzimanja vozačke dozvole. Ona se može izreći i kao glavna (za krivična dela za koja je propisana kazna zatvora do dve godine) i kao sporedna kazna, a njeni opšti minimum i maksimum su jedna, odnosno tri godine.²⁸ Ova kazna se svakako može izreći i za krivična dela u sticaju ako su ispunjeni opšti uslovi koji se traže za njeno izricanje. Međutim, Zakonik nije dao nikakve odredbe o odmeravanju ove kazne za krivična dela u sticaju, ne pominjući je uopšte u članu 60. KZ koji govori o odmeravanju za sticaj, što otvara više pitanja koja se o tome mogu pojaviti u praksi i za koja treba pronaći odgovarajuća rešenja.

Prvo od ovih pitanja je svakako kako odmeriti jedinstvenu kaznu oduzimanja vozačke dozvole ako je sud za više krivičnih dela u sticaju pojedinačno utvrdio ovu kaznu. Čini se da bi najbolje rešenje bilo da se kod ove kazne kao i kod novčane kazne a i kazne rada u javnom interesu jedinstvena kazna utvrđuje po sistemu kumulacije, tj. sabiranjem pojedinačno utvrđenih kazni. Što se tiče maksimuma koji jedinstvena kazna kod ove vrste kazni ne bi smela da pređe, on bi mogao biti tri godine koliko je i inače opšti maksimum ove kazne, a što bi odgovaralo i rešenjima koja su predviđena u pogledu svih drugih kazni koje postoje u našem Krivičnom zakoniku.²⁹

U vezi sa tim, pojavljuju se i neka druga pitanja koja traže odgovarajuća rešenja koja u Zakoniku nisu data. Pošto se ova kazna može izricati i kao glavna i kao

27 Đorđević Đ: Sistem krivičnih sankcija i mogućnosti njegove reforme, u publikaciji „Evropske integracije-pravo, sloboda i bezbednost”, Kriminalističko-policijska akademija, Fondacija „Hans Zajdel”, Beograd, 2016, str. 84.

28 Đorđević M, Đorđević Đ: *Krivično pravo sa osnovama privrednoprestupnog i prekršajnog prava*, Projuris, Beograd, 2017, str. 88.

29 Đorđević Đ: Oduzimanje vozačke dozvole, *Nauka, bezbednost, policija*, br. 1/2008, str. 11.

sporedna kazna to njeno odmeravanja za krivična dela u sticaju zavisi i od toga. Tako ako bi sud ovu kaznu utvrdio kao sporednu za više krivičnih dela u sticaju, te kazne bi po sistemu kumulacije trebalo da spoji u jednu sporednu kaznu (ne preko njenog opšteg maksimuma, tj. preko tri godine) i nju izreći uz odmerenu jedinstvenu glavnu kaznu. Ako sud ovu kaznu utvrdi za neko krivično delo kao glavnu, a za neko kao sporednu kaznu sud bi takođe obe kazne spojio u jedinstvenu kaznu oduzimanja vozačke dozvole i istu izrekao kao sporednu kaznu uz drugu glavnu kaznu utvrđenu za ostala krivična dela (za koja nije utvrđena kazna oduzimanja vozačke dozvole ili za koja je ova kazna utvrđena kao sporedna kazna, a druga kazna je izrečena kao glavna kazna). Ako je sud za jedno ili više krivičnih dela u sticaju utvrdio ovu kaznu kao glavnu, a za druga dela kaznu zatvora ili rada u javnom interesu, kazna oduzimanja vozačke dozvole morala bi se izreći kao sporedna uz neku od ovih glavnih kazni. Problem bi nastao ako bi sud za neka od dela u sticaju kao glavnu utvrdio novčanu kaznu, a za neka oduzimanje vozakče dozvole, jer bi se moralo odrediti koju od ove dve utvrđene glavne kazne izreći kao glavnu, a koju kao sporednu kaznu. Čini se prihvatljivijim da se prednost da novčanoj kazni, da ona bude izrečena kao glavna kazna.

Najzad, u vezi sa kaznom oduzimanja vozačke dozvole za krivična dela u sticaju može se pojaviti i problem ako sud za neko od krivičnih dela u sticaju utvrdi kaznu oduzimanja vozačke dozvole, a za drugo krivično delo odluči da bi trebalo izreći meru bezbednosti zabrane upravljanja motornim vozilom, koju će od tih sankcija sud izreći, s obzirom da se prema izričitoj odredbi člana 53. stav 3. KZ kazna oduzimanja vozačke dozvole ne može izreći zajedno sa merom bezbednosti zabrane upravljanja motornim vozilom. Pošto se teško može tumačiti da se ova odredba ne odnosi na slučajeve kada je u pitanju sticaj krivičnih dela, onda bi se moralo odrediti kojoj bi se od pomenute dve krivične sankcije dala prednost, da samo ona bude izrečena. Čini se da bi opravdanije bilo dati prednost meri bezbednosti koja se može izreći u dužem trajanju (do pet godina) i koja se ne može zameniti drugom merom bezbednosti, nego kazni oduzimanja vozačke dozvole čije je maksimalno trajanje kraće (do tri godine) i umesto koje sud može izreći i neku drugu kaznu. Ipak, nezgodno je kod ovog rešenja to što bi sud već utvrđenu kaznu (ali pre njenog izricanja) trebalo da zameni drugom kaznom koja se za to delo može izreći, zbog toga što je u odnosu na drugo krivično delo ocenio da treba izreći meru bezbednosti.

ZAKLJUČAK

Iz prethodnog izlaganja proizlazi da Krivični zakonik o problematici odmeravanja kazne za sticaj krivičnih dela sadrži rešenja koja su sa teorijskog gledišta prihvatljiva, a većim delom su nasleđena iz bivšeg jugoslovenskog krivičnog zakonodavstva. Ona se i danas bez većih problema široko primenjuju u praksi naših sudova. Međutim, imajući u vidu da Krivični zakonik sadrži sistem kazni koji se u izvesnoj meri razlikuje od ranijeg, kao i da su izmenjeni opšti zakonski okviri pojedinih kazni i načini odmeravanja i izricanja nekih kazni (novčana kazna), pojavljuje se potreba za preciziranjem odredbi o odmeravanju kazni za sticaj, što nije učinjeno

ni prilikom donošenja Krivičnog zakonika, ni u njegovim relativno brojnim kasnijim izmenama i dopunama. Možda razloge za ovakvu „nezainteresovanost” zakona za ovu problematiku treba tražiti u činjenici da se dileme javljaju pre svega kada su u pitanju kazne rada u javnom interesu i oduzimanja vozačke dozvole koje se relativno retko (pogotovu ova druga) pojavljuju u praksi naših sudova, kao i okolnosti da ove kazne nisu propisane ni za jedno pojedinačno krivično delo, pa sudovi ne moraju da ih izriču za pojedina krivična dela u sticaju. Kad je u pitanju novčana kazna, njeno odmeravanje i izricanje u dnevnim iznosima takođe je sasvim sporadično, pa dileme oko postojanja dva maksimuma veoma retko dolaze do izražaja. Ipak, sve češća primena kazne rada u javnom interesu poslednjih godina, dileme oko kazne zatvora od 30 do 40 godina (ili doživotnog zatvora) i sporna pitanja vezana za opšti maksimum kazne zatvora, čine problematiku odmeravanja kazne za sticaj značajnom i aktuelnom, te joj stoga treba pridati odgovarajuću pažnju i prilikom narednih izmena i dopuna Krivičnog zakonika.

Imajući u vidu sve napred iznete probleme u vezi sa nepotpunim zakonskim rešenjima u Krivičnom zakoniku koja se odnose na odmeravanja kazne za krivična dela u sticaju možemo zaključiti da se za njih uglavnom mogu iznaći adekvatna rešenja, ali da njih ne treba samo tražiti pri primeni Krivičnog zakonika u praksi, već ih treba i izričito propisati i uneti u Krivični zakonik i tako izbeći nedoumice koje se u praksi mogu javiti.

LITERATURA

- Bilten Apelacionog suda u Kragujevcu, br. 1/2010, Intermeks, Beograd.
- Bilten Apelacionog suda u Nišu, br. 2/2011, Intermeks, Beograd.
- Bilten Apelacionog suda u Novom Sadu, br. 5/2013, Intermeks, Beograd.
- Bilten Okružnog suda u Beogradu, br. 72/2006, Intermeks, Beograd.
- Bilten Okružnog suda u Beogradu, br. 80/2009, Intermeks, Beograd.
- Bilten sudske prakse Okružnog suda u Nišu, br. 23/2006, Intermeks, Beograd.
- Bilten Višeg suda u Beogradu, br. 87/2016, Intermeks, Beograd.
- Đorđević Đ: Oduzimanje vozačke dozvole, *Nauka, bezbednost, policija*, br. 1/2008.
- Đorđević Đ: Sistem krivičnih sankcija i mogućnosti njegove reforme, u publikaciji „*Evropske integracije-pravo, sloboda i bezbednost*”, Kriminalističko-polijska akademija, Fondacija „Hans Zajdel”, Beograd, 2016.
- Đorđević M, Đorđević Đ: *Krivično pravo sa osnovama privrednoprestupnog i prekršajnog prava*, Projuris, Beograd, 2017.
- Jovašević D: *Krivično pravo, opšti deo*, Nomos, Beograd, 2010.
- Kolarić D, Đorđević Đ: Problemi propisivanja i odmeavanja novčane kazne u našem krivičnom zakonodavstvu, u publikaciji „*Krivične i prekršajne sankcije i mere-izricanje, izvršenje i uslovni otpust*”, Palić, 2016.
- Komentar Krivičnog zakona Savezne Republike Jugoslavije* (grupa autora), Savremena administracija, Beograd, 1995.
- Lazarević Lj: *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Savremena administracija, Beograd, 2006.

Mrvić – Petrović N: *Krivično pravo, opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Službeni glasnik, Beograd, 2014.

Simić I: *Krivični zakonik sa kraćim komentarom*, Beograd, 2005.

Stojanović Z: *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2006.

Stojanović Z: *Krivično pravo, opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Pravna knjiga, Beograd, 2013.

Ćorović E: *Sistem krivičnih sankcija Republike Srbije*, Državni univerzitet u Novom Pazaru, Novi Pazar, 2015.

Djordje Djordjević

University of Criminal Investigation and Police Studies

SOME PROBLEMS OF THE DETERMINATION OF SENTENCE FOR THE JOINDER OF OFFENCES

SUMMARY

The issue of determination of sentence for the joinder of offences is very important from both the theoretical and practical standpoint. Legal solutions contained within the Criminal Code of Serbia are from the theoretical perspective acceptable and they have already been widely applied in the practice of our courts. Still, some questions that emerged after enacting of the Criminal Code (and the introduction of the new penalty system and changes of the general legal framework of particular penalties) still have not been answered 13 years later, which has for its consequence some dilemmas that still occur. The largest problems are to be found when the penalty of imprisonment from 30 to 40 years is in question, fine and different ways of its pronouncing, as well as some new penalties in our criminal legislation, community service and revocation of driver's license.

Key words: Determination of Sentence, Joinder of Offences, Single Penalty, Imprisonment, Fine, Community Service, Revocation of Driver's License.

Dragana Kolaric*

Kriminalističko-policijski univerzitet i Ustavni sud Republike Srbije

UTICAJ ODLUKA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA I EVROPSKOG SUDA PRAVDE NA NACIONALNI PRAVNI POREDAK

– načelo *ne bis in idem* u
evropskom kaznenom prostoru –

Apstrakt: Veliki broj intervencija u krivičnom zakonodavstvu rezultat je potrebe usaglašavanja sa relevantnim dokumentima Evropske unije i Saveta Evrope. Takođe, praksa Evropskog suda za ljudska prava i Evropskog suda pravde oblikuje nacionalno zakonodavstvo. Mi ćemo se tim dejstvom baviti sa stanovišta krivičnog prava. Na ovom mestu je važno pomenuti i da je Evropska konvencija za zaštitu osnovnih ljudskih prava i sloboda u velikoj meri krivično-pravnog karaktera, pa je njen uticaj ogroman posebno u sferi kaznenog prava. U kojoj meri je nacionalno zakonodavstvo nadahnuo odlukama ova dva pravosudna organa pokušaćemo da utvrdimo kroz analizu odluka koje se odnose na načelo *ne bis in idem*. Mogli bismo se složiti da odluke Evropskog suda za ljudska prava imaju posredno, interpretativno dejstvo jer utiču na donošenje odluka sudija, posebno Ustavnog suda, i tumačenje domaćih pravnih normi. Kada je u pitanju budući doprinos Evropskog suda pravde harmonizaciji krivičnog prava u pravnom poretku EU, možemo istaći da, pored interpretativnog učinka, do izražaja dolazi i direktni upliv putem stvaranja obaveza za glavne aktere nacionalnih pravnih sistema. Posmatrano sa stanovišta teme kojom se bavimo i koju smo suzili na načelo *ne bis in idem*, u kaznenom pravu EU govorimo o njegovom transnacionalnom karakteru koji obuhvata odnos između sudova država članica EU, pa bi u tom smislu načelo trebalo da se primenjuje ne samo u okviru nacionalne jurisdikcije nego među jurisdikcijama država članica, kako je to proklamovano u Povelji o osnovnim pravima EU.

Ključne reči: načelo *ne bis in idem*, Evropski sud za ljudska prava, Evropski sud pravde, res iudicata.

UVOD

Uticaji promena koje su zadesile krivično pravo su negde izraženi intenzivnije, posebno kada su u pitanju regionalne organizacije i pojedini regionalni pravosudni organi (kao npr. u slučaju rada Evropskog suda za ljudska prava i Evropskog suda pravde), a negde slabije, posrednije (Međunarodni krivični sud), što je povezano sa preprekama razvoju i uobličavanju međunarodnog krivičnog prava tj. političkim uplivom vezanim za primenu tih normi. Pravo države na kažnjavanje, shvaćeno u širem smislu, kao pravo da propišete ponašanja koja predstavljaju krivična dela, kri-

* redovni profesor i sudija Ustavnog suda Republike Srbije, dragana.kolaric@ustavni.sud.rs, draganakolaric.kpa@gmail.com.

vične sankcije i uslove pod kojima će se iste primeniti prema učinocima, se preispituje sa više stanovišta. Jedno je Evropska unija (EU), Lisabonski ugovor i Evropski sud pravde (ESP), drugo je Savet Evrope (SE), Evropska konvencija za zaštitu osnovnih ljudskih prava i sloboda (EKLJP), Evropski sud za ljudska prava (ESLJP) i brojne druge konvencije koje donosi ova regionalna organizacija i treće je rad Međunarodnog krivičnog suda (MKS) i razvoj međunarodnog krivičnog prava (MKP). Potencijalima međunarodnog krivičnog prava se ovom prilikom nećemo baviti.

Kako je u teoriji više puta istaknuto, veliki broj intervencija u krivičnom zakonodavstvu rezultat je potrebe usaglašavanja sa relevantnim dokumentima EU i SE, zbog čega je teško ulaziti u ozbiljnu kriminalnopolitičku diskusiju u pogledu njihove opravdanosti.¹ Takođe, praksa ESLJP i ESP oblikuje nacionalno zakonodavstvo. Jasni su razlozi zbog kojih je ova tvrdnja više izražena kod ESLJP. Kada su u pitanju izmene i dopune zakonskih tekstova, ne treba zanemariti ni uticaj drugih institucija, kao što je, na primer, Organizacija za saradnju i bezbednost u Evropi (OEBS). Takva mišljenja i stavovi, kako se pokazalo u prošlosti, imaju određeni značaj kako u pogledu izmena i dopuna Krivičnog zakonika², tako i u pogledu drugih zakonskih tekstova (dekriminalizacija klevete, novi Zakon o javnom okupljanju – ranije Zakon o okupljanju građana³, gde je OEBS dao mišljenje zajedno sa Venecijanskom komisijom⁴, što je imalo uticaja na donošenje novog zakona).

Možemo na početku da kažemo da integrativni procesi globalizacije vode ka tome da država neke funkcije prenosi na nadnacionalne organizacije i institucije (članstvo u EU, MMF, OECD, itd). Međutim, za održanje nacionalnog identiteta uključivanje zemlje u međunarodne ekonomske organizacije nije toliko značajno kao uključjenje u EU. Tu se može govoriti o novom kontekstu koji dovodi do erozije klasičnog koncepta suvereniteta. Zbog toga i ESP ima veliku ulogu u definisanju transnacionalne zaštite ljudskih prava. Dakle, teško da ćemo u budućnosti, ako i kada postanemo punopravna članica EU, moći da ignorišemo delimični transfer državne vlasti kažnjavanja na određeni „supranacionalni” nivo.

Što se tiče ESLJP, interesantno je dati jedan opšti pogled. On je pod velikim uticajem anglosaksonskog prava. Što se može reći i za pravne tekovine EU. To je posebno zanimljivo, imajući u vidu da države članice, uglavnom, pripadaju kontinentalnoj Evropi. Ako do izlaska Velike Britanije iz EU dođe, samo će Irska ostati da čuva načela anglosaksonskog prava, pa se postavlja pitanje da li i dalje postoje razlozi, ako su ikada i postojali, da se neka rešenja anglosaksonskog sistema zadrže kao orijentacija na nivou cele EU, ali i na nivou Srbije.

Presude ESLJP nisu bez značaja. Čak naprotiv. Na ovom mestu je važno pomenuti i da je EKLJP pre svega krivična, a uticaj strazburške prakse je sve veći. Uloga

- 1 Z. Stojanović, *Moguće izmene Krivičnog zakonika Srbije*, u zborniku: *Reforma krivičnog prava*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Kopaonik, 2014, str. 15.
- 2 „Sl. Glasnik RS”, br. 85/2005, 88/2005 – ispr. 107/2005 – ispr. 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014. i 94/16.
- 3 „Sl. Glasnik RS”, br. br. 51/92, 53/93, 67/93, 17/99, 33/99 i 48/94, „Službeni list SRJ”, broj 21/01 – Odluka SUS, „Službeni glasnik RS”, br. 29/01, 101/05 i 88/15 – Odluka US.
- 4 Mišljenje br. 597/2010 ODIHIR Opinion-Nr.: FOA – SERB/165/2010 CDL/AD (2010) 031 Or. Engl, *Zajedničko mišljenje o Zakonu o javnom okupljanju Republike Srbije, Venecijanske komisije i OSCE/ODIHIRA 84. Plenarna sesija, Venecija 15 I 16.10.2010.*

sudije, a posebno sudije Ustavnog suda⁵, dobija posebno na značaju u svetlu metoda tumačenja i standarda koje primenjuje ESLJP.⁶ Odredbe koje proklamuju pravo na život (član 2 EKLJP), zabranu mučenja (član 3 EKLJP) ili kažnjavanje samo na osnovu zakona (član 7 EKLJP), odlikuju se prvenstveno krivičnopravnim karakterom. Na drugoj strani, uprkos nepostojanju odgovarajućeg člana u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima koji bi se odnosio na krivični postupak, odredbe o pravu na slobodu i bezbednost (član 5 EKLJP) i pravu na pravično suđenje (član 6 EKLJP) imaju suštinski značaj za ovu materiju. Ne treba zaboraviti ni odredbe o pravu na preispitivanje sudske odluke (član 2 Protokola 7 uz EKLJP), pravu na naknadu štete (član 3 Protokola 7 uz EKLJP) i načelo *ne bis in idem* (član 4 Protokola 7 uz EKLJP). Veliki procesni značaj imaju i pomenuti član 3. EKLJP, kao i odredba o pravu na poštovanje privatnog i porodičnog života (član 8 EKLJP).⁷

Standardi koje postavlja EKLJP su važni za nacionalne pravne sisteme jer postoji delotvorna kontrola ESLJP. U slučaju osude države, ESLJP ukazuje na slabosti njenog pravnog sistema. Pored toga što takve odluke mogu državu da koštaju, postoji i mogućnost da država u slučaju podnošenja novih predstavlki bude osuđena zbog postupanja koje je suprotno osnovnim slobodama i pravima zajemčenim EKLJP.⁸

U evropskim okvirima tradicionalno poimanje načela *ne bis in idem* koje se primenjuje unutar pojedine nacionalne jurisdikcije ustupa mesto evropskom shvatanju tog načela koje je sadržano u mnogobrojnim dokumentima EU i elaborirano u praksi Evropskog suda pravde u Luksemburgu.⁹

Dakle, mogli bismo reći da pravimo razliku između nacionalnog *ne bis in idem* kojim se bavi i SE, pre svega kroz EKLJP i jurisprudenciju ESLJP, gde je ovo načelo zajamčeno kao osnovno ljudsko pravo, sa jedne strane, i transnacionalnog *ne bis in idem* u okviru pravnog poretka EU, sa druge strane, gde ESP kroz svoje odluke priznaje čitav niz krivičnopravnih načela kao opšta načela prava Unije. Ovo načelo je proklamovano u Povelji o osnovnim pravima EU.¹⁰ Prema članu 50. iste nikome se ne može suditi ili izricati kazna u krivičnom postupku za kaznena dela za koja je već pravonosnažno oslobođen ili osuđen unutar Unije, u skladu sa zakonom.

1. EVROPSKI SUD ZA LJUDSKA PRAVA I NAČELO *NE BIS IN IDEM*

Postoji bitna razlika između dva suda. ESLJP se bavi nacionalnim *ne bis in idem* koji se primenjuje u domaćim pravnim poretcima, za razliku od domašaja odluka ESP.

5 Po oceni ESLJP ustavna žalba se smatra delotvornim pravnim sredstvom. Vidi: *Vinčić i drugi protiv Srbije*, 1. decembar 2009. godine, § 51.

6 G. Ilić, *Država versus kriminalitet i standardi ljudskih prava*, u: *Kriminal i državna reakcija: fenomenologija, mogućnosti i perspektive*, Palić, 2001, str. 5–29.

7 G. Ilić, *Država versus kriminalitet i standardi ljudskih prava*, *ibid.*, str. 5–29.

8 *Ibidem*.

9 E. I. Karas, *Načelo ne bis in idem u evropskom kaznenom prostoru*, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, br. 2/2014, str. 271–273.

10 CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION, Official Journal of the European Communities, (2000/C 364/01).

U članu 4. Protokola 7. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda¹¹ istaknuto je da se nikome se ne sme ponovo suditi niti se može ponovo kazniti u krivičnom postupku u nadležnosti iste države¹² za delo zbog koga je već bio pravosnažno oslobođen ili osuđen u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom te države. Odredbe prethodnog stava ne sprečavaju ponovno otvaranje postupka u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom date države, ako postoje dokazi o novim ili novootkrivenim činjenicama, ili ako je u ranijem postupku došlo do bitne povrede koja je mogla da utiče na njegov ishod. Ovaj se član ne može staviti van snage na osnovu člana 15 Konvencije¹³. Dakle, ovo pravo spada u red apsolutno zaštićenih prava koja se ne smeju derogirati.

Kada je u pitanju pravna sigurnost u krivičnom pravu Ustav Republike Srbije¹⁴ u članu 34. stav 4. ističe da niko ne može biti gonjen ni kažnjen za krivično delo za koje je pravosnažnom presudom oslobođen ili osuđen ili za koje je optužba pravosnažno odbijena ili postupak pravosnažno obustavljen, niti sudska odluka može biti izmenjena na štetu okrivljenog u postupku po vanrednom pravnom leku.

Na isti način je ovo načelo regulisano i u Zakoniku o krivičnom postupku u članu 4.

Kada je u pitanju EKLJP, ovo načelo nije bilo proklamovano u izvornom tekstu. Upravo je Protokolom VII konvencijski tekst nadograđen mada još uvek neke države članice SE nisu ratifikovale ovaj protokol¹⁵, što bi značilo da nisu obavezane konvencijskom zabranom *ne bis in idem*. Na taj način je i ovo konvencijsko načelo relativizirano jer se ne primenjuje na teritoriji svih država članica SE.¹⁶ Relativizirano je i u međunarodnom kontekstu uopšte, jer znači zabranu ponovnog suđenja i kažnjavanja osobe u kaznenom postupku „iste države” za kazneno delo za koje je već pravosnažno osuđena ili oslobođena u skladu sa zakonom i kaznenim postupkom „te države”.¹⁷ U Srbiji npr. ono u načelu znači zabranu dvostrukog suđenja u našoj

11 Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Sl. list SCG – Međunarodni ugovori, br. 9/2003, 5/2005, 7/2005-ispavka i Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori br. 12/2010.

12 Kako stav 1. naglašava nadležnost „iste države” jasno je da su države navedenom formulacijom ograničile delovanje načela na nacionalni nivo.

13 Član 15 – Odstupanje u vanrednim okolnostima

1. U doba rata ili druge javne opasnosti koja prethodi opstanku nacije, svaka Visoka strana ugovornica može da preduzme mere koje odstupaju od njenih obaveza po ovoj Konvenciji, i to u najnužnijoj meri koju iziskuje takva situacija, s tim da te mere ne budu u neskladu s njenim drugim obavezama prema međunarodnom pravu.

2. Prethodna odredba ne dopušta odstupanja od člana 2, osim u pogledu smrti prouzrokovane zakonitim ratnim postupcima, ili člana 3, 4 (stav 1) i 7.

3. Svaka Visoka strana ugovornica koja koristi svoje pravo da odstupa od odredbi Konvencije obaveštava u potpunosti generalnog sekretara Saveta Evrope o merama koje preduzima i razlozima za njih. Ona takođe obaveštava generalnog sekretara Saveta Evrope kada takve mere prestanu da deluju i kada odredbe Konvencije ponovo počnu da se primenjuju u potpunosti.

14 Ustav Republike Srbije, „Službeni glasnik RS”, br. 98/2006.

15 Na dan 31.03.2019. Nemačka, Holandija i Velika Britanija nisu ratifikovale ovaj Protokol.

16 U odluci *Blokker protiv Holandije* (45282/99 od 7.11.2000) je istaknuto da je povredu prava, da se ne bude dva puta osuđen ili kažnjen u istoj stvari, moguće isticati samo protiv države koja je ratifikovala pomenuti protokol.

17 E. I. Karas, *op. cit.*, p. 274.

zemlji, ali se ne zabranjuje ponovno suđenje za kazneno delo za koje je pravosnažno presuđeno u inostranstvu u skladu sa principima prostornog važenja krivičnog zakonodavstva. Ovo pravo ne vredi, kao što ćemo kasnije videti, u slučajevima kada je za kazneno delo pravosnažno presuđeno u državama potpisnicama Konvencije o implementaciji sporazuma iz Šengena u skladu sa članom 54. i 55. istog.

Da se pozabavimo prvo sa nacionalnim *ne bis in idem*, a sami tim i odlukama ESLJP. Tradicionalno, države su priznale *ne bis in idem* načelo u svojim nacionalnim pravnim porecima. Ali, pod uticajem judikature ESLJP u središtu interesovanja domaće naučne i stručne javnosti dolazi pitanje primene načela *ne bis in idem* i (ne) mogućnosti konsekutivnog vođenja prekršajnog i krivičnog postupka, posebno nakon presude *Milenković protiv Srbije*.¹⁸

U kaznenom zakonodavstvu Republike Srbije, dugi niz godina, postoji autentičan kocept višestruke kažnjivosti izražen u članu 63. stav 3. KZ. Naime, zatvor ili novčana kazna koju je osuđeni platio za prekršaj ili privredni prestup, kao i kazna ili disciplinska mera lišenja slobode koju je izdržao zbog povrede vojne discipline, uračunava se u kaznu izrečenu za krivično delo čija obeležja obuhvataju i obeležja prekršaja, privrednog prestupa, odnosno povrede vojne discipline. Ova odredba uređuje situaciju u kojoj je osoba prvo proglašena krivom i izrečena joj je kazna u prekršajnom postupku, a nakon toga je proglašena krivom i izrečena joj je kazna u krivičnom postupku. Pritom opis, prekršaja odgovara opisu krivičnog dela. U takvoj situaciji, prema izričitoj zakonskoj odredbi, ne primenjuje se načelo *ne bis in idem*. Ali, ESLJP misli drugačije. Većina zemalja iz regiona, koje su bile u sastavu bivše SFRJ, poznaje identičnu postavku višestepene kažnjivosti. Međutim, presude ESLJP u predmetima *Milenković protiv Srbije*, *Maresti protiv Hrvatske*¹⁹, *Tomasović protiv Hrvatske*²⁰, *Muslija protiv BiH*²¹ ukazuju da to konvencijsko, istovremeno i načelo Ustava Republike Srbije i krivičnog postupka u praksi redovnih sudova i Ustavnog suda Srbije mora da doživi korenitu promenu. Nakon pomenutih presuda, koje su u suprotnosti sa dotadašnjom ustaljenom praksom u Srbiji da se protiv istog lica koje je svojim ponašanjem ostvarilo obeležja krivičnog dela i prekršaja mogu istovremeno ili konsekutivno pokrenuti i krivični i prekršajni postupak, potrebno je naći suptilan način da se pravna shvatanja ESLJP primene u praksi. Najveću poteškoću predstavlja nedovoljno normativno razgraničenje zakonskih obeležja prekršaja i krivičnih dela, što pred našeg zakonodavca postavlja nove zadatke u pogledu izmene zakonskih rešenja.

Dakle, jasnije zakonsko razgraničenje prekršaja i krivičnih dela, kao i bolja saradnja nadležnih državnih organa, dovešće do smanjenja povrede zabrane dvostrukog suđenja u istoj stvari. Pitanje identiteta kaznenih delikata je jedno od najtežih pitanja primene načela *ne bis in idem*, posebno kada imamo preklapanje težih prekršajnih i krivičnih dela tj. kada se u oba slučaja mogu izreći kazne zatvora. Takođe, trebalo bi razmišljati da javni tužilac bude jedino nadležan da odlučuje o

18 *Milenković protiv Srbije*, 50124/13 od 01. marta 2016. godine.

19 *Maresti protiv Hrvatske*, 55759/07 od 25. juna 2009. godine.

20 *Tomasović protiv Hrvatske*, 53785/09 od 18. oktobra 2011. godine.

21 *Muslija protiv BiH*, 32042/11 od 14. januara 2014. godine.

prijavi događaja sa elementima krivičnog dela ili prekršaja za koji je predviđena kazna zatvora, i da donese odluku o eventualnom krivičnom ili prekršajnom gonjenju osumnjičenog. Drugi državni organi nadležni za gonjenje učinilaca prekršaja (policija, poreska policija, carina i sl.) ne bi trebalo da imaju zakonsku mogućnost da gone učinioce takvih prekršaja bez pismene saglasnosti javnog tužioca. Kad donese odluku o prekršajnom gonjenju, javno tužilaštvo bi moglo samostalno da podnese zahtev za pokretanje prekršajnog postupka pred nadležnim prekršajnim sudom i da učestvuje kao stranka u prekršajnom postupku, ili da eventualno naloži policiji, odnosno organu nadležnom za gonjenje u toj zakonskoj oblasti, da preuzme gonjenje učinioca prekršaja za navedeni događaj.²²

Uputstvo Ustavnog suda izrečeno u odluci UŽ 1285/2012 ukazuje da nepostojanje jasnog razgraničenja između krivičnih dela i prekršaja u srpskom zakonodavstvu ne sme da dovede do situacije da u sudskoj praksi presuđena stvar u prekršajnom postupku predstavlja smetnju za progon učinilaca krivičnih dela. I drugo, Ustavni sud stoji na stanovištu da se prekršajni sudovi moraju ograničiti na utvrđivanje onih činjenica koje čine biće prekršaja i da prepuste krivičnom sudu da utvrđuje činjenice bitne za postojanje krivičnog dela. Prvi deo uputstva se pokazao kao sporan u praksi ESLJP, dok se u drugom delu uputstva identifikuje problem i pruža moguće rešenje.

ESLJP primenu načela *ne bis in idem* sprovodi kroz „test” putem koga analizira tri ključna pitanja. Prvo pitanje je da li su oba postupak po svojoj prirodi kaznenopravna tj. da li se i prvi postupak ima smatrati krivičnim? Drugo, najvažnije pitanje, je da li se radi o istim događajima, istim delima (*idem*)? I na kraju, da li je postojala dvostrukost postupka (*bis*)?

Pojam „krivičnog postupka” iz odredbe člana 4. Protokola 7. je širi od definicije krivičnog postupka u domaćem pravu. Pored postupaka koji su prema nacionalnom zakonodavstvu definisani kao „krivični”, on može da se odnosi i na druge vrste postupaka čije karakteristike ukazuju na njihovu „krivičnu” prirodu. Da li se određeni domaći postupak smatra „krivičnim postupkom (optužba za krivično delo)” za potrebe člana 4. Protokola 7 procenjuje se na osnovu tri, tzv. *Engel kriterijuma*²³: kvalifikacija dela u domaćem pravu, priroda protivpravnog ponašanja i vrsta i težina zaprećene kazne. Drugo i treće merilo je alternativno, ne nužno kumulativno. To, međutim, ne isključuje kumulativni pristup kad odvojena analiza svakog merila ne omogućuje postizanje jasnog zaključka o postojanju optužbe za krivično delo. Po novijoj praksi, krivični postupak o kojem govori stav 1. ima autonomno značenje i mora da bude tumačen u svetlu opštih principa koji se primenjuju u vezi sa pojmovima „krivična optužba” i „kazna”.²⁴ Kako se u teoriji ističe, određene dileme može da stvori formulacija krivičnog postupka u nadležnosti iste države u kojem se niko-

22 Šire: S. Marković, Uloga policije u suzbijanju nasilja u porodici u prekršajnom postupku, *Nauka, bezbednost i policija – Žurnal za kriminalistiku i pravo*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, br. 2/2015, str. 211–231.

23 *Engel i drugi protiv Holandije*, 5100/71 od 8. juna 1976. godine.

24 V. Beširević & et. al, *Komentar Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, Beograd, 2017, str. 721.

me ne može ponovo suditi niti se može ponovo kazniti.²⁵ Pominjanjem nemogućnosti ponovnog suđenja i ponovnog kažnjavanja za isto delo u članu 4. Stav 1. Protokola broj 7 „spojena” su dva različita pristupa u pristupu načela *ne bis in idem*.²⁶ U okviru prvog se pravilo ne dvaput o istom vezuje za nemogućnost ponovnog suđenja ako je povodom iste krivične stvari već pravosnažno okončan postupak, bez obzira da li je u njemu izrečena kazna. Uslov *sine qua non* za primenu načela *ne bis in idem* u skladu sa drugim pristupom jeste da je prethodni postupak završen pravosnažnom osudom i izricanjem kazne.²⁷ S tim u vezi je ESLJP u predmetu *Franc Fischer protiv Austrije*²⁸ istakao da ovo pravo nije ograničeno na nemogućnost ponovnog kažnjavanja, već obuhvata nemogućnost ponovnog suđenja za isto delo, da bi u predmetu *Nikitin protiv Rusije*²⁹ pojasnio da je reč o jemstvu koje isključuje mogućnost ponovnog gonjenja za isto delo.³⁰ Dakle, za zabranu dvostrukog suđenja ključna je pretpostavka da je presuda postala pravosnažna. Konvencija zabranjuje ne samo dvostruko kažnjavanje, nego i dvostruko podvrgavanje kaznenom progonu i suđenju, u okolnostima postojanja ranijeg pravosnažnog presuđenja.

U vezi kriterijuma „kvalifikacija dela u domaćem pravu” značajna je presuda *Maresti protiv Hrvatske*. U ovoj presudi sud primeđuje da je podnosilac zahteva oглаšen krivim u postupku vođenom prema Zakonu o prekršajima i osuđen na četrdeset dana zatvora. Da bi se utvrdilo da li je podnosilac zahteva „pravosnažno oslobođen ili osuđen u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom te države” prvo pitanje o kojem treba odlučiti da li se taj postupak odnosi na krivičnu stvar u smislu člana 4. Protokola 7. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Ali sud naglašava da pravno označavanje postupka u nacionalnom pravu ne može biti jedino relevantno za primenu načela *ne bis in idem*, inače bi primena člana 4. Protokola 7. bila ostavljena na procenu državama potpisnicama i mogla bi dovesti do rezultata nespojivih sa ciljem i svrhom Konvencije. Pojam „krivični postupak” treba tumačiti u skladu sa rečima „optužba za krivično delo” i „kazna” iz člana 6. i 7. Konvencije. Takođe, bez obzira što se neka dela kvalifikuju kao prekršaj u nacionalnom pravu, ESLJP ipak ponavlja da određena dela predstavljaju krivičnu stvar, iako se prema nacionalnom pravu smatraju previše trivijalnim da bi se na njih primenjivalo krivično materijalno i procesno pravo.

Slično, u presudi *Tomasović protiv Hrvatske* imamo situaciju gde je podnosilac zahteva najpre osuđen u prekršajnom postupku, zbog posedovanja 0,21 grama heroína, po članu 3. stav 1. Zakona o suzbijanju zloupotrebe opojnih droga i izrečena joj je novčana kazna u iznosu od 1.700 hrvatskih kuna (HRK). Isto tako, opštinski sud je 2007. godine u krivičnom postupku podnositeljicu zahteva proglasio krivom što je posedovala 0,14 grama heroína te joj izrekao novčanu kaznu u iznosu od 1.526 HRK. Prethodna je novčana kazna trebala biti uključena u ovu kaznu. Podnositeljki

25 *Ibidem*.

26 *Ibidem*.

27 *Ibidem*.

28 *Franc Fischer protiv Austrije*, 37950/97 od 29.05.2001.

29 *Nikitin protiv Rusije*, 50178/99 od 20.07.2004.

30 V. Beširević & et. al, op. cit., str. 722.

zahteva bilo je naloženo i da snosi troškove postupka u iznosu od 400 HRK. U drugostepenom postupku potvrđena je presuda, ali je izrečena kazna zatvora u trajanju od 4 mjeseca, uz uslov da se ta kazna neće izvršiti ako podnositeljica zahteva u roku od jedne godine ne učini novo krivično delo. Ustavni sud Republike Hrvatske je 2009. godine odbio naknadnu ustavnu tužbu podnositeljice zahteva u kojoj se navodi povreda načela *ne bis in idem*, iz razloga što hrvatski pravni sistem ne isključuje mogućnost da se ista osoba dva puta kazni za isto delo kad ista radnja predstavlja i prekršaj i krivično delo. Vlada Hrvatske je tvrdila da prva sankcija nije po svojoj prirodi krivična jer je donesena u kontekstu prekršajnog postupka, te da je domaćim pravom propisano da je to prekršaj. Ovaj je prekršaj propisan Zakonom o suzbijanju zloupotrebe opojnih droga koji je bio donesen zajedno s drugim zakonima na osnovi nacionalne strategije za nadzor nad opojnim drogama. Zakonom o kojem je reč propisani su uslovi za uzgoj biljaka iz kojih se mogu proizvesti opojne droge, mere za suzbijanje zloupotrebe opojnih droga te sistem za prevenciju zavisnosti i sistem za pomoć zavisnicima. Iz toga se vidi da se cilj toga zakona ne može povezati s krivičnim pravom. Cilj ovoga zakona i njegovih odredbi nije bio kažnjavanje osoba koje poseduju male količine opojnih droga, nego zaštita njihovog zdravlja na način da ih se odvraća od posedovanja i korišćenja nezakonitih supstanci. Kada je u pitanju kazna, Vlada tvrdi da je podnositeljici zahteva izrečena novčana kazna od 1.700 HRK, što nije značajna novčana kazna, a da se za prekršaj nije mogla izreći kazna zatvora. Sud i ovde ponavlja da pravna klasifikacija postupka prema nacionalnom pravu ne može biti jedino merilo za primenjivost načela *ne bis in idem* iz člana 4. stav 1. Protokola br. 7.³¹

U vezi kriterijuma „priroda protivpravnog ponašanja” videti stav 22. presude *Tomasović protiv Hrvatske*. Po svojoj prirodi uključivanje dela o kojemu je reč u Zakon o suzbijanju zloupotrebe opojnih droga poslužilo je kako bi se garantovala kontrola zloupotrebe nezakonitih supstanci, što takođe može potpasti u područje zaštite krivičnog prava. Odgovarajuća je odredba tog Zakona bila usmerena prema svim građanima, a ne prema grupi koja ima poseban položaj. Nigde nema upućivanja na „manje tešku” prirodu dela, a činjenica da se prvi postupak vodio pred prekršajnim sudom ne isključuje njegovo razvrstavanje kao „krivičnog” u smislu Konvencije, budući da u Konvenciji nema ničega što bi upućivalo na zaključak da krivična priroda dela, u smislu kriterijuma Engel, nužno traži izvesni stepen težine.

Sa druge strane, kada je u pitanju bio disciplinski i krivični postupak ESLJP je, u presudi *Toth protiv Hrvatske*³², zahtev proglasio nedopuštenim. Naime, optužbe stavljene na teret podnositelju u disciplinskom postupku ne mogu se smatrati u celini istovetnim onim koje su mu stavljene na teret u krivičnom postupku. Dok je u disciplinskom postupku kažnjen za verbalne uvrede, pretnje, nepristojno ponašanje i sprečavanje službene osobe u izvršavanju dužnosti, u krivičnom je postupku proglašen krivim zbog pretnji smrću. Međutim, kao što je već ranije istaknuto, neke optužbe iznesene protiv podnositelja u disciplinskom postupku jasno su odgovarale

31 U ovoj presudi Sud je našao da je došlo do povrede člana 4. Protokola 7. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.

32 *Toth protiv Hrvatske*, 49635/10 od 6. novembra 2012. godine.

određenim delima u krivičnom pravu. Tako, optužbe za vređanje, pretnju i sprečavanje službene osobe u izvršavanju dužnosti takođe su propisane u Krivičnom zakoniku. Ali ESLJP smatra da ove činjenice nisu dovoljne za zaključivanje da se dela koja su stavljena na teret u disciplinskom postupku mogu smatrati krivičnim, već istima daju određeni kolorit koji se ne podudara u potpunosti sa disciplinskim pitanjima.

U vezi kriterijuma „vrsta i težina zaprećene kazne” u presudi *Maresti protiv Hrvatske* istaknuto je da se ona utvrđuje s obzirom na najveću moguću kaznu koju predviđa merodavno pravo. ESLJP primećuje da član 6. Zakona o prekršajima protiv javnog reda i mira predviđa zatvor u trajanju od šezdeset dana kao najveću moguću kaznu, i da je podnositelj zahteva na kraju osuđen na četrdeset dana oduzimanja slobode. Kao što je ESLJP potvrdio u više navrata, u društvu koje je opredeljeno za vladavinu prava, kada zaprećena i stvarno izrečena kazna podnositelju zahteva uključuje lišenje slobode, postoji pretpostavka da ono što mu se stavlja na teret predstavlja „optužbu za krivično delo”, a to je pretpostavka koja se samo izuzetno može pobijati, i to samo ako se lišenje slobode ne može smatrati „osobito štetnim” s obzirom na njegovu prirodu, trajanje ili način izvršenja. U svetlu navedenih razmatranja, ESLJP zaključuje da priroda dela o kojemu se radi zajedno s težinom kazne ukazuju da se radi o krivičnom postupku prema sadržaju člana 4. Protokola br. 7. U slučaju *Tomasović protiv Hrvatske* težina kazne je utvrđena, takođe, pozivanjem na maksimalnu moguću kaznu predviđenu merodavnim pravom. Stvarna izrečena kazna merodavna je za odlučivanje, ali ne može umanjiti važnost onoga što je prvobitno bilo zaprećeno. ESLJP primećuje da je članom 54. Zakona o suzbijanju zloupotrebe opojnih droga predviđena novčana kazna od 5.000 do 20.000 HRK, te da je na kraju podnositeljici zahteva izrečena novčana kazna od 1.700 HRK. Sud smatra da se tako propisana novčana kazna ne može smatrati neznatnom.³³

U pogledu pitanja da li se radi o istim događajima, istim delima, ESLJP je, nakon svojih ranijih različitih tumačenja elementa „idem”, od slučaja *Sergey Zolotu-*

33 Interesantno je rešeno pitanje samice tj. u kojim slučajevima se zatvorska kazna produžava za vreme trajanja samice ili kada ostaje u istom trajanju iako je izrečena samica tj. da li dodavanje dodatnih dana na već izrečenu kaznu predstavlja krivičnu sankciju. Tako je u slučaju *Toth protiv Hrvatske* razmatran kriterijum „težina i vrsta zaprećene kazne” i pitanje samice i istaknuto je da dodavanje dodatnih dana na već izrečenu kaznu zatvora predstavlja kaznenu sankciju. ESLJP je ispitivao da li se sankcija kojom se ne produžuje izrečena zatvorska kazna u vojnom ili zatvorskom kontekstu može smatrati „kaznenom” (vidi *Eggs protiv Švicarske*, br. 7341/76, odluka Komisije u kojoj je podnositelj bio kažnjen sa dva dana samice; *X protiv Švicarske*, br. 8778/79, odluka Komisije u kojoj je podnositelj kažnjen sa tri dana samice; *P. protiv Francuske*, br. 11691/85, odluka Komisije u kojoj je podnositelj bio kažnjen sa dvanaest dana samice itd.). U svakom od ovih predmeta Komisija i Sud smatrali su da puko pogoršanje uslova izdržavanja kazne zatvora usled mere kao što je samica, nije prihvatljivo za dovođenje konkretnog disciplinskog postupka u sferu „kaznenog” u smislu Konvencijskog značenja ovog pojma. U ovom predmetu, podnositelj je kažnjen sa dvadeset i jednim danom samice, što je maksimum koji je propisan Zakonom o izvršavanju kazne zatvora. Ova sankcija nije produžila vreme koje će podnositelj provesti u zatvoru i zbog toga nema za posledicu dodatno lišenje slobode, već samo pogoršanje uslova njegovog zatvaranja. S obzirom na navedeno, u skladu sa gore navedenom sudskom praksom, Sud zaključuje da postupak sproveden pred upravom zatvora nije bio kaznene naravi, zbog čega naknadna osuda podnosioca u kaznenom postupku nije protivna načelu ne bis in idem izraženom u čl. 4. Protokola br. 7.

*khin protiv Rusije*³⁴ nastojao da okonča pravnu nesigurnost u pogledu pitanja jesu li dela za koja je aplikant bio krivično gonjen ista i dao je usaglašeno tumačenje pojma „ista dela” – odnosno elementa *idem* sadržanog u principu *ne bis in idem*. Od tada ESLJP značajno konsoliduje svoju praksu, te počinje da primenjuje činjenično utemeljeniji pristup, tj. „materijalni identitet dela”. Do ovog slučaja, praksa ESLJP u vezi sa pitanjem da li su dela u vezi sa kojim se preduzima gonjenje ista (*idem*), nije bila usklađena. Ovom presudom su napušteni neki raniji kriterijumi, a suština novih kriterijuma je sadržana u stavu 82: „...ESLJP zauzima stav da član 4 Protokola 7 mora da bude shvaćen na način da zabranjuje gonjenje ili suđenje za drugo „delo” u meri u kojoj ono proizlazi iz identičnih činjenica ili činjenica koje su u suštini iste”. Prema tome, utvrđeno činjenično stanje na kome se temelji objektivni identitet delikata, međusobno sličnih po objektivnim obeležjima, može biti osnov za izricanje sankcije samo u jednom, i to najpre pokrenutom kaznenom postupku prema istom okrivljenom, što isključuje mogućnost naknadnog vođenja drugog kaznenog postupka i suđenja tom licu pred drugim sudom za drugi delikt sa sličnim obeležjem koji je proistekao iz istog događaja.³⁵

I na kraju, treba da utvrdimo da li je postojala dvostrukost postupka (*bis*). Ističe se da je cilj člana 4. Protokola br. 7. zabrana ponavljanja postupka koji je okončan „pravosnažnom” odlukom. Prema *Izveštaju sa objašnjenjima* uz Protokol 7, odluka je konačna „... ako je, prema tradicionalnom izrazu, stekla snagu *res iudicata*. Ovo je slučaj kada je neopoziva, tj. kada protiv nje ne postoje redovni pravni lekovi ili kada su stranke iscrpele takve pravne lekove ili su dozvolile da istekne rok za njih, a da ih nisu iskoristile”. Zabranjeno je preduzimanje novog gonjenja za isto delo, čak i u slučaju kada gonjenje nije rezultiralo osudom (na primer, kada je doneta oslobađajuća odluka).³⁶ Ovaj deo koji se odnosi na *res iudicata* ćemo mnogo više obraditi u delu koji se odnosi na rad ESP sa ciljem da ukažemo na značajne razlike koje primena načela *ne bis in idem* ima u praksi ESP i ESLJP.

U predmetu *Milenković protiv Srbije* ESLJP utvrđuje povredu člana 4. Protokola 7. EKLJP. Milenković je prethodno osuđen za prekršaj iz člana 6. stav 3. (vređanje i nasilje) Zakona o javnom redu i miru na 4000 dinara, pa potom osuđen po članu 121. stav 2. Krivičnog zakonika (teška telesna povreda) na kaznu zatvora od tri meseca (naknadno amnestiran). On je koristio i pravo na ustavnu žalbu ističući povredu načela *ne bis in idem*, ali mu je ista odbijena.

Ova odluka predstavlja „opomenu” Srbiji zbog dvostrukog suđenja u istoj stvari, odnosno zbog kumuliranja prekršajnog i krivičnog postupka, gde je prekršajni sud osudom za prekršaj obuhvatio obeležja krivičnog dela. Praksa istovremenog ili konsektivnog vođenja prekršajnog i krivičnog postupka na temelju činjenica koje ispunjavaju obeležja prekršaja i istovremeno krivičnih dela bila je uobičajena na našim prostorima i temeljila se na odredbi člana 63. stav 3. KZ.

34 *Sergey Zolotukhin protiv Rusije*, 14939/03 od 10. februara 2009. godine.

35 N. Mrvić – Petrović, „Poštovanje načela *ne bis in idem* pri suđenju za slične prekršaje i krivična dela”, *Nauka, bezbednost i policija – Žurnal za kriminalistiku i pravo*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, br. 2/2014, str. 34.

36 Videti stav 110. presude *Sergey Zolotukhin* i stav 29. presude *Franz Fischer protiv Austrije*, 37950/97 od 29. maja 2001. godine.

Ustavni sud je Milenkoviću odbio ustavnu žalbu sa obrazloženjem da se opis radnji koje su mu stavljene na teret razlikuje, budući da je u prekršajnom postupku kažnjen zbog narušavanja javnog reda i mira, dok se u krivičnom postupku radilo o kazni za telesno povređivanje.³⁷ Podnosilac predstavke je u novembru 2012. godine amnestiran. Ustavni sud je u maju 2013. godine odbio kao neosnovanu ustavnu žalbu podnosioca izjavljenu zbog povrede prava na pravnu sigurnost u kaznenom pravu. U ispitivanju ovog predmeta, ESLJP je, primenom tzv. „Engelovih kriterijuma”³⁸ najpre cenio da li je prvi, prekršajni postupak, po svojoj prirodi postupak koji se tiče „krivičnog” pitanja u okviru značenja člana 4. Protokola broj 7 i kakva je priroda prve kazne. ESLJP je zaključio da se oba postupka moraju smatrati krivičnim, u smislu člana 4. Protokola broj 7 uz Konvenciju. Nakon toga, ESLJP je, primenom kriterijuma iz presude *Zolotukhin*, ispitivao da li su dela za koja je podnosilac predstavke krivično gonjen ista, i zaključio da se činjenice koje predstavljaju dva dela moraju smatrati suštinski istim za potrebe člana 4. Protokola broj 7 uz Konvenciju. Sledeće pitanje kojim se ESLJP bavio jeste da li je u konkretnom slučaju bilo dupliranja postupka (*bis*) i ocenio da su domaći organi dozvolili da se vodi dupli krivični postupak, uz puno saznanje o prethodnoj osudi podnosioca predstavke za isto delo. Konačno, ESLJP je zaključio da je podnosilac predstavke „osuđen” u prekršajnom postupku, koji se može uporediti sa „krivičnim postupkom” u okviru autonomnog značenja ovog izraza prema Konvenciji. ESLJP je dalje utvrdio da je, nakon što je ova „osuda” postala pravosnažna i uprkos žalbi podnosioca na osnovu načela *ne bis in idem*, podnosilac predstavke oglašen krivim za krivično delo koje se odnosi na isto ponašanje i suštinski iste činjenice kao one za koje je kažnjen u prekršajnom postupku. ESLJP je konstatovao da Ustavni sud nije primenio načela utvrđena u predmetu *Zolotukhin*, a u cilju ispravljanja situacije podnosioca predstavke. Iz napred navedenih razloga, ESLJP je utvrdio povredu člana 4. Protokola broj 7 uz Konvenciju.

Sud u navedenoj presudi, kada vrši poređenje navedenog prekršaja i krivičnog dela, zauzima stanovište da svako pozivanje na „lakšu” prirodu dela, samo po sebi, ne isključuje njenu kvalifikaciju kao „krivičnu” u autonomnom značenju Konvencije, budući da Konvencija ne sadrži ništa što ukazuje da krivična priroda dela, u okviru značenja Engelovih kriterijuma, neizostavno zahteva određeni nivo ozbiljnosti. ESLJP smatra da novčana kazna nije predviđena kao materijalna naknada za štetu, već da su primarni ciljevi pri utvrđivanju dela u pitanju bili kazna i sprečavanje ponovnog izvršenja, koji su priznati kao dalja karakteristična svojstva krivičnih kazni. „Kao što je ESLJP potvrdio u više navrata, u društvu koje se opredelilo za vladavinu prava, gde predviđena kazna i kazna koja je stvarno izrečena podnosiocu predstavke podrazumevaju lišenje slobode, postoji pretpostavka da su optužbe protiv podnosioca predstavke „krivične”, pretpostavka koja se može opovrgnuti u potpunosti

37 Ustavni sud je 20. maja 2013. godine, pozivajući se na obrazloženje Apelacionog suda u Nišu kao „potpuno ustavnopravno prihvatljivo”, odbio žalbu podnosioca predstavke kao neosnovanu. U pogledu načela *ne bis in idem*, Apelacioni sud je našao da je utvrđeno da je podnosilac predstavke kriv zbog prekršaja protiv javnog reda i mira u prekršajnom postupku, pri čemu je osuđen za krivično delo teške telesne povrede u krivičnom postupku. Prema stavu suda, opisi sankcionisanih dela su bili jasno drugačiji.

38 *Engel i drugi protiv Holandije*, 5100/71 od 8. juna 1976. godine.

samo izuzetno, i samo ako se lišenje slobode ne može smatrati „značajno štetnim” s obzirom na njihovu prirodu, trajanje i način izvršenja”.

Ustavni sud Srbije je nastojao da u cilju zaštite pretežnijeg interesa, pored utvrđenog kriterijuma materijalnog identiteta dela iz presude *Sergey Zolotukhin protiv Rusije*, u svakom konkretnom slučaju razmatra i dodatne, tzv. korektivne kriterijume: a) identitet zaštićenog dobra i težine posledice dela, b) identitet sankcije, kako bi se odgovorilo na pitanje da li su dela zbog kojih se podnosilac ustavne žalbe goni ili je osuđen u različitim postupcima ista (*idem*).³⁹ Međutim, imajući u vidu najnoviju praksu ESLJP potrebno je ocenu postojanja identiteta dela (*idem*) vršiti isključivo na osnovu činjenično utemeljenog pristupa bez dodatnih korektivnih kriterijuma.

Očigledno se svi sudski slučajevi odnose na problematičnu kumulativnu primenu normi o prekršajima protiv javnog reda i mira i odgovarajućih pravnih kvalifikacija krivičnih dela, kao što su uvreda, ugrožavanje sigurnosti, lake i teške telesne povrede, prinuda, nasilje u porodici, nasilničko ponašanja, nasilničko ponašanje na sportskim priredbama, ometanje ovlašćenog službenog lica u obavljanju poslova bezbednosti ili održavanja javnog reda i mira i slična.⁴⁰

Smatramo da je ova presuda od značaja za pravni sistem Srbije i pristup koji naš zakonodavac ima dugi niz godina u članu 63. stav 3. KZ. Ipak, imajući u vidu da presude ESLJP mogu državu Srbiju puno da koštaju jer njihovo izvršenje pada na teret budžetskih sredstava⁴¹ potrebno je postojeću normativnu, zakonsku osnovu *de lege ferenda* korigovati preciziranjem bića kaznenih delikata. U tom procesu valjalo bi razmišljati i o dekriminalizaciji pojedinih ponašanja iz Krivičnog zakonika i njihovom unošenju u bića prekršaja.

Prateći uspostavljenju praksu ESLJP, US u predmetu *Už 7014/2014* usvaja ustavnu žalbu i utvrđuje povredu prava na pravnu sigurnost u kaznenom pravu, zajemčenu odredbom člana 34. stav 4. Ovde je podnosilac ustavne žalbe najpre prekršajno oglašen krivim što je u samostalnoj ugostiteljskoj radnji narušio javni red i mir tako što je fizički nasrnuo na neko lice i istog udario šakom (pesnicom) u predeo glave – levog oka, nakon čega se umešao vlasnik lokala i prekinuo dalji sukob.

Nakon pravnosnažnosti navedenog prekršajnog rešenja, podnosilac ustavne žalbe je oglašen krivim presudom Osnovnog suda (koja je postala pravnosnažna donošenjem osporene presude Višeg suda) jer je u kafe baru u uračunljivom stanju i sa umišljajem teško telesno povredio oštećenog na taj način što je prišao oštećenom sa leđa i nakon što ga je uhvatio za desno rame i okrenuo prema sebi, istog zatvorenom šakom ruke udario u levu stranu lica u predelu jagodične kosti, kojom prilikom mu je naneo tešku telesnu povredu izraženu u vidu preloma jagodične kosti sa leve strane i više lakih telesnih povreda izraženih u vidu nagnječenja mekih tkiva lica i krvnog podliva oko levog oka, jagodičnog predela i obraza, pri čemu je bio svestan da

39 Iz obrazloženja presude Ustavnog suda Srbije Už 1285/2012 od 26. 3. 2014, dostupno na: <http://www.slglasnik.info/sr/45-27-04-2014/23268-odluka-ustavnog-suda-broj-uz-1285-2012>.

40 N. Mrvić – Petrović, *op. cit.*, str. 34.

41 Slično: D. Kolarić, S. Marković, Osnovna ljudska prava policijskih službenika u svetlu novog Zakona o policiji, *Srpska politička misao*, Institut za političke studije, br. 3/ 2016, str. 249; V. Bajović, Slučaj Milenković – ne bis in idem u krivičnom i prekršajnom postupku, u: Kaznena reakcija u Srbiji VI deo (priredio Đorđe Ignjatović), Pravni fakultet – Univerzitet u Beogradu, 2016, str. 243.

je njegovo delo zabranjeno. Uvažavajući praksu ESLJP, US je primenio kriterijume na osnovu kojih je utvrdio da li je došlo do povrede načela *ne bis in idem*, i to: 1) da li su oba postupka koja su vođena protiv podnosioca vođena za delo koje po svojoj prirodi predstavlja kažnjivo delo, odnosno da li je prva kazna po svojoj prirodi bila kaznenopravna; 2) da li su dela zbog kojih se podnosilac kazneno goni ista (*idem*); 3) da li je postojala dvostrukost postupka (*bis*). Polazeći od toga da je cilj člana 34. stav 4. Ustava zabrana ponavljanja postupka koji je okončan odlukom koja je stekla status *res iudicata*, a da je Ustavni sud utvrdio da je podnosilac ustavne žalbe prvobitno osuđen u prekršajnom postupku koji se u smislu odredaba člana 34. stav 4. i člana 33. stav 8. Ustava izjednačava sa krivičnim postupkom, te da je nakon pravnosnažnosti prekršajne presude on oglašen krivim za krivično delo koje se odnosilo na isto ponašanje za koje je oglašen krivim u prekršajnom i koja su obuhvatala u suštini iste činjenice, Ustavni sud je zaključio da je osporenim presudama došlo do povrede načela *ne bis in idem*. S obzirom na napred izloženo, Ustavni sud je utvrdio da je podnosiocu ustavne žalbe povređeno pravo na pravnu sigurnost u kaznenom pravu, zajemčeno odredbom člana 34. stav 4. Ustava.

Preporuka prekršajnim sudovima je da se ograničavaju na utvrđivanje onih činjenica koje čine biće prekršaja i da prepuste krivičnom sudu da utvrđuje činjenice bitne za postojanje krivičnog dela. Takođe, potrebno je da se poštuje vremenski sled i pravila uzročnosti u krivičnom pravu. Iz svađe i vike teško da može da proistekne teška telesna povreda, pa bi to bilo dovoljno da se utvrdi prekršaj iz člana 7. Zakona o javnom redu i miru (remećenje javnog reda i mira u smislu verbalnog izražavanja jakog intenziteta na javnom mestu) za razliku od krivičnog dela do koga dolazi kada neko lice nožem, rukom ili nekim drugim predmetom nanosi telesnu povredu nekom licu. Tada, u zahtevu za pokretanje prekršajnog postupka ne treba opisivati radnju krivičnog dela i nastalu posledicu povrede, a u opisu krivičnog dela ne treba opisivati događaj za koji je neko prekršajno kažnjen, već je dovoljno naznačiti „nakon prethodne svađe...” a možda čak ni to.⁴²

Tako je npr. u odluci UŽ 1256/2015 doneta odbijajuća odluka. Protiv podnosioca ustavne žalbe je najpre vođen prekršajni postupak u kojem je pravnosnažno oglašen krivim zbog toga što je dana 20. februara 2011. godine oko 21,45 časova prilikom kontrole i pregleda vozila, kojim je upravljao njegov sin, od strane policijskih službenika ... prilikom pregleda vozila ispod sedišta vozača pronađen i jedan okvir sa šest metaka, za koji je proverom utvrđeno da je njegovo vlasništvo, te da je nakon toga osporenom presudom pravnosnažno okončan krivični postupak protiv njega u kojem je oglašen krivim što je dana 20. februara 2011. godine u Nišu neovlašćeno nosio, suprotno odredbi člana 5. stav 3. Zakona o oružju i municiji, vatreno oružje – pištolj marke „CZ M70”, kalibra 7,65 mm sa 6 metaka i to od sela do železničke stanice.

U obrazloženju presude Apelacionog suda u Nišu KŽ1. 799/14 od 26. novembra 2014. godine navedeno je da je presudom Prekršajnog suda u Nišu Pr. 05–4605/11 od 5. aprila 2012. godine, okrivljeni oglašen krivim što je dana 20. februara 2011. godine oko 21,45 časova u Nišu prilikom kontrole i pregleda vozila kojim je uprav-

42 V. Bajović, *op. cit.*, str. 252.

ljao njegov sin od strane policijskog službenika prilikom pregleda vozila ispod sedišta vozača pronađen pištolj marke CZ M-70, kalibra 7,65 mm i jedan okvir sa šest metaka za koji je proverom utvrđeno da je vlasništvo okrivljenog, s obzirom da prijavljeni nije na propisan i bezbedan način držao i čuvao gore navedeno vatreno oružje za koje ima dozvolu za držanje i izdatu od strane nadležnih organa kako ne bi došlo u posed neovlašćenih lica, čime je učinio prekršaj iz člana 35. stav 1. tačka 6) Zakona o oružju i municiji, za koji je osuđen novčanom kaznom u visini id 7.000,00 dinara, a prvostepenom presudom koja se pobija žalbom, optuženi je oglašen krivim što je sa umišljajem i u uračunljivom stanju dana 20. februara 2011. godine u Nišu, neovlašćeno nosio, suprotno odredbi člana 5. stav 3. Zakona o oružju i municiji, vatreno oružje – pištolj marke CZ M-70, kalibra 7,65mm, sa šest metaka kalibra 7,65mm u okviru i to od sela do železničke stanice u Nišu, a bio je svestan da je njegovo delo zabranjeno. U obrazloženju osporene drugostepene presude je, nadalje, navedeno da, kako je presudom prekršajnog suda optuženi oglašen krivim da nije na propisan način bezbedno držao i čuvao vatreno oružje, dok je pobijanom presudom oglašen krivim za neovlašćeno nošenje oružja od sela do železničke stanice u Nišu, iako se radi o događaju sa istim vremenskim i prostornim kontinuitetom, međutim, sa potpuno drugačijim radnjama izvršenja, i to da radnja nošenja oružja od sela do železničke stanice u Nišu nije bila predmet razmatranja prekršajnog postupka, po oceni Apelacionog suda, ne radi se o istom činjeničnom stanju za koje je optuženi oglašen krivim u prekršajnom postupku.

Po oceni Ustavnog suda, proizlazi da se radnja krivičnog dela iz člana 348. stav 4. u vezi sa stavom 1. Krivičnog zakonika, koja se ogleda u neovlašćenom nošenju oružja za ličnu bezbednost, u konkretnom slučaju, završila dolaskom podnosioca ustavne žalbe na železničku, odnosno glavnu autobusku stanicu u Nišu i izlaskom podnosioca iz vozila u kojem je ostavio predmetno oružje ispod sedišta suvozača, a da je radnja zbog koje je prekršajno kažnjen – nebezbedno čuvanje oružja, započela u tom trenutku kada je podnosilac ustavne žalbe ostavio oružje ispod sedišta suvozača i izašao iz vozila kojim je upravljao njegov sin, saznajući da oružje neće moći da nosi nadalje sa sobom, jer se vrši detaljna kontrola putnika i prtljaga u autobusu kojim je nameravao da nastavi putovanje. Radnje predmetnih delikata nisu istovetne, jer se radnja krivičnog dela, u konkretnom slučaju završava nošenjem oružja od strane podnosioca na relaciji od sela do železničke stanice u Nišu, koje i vremenski i prostorno prethode radnjama izvršenja zbog kojih je podnosilac prekršajno kažnjen, koje se ogledaju u tome što je podnosilac ustavne žalbe, nakon dolaska na železničku stanicu i izlaska iz vozila, oružje ostavio ispod sedišta suvozača tog vozila, kojim je nastavio da upravlja njegov sin. Naime, Ustavni sud ukazuje na to da, u okolnostima konkretnog slučaja, vođenjem krivičnog postupka i izricanjem krivične sankcije podnosiocu ustavne žalbe zbog toga što je nosio oružje za ličnu bezbednost bez dozvole za njegovo nošenje (član 348. stav 4. KZ), nakon pravnosnažnog okončanja prekršajnog postupka zbog toga što podnosilac nije držao i čuvao vatreno oružje na bezbedan i propisan način, kako ono ne bi došlo u posed neovlašćenih lica (član 35. stav 1. tačka 6) u vezi sa članom 12. Zakona o oružju i municiji), ne može se smatrati dvostrukim kažnjavanjem za isto delo, s obzirom na to da radnje izvršenja nisu istovetne.

Odnos ESLJP treba shvatiti tako da oni nemaju ništa protiv postojanja dvodeobne ili trodeobne podele kaznenih ponašanja, ali da je važno da se njihova obeležja ne podudaraju. To treba postići na normativnom planu, ali voditi računa i u praksi da opisi činjeničnih stanja budu različiti.

Pojedinac ne bi trebao da ispašta zbog nesposobnosti nadležnih državnih organa da pravilno kvalifikuju činjenice i blagovremeno izaberu kaznenu reakciju najprimereniju konkretnom slučaju. Ovo važi, pre svega, kada su u pitanju krivična dela koja se gone po službenoj dužnosti. U teoriji se ističe da problem mogu predstavljati krivična dela koja se gone po privatnoj tužbi, a sadrže i elemente prekršaja, jer u tom slučaju pokretanje prekršajnog postupka ne zavisi od „procene” državnog organa već od oštećenog, a prekršajni postupak se okonča u roku od tri meseca u kome je privatni tužilac dužan da podnese privatnu tužbu, što bi dovelo do toga da se radi o „presuđenoj stvari”. U takvom slučaju, moguće je da se zastane sa donošenjem prekršajne presude do isteka tromesečnog roka za podnošenje privatne tužbe.⁴³ Međutim, treba imati u vidu da ESLJP načelo *ne bis in idem* stavlja u kontekst prava na pravično suđenje, u okviru člana 6, gde se ističu prava okrivljenih. I u odluci *Milenković protiv Srbije* je postojao sticaj više dela od kojih su neka gonjena po privatnoj tužbi, pa se to pokazalo kao sekundarno, jer sa stanovišta ESLJP-a pokretanje novog postupka dok je drugi u toku ili nakon njegovog dovršenja jeste zakoračenje u zonu *ne bis in idem* kojom se štite prava okrivljenog.

Međutim, na ovom mestu treba primetiti da je, iako je zakonodavac sa Zakonom o prekršajima želeo da pokuša da prevaziđe probleme u praksi, u vezi načela *ne bis in idem*, zbrka još veća. Prema članu 183. kada nadležni sud primi zahtev za pokretanje prekršajnog postupka, ispitaće da li postoje uslovi za pokretanje prekršajnog postupka i odlučiti o daljem toku postupka. Kada zahtev sadrži podatke o tome da je povodom istog događaja pokrenut krivični postupak ili postupak za privredni prestup, prekršajni sud će spise predmeta dostaviti nadležnom sudu na dalje postupanje i o tome obavestiti podnosioca zahteva. Na taj način sud će postupiti i kada u toku postupka sazna da se povodom istog događaja vodi krivični postupak ili postupak za privredni prestup. Naime, često se dešava da se u vreme pokretanja prekršajnog postupka ili kasnije sazna da se povodom istog događaja vodi krivični postupak. Prekršajni sud, po zakonu, u tom slučaju dostavlja spise predmeta tog suda krivičnom sudu, a imajući u vidu član 183. st. 2 i 3 Zakona o prekršajima. U praksi se često dešava da krivični sud vrati spise predmeta prekršajnom sudu kada već nastupi apsolutna zastarelost prekršajnog gonjenja pa u takvim situacijama prekršajni sudovi donose rešanja o obustavi prekršajnog postupka. Da se podsetimo, po starom zakonu je postojala mogućnost donošenja rešenja o prekidu postupka⁴⁴, a sada takva mogućnost ne postoji. Imajući u vidu odredbu člana 34. Stav 4 Ustava, postavlja se pitanje da li bi u takvoj situaciji došlo do povrede načela *ne bis in idem* ako bi posle rešenja o obustavi prekršajnog postupka bio nastavljen krivični postupak i doneta presuda.

43 V. Bajović, *op. cit.*, str. 255.

44 Vidi: UŽ 7746/2014.

Važno je istaći da je ESLJP pokušao da izgradi nove kriterijume kada se radi o *ne bis in idem* u predmetu *A. i B. protiv Norveške*⁴⁵, u situacijama kada su protiv podnosioca vođeni različiti postupci koji su tako povezani da mogu predstavljati jednu zaokruženu celinu, sprovodeći tzv. test dovoljno uske povezanosti u sadržinskom i vremenskom smislu. Dakle, nakon presude *Sergey Zolotukhin protiv Rusije* prihvaćena je mogućnost da je izricanje različitih sankcija od strane različitih organa koje se odnose na isto ponašanje u određenoj meri dopušteno na osnovu člana 4. Protokola 7 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, bez obzira na postojanje odluke koja ima svojstvo *res iudicata*, te da se kombinacija sankcija u tim predmetima treba razmatrati kao celina. Ovo stoga, jer je zaključak Evropskog suda da treba ostaviti mogućnost državi da legitimno izabere komplementarne odgovore na društveno neprihvatljivo ponašanje putem različitih postupaka koji čine povezanu celinu, kako bi se rešili različiti aspekti određenog društvenog problema, pod uslovom da ukupnost tih pravnih odgovora ne predstavlja prekomeran teret za pojedinca na kojeg se odnose, pri tome vodeći računa za uspostavljanje pravične ravnoteže između zaštite interesa pojedinca koji je zaštićen načelom *ne bis in idem*, sa jedne strane i javnog interesa da se uspostavi potpuni regulatorni pristup u predmetnom području, sa druge strane. Stoga, zaključak je da član 4. Protokola 7 Evropske konvencije ne isključuje vođenje dva postupka, čak i do njihovog završetka, ako su ispunjeni određeni uslovi.

Prilikom ocene da li je u konkretnom slučaju došlo do povrede načela *ne bis in idem* neophodno je odgovoriti na sledeća pitanja: 1) da li su oba postupka koja su vođena protiv nekog lica vođena za delo koje po svojoj prirodi predstavlja kažnjivo delo, odnosno da li je prva kazna po svojoj prirodi kazneno-pravna; 2) da li su dela zbog kojih se neko lice kazneno goni ista (*idem*); 3) da li je postojala dvostrukost postupka (*bis*); 4) da li su dva postupka dovoljno tesno povezana u sadržinskom i vremenskom pogledu, a u okviru kojeg je potrebno utvrditi sledeće kriterijume: da li su se u različitim postupcima ostvarile usklađene svrhe koje se međusobno nadopunjuju i čine jedan jedinstveni postupak, te se tim postupcima obuhvataju različiti aspekti protivpravnog ponašanja, da li je dualitet tih postupaka predvidljiva posledica, kako u pravu tako i u praksi, istog osporavanog ponašanja (*idem*), da li su ti postupci vođeni na način kako bi se što više izbeglo dupliranje u prikupljanju i oceni dokaza, saradnjom između različitih nadležnih tela kako bi se činjenice utvrđene u jednom postupku koristile u drugom postupku, te da li je kazna izrečena u postupku koji je prvi pravnosnažno okončan uzeta u obzir u postupku koji je kasnije pravnosnažno okončan, i to na način da ukupan iznos svih sankcija bude srazmeran izvršenom delu. Zapravo, neophodno je ispitati da li različiti postupci koji se vode protiv okrivljenog u suštini predstavljaju usklađenu celinu, između kojih postoji dovoljno bliska veza u sadržini i vremenu, zbog koje njihovo paralelno vođenje i kažnjavanje nije u suprotnosti sa načelom *ne bis in idem*.

Interesantno je da u slučaju *Johannesson i drugi protiv Islanda*⁴⁶ ESLJP još brižljivije razmatra pitanja pokrenuta u predmetu *A. i B. protiv Norveške* pa u tom

45 *A. i B. protiv Norveške*, br. 24130/11 i 29758/11 od 15. septembra 2016. godine

46 *Johannesson i drugi protiv Islanda*, 22007/11 od 18.05.2017.

predmetu utvrđuje da postoji povreda člana 4. Protokola 7. jer postupci treba da budu kombinovani na integrisan način, tako da se formira koherentna celina, a u tom slučaju nije bilo dovoljno bliske veze, suštinski i vremenski. Po mišljenju ESLJP ovde je postojalo samo ograničeno preklapanje u vremenu, njihovo kombinovano ukupno trajanje je bilo oko devet godina i tri meseca, a paralelno su vođeni malo duže od godinu dana, i drugo, prikupljanje i ocena dokaza u dva postupka su bili zasebni, jer je policija sprovodila svoju sopstvenu nezavisnu istragu.

2. EVROPSKI SUD PRAVDE I NAČELO *NE BIS IN IDEM*

Što se tiče transnacionalnog *ne bis in idem*, u kaznenom pravu EU, njegov domašaj je proširen na odnos između sudova država članica EU, pa bi u tom smislu načelo trebalo da se primenjuje ne samo u okviru nacionalne jursidikcije nego među jurisdikcijama država članica, kako je to proklamovano u Povelji o osnovnim pravima EU. U obrazloženju Povelje stoji da je odredba člana 50. u skladu sa članom 4. Protokola 7, ali je domašaj proširen na nivo EU između sudova država članica. Za razliku od konvencijskog, nacionalnog *ne bis in idem*, Povelja proklamuje transnacionalni *ne bis in idem*. Nakon što dođe do pristupanja Republike Srbije EU u središtu interesovanja će biti nova, transnacionalna dimenzija tog načela koja se prvenstveno razmatra kroz prizmu prava na slobodu kretanja ljudi i kapitala na integrisanom prostoru EU.⁴⁷

Transnacionalni *ne bis in idem* se proklamuje i u Konvenciji o implementaciji Šengenskog sporazuma⁴⁸ (*Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 – CISA*) u članu 54, rečima: „osoba prema kojoj je postupak pravno-snažno okončan u jednoj strani ugovornici ne može biti kazneno gonjena u drugoj strani ugovornici za iste radnje pod uslovom da je, ako je izrečena kazna i izvršena, trenutno u postupku izvršenja ili se više, prema zakonima ugovorne strane koja ju je izrekla, ne može izvršiti” (čl. 54. *CISA*). Ova Konvencija se često navodi kao prva multilateralna konvencija kojom se ustanovljuje međunarodno *ne bis in idem* načelo kao individualno pravo *erga omnes*.⁴⁹ Član 55. *CISA* predviđa mogućnost odstupanja od načela *ne bis in idem* u jednom od sledećih slučajeva: ako su se dela na koji se strana presuda odnosi dogodila u celosti ili delimično na njenoj teritoriji; u sledećem slučaju, međutim, ovo izuzeće ne važi ako su se dela delom dogodila na teritoriji ugovorne stranke u kojoj je presuda donesena; ako dela, na koje se strana presuda odnosi, predstavljaju dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti ili drugih jednako važnih interesa te ugovorne stranke; ako su dela na koje su strana presuda odnosi učinili službenici te ugovorne stranke kršenjem svoje službene dužnosti.

47 E. I. Karas, *op. cit.*, p. 274.

48 The Schengen acquis – Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders, *Document 42000A0922(02)*

49 J. A. E. Vervaele, *Evropsko kazneno pravo i opća načela prava Unije*, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, br. 2/2005, str. 865.

Baš kada je u pitanju član 54. u spojenim predmetima *Gözütok and Brügge*⁵⁰ nacionalni sudovi su se obratili Evropskom sudu pravde radi donošenja prethodne odluke u vezi njegovog tumačenja. *Gözütok* je turski državljanin koji je živeo u Holandiji. U njegovom kafiću pronađeno je nekoliko kilograma hašiša i marihuane. Javni tužilac je odustao od gonjenja jer je on prihvatio primenu oportuniteta i ispunio neke uslove u cilju izbegavanja krivičnog postupka (platio je iznos od 3000 NLG I 750 NLG). Nakon toga, nemačke vlasti su pokrenule postupak zbog trgovine drogom u Holandiji i izrekle mu uslovnu osudu. I okrivljeni i javni tužilac su uložili žalbe. Viši regionalni sud je odlučio da prekine postupak i uputi prethodno pitanje Evropskom sudu pravde. *Brügge* je nemački državljanin koji živi u Nemačkoj ali su ga belgijske vlasti optužile za tešku telesnu povredu gđe *Leliaert* u Belgiji. Pokrenuta je istraga i u Belgiji i u Nemačkoj. Tokom postupka pred sudom u Belgiji, javni tužilac u Bonu ponudio je *Brüggeu* nagodbu putem oportuniteta ako plati 1000 DEM. Sud u Belgiji je odlučio da prekine postupak i uputiti prethodno pitanje Evropskom sudu pravde.

ESP je odlučio da se načelo *ne bis in idem* propisanu u članu 54. CISA primenjuje i u postupcima kojima se zabranjuje dalji progon, kao što su postupci o kojima se radi u ovim predmetima, u kojima je javni tužilac obustavio postupak pokrenut u toj državi, bez uključivanja suda, nakon što je optuženi ispunio određene obaveze, a posebno pošto što je platio određeni iznos koji je odredio tužilac. Jedan od ključnih argumenata ESP bio je da se radi o odluci organa vlasti koji prema odredbama nacionalnog prava čini deo sistema krivičnog pravosuđa, kao i činjenica da je donošenjem navedenih odluka tužilac meritorno ispitao okolnosti konkretnog slučaja.⁵¹

Upravo tu je došla do izražaja i razlika između ESLJP i ESP. Naime, ESLJP domet načela vezuje za pravnosnažno osuđene ili oslobođene. Reč je o meritornim odlukama kojima se rešava krivična stvar.⁵² Kada je u pitanju odustanak javnog tužioca od gonjenja, po odlukama ESLJP nema mesta primeni člana 4. stava 1. Protokola broj 7.⁵³ U pogledu presude kojom se optužba odbija nema jasnih kriterijuma ESLJP. Čak je u predmetu *Marguš protiv Hrvatske* ESLJP zaobišao odgovor na pitanje predstavlja li pravnosnažna odbijajuća presuda zbog amnestije presuđenu stvar, već je samo istakao da je u slučajevima teških povreda ljudskih prava veoma važno da postupak i osuda ne budu onemogućeni zastarelošću ili amnestijom i pomilovanjem, te je u konkretnom slučaju utvrdio da nema mesta primeni člana 4. Protokola broj 7. U nekim slučajevima ESLJP je ocenjivao okončanje postupka u svetlu odluka nesudskih organa (*Gradinger protiv Austrije*⁵⁴, *Oliveira protiv Švajcarske*⁵⁵) gde je procenjivao kazneni karakter izrečene mere, obaveze, sankcije. U vezi sa tim može se postaviti pitanje da li odustanak javnog tužioca od gonjenja nakon što je optuženi ispunio obaveze koje mu je tužilac odredio povlači primenu člana 4. Protokola broj 7. Dakle,

50 Judgment of the Court of Justice of 11 February 2003, ECR 2003, I-5689.

51 V. Beširević & et. al, op. cit., str. 722–723.

52 *Ibidem*.

53 *Marguš protiv Hrvatske*, 4455/10 od 27.05.2014, stav 120.

54 *Gradinger protiv Austrije*, 15963/90 od 23.10.1995.

55 *Oliveira protiv Švajcarske*, 84/1997/868/1080 od 30.07.1998.

ovde izostaje osuda, pa se pitanje svodi na ocenu o kaznenom karakteru mere ili obaveze i da li je to dovoljno za izvođenje zaključka o nemogućnosti gonjenja za isto delo. Sa druge strane, kao što smo videli ESP je detaljnije elaborirao pravnosnažno presuđene stvari. On je proširio područje primene *ne bis in idem* i na presude zbog nastupanja zastarelosti krivičnog gonjenja, te na različite odluke javnog tužioca kojom se okončava krivični postupak, ali vodeći računa o tome da li je odluka donesena nakon preispitivanja činjenica koje se odnose na meritum predmeta.

Što se tiče sličnosti između ESP i ESLJP, već smo ranije pomenuli odredbu Povelje, koja propisuje da se pojedina prava iz Povelje moraju tumačiti kao i odgovarajuća prava iz EKLJP, kojom je stvorena osnova za utemeljenje presuda ESP na odlukama ESLJP. No, poznat je i obrnuti proces. Npr. Veliko veće ESLJP se u presudi *Zolotukhin protiv Rusije* izrekom pozvalo na praksu ESLJP u pogledu koncepta „istih radnji”. Dalje, oba suda primenjuju pravila *Engel* kada procenjuju predstavlja li određena sankcija krivičnopravnu sankciju.⁵⁶

ZAKLJUČAK

Na kraju, bilo bi važno da istaknemo da se u slučaju transnacionalnog *ne bis in idem* radi o priznanju *res judicata* stranoj krivičnoj presudi, što je dosta osporavano, posebno kada je reč o krivičnim delima učinjenim na teritoriji sopstvene države jer nacionalni pravni sistemi nemaju dovoljno poverenja u pravosudni sistem druge države. Uključivanjem u EU *ius puniendi* države će biti značajno više ograničen, nego u slučaju rada i uticaja ESLJP. Imamo li u vidu da je glavni cilj transnacionalnog *ne bis in idem* osiguranje slobodnog kretanja ljudi na području EU, u uslovima velikih razlika između pojedinih krivičnopravnih poredaka, širenje područja primene *ne bis in idem* čini se neizbežnim.⁵⁷

Sa druge strane, kada pogledamo ESLJP možemo zaključiti da su njegove odluke formalno obavezujuće *inter partes*, što jasno proizilazi iz člana 46. EKLJP u kome je naglašeno da se ugovorne strane obavezuju da se povinuju konačnoj odluci ESLJP u predmetima u kojima su stranke. Dakle, to ne važi za države koje nisu strane u konkretnom slučaju. Međutim, kako se u literaturi opravdano ističe, u tim odlukama postoji i *de facto erga omnes* odnos.⁵⁸ Do njega dolazimo kroz princip *res interpretata* i ono što zovemo polje slobodne procene. Naime, član 32. ESLJP ističe da se nadležnost Suda proteže na sve predmete koji se tiču tumačenja i primene ove Konvencije. Dakle, ESLJP ima ulogu u tumačenju *in abstracto* i primeni *in concreto* Konvencije. Interpretativno dejstvo je, pored odgovarajućih odredbi EKLJP, došlo do izražaja i u brojnim odlukama ESLJP. To stvara obavezu za strane potpisnice Konvencije da uzmu u obzir odluke ESLJP bez obzira da li se one odnose na njih ili na drugu državu, što onda *de facto* stvara *erga omnes* efekat kada je u pitanju praksa ESLJP. Komitet za ljudska prava je u svojim izveštajima istakao da kada posmatra-

56 E. I. Karas, *op. cit.*, p. 293.

57 *Ibidem*.

58 O. M. Arnardóttir, *Res Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights*, *EJIL*, 3/2017, p. 842–843

mo budućnost ESLJP na duže staze potrebno je razvijati dalje princip *res interpretata* tako što će ESLJP, kada god je to moguće, konsolidovati sudsku praksu i dati generalne interpretativne smernice što će omogućiti nosiocima državnih organa na nacionalnom nivou da unapred znaju i primenjuju praksu ESLJP.⁵⁹ Pored ovog *de facto erga omnes* odnosa, *de jure erga omnes* postoji kada je EKLJP navedena kao izvor prava.

I na kraju, kada je u pitanju obavezujuća priroda presuda ESLJP pomenućemo još i tzv. „pilot presude”. ESLJP je, suočen sa velikim brojem predmeta, pribegao novom načinu odlučivanja, koji nije izričiti predviđen odredbama EKLJP. To je efikasan način rešavanja tzv. repetitivnih sporova. To su sporovi koji su u pogledu predmeta jako slični i koji često ukazuju na određeni nedostatak pravnog sistema države u pitanju. U cilju izbegavanja odlučivanja po svim predstavkama sa sličnim predmetom spora koje su dospеле ili se očekuje da će dospeti u ESLJP, ovaj organ je pribegao donošenju presuda kojima se po standardnoj proceduri odlučuje o osnovanosti predstavke, ali uz ukazivanje na određeni sistemski nedostatak.⁶⁰ Bitna karakteristika pilot presude je utvrđeni sistemski nedostatak u unutrašnjem pravu i poziv za njegovo uklanjanje. Presuda izlazi iz okvira odnosa između stranaka u konkretnom sporu i interesa individualnog podnosioca predstavke i upućuje na potrebu da se utvrđeni nedostatak otkloni, kako bi se izbeglo vođenje drugih sličnih postupaka. Dakle, poenta ja da država dobije rok da otkloni sistemski nedostatak pa se postupak u ostalim sličnim slučajevima zaustavlja i ESLJP neće odlučivati do isteka roka. Kada država otkloni nedostatke, podnosioci predstavki će rešenje svog problema naći pred organima svoje države.⁶¹ Još je davnih dana Aristotel rekao da jednake stvari treba tretirati jednako, a nejednake nejednako.

ESLJP evidentno proširuje garancije osnovnih sloboda. Bez obzira da li se odluke ESLJP odnose na standarde lišenja slobode, pravo na pravično suđenje ili „tvrdog jezgro” ljudskih prava, one su potvrda stvarnog poštovanja ljudskih prava, uz opasku da i dalje treba raditi na ujednačavanju prakse, što je za nacionalne pravne sisteme od velike važnosti.

LITERATURA

Arnardóttir, O. M., *Res Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights*, EJIL, 2/2017.

59 *Ibidem*.

60 Sud je o predstavi prvi put odlučio u formi pilot presude u predmetu *Broniowski v. Poland*. Predstavka se odnosila na obavezu države da licima koja su posle Drugog svetskog rata iseljena sa područja koja nisu ušla u sastav Poljske nadoknadi vrednost ostavljenih nekretnina. Ovu svoju obavezu Poljska više decenija nije ispunjavala, tako da je u Sud prispeo jako veliki broj predstavki, pri čemu je prema zvaničnim registrima bilo oko 80.000 lica koja su se mogla javiti kao potencijalni podnosioci predstavki. U ovakvim okolnostima, Sud je pozitivno odlučio o predstavi u navedenom predmetu, ali je u svojoj presudi ukazao i na nedostatke u pravnom sistemu Poljske i potrebu da se problem sistemski reši.

61 *Ališić i drugi protiv BiH, Hrvatske, Srbije, Slovenije i BJR Makedonije*, 60642/08 od 06.12.2012.

- Bajović, V., Slučaj Milenković – ne bis in idem u krivičnom i prekršajnom postupku, u: Kaznena reakcija u Srbiji VI deo (priređio Đ. Ignjatović), Pravni fakultet – Univerzitet u Beogradu, 2016.
- Beširević, V., & et. al, *Komentar Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*, Beograd, 2017.
- Ilić, G., Država versus kriminalitet i standardi ljudskih prava, u: *Kriminal i državna reakcija: fenomenologija, mogućnosti i perspektive*, Palić, 2001.
- Karas, E. I., Načelo *ne bis in idem* u europskom kaznenom prostoru, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, br. 2/2014.
- Kolarić, D., Marković, S., Osnovna ljudska prava policijskih službenika u svetlu novog Zakona o policiji, *Srpska politička misao*, Institut za političke studije, br. 3/ 2016.
- Marković, S., Uloga policije u suzbijanju nasilja u porodici u prekršajnom postupku, *Nauka, bezbednost i policija – Žurnal za kriminalistiku i pravo*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, br. 2/2015.
- Mrvić – Petrović, N., Poštovanje načela *ne bis in idem* pri suđenju za slične prekršaje i krivična dela, *Nauka, bezbednost i policija – Žurnal za kriminalistiku i pravo*, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, br. 2/2014.
- Stojanović, Z., Moguće izmene Krivičnog zakonika Srbije, u zborniku: *Reforma krivičnog prava*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Kopaonik, 2014.
- Vervaele, J. A. E., Europsko kazneno pravo i opća načela prava Unije, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, br. 2/2005.

Dragana Kolarić

University of Criminal Investigation and Police Studies
and the Constitutional Court of the Republic of Serbia

IMPACT OF ECHR AND ECJ DECISIONS ON NATIONAL LEGAL ORDER

– *Ne bis in idem* principle in European punitive area –

SUMMARY

A large number of interventions within criminal legislation result from the need to make harmonization with the relevant EU and Council of Europe documents. Also, the practice of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice shapes national legislations. We shall deal with this impact from the criminal-law point of view. It is also important to mention here that the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms is of criminal-law character to a large extent, and therefore its impact is huge particularly in the sphere of criminal law. We shall try to determine to which extent the national legislation has been inspired by the decision of these two judicial bodies through the analysis of the decisions related to *ne bis in idem* principle. We could agree that the decisions of the European Court of Human Rights have indirect, interpretative impact since they influence the judges' ruling, particularly those of the Constitutional Court and the interpretation of national legal norms. When it concerns the future contribution

of the European Court of Justice to the harmonization of the criminal law within the EU legal order, we can point out that in addition to interpretative effect there is also a direct interference by creating obligations for the main actors in national legal systems. Observed from the standpoint of the topic we are dealing with and which we narrowed down to *ne bis in idem* principle, in the EU criminal law we talk about its transnational character which includes the relationship among the courts of the EU Member Countries, and consequently this principle should be applied not only within the national jurisdiction but also within the Member Countries jurisdictions, as it has been proclaimed in the Charter of Fundamental Rights of the EU.

Key words: *ne bis in idem* principle, European Court of Human Rights, European Court of Justice, *res judicata*.

PERCEPCIJA POLICIJE I POLICIJSKOG RADA I MITOVI O POLICIJSKOJ DELATNOSTI

Apstrakt: Ovaj rad je posvećen razmatranju međusobne percepcije policije i građana, auto-percepcije policije i raširenih pogrešnih uverenja o policiji i njenom radu. Mitovi o policijskoj delatnosti često nisu tek bezazlena pogrešna uverenja – oni su tvrdokorni, utemeljeni na kulturnim stereotipima i služe određenim interesima onih koji ih kreiraju i održavaju, a budući da u dobroj meri mogu da oblikuju dominirajuću percepciju policije u javnosti, posredno utiču i na stepen poverenja građana u policiju i njihovu spremnost da saraduju sa subjektima krivičnog sistema, kao i na izbor policijske profesije i profesionalnu satisfakciju policijskih službenika. U pogledu međusobne percepcije građana i policije, poseban osvrt je učinjen na aktuelne domaće prilike, tj. na najnovije empirijske nalaze u ovoj oblasti u Republici Srbiji. Zaključeno je da savremena istraživanja nedvosmisleno ukazuju da pred srpskom policijom stoji veoma važan nedovršen zadatak koji se tiče unapređenja profesionalizma, veština komunikacije i odnosa sa građanima, kako bi percepcija policije i policijskog rada, kao i poverenje građana u policiju, u perspektivi bili poboljšani. Postizanju ovog cilja posebno bi doprinele empirijske studije koje bi ukazale na eventualno prisustvo i raširenost u javnosti pojedinih zabluda o policiji, kao i pogrešnih profesionalnih uverenja koja eventualno dele policijski službenici, a koja bi mogla da remete željene razvojne procese u domenu modernizacije i profesionalizacije policije, kao i njenog odnosa sa građanima.

Ključne reči: percepcija policije od strane građana, mitovi i zablude o policijskoj delatnosti, stavovi policijskih službenika prema građanima, autopercepcija policije.

Uvod

Način na koji građani doživljavaju i ocenjuju rad policije određuje, u znatnoj meri, ne samo stepen poverenja u policiju, već i njihov generalni odnos prema formalnoj socijalnoj kontroli, u kriminološkoj literaturi se smatra opštim mestom. Isto tako, poznato je da se za policijsku profesiju i policijske poslove uobičajeno vezuju određeni mitovi, odnosno različita pogrešna uverenja. Empirijski nalazi ukazuju na to da pojedine mitove ove vrste dele ne samo građani, već i sami policijski službenici, te se može postaviti pitanje kakav i koliki uticaj raširena pogrešna uverenja ostvaruju kako na međusobnu percepciju policije i javnosti, tako i na kvalitet rada policijskih službenika, njihov profesionalizam, ali i zadovoljstvo poslom i profesionalnim izborom.

Mit, kako upućuju Kappeler i Potter (2017), po pravilu predstavlja, ili se oslanja na određenu kolektivnu definiciju koju društvo primenjuje na pojedine probleme

* redovni profesor, biljana.sp@kpu.edu.rs

ili rešenja (uključujući problem kriminaliteta i kriminalnopolitičko reagovanje), i zapravo mnogo više govori o socijalnim i kulturnim vrednostima zajednice u kojoj je nastao nego o konkretnom problemu na koji se odnosi. Iako na prvi pogled nešto objašnjava, mit zapravo služi da instruiše pojedinca kako da neki događaj integriše u svoj sistem verovanja i pogleda na svet (Kappeler, Potter, 2017: 2).

Mitovi o kriminalitetu i njegovoj kontroli se stvaraju u nenaučnim krugovima, posredstvom senzacionalističkih priča – oni oblikuju razmišljanje pojedinca o problemu kriminaliteta i njegov odgovor na gotovo svako pitanje vezano za kontrolu, a moć i „pitkost” mitova dolazi od njihovog naizgled logičnog i prirodnog objašnjenja kriminaliteta (Kappeler, Potter, 2017). Održavanje mitova, kako su uputili Meyer i Rowan, ne zavisi toliko od empirijske validacije tvrdnji koje sadrže, koliko od stepena u kojem pružaju podršku pojedinim društvenim institucijama, pre svega obezbeđujući im legitimnost i održivost posebne organizacione kulture (Meyer, Rowan, 1977). Mitovi o kriminalitetu stvaraju kolektivni sistem verovanja koji služi isključivo interesima kreatora mitova, uključujući mas-medije, predstavnike vlasti, pojedine institucije i razne interesne grupe, obezbeđujući utisak „reda” u svetu u kome je često prisutan konflikt vrednosti, i pojednostavljujući stvari skrivanjem kontradikcija i strukturalnih doprinosa društva problemu kriminaliteta (Kappeler, Potter, 2017: 2, 4. 5).

Mitovi su za policijsku delatnost decenijama unazad imali funkcionalnu svrhu – kako primećuje Phillips (2014), oni su imali važnu funkciju već u transformaciji uloge američkih „robovskih patrola” (*Slave patrols*) formiranih u XVIII veku i ranih policijskih jedinica koje su, pored sprečavanja nereda i kriminaliteta, pružale i različite socijalne usluge u zajednici. Jačanje zahteva za podizanjem efikasnosti policije je krajem XIX veka dovelo do toga da ona suzi fokus delovanja i koncentriše se prevashodno na kontrolu kriminaliteta, odnosno suzbijanje težih delikata. Tokom poslednjeg veka, suzbijanje kriminaliteta bilo je centralna tačka delovanja policije koja se, promovišući se kao efikasni zaštitnik građana, zapravo postavlja između građana i opasnosti koja im preti. Kako je Skolnick s mnogo duha predočio, policijski službenici imaju zadatak da štite od opasnosti, ali ne znaju ni odakle ni kada tačno ona može doći, pa se spremaju na to da ona može stići odasvuda, bilo kada, od bilo koga (Skolnick 1975, prema: Phillips, 2014: 3). S toga priče o „opasnostima” i „borcima protiv zločina” koje se pripovedaju unutar policijske kulture katkad imaju obeležja ratničkih legendi sa herojskom temom i naravoučenijem da stalno preteća opasnost zahteva po svemu izuzetne mere suprotstavljanja (Ford, 2003, prema: Phillips, 2014: 3).

U ovom radu pažnja je usmerena na razmatranje međuodnosa interpercepcije policije i građana, autopercepcije policije i percepcije policijske delatnosti. Budući da je očekivano da percepcija policije, njene uloge u društvu i policijskog rada ima uticaja na izbor policijske profesije, određena pažnja će biti posvećena i pokušaju sagledavanja odnosa imidža policije u javnosti i motiva za izbor ove, u savremenom društvu izuzetno značajne profesije.

1. PERCEPCIJA POLICIJE I POLICIJSKOG RADA

1.1. Međusobna percepcija građana i policije

Ukazujući na veoma važnu, a složenu i polemičnu ulogu policije u savremenom društvu, Champion (2017) ocenjuje da malo koja profesija izaziva tako polarizovanu reakciju koja varira od ulepšavajuće mitologizacije, do demonizacije. Rezultati savremenih studija pokazuju da većina građana ima poverenje u policiju i većina njih je opaža u pozitivnom svetlu, ali da na stavove građana značajno utiče rasna pripadnost, starost i obrazovanje, kao i iskustvo prvog kontakta sa policijom.

Istraživanje koje je nedavno sproveo Keto Institut u Sjedinjenim Državama (v. Etkins, 2016) pokazalo je da 64% Amerikanaca (ali 68% belih Amerikanaca, 58% Hispano i samo 40% Afroamerikanaca) ima pozitivno mišljenje o lokalnoj policiji, i u tom smislu se već decenijama ne opažaju značajne razlike. Građani koji policiju opažaju u lošijem svetlu su ređe spremni da prijave krivično delo o kojem imaju saznanja. Afroamerikanci znatno češće nego beli i Hispanoamerikanci opažaju policiju kao spremnu da se prebrzo opredeli za primenu letalne sile, i da primenjuje preoštre taktike u svom radu. Beli Amerikanci češće nego ostali opažaju policijske službenike kao ljubazne u kontaktu s građanima i znatno češće nego ostali izražavaju ocenu da policija sve rasne grupe tretira jednako. Generalno uzev, 65% ispitanika veruje da policijski službenici regularno primenjuju rasno profilisanje, i gotovo isto toliko njih se protivi ovoj praksi. Većina Amerikanaca ima pozitivno iskustvo sa policijom, ali među onima koji su doživeli verbalno ili fizičko zlostavljanje u kontaktu s njom disproportionalno su zastupljeni Afro i Hispanoamerikanci. Amerikanci nisu uvereni u integritet većine policijskih službenika – polovina ispitanika veruje da većina policajaca smatra da je „iznad zakona“, a ovo uverenje je upadljivo raširenije među Afroamerikancima i Hispanoamerikancima. Većina građana (posebno mlađih od 65 godina i onih sa višim obrazovanjem) iz svih rasnih grupa protivi se militarizaciji policije. Više od polovine građana (54%) smatra da je korišćenje vojne opreme u policiji otišlo predaleko, i većina ispitanika (58% crnih, 53% belih 51% latino porekla) protivi se obimnijem korišćenju vojnog naoružanja i oklopnih vozila od strane policije (Etkins, 2016).

Istraživanje koje je 2018. godine sprovela istraživačka agencija BMG (*BMG Research*) u Engleskoj i Velsu pokazalo je da je zadovoljstvo građana radom lokalne policije relativno visoko: 61% ispitanika navodi da je zadovoljno, dok je eksplicitno nezadovoljstvo izrazilo samo 12% njih. Većina ispitanika (61%) koji su tokom poslednje godine imali kontakt s policijom (najčešće kao svedoci ili žrtve krivičnog dela), bila je zadovoljna postupanjem policije, dok dve trećine ispitanika veruje da bi lokalna policija u kontaktu s njima postupala na fer način i sa poštovanjem. Više od polovine ispitanike (52%) smatra da lokalna policija uživa dobru reputaciju uvek ili skoro uvek (BMG Research, 2019).

Studije o načinu na koji policijski službenici opažaju građane često ukazuju da policajci vide građane uglavnom kao nepoverljive i nesaradljive i da su očekivanja javnosti od policije nerealna, premda ima i nalaza koji pokazuju da policijski služ-

benici veruju da građani gaje poštovanje i poverenje prema policiji, kao i da policija uglavnom ima poverenje u građane (Waterman-Smith, 2017).

Rezultati istraživanja koje je nedavno sproveo Istraživački centar Pju (*Pew Research Center*) pokazali su značajne razlike u percepciji policije i policijskog rada u Sjedinjenim Državama koju gaje građani s jedne, i policijski službenici s druge strane. I pored toga što je čak 60% policajaca anketiranih ovom prilikom izjavilo da ih obavljanje policijskog posla čini ponosnim, kao i da se većina oseća poštovanim od strane građana, svega 14% policijskih službenika smatra da građani uistinu shvataju rizike policijskog posla, naspram čak 86% građana koji su uvereni da ih u potpunosti razumeju. Istraživanje je otkrilo i razlike u stavovima između građana i policije u pogledu pojedinih aspekata militarističkog koncepta policijskog rada. Naime, dok bi dve trećine građana podržalo zabranu jurišnog naoružanja policije, isto toliko policijskih službenika je protiv takve zabrane, dok nešto više od polovine policajaca (54%), veruje da je agresivan nastup prema građanima u nekim zajednicama zapravo delotvorniji od uljudnog pristupa. Naročit raskorak između stavova građana i policijskih službenika postoji u percepciji uloge policije – dok svega 8% policajaca sebe vidi prevashodno kao deo represivnog aparata države („dugu ruku zakona”), blizu trećine (30%) građana opaža svoju lokalnu policiju upravo na taj način – prevashodno kao represivni aparat, a ponajmanje kao svoje zaštitnike. O i dalje prisutnoj rasnoj distanci između policije i građana govori rezultat da samo 56% policijskih službenika veruje da ima dobre odnose sa crnim stanovništvom u svojim zajednicama. Trećina policijskih službenika je u svojoj karijeri iskusila fizički otpor osumnjičenog koji se opirao hapšenju – češće beli nego crni policijski službenici, i češće policajci muškog nego ženskog pola (Pew Research Center, 2017).

1.2. Mitovi o policijskoj delatnosti

Distorzirana slika policije i policijskog posla u javnosti proizvod je, pre svega, raširenih pogrešnih uverenja o policiji i njenom radu. Među najčešćim i najrasprostranjenijim mitovima ove vrste na koje ukazuju istraživači (Balko, 2014; Kappeler, Potter, 2017 i dr.), jesu sledeća uverenja: *Polijski službenici najviše vremena provode u aktivnostima suzbijanja kriminaliteta; Policijski posao je izuzetno opasan i postaje sve opasniji, i S obzirom na današnje stanje kriminaliteta, militarizacija policije je nužan uslov njene efikasnosti.* Mnoštvo empirijskih nalaza je u suprotnosti s navedenim tvrdnjama.

Suprotno raširenom verovanju da policija najviše vremena provodi u aktivnostima neposrednog suzbijanja kriminaliteta, policijski službenici, generalno uzev, najviše vremena provode u obavljanju poslova poput kontrole saobraćaja, održavanja reda, uviđaja saobraćajnih nezgoda, sastavljanja raznih izveštaja (Kappeler, Potter, 2017), postupanja po naredbama i zamolnicama drugih državnih organa i drugih organizacionih jedinica policije (Plačkov, 2008; Đorović, 2011) i sl. Mediji imaju vodeću ulogu u popularisanju mita o policiji kao sili usmerenoj isključivo na borbu protiv kriminaliteta, ali promovisanju takvog imidža u javnosti doprinosi i sama policija prioritizujući kriminalističku istragu u odnosu na druge policijske poslove (Kappeler, Potter, 2017: 272–274).

Policijski posao podrazumeva mogućnost da se policijski službenik nađe u okolnostima u kojima postoji opasnost po život, u situaciji koja zahteva primenu sile, suočavanje s raznim aktima nasilja i smrću ljudi, ali u realnosti, pak, policijski posao može biti prilično monoton, a policijski službenici se tokom svoje karijere zapravo retko nađu u prilici da upotrebe oružje (Bayley 1994; Herbert 2001; Kappeler, Potter 2005, prema: Phillips, 2014: 3). No, policajci znaju da moraju biti pripravnici za nastupanje opasne situacije do koje može doći bilo kad i bilo gde. Pripremanje za reagovanje u opasnoj situaciji podrazumeva pre svega oslanjanje na vatreno oružje, koje učvršćuje imidž policije kao moćnog garanta očuvanja javnog dobra (Crank 1998, prema: Phillips, 2014: 3). „Ratovi” protiv kriminaliteta, droga i terorizma potcrtavaju imidž policijskih službenika kao večitih boraca na život i smrt sa tehnološki naprednim, odlično opremljenim kriminalcima spremnim na sve kako bi sproveli svoje zločinačke naume, a koji se posredstvom medija katkad predstavljaju tako da se stiče utisak da su brojniji i bolje naoružani od policije (Kappeler, Potter 2017: 272). Širenje lepeze standardnog naoružanja američkih policajaca na poluautomatsko oružje koincidiralo je, kako podseća Phillips (2014: 3), sa proglašavanjem „rata protiv droga” kasnih 70-ih godina XX veka. Mada vrlo retki, incidenti u okviru kojih dolazi do masovnog lišenja života ljudi vatrenim oružjem i teroristički akti, uspešno se koriste da reafirmišu uverenje da je policiji za rutinsku patrolnu delatnost neophodno moćnije vatreno oružje, pri čemu se u prvi plan ističe empirijski nepodržana tvrdnja da upotreba patrolne puške unapređuje preciznost gađanja, i zanemaruju nalazi da su policajci u realnim situacijama često neprecizni, ali pre zbog znatne diskrepancije između obuke i stvarnih uličnih konfrontacija, nego zbog osobina oružja koje koriste (Phillips, 2014: 6–7).

Policijska profesija je, razume se, opasna i opterećena upadljivim rizikom od viktimizacije na radu, ali se stepen njene opasnosti, naročito nivo životnog rizika koji pogađa policijske službenike, u javnom diskursu često prenaglašava, imajući u vidu empirijske nalaze koji govore da se u mnogim zemljama ona ne svrstava u grupu vodećih zanimanja rangiranih prema stepenu rizika od smrtnog stradanja na radu. Primera radi, statistički podaci Eurostata pokazuju da su u zemljama Evropske unije znatno većem riziku da smrtno stradaju na radu izloženi građevinski radnici, radnici u prerađivačkoj industriji, u sektoru transporta i skladištenja robe, poljoprivrede, šumarstva i ribolova, kao i u trgovinskom sektoru.¹ U Sjedinjenim Državama je, prema podacima nacionalnog Biroa za statistiku rada, u periodu od 2003. do 2014. godine fatalnu povredu na dužnosti pretrpelo u proseku 115 policijskih službenika godišnje,² dok su građevinski radnici, piloti, ribolovci, poljoprivredni radnici i vozači kamiona samo neke od profesionalnih grupa čiji su pripadnici po pravilu znatno pogođeniji rizikom da pretrpe smrtonosnu povredu na radu.³ Prema

1 Eurostat, Accidents at work statistics (Fatal and non-fatal accidents at work), dostupno na: [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Fatal_and_non-fatal_accidents_at_work_by_NACE_section_EU-28_2015_\(%25_of_fatal_and_non-fatal_accidents\)-AAW2018.png](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Fatal_and_non-fatal_accidents_at_work_by_NACE_section_EU-28_2015_(%25_of_fatal_and_non-fatal_accidents)-AAW2018.png)

2 U.S. Bureau of Labor Statistics, Injuries, Illnesses, and Fatalities, Police Officers, 2016. Dostupno na: <https://www.bls.gov/iif/oshwc/cfoi/police-officers-2014.htm>

3 U.S. Bureau of Labor Statistics, Census of Fatal Occupational Injuries. Dostupno na: <https://www.bls.gov/iif/oshcfoi1.htm#2017>

podacima Nacionalnog policijskog memorijalnog fonda,⁴ u SAD-u je u periodu od 2009–2018. godine na radu, ili od bolesti povezanih s radom smrtno stradalo u proseku 158 policajaca godišnje, od kojih je, otprilike, trećina viktimizovana napadom vatrenim oružjem, trećina stradala u saobraćaju, dok su ostali smrtno stradali iz drugih razloga. Inače, kako se ukazuje u literaturi, broj policajaca koji su u ovoj zemlji lišeni života pri napadu na dužnosti konzistentno opada od sredine 90-ih godina XX veka, uporedo sa snižavanjem stope nefatalnih napada na policijske službenike i opadanjem opšte stope nasilničkog kriminaliteta (Balko, 2013). S druge strane, pak, policijski službenici su na radu rutinski pogođeni nizom fizičkih, bioloških i psiholoških rizika po zdravlje (Mona *et al*, 2019), što je tema kojoj se tradicionalno poklanja premalo pažnje kako u javnom, tako i u stručnom i naučnom diskursu.

Na standardno rašireno verovanje da je u porastu teže kriminalno nasilje i stopa krivičnih dela izvršenih od strane teško naoružanih prestupnika, obično se nadovezuje zdravorazumski stav kao relikv primordijalnog rezonovanja, da na ovo stanje policija mora da odgovori pojačanom militarizacijom i opsežnijom primenom sile koja se, u odbrani najvažnijih društvenih vrednosti, po pravilu opaža kao nužna i neupitno opravdana (Phillips, 2014). Uprkos empirijskim nalazima koji govore da se ubistva (uključujući i ubistva policijskih službenika) izvršena vatrenim oružjem najčešće vrše ručnim oružjem malog kalibra, pobornici militarizacije policije ovu taktiku svesrdno brane upravo i pre svega kao nužan način zaštite policijskih službenika, i odvrćanja potencijalnih učinilaca teških nasilnih delikata.

Činjenica je da je policija od samih početaka imala određena militarna obeležja, uključujući naročito hijerarhijsku i rangovnu ustrojenost, autoritarno komandovanje, uniformisanost i naoružanost pripadnika, te da je, kao i vojska, osposobljena i ovlašćena da u određenim slučajevima primenjuje silu, pa i smrtonosnu ako je nužno (Kraska, 2007; Phillips, 2014). U policijskoj terminologiji naročito mesto imaju izrazi preuzeti iz vojnog vokabulara, poput „ratova” na različite oblike kriminaliteta i socijalno-patoloških pojava, „taktika”, „operacija” i slično. I premda je, kako ističe Kraska (2007), veoma važno sačuvati jasnu razliku između vojske i policije, treba imati na umu da su izvesni militaristički elementi za policiju ipak neizbežni, te se problem njene militarizacije tiče pre stepena, nego pukog prisustva militarističkih elemenata, a razloga za zabrinutost ima samo u slučaju njihove hipertrofije.⁵

Moderne forme militarizacije policije uspon su doživele u Sjedinjenim Državama 60-ih godina XX veka, kao odgovor države na građanske nemire, rasno nasilje, kriminalitet povezan s drogama i porast nasilnih delikata izvršenih vatrenim oružjem (Burkhardt, Baker, 2018). Militarizaciju policije, kako ukazuju Kappeler i

4 National Law Enforcement Officers Memorial Fund, dostupno na: <https://nleomf.org/facts-figures/causes-of-law-enforcement-deaths>

5 Pri oceni stepena militarizacije policije, kako upućuje Kraska, treba uzeti u obzir četiri dimenzije vojnog modela i prateće indikatore militarizacije, a to su: *materijalna dimenzija* – vojno naoružanje (npr. automatsko oružje), oprema i napredna vojna tehnologija; *kulturna dimenzija* – vojni rečnik, stil, stavovi i vrednosti; *organizaciona dimenzija* – komandno-kontrolni centri, jedinice poput vojnih jedinica za specijalne operacije zadužene da patroliraju (umesto tradicionalnih patrola) u oblastima s visokom stopom kriminaliteta, i *operaciona dimenzija* – aktivnosti modelovane po ugledu na vojne (u oblasti obaveštajnog rada, nadzora i kontrole visokorizičnih situacija), agresivni stil sprovođenja operacija i dr. (Kraska, 2007: 503–504).

Kraska (2015), zapravo treba razumeti kao *oblik njene profesionalizacije*, i rezultat nastojanja da se podigne efikasnost policije u suzbijanju kriminaliteta. Kao mogući prateći problem obično se naznačava tendencija dodatnog naoružavanja policijskih snaga i usmeravanje policije na rutinsku primenu pristupa i procedura koje su tradicionalno primenjivale specijalne jedinice sačinjene od manjeg broja policijskih službenika, namenjene za delovanje u retkim, ekstremnim bezbednosnim incidentima poput uzimanja talaca, terorističke aktivnosti i masovnih oružanih napada, a koje dugoročno narušavaju poverenje građana ili pojedinih socijalnih grupacija. Problematičnim se smatra i negovanje striktnog autoritarnog komandovanja koje drastično ograničava diskreciono odlučivanje policijskih službenika na terenu, odnosno policajaca koji neposredno i rutinski dolaze u kontakt sa građanima i različitim problemima u zajednici (Tietz, 2016: 192).

Tema savremene militarizacije policijskih snaga naročitu pažnju privlači u Sjedinjenim Državama, gde se ovaj trend u široj, stručnoj i naučnoj javnosti posmatra dvojako. Zagovornici militarizacije policije obično koriste činjenicu da je do osetnog opadanja stopa kriminaliteta krajem XX veka došlo upravo u vreme jačanja militarnih elemenata u policijskom postupanju, što se ne smatra slučajnom koincidencijom već dokazom delotvornosti militarističkog polisinga i opsežnog angažovanja SWAT (e. *special weapons and tactics*) timova.⁶ U drugom delu naučne javnosti militarizacija policije se vidi kao trend efikasan isključivo u jačanju simboličke moći vlasti, a štetan za legitimnost policije i njen odnos sa građanima. Mummolo (2018) upozorava da povećano prisustvo teško naoružane policije u američkim zajednicama mnogi vide kao taktiku usmerenu prevashodno prema pripadnicima rasnih manjina, a koja razjeda poverenje građana u policiju. Jačanje militarističkih elemenata u organizaciji i delovanju policije dodatno naglašava tradicionalno konfrontirajuće orijentisan policijski rad. Militaristički model, po oceni mnogih autora, sa svojom konfliktno orijentisanom, preterano rigidnom, centralno kontrolisanom birokratskom organizacionom strukturom učvršćuje agresivno i konfrontirajuće postupanje policajaca prema građanima (Weber, 1999, prema: Cowper, 2000: 229). Rigidni lanci komandovanja i prenatrpana autoritarnost unutar policijske organizacije proizvode nefleksibilan i nekreativan mentalitet policijskih službenika, nesposobnih da na adekvatan način odgovore na dinamiku savremenih shvatanja policijske delatnosti i potrebe zajednica i građana kojima služe (Cowper, 2000). Policija se sve više oslanja na taktičku primenu sile i sprovođenje SWAT-akcija čak i u slučajevima lakših oblika kriminaliteta, dok se pri obuci policijskih službenika za upotrebu sredstava prinude nimalo ili premalo značaja pridaje veštinama stižavanja konflikta (Balko, 2014).

No, uprkos nebrojenim kritikama, unutar policijske organizacije i dalje postoji snažan otpor demilitarizaciji i promeni „filozofije” policijskog rada, odnosno njenom približavanju građanima: „[M]nogi u policijskoj zajednici”, kako primećuje Cowper (2000: 230), „i dalje žele izgled i osećaj striktnog militarizma, i rade na tome da održe imidž policije kao neke vrste spartanskog bratstva domaćih ratnika...”. S druge strane, postoje i otpori novijim trendovima militarizacije i to ne samo

6 Sličan trend je prisutan i u Kanadi. Više o tome u: Roziere, Walby, 2019.

u naučnoj javnosti, već i u profesionalnim policijskim krugovima. Istražujući efekte militarizujućeg trenda u američkoj policiji, Kraska je svojevremeno utvrdio da je među 548 policijskih departmana čiji su pripadnici popunili istraživački upitnik, njih 89,4% imalo specijalne jedinice, ali da primena militarističkih taktika nije ocenjena pozitivno od strane svih policijskih rukovodilaca, te da je bilo i onih koji su istakli da se ovaj trend negativno odražava na implementaciju koncepta policije u zajednici stvarajući jaz između policije i građana (Kraska, 1999). Trend militarizacije policije u SAD-u tekao je istovremeno sa usponom suštinski kontradiktornog trenda demokratizacije policije, oličeno u promovisanju koncepta policije u zajednici, što je, kako primećuje isti autor, navelo deo naučne i stručne javnosti da militarizaciju opazi kao oblik otpora političkim pritiscima usmerenim prema policiji da implementira reforme koje zahteva koncept policije u zajednici, a sve u širem kontekstu paradoksalnog osciliranja države poznog modernizma između militarizacije i demokratizacije, u konfuoznom pokušaju da reafirmiše legitimnost i moć (Kraska, 2007: 508–509). Upozorivši da bi u današnje vreme bilo neozbiljno zauzimati ili-ili poziciju u pogledu militarizacije policije, Kraska naglašava da ne treba gubiti iz vida ono što predstavlja centralnu ideju o ulozi policije u demokratskom društvu, što podrazumeva nastojanje da se njena militarizacija zadrži na relativno niskom nivou (Kraska, 2007: 511).

1.3. Autopercepcija i pogrešna profesionalna uverenja policijskih službenika

Univerzalna je pojava da policajci sebe tradicionalno doživljavaju prevashodno kao „borce protiv zločina” zadužene pre i iznad svega za represivno delovanje u oblasti kontrole kriminaliteta, ma kakvo da je aktuelno strateško opredeljenje u pogledu delovanja policije i njene uloge u društvu – čak i onda kad je naglašen rad policije u zajednici i preventivno delovanje, prosečan policijski službenik će sebe videti kao borca protiv kriminaliteta represivnim metodima i sredstvima, dok će delovanje policije u zajednici opažati kao nevažno, i nešto što nije „pravi policijski posao” (Christie, 1995: 31).

Policijski službenici neretko dele rasprostranjene zablude kako o odnosu građana i policije, tako i o kriminalitetu, policiji i njenoj ulozi. Snook (2008) upozorava da je oblast polisinga, poput mnogih drugih profesionalnih oblasti, preplavljena pseudo-naučnim i kontraempirijskim uverenjima, te da su među policijskim službenicima raširene razne zablude u vezi sa mnogim važnim temama – od zabluda u vezi sa dobijanjem priznanja od osumnjičenog, vlastitom sposobnošću prepoznavanja znakova neistinitog saopštavanja (npr. isključivo tumačenjem „neverbalnih znakova”) i karakteristikama pamćenja kod očevidaca, pa do pogrešnih uverenja o dimenzijama kriminalnog ponašanja, profilisanju, žrtvama kriminaliteta i „najboljoj praksi” u raznim oblastima. Neke od ovih zabluda održavaju se uprkos pozamašnoj empirijskoj građi koja direktno govori protiv njih. Meyer i Reppucci (2007) su, recimo, utvrdili da američki policajci neretko veruju da se maloletnici generalno ne razlikuju od odraslih ljudi u pogledu mentalnih sposobnosti i stepena sugestibilnosti, što predstavlja kontraempirijsko uverenje, budući da se redovno empirijski potvrđuje da su

maloletnici sugestibilniji od odraslih i da je na njih lakše uticati tokom ispitivanja (Bruck, Ceci 1999; Redlich, Goodman 2003, prema: Chaplin, Shaw, 2016). Prema rezultatima nekih studija, policijski službenici često gaje zablude čak i u vezi sa pitanjima koja se direktno tiču privatnog života policajaca. Aamodt, recimo, ukazuje da američki policajci duboko veruju da pripadaju profesionalnoj grupi koja ima izuzetno visoku stopu razvoda, uprkos tome što je u realnosti stopa razvoda policijskih službenika niža od nacionalnog proseka (Aamodt, 2008: 1233).

Neki autori nalaze da se količina kontraempirijskih uverenja smanjuje sa boljom i kvalitetnijom obukom, odnosno prilikama da policijski službenici dobiju validna znanja kroz proces obrazovanja (Roberts, 2004, prema: Chaplin, Shaw, 2016). Drugi, pak, smatraju da policijski službenici ili nisu naučili, ili nisu internalizovali pojedina znanja sa čvrstom empirijskom podrškom, te da se u pogledu prisustva pojedinih kontraempirijskih uverenja ne razlikuju od pripadnika opšte populacije, premda su, da stvar bude gora, sigurniji od pripadnika opšte populacije u ispravnost svojih (pogrešnih) uverenja.

Znanja sa empirijskom podrškom obično gube bitku od potkulturnih uverenja usvojenih kroz proces organizacione socijalizacije, gde su na vrhu piramide pouke iskusnih policajaca da je praksa važnija od teorije i da niko ne zna više o kriminalitetu i prestupnicima od policajaca koji se s njima sreću svakodnevno na ulici, na koja je, kao važna potkulturna uverenja pažnju odavno skrenuo Manning (Manning, 1971, prema: Ignjatović, 2015: 162), a koja zapravo potkopavaju princip profesionalizma i ugled policijskog rada veličanjem prakse koja ima obeležja naivnog policijskog delovanja utemeljenog na „urođenom daru” i „zdravom razumu”. Policijska potkultura se može razumeti kao set zajedničkih normi i stavova koji pomažu policijskim službenicima da se suoče sa radnim okruženjem (Rose, Unnithan, 2015), a koji se odnose na razna očekivanja u pogledu posla, zajednice i funkcionisanja krivičnog sistema (Waterman-Smith, 2017: 7). Organizaciona socijalizacija, tj. uključivanje mladih pripadnika u policijsku potkulturu započinje čim oni kroče u policijsku profesiju, obično poukom na dočeku koja, bilo gde u svetu, glasi, otprilike: „zaboravi ono što su te učili u školi i na fakultetu – ja ću ti sad objasniti kako to izgleda u stvarnom životu.” Želja da se uklope, budu prihvaćeni i ne opažaju kao „drugačiji” čini da mladi policijski službenici vrlo brzo usvoje stavove iz organizacionog okruženja, a da oni sami čak i nemaju jasnu svest o tome da su promenili svoja prvobitna uverenja (Garner, 2005; Catlin, Maupin, 2004). O domašaju negativnih uticaja policijske potkulture najočitije govore nalazi studija koji pokazuju da su policijski službenici skloniji da prekorače ili zloupotrebe ovlašćenja ukoliko veruju da će takvo ponašanje tolerisati njihove kolege, kao i ustanovljenje „zakona ćutanja”, i zauzimanje „mi protiv njih” pozicije prema građanima (Waterman-Smith, 2017), prema kojima se razvija duboko ciničan odnos pun nepoverenja.

Istraživanja motivacije za izbor policijske profesije koja su sprovedena u raznim državama samo su potvrdila da su ovi motivi manje-više univerzalni (Waterman-Smith, 2017). Studije generalno i konzistentno pokazuju da se najčešći razlozi za odabir policijske profesije kod pripadnika oba pola želja da se pomaže ljudima, sigurnost posla, borba protiv kriminaliteta i uzbudljivost posla, dok želja da se obav-

lja posao koji podrazumeva manifestovanje moći i autoriteta nije snažan motivacioni faktor ni za muškarce, niti za žene (Lester, 1983; Christie, 1995; Foley *et al*, 2008; White *et al*, 2010; Waterman-Smith, 2017). Zanimljivo je da novije studije u Sjedinjenim Državama otkrivaju da u određenoj meri raste broj onih koje policijske profesije motiviše militarna struktura policije, uzbuđenje koje proističe iz posla, ovlašćenja i autoritet, kao i dobra plata (Foley *et al*, 2008).

Razmatrajući razloge za rast atraktivnosti militarnog okruženja u policiji, ovi autori kao jedno od mogućih objašnjenja pominju efekat pojačane uloge policije u osiguranju bezbednosti zemlje nakon terorističkih napada protiv SAD iz 2001. godine (Foley *et al*, 2008: 5; 7). Uzbuđenje koje proističe iz policijskog posla je motiv koji se sve više podstiče u javnom diskursu – posredstvom medija i uz podršku političara i same policije, u javnosti se neprekidno konstruiše imidž policijskog rada kao uzbudljivijeg i efikasnijeg nego što on u realnosti jeste (Kappeler, Potter, 2017: 272) koji, zajedno sa medijski dugo konstruisanim imidžom snažnog i na akciju orijentisanog „mačo policajca” sa tipičnim stereotipnim obeležjima maskuliniteta, znatno utiče na motivaciju za izbor policijske profesije kod mnogih osoba (v. Sutton 1993, prema: Christie, 1995). I premda je jedan od vodećih motiva za profesionalni izbor i dalje prilika da se pomaže ljudima, Waterman-Smith (2017) upozorava da ovaj altruistički motiv novih pripadnika može biti promenjen tokom karijere pod uticajem organizacione socijalizacije i policijske potkulture, koje uglavnom osnažuju nepoverenje i ciničan stav prema javnosti.

2. OSVRT NA DOMAĆE PRILIKE

Nalazi ispitivanja javnog mnjenja koje je na teritoriji Republike Srbije, bez Kosova i Metohije sproveo CeSID u saradnji sa Misijom OEBS-a u Srbiji u decembru 2015. godine na reprezentativnom uzorku od 1473 punoletnih građana primenom tehnike „licem u lice”, pokazuju da poverenje u policiju blago zaostaje za obimom poverenja u dve najbolje rangirane institucije – crkvu i vojsku. Policiji veruje 43% građana, ali joj s druge strane 28% uopšte ne veruje. Ipak, opaženo je da poverenje u policiju poslednjih godina generalno raste, a iznadprosečno poverenje iskazuju građani stariji od 60 godina, oni srednješkolskog i nižeg obrazovanja i stanovnici ruralnih oblasti (CeSID, 2015: 22–23). Građani ne gaje naročito poverenje u pogledu borbe protiv teških oblika kriminaliteta: samo četvrtina ispitanika smatra da se država ozbiljno hvata u koštac sa organizovanim kriminalitetom, dok je čak 30% uvereno da ona nije ozbiljna u reagovanju na ovaj problem. Još je nepovoljniji nalaz da samo 18% ispitanika smatra da se država ozbiljno bori protiv korupcije, dok je dvostruko više onih uverenih da država nije odlučna u njenom suzbijanju. Građani veruju da je policija najefikasnija u zaštiti javnih okupljanja, održavanju javnog reda i mira i bezbednosti u saobraćaju, dok u pogledu suzbijanja trgovine narkotika, privrednog kriminaliteta i korupcije, oko 40% ispitanika policiju smatra neefikasnom (CeSID, 2015: 17–18; 32).

Rezultati istog istraživanja dalje pokazuju da kriminalnu aktivnost o kojoj imaju saznanja ne bi prijavilo 27% građana, najčešće zbog nepoverenja da je dr-

žava u stanju da im garantuje sigurnost od osвете (61%), a zatim zbog sumnje u to da će pravi prestupnici biti otkriveni (18%), uverenja da članovi organizovanih kriminalnih grupa imaju moćne zaštitinike (17%), a najređe zbog očekivanja da policija neće ozbiljno shvatiti njihovu prijavu (6%). Kako se zaključuje u istraživačkom izveštaju, jedan deo građana veruje da su kriminalci moćniji od državnog sistema i da je policija pre nemoćna nego nevoljna da se izbori s problemom kriminaliteta (CeSID, 2015: 20). Da unutar policije ima prilično ili veoma mnogo korupcije smatra 55% ispitanika, dok svega 3% smatra da je uopšte nema. Najkorumpiranijim policijskim službama građani smatraju saobraćajnu i graničnu policiju (CeSID, 2015: 48–49).

Zanimljiv je i nalaz da je prva asocijacija na *policiju* za najveći broj ispitanika (42%) „red“, mada ova pozitivna asocijacija beleži pad u odnosu na prethodnu godinu, dok je, s druge strane, primetan rast negativnih asocijacija, pre svega onih koje se tiču neorganizovanosti, lošeg rada i potencijalnog koruptivnog ponašanja pripadnika policije (CeSID, 2015: 24). Najzastupljenija (sa 51%) asocijacija građana na *prosečnog policijajca u kontaktu s građanima* je negativna i tiče se njegovog lošeg ophođenja – većina ispitanika je kao jednu od prvih asocijacija navela drskost, prekost, nadmenost u ophođenju i bespotrebnu strogoću. Ovu negativnu asocijaciju slede tri pozitivne: „odgovoran“ (42%), „profesionalan“ (39%) i „dobar u komunikaciji“ (39%), sa znatno nižom zastupljenošću. Asocijacije „neprofesionalan“ i „pošten/pravedan“ zastupljene su sa po 24%, a potom slede „nepošten/nepredan“ (21%), „hrabar“ (15%), „ugrožen“ (15%) i „neodgovoran“ (15%). Čak 39% ispitanika ocenjuje da su policijski službenici donekle ili veoma nepristupačni građanima (CeSID, 2015: 25–31). Najveći broj ispitanika smatra da policija (uglavnom ili u potpunosti) služi kao sredstvo za zaštitu interesa izvršne vlasti (65%) i ličnih interesa pojedinaca (54%). S tvrdnjom da policija služi kao servis građana saglasno je 39% ispitanika dok je 23% odbacuje, a s tvrdnjom da policija služi kao sredstvo represije slaže se 32% ispitanika, dok je 20% odbacuje. Manje od petine (19%) smatra da policija redovno ili često primenjuje prekomernu silu, ali je, s druge strane, svega 6% ispitanika koji veruju da policija to nikada ne čini, dok 26% smatra da ona to čini retko (CeSID, 2015: 36–38). Kada je reč o oceni prisutnosti policije u zajednici, čak polovina ispitanika smatra da bi ona trebalo da bude češće prisutna, dok svega 6% smatra da policija treba da smanji svoje prisustvo u zajednici. Ocenjujući saradnju policije sa lokalnom zajednicom i građanima, samo se trećina složila s tvrdnjom da policija ostvaruje dobru saradnju, dok 44% ispitanika smatra da policija u svoj rad ne uključuje dovoljno potrebe građana. Njih 39% (pre svega ispitanici koji nisu Srbi i oni mlađi od 30 godina) opaža da policija ne tretira jednako pojedine manjinske grupe, odnosno da policija građane tretira različito po raznim osnovama, uključujući materijalni status, političko opredeljenje, seksualnu orijentaciju, nacionalnost, pol i veroispovest (CeSID, 2015: 41; 55–59).

Rezultati ispitivanja stavova građana o policiji u Srbiji koje je sprovedla agencija IPSOS Stratedžik Marketing 2018. godine na reprezentativnom uzorku od 1008 punoletnih osoba ispitanika tehnikom „licem u lice“, pokazali su da blizu dve trećine (61%) građana ima poverenje u policiju, uprkos tome što čak sedam od deset ispita-

nika smatra da je ona korumpirana, i približno isto toliko da je politizovana (Đorđević, Elek, 2018: 11–12). Nalaz da čak tri četvrtine građana misli da su saobraćajni policajci korumpirani u skladu je sa ranijim rezultatima koji konzistentno govore da se saobraćajna policija opaža kao najkorumpiraniji deo policije. Samo 16% građana veruje da država uspešno suzbija korupciju u policiji, dok četvrtina smatra da se država uopšte ne bori protiv ovog problema (Đorđević, Elek, 2018: 17; 19).

Nalazi istog istraživanja govore da je nešto iznad polovine građana Srbije (55%) zadovoljno radom policije, dok je nezadovoljstvo eksplicitno izrazio svaki treći ispitanik (31%). Samo trećina ispitanika smatra da policija najviše deluje kao servis građana (37%), četvrtina veruje da ona najviše štiti interese vlasti i političkih partija, dok je 60% građana uvereno da policija ponajmanje deluje kao servis građana (Đorđević, Elek, 2018: 14). Većina ispitanika se u pogledu bezbednosti prevashodno oslanja na same sebe, a ne na državne institucije; tek svaki četvrti smatra da može da se pouzda u to da će ga policija zaštititi (Đorđević, Elek, 2018: 8), što u izvesnoj meri relativizuje ranije navedeni nalaz koji direktno (i značajno povoljnije) govori o stepenu poverenja građana u policiju.

U okviru ispitivanja profesionalnog cinizma u policiji koje je tokom 2015. i 2016. godine sprovedeno u Republici Srbiji (Zekavica *et al.*, 2018; Potgieter *et al.*, 2017) na uzorku od 472 policijska službenika iz pet područnih policijskih uprava širom zemlje, prikupljeni su, pored ostalog, i podaci koji se odnose na motivaciju za izbor policijske profesije⁷, kao i na određene stavove policijskih službenika prema različitim aspektima svog rada. Rezultati su pokazali da su vodeći motivi za izbor policijske profesije u Srbiji, kao i u većini drugih zemalja u kojima su slična istraživanja vršena, u osnovi altruistički ili pragmatični – društveni značaj profesije; borba protiv kriminaliteta; pomaganje građanima/zajednici, i socijalna sigurnost. Preovlađujući motiv za izbor policijske profesije jeste doživljaj policijskog posla kao „bezbednosne misije”, odnosno doprinos ostvarivanju bezbednosti društva, obavljanje posla od velikog društvenog značaja i borba protiv kriminaliteta (*bezbednost društva; značaj policije za društvo; mogućnost da suzbijam kriminalitet i čuvam bezbednost ljudi i imovine*), a odmah zatim sledi želja da se pomaže ljudima (*da budem na usluzi građanima*). Dve trećine ispitanika je za izbor policijske profesije motivisala, pored ostalog, sigurnost posla, odnosno socijalna sigurnost (*sigurna plata i penzija*), dok je više od polovine motivisano mogućnostima za napredovanje u karijeri. Trećina ispitanika je kao razlog za izbor policijske profesije naznačila mogućnost da nosi uniformu i ima ovlašćenja, odnosno da ispolji moć i autoritet koji su povezani sa policijskim poslom (*da budem u uniformi i imam ovlašćenja; da budem u poziciji da hapsim ljude*). Nisu utvrđene statistički značajne razlike u motivima za profesionalni izbor između ispitanika različitog pola ili obrazovnog nivoa, što je u skladu

7 Deset pitanja iz anketnog upitnika koji su konstruisali Potgieter, Zekavica i Roelofse (2015) u formatu petostepene skale Likertovog tipa (sa odgovorima koji su se kretali od 1= *sasvim nevažno*, do 5 = *veoma važno*), poslužili su kao indikatori sledećih motiva za izbor profesije: obavljanje posla od velikog društvenog značaja; doprinos prevenciji kriminaliteta i bezbednosti društva; pomaganje ljudima / služenje građanima u zajednici; prilike za lično (obrazovno, karijerno) napredovanje; prilike za korišćenje sportskih objekata dostupnih pripadnicima policije; prilika da se ima moć/autoritet, i sigurnost zaposlenja.

sa novijim rezultatima istraživanja u drugim zemljama (v. Foley *et al*, 2008; White *et al*, 2010). Zanimljivo je da je ovom studijom, koja je pre svega bila usmerena na ispitivanje profesionalnog cinizma policijskih službenika, utvrđeno da su ispitanici koji su bili snažno motivisani autoritarnim aspektima policijske profesije u povišenom riziku da razviju cinične stavove prema policijskoj organizaciji i modernizaciji policije, dok su policijski službenici snažno motivisani značajem policijske profesije, željom da osiguraju bezbednost zajednice i da suzbijaju kriminalitet u riziku da razviju cinične stavove prema saradnji policije i građana (Zekavica, Simeunović-Patić, 2016).⁸ Uopšte uzev, cinične stavove prema građanima i saradnji s njima razvijaju mnogi policijski službenici, čak i neki od onih koji su policijski posao odabrali upravo da bi bili na usluzi građanima. Pod uslovom da se izraz „policija kao servis građana” ne razume kao fraza, očigledno je da postoji određeni problem u vezi sa očekivanjima od policijskog posla, a možda i sa veštinama komunikacije s građanima. Tranzicija od „naivnog idealizma” osoba zainteresovanih za policijsku profesiju, do onoga što Becker i Geer određuju kao „informisani idealizam” (Becker, Geer, 1958, prema: Naus, 2007: 13) policijskih službenika, može biti opterećena raširenim mitovima i zabludama o policijskoj profesiji koji mogu pospešiti pogrešna očekivanja i onemogućiti profesionalnu satisfakciju, koja u slučaju policijskih službenika, po posledicama prevazilazi ličnu dimenziju nezadovoljstva poslom.

Policijski službenici u Srbiji su, sudeći prema nalazima istraživanja policijskog cinizma, u većini slučajeva zadovoljni svojom profesijom, budući da se 57,5% ispitanika uglavnom ili u potpunosti složilo s tvrdnjom: *raditi kao policajac meni lično pruža veliku satisfakciju*, dok je samo 13,6% ovu tvrdnju eksplicitno odbacilo (Zekavica, Simeunović-Patić, 2016). S druge strane, oni mahom veruju da je njihova slika u očima javnosti prilično loša: s tvrdnjom da *javnost danas pokazuje nizak nivo poverenja u policiju* slaže se 63% ispitanika (samo 19% je odbacuje), dok je čak 71% ispitanika saglasno s tvrdnjom da *građani često izražavaju negativan stav prema policajcima koji se trude da svoj posao obavljaju savesno*. Uprkos navedenom, izrazita većina (78%) policijskih službenika se slaže da je učešće zajednice u rešavanju pitanja kriminaliteta neophodna komponenta modernog policijskog rada. Srpski policijski službenici uglavnom ne vide policiju isključivo kao represivni aparat kad je reč o kontroli kriminaliteta – s tvrdnjom da je *represivno suzbijanje kriminaliteta mnogo važnije od prevencije* složila se samo četvrtina ispitanika (24,4%), dok ju je većina (50,5%) eksplicitno odbacila. Ono što, pak, zabrinjava jeste nalaz, u neku ruku kontradiktoran prethodnom, da se blizu polovine (46%) policijskih službenika

8 Faktorska analiza policijskog cinizma koju su sproveli Zekavica i saradnici (Zekavica *et al*, 2018) ukazala je na to da strukturu cinizma čine sledeća četiri faktora: opšti organizacioni cinizam; cinizam prema nadređenima/rukovodstvu; cinizam prema javnosti/saradnji sa građanima, i cinizam prema modernizaciji delovanja policije u oblasti kontrole kriminaliteta. Analiza povezanosti faktora cinizma i motiva za izbor policijske profesije ukazuje da je cinizam prema saradnji sa građanima u značajnoj pozitivnoj vezi sa sledećim profesionalnim motivima: *sprečavanje kriminaliteta* ($r = .23, p < .01$), *bezbednost društva* ($r = .19, p < .01$), *značaj policije za društvo* ($r = .13, p < .01$), ali i sa motivom: *biti na usluzi građanima* ($r = .11, p < .05$), dok je cinizam prema modernizaciji delovanja policije pozitivno povezan sa motivima: *da budem u poziciji da hapsim ljude* ($r = .19, p < .01$), *da budem u uniformi i imam ovlašćenja* ($r = .15, p < .01$), a nešto slabije i sa motivom: *biti na usluzi građanima* ($r = .13, p < .05$) (Zekavica, Simeunović-Patić, 2016).

nije složilo s tvrdnjom da *preterana upotreba sile dovodi do opadanja policijskog legitimiteta u društvu* (Zekavica, Simeunović-Patić, 2016).

3. ZAVRŠNA DISKUSIJA

U modernim društvima današnjice policija ima dvojaku ulogu: ona je s jedne strane represivni aparat države, ali je s druge javna služba osposobljena i ovlašćena da obezbeđuje zaštitu i pruža usluge građanima (Burkhardt, Baker, 2018). Policija je, kako to predstavlja Stoughton (2016), u isto vreme i „brižni zaštitnik” i „borac”, i mora da pomiri različite vrednosti i na njima utemeljene ciljeve i načine rada. Dok „zaštitnik” neguje vrednosti poput služenja građanima, poštovanja, strpljenja, empatije i razvija saradnju sa zajednicom, dotle „borac” visoko vrednuje čast, dužnost, pa i spremnost da se primenom sile prema građanima koji to „zaslužuju” rešavaju različite situacije, dajući primat vlastitom iskustvu u odnosu na mišljenje građana, političara i drugih kritički nastrojenih subjekata (Stoughton, 2016: 632; 663–664). Uloga „borca” protiv kriminaliteta čini da policijski službenici gledaju na građane kao potencijalno neprijateljski nastrojene, dok građani na to obično uzvraćaju percepcijom policije kao nelegitimne sile i slabim poverenjem u policiju, posebno unutar manjinskih zajednica (Hayes, 2017; Morin *et al*, 2017; prema: Burkhardt, Baker, 2018). Budući da je percepcija policije u javnosti značajan faktor spremnosti građana da sarađuju sa policijom u kontroli kriminaliteta, ali i njihovog odnosa prema celokupnom krivičnopravnom sistemu, obezbeđivanje optimalnog razvoja i profesionalizacije policije u svim aspektima i domenima njenog delovanja, uz nalaženje prave mere kompromisa u strukturi vrednosti i zadataka policijskog rada, ostaje trajni, izuzetno važan i izazovan zadatak moderne policije. Jedan od najvažnijih preduslova za popravljavanje imidža policije i stepena poverenja građana u policiju svakako je suzbijanje pogrešnih profesionalnih uverenja o građanima, kriminalitetu i kontroli kriminaliteta među samim policijskim službenicima, raširenih i ukorenjenih kako usled neadekvatnog obrazovanja, tako i posredstvom delovanja sila policijske potkulture.

Sudeći prema rezultatima novijih domaćih empirijskih studija, generalno se može zaključiti da aktuelna slika policije u javnosti nije ni ulepšana niti demonizujuća, ali da su socijalna percepcija policije i njenog rada, kao i stepen poverenja građana u policiju, još uvek daleko od poželjnih. Policija u Srbiji uživa poverenje građana koje se nalazi u zoni svetskog proseka, ali većina građana smatra da u njoj postoji problem korupcije i politizacije (Đorđević, Elek, 2018), kao i da policija građane tretira nejednako, po raznim osnovama (CeSID, 2015). Više od trećine građana policijske službenike opaža kao nepristupačne, trećina policiju vidi isključivo ili prevashodno kao sredstvo represije, koje najmanje deluje kao servis građana (CeSID, 2015), dok izrazita većina policijskih službenika veruje da građani nemaju poverenja u policiju i da prema njoj imaju negativan stav (Zekavica, Simeunović-Patić, 2016). Dok samo trećina građana veruje da policija retko ili nikada ne primenjuje prekomernu silu (CeSID, 2015), nešto manje od polovine policijskih službenika u Srbiji, s druge strane, ne veruje da prekomerna primena sile dovodi do opadanja po-

licijskog legitimiteta (Zekavica, Simeunović-Patić, 2016). Ovi nalazi, uz ranije izložen nalaz da je prva asocijacija građana na prosečnog policijskog službenika često negativna i da se tiče njegovog lošeg ophođenja prema građanima, nedvosmisleno ukazuju da pred policijom u Srbiji stoji veoma važan zadatak unapređenja profesionalizma, veština komunikacije i odnosa sa građanima. U literaturi se ukazuje da bi u funkciji ostvarivanja ovog cilja posebnu pažnju trebalo posvetiti strategiji regrutovanja policijskih službenika, koja bi trebalo da stavi nešto veći naglasak na altruističku motivaciju, kako bi policijska profesija postala privlačnija osobama koje bi, potencijalno, uspešnije ostvarivale dobre odnose sa zajednicom (Wu *et al*, 2009), umesto da bude privlačna uglavnom samo onima koji, pod uticajem mitova i dominantnih medijskih reprezentacija policijske delatnosti, biraju ovu profesiju tragajući za izrazito uzbudljivim i dinamičnim poslom prepunim „opasnosti” i prilika za „borbu” protiv prestupnika, primenu sile i ispoljavanje autoriteta. Najzad, poželjno bi bilo da buduća empirijska istraživanja u ovoj oblasti ukažu na to da li se, i u kojoj meri, može očekivati da će željene razvojne i modernizujuće procese unutar policije ometati pogrešna profesionalna uverenja i policijska potkultura sa naglašenim ciničnim stavom prema saradnji policije sa građanima, odnosno pojedini mitovi o kriminalitetu, policiji i policijskoj delatnosti rašireni kako među građanima, tako i među profesionalcima.

LITERATURA

- Aamodt, M. G. (2008). Reducing misconceptions and false beliefs in police and criminal psychology. *Criminal Justice and Behavior*, 35(10):1231–1240.
- Awan, I., Brookes, M., Powell, M., Stanwell, S. (2019). Understanding the public perception and satisfaction of a UK police constabulary, *Police Practice and Research*, 20(2): 172–184.
- Balko, R. (2013). *Rise of the Warrior Cop: The Militarization of America's Police Forces*. New York: Public Affairs.
- Balko, R. (2014). Five myths about policing, *Chicago Tribune* (December 9), p. 21.
- Björk, M. (2008). Fighting Cynicism Some Reflections on Self-Motivation in Police Work, *Police Quarterly*, 11(1): 88–101.
- BMG Research (2019). *Public Perceptions of Policing in England and Wales 2018*, Birmingham: BMG Research Ltd. Dostupno na: www.justiceinspectrates.gov.uk/hmicfrs/publications/public-perceptions-of-policing-in-england-and-wales-2018/
- Burkhardt, B. C., Baker, K. (2018). Agency Correlates of Police Militarization: The Case of MRAPs, *Police Quarterly*, DOI: 10.1177/1098611118800780
- Catlin, D. W., Maupin, J. R. (2004). A two cohort study of the ethical orientations of state police officers. *Policing: An International Journal of Police Strategies & Management*, 27(3), 289–301.
- CeSID (2015). *Stav građana Srbije prema radu policije. Istraživanje javnog mnjenja – decembar 2015. godine*. Beograd: OEBS Srbija. Dostupno na: www.cesid.rs/wp-content/uploads/2017/02/CeSID_OSCE_2015-.pdf
- Chaplin, C., Shaw, J. (2016). Confidently Wrong: Police Endorsement of Psycho-Legal Misconceptions, *Journal of Police and Criminal Psychology*, 31: 208–216.

- Christie, G. (1995). *Role relationships and role perceptions of police officers*. Graduate School of Management, The University of Queensland.
- Cowper, T. J. (2000). The Myth of the „Military Model” of Leadership in Law Enforcement, *Police Quarterly*, 3(3): 228–246.
- Đorđević, S., Elek, B. (2018). *Javnost Srbije o policiji – Rezultati istraživanja javnog mnjenja za 2018. godinu*, Beograd: Beogradski centar za bezbednosnu politiku.
- Đorović, I. (2011). Struktura radnog vremena uniformisanih pripadnika policije sa osvrtom na PPU Kragujevac, *Bezbednost*, 53(2): 219–236.
- Ekins, E. (2016). *Policing in America: Understanding Public Attitudes toward the Police*. Washington, DC: The Cato Institute. Dostupno na: <https://object.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/policing-in-america-1-3-17.pdf>
- Foley, P. F., Guarneri, C., Kelly, M. E. (2008). Reasons for choosing a police career: Changes over two decades, *International Journal of Police Science and Management*, 10(1): 2–8.
- Garner, R. (2005). Police attitudes: The impact of experience after training. *Applied Psychology in Criminal Justice*, 1(1): 56–70.
- Ignjatović, Đ. (2015). *Kriminologija* (12. izdanje). Beograd: Pravni Fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Kappeler, V. E., Kraska, P. B. (2015). Normalising police militarisation, living in denial, *Policing and Society*, 25(3): 268–275.
- Kappeler, V. E., Potter, G. W. (2017). *The Mythology of Crime and Criminal Justice* (5^{ed.}). Long Grove: Waveland Press, Inc.
- Kraska, P. (2007). Militarization and Policing—Its Relevance to 21st Century Police, *Policing: A Journal of Policy and Practice*, 1: 501–513.
- Kraska, P. B. (1999). Questioning the Militarization U.S. Police: Critical Versus Advocacy Scholarship, *Policing and Society*, 9(2): 141–155.
- Lester, D. (1983). Why do people become police officers: A study of reasons and their predictions of success. *Journal of Police Science and Administration*, 11(2): 170–174.
- Maguire, E. R., Johnson, D. (2010). Measuring public perceptions of the police, *Policing: An International Journal of Police Strategies & Management*, 33(4): 703–730.
- Meyer, J. W., Rowan, B. (1977). Institutionalized Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony, *American Journal of Sociology*, 83(2): 340–363.
- Meyer, J. R., Reppucci, N. D. (2007). Police practices and perceptions regarding juvenile interrogation and interrogative suggestibility. *Behavioral Sciences and the Law*, 25(6):757–780.
- Mona, G. G., Chimbari, M. J., Hongoro, C. (2019). A systematic review on occupational hazards, injuries and diseases among police officers worldwide: Policy implications for the South African Police Service, *Journal of Occupational Medicine and Toxicology*, 14(2), <https://doi.org/10.1186/s12995-018-0221-x>
- Mummolo, J. (2018). Militarization fails to enhance police safety or reduce crime but may harm police reputation, PNAS September 11, 115(37): 9181–9186. Dostupno na: www.pnas.org/content/suppl/2018/08/14/1805161115
- Naus, A. J. A. M. (2007). *Organizational Cynicism: on the nature, antecedents, and consequences of employee cynicism toward the employing organization*. Doctoral thesis, Maastricht University. Dostupno na: <https://cris.maastrichtuniversity.nl/portal/files/729754/guid-32222f96-94de-4349-b04d-5c07eb18d3ae-ASSET1.0.pdf>

- Pew Research Center (2017). *Behind the Badge: Amid protests and calls for reform, how police view their jobs, key issues and recent fatal encounters between blacks and police*. Dostupno na: http://i2.cdn.turner.com/cnn/2017/images/01/10/police.report_final.embargoed.pdf
- Phillips, S. W. (2014). Myths, militarism and the police patrol rifle, *Policing and Society: An International Journal of Research and Policy*, 26(2): 185–196.
- Plačkov, R. (2008). Problemi rada policije na lokalnom području, *Nauka, bezbednost, policija*, 13(3): 129–147.
- Potgieter, P. J., Roelofse, C. J., Zekavica, R., Simeunovic-Patic, B. (2017). A quantitative approach to police cynicism in South Africa: comparative notes with policing in Serbia and its relationship with career options and job satisfaction, *Acta Criminologica: Southern African Journal of Criminology*, 30(2): 96–115.
- Raganella, A. J., White, M. D. (2004). Race, gender, and motivation for becoming a police officer: Implications for building a representative police department. *Journal of Criminal Justice*, 32: 501–513.
- Rose, T., Unnithan, P. (2015). In or out of the group? Police subculture and occupational stress, *Policing: An International Journal of Police Strategies and Management*, 38(2): 279–294.
- Roziere, B., Walby, K. (2019) Special weapons and tactics teams in Canadian policing: legal, institutional, and economic dimensions, *Policing and Society*, DOI: 10.1080/10439463.2019.1586899
- Snook, B. (2008). Pseudoscientific Policing Practices and Beliefs, *Criminal Justice and Behavior*, 35(10): 1211–1214.
- Stoughton, S. W. (2016). Principled policing: Warrior cops and guardian officers, *Wake Forest Law Review*, 51: 611–676.
- Tietz, T. Jr. (2016). Militarizing the Police and Creating the Police State, *Peace Review*, 28(2): 191–194.
- Waterman-Smith, E. J. (2017). „Perceptions of Justice and Motivations for Becoming a Police Officer: Differences Across Recruits and Law Enforcement Officers”, *Master of Science in Criminal Justice Theses & Policy Research Projects*. Dostupno na: http://digitalcommons.kennesaw.edu/mscj_etd/5
- White, M. D., Cooper, J. A., Saunders, J., Raganella, A. J. (2010). Motivations for becoming a police officer: Re-assessing officer attitudes and job satisfaction after six years on the street, *Journal of Criminal Justice*, 38(4): 520–530.
- Wu, Y., Sun, I. Y., Triplett, R. A. (2009). Race, Class or Neighborhood Context: Which Matters More in Measuring Satisfaction with Police?, *Justice Quarterly*, 26(1): 125–156.
- Zekavica, R., Simeunović-Patić, B. (2016). „Povezanost profesionalnog cinizma i motiva za izbor policijske profesije u Republici Srbiji”, tehnički izveštaj. Beograd: Kriminalističko-policijska akademija.
- Zekavica, R., Simeunovic-Patic, B., Potgieter, P. J., Roelofse, C. J. (2018). Police cynicism in Serbia: prevalence, nature and associations with job satisfaction, *Policing: An International Journal*, 41(5): 659–672.

Biljana Simeunović-Patić

University of Criminal Investigation and Police Studies, Belgrade

PERCEPTION OF THE POLICE AND POLICE WORK AND MYTHS ABOUT POLICING

SUMMARY

The article is dedicated to analysis of inter-perceptions between the police and citizens, police self-perception and widespread false beliefs about police and their work. Most often, the myths about policing are not just mere benign misconceptions – they are persistent wrong conceptions based on cultural stereotypes that serve the distinctive interests of those who create and maintain them. Bearing in mind that myths can shape to some degree dominant public perception of the police, they also affect indirectly the level of citizens' confidence in the police and their willingness to cooperate with the criminal justice system, as well as the motivation for choosing police career, and job satisfaction of police officers. Regarding inter-perceptions of the citizens and the police, particular attention is paid to the current domestic situation, i.e. to the most recent empirical evidence on mutual perceptions of citizens and police in the Republic of Serbia. It is concluded that contemporary studies unambiguously indicate that Serbian police face very important unfinished task of improving the professionalism, communication skills and relations with the public, in order to enhance future public perceptions and confidence in the police. To this end, empirical studies indicating the presence and popularity of peculiar public misconceptions about policing, and false professional beliefs of police officers that might interfere with desirable developmental processes in the domain of modernization and further professionalization of the police as well as their relations with citizens, are highly welcomed.

Key words: public perceptions of the police, myths and misconceptions about policing, police officers' attitudes toward citizens, self-perception of the police.

PRAVNI INSTRUMENTI ZA SUZBIJANJE RADA „NA CRNO” U EVROPSKOJ UNIJI – SADRŽINA I (NE)DELOTVORNOST

Apstrakt: Rad „na crno” nespojiv je sa načelima zakonitosti i pravne sigurnosti, kao i sa vrednostima solidarnosti i socijalne pravde. Ova načela i vrednosti nalaze se u srcu prava Evropske unije (EU), zajedno sa načelima slobodne tržišne konkurencije i slobodnog kretanja radnikâ u okviru EU. Određeni aspekti borbe protiv rada „na crno” su, otud, (istina, samo posredno) uređeni i pod okriljem ove organizacije, iako su mere za sprečavanje i odvratanje od rada „na crno” (nadzor, sankcije protiv rada „na crno”, mere regulacije i dr.) u nadležnosti država članica EU. Poseban značaj za suzbijanje rada „na crno” ima Direktiva Saveta 91/533/EZ o poslodračevoj obavezi obaveštavanja radnikâ o uslovima rada, naročito u pravnim sistemima u kojima se ugovor o radu ne zaključuje u pisanoj formi. Stoga su u radu razmotreni ključni aspekti obaveze obaveštavanja (krug adresata, minimalna sadržina, forma i dokazna vrednost obaveštenja; obaveštavanje o izmenama ugovora o radu; posledice povrede obaveze obaveštavanja), posebno iz ugla delotvornosti odredaba koje ih uređuju i rešenja iz Predloga direktive o transparentnim i predvidivim uslovima rada (2017). Ukazano je i na značaj koji za sprečavanje rada „na crno” imaju direktive o zaštiti radnika migranata, posebno detaširanih radnika (direktive 96/71/EZ, 2014/67/EU i 2018/957/EU) i državljana trećih država s nezakonitim boravkom u EU (Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta 2009/52/EZ). Ovo stoga što su migranti redovno manje upoznati sa pravima koja im pripadaju (i pravilima značajnim za njihovo ostvarivanje, korišćenje i zaštitu), ali i spremniji da rade sa izrazito nesigurnim oblicima zaposlenja, uključujući i rad „na crno”. Zaključeno je da bi proširenje obaveze obaveštavanja u korist radnikâ sa novim formama rada predstavljalo značajan napredak, posebno u svetlu potrebe za potpunom radnopravnom zaštitom tzv. lažnih samozaposlenih lica, a, zatim, i potrebe za ograničenom zaštitom lica koja rade van radnog odnosa, u smislu priznavanja čvrstog jezgra socijalnih prava svim radnicima, u duhu koncepcije dostojanstvnog rada. Taj predlog zahteva, međutim, i oprez, jer postoji opasnost da će uvođenje obaveze obaveštavanja i priznavanje određenih radnih prava u pogledu tako širokog kruga lica odvratanje poslodavce ne samo od zasnivanja radnog odnosa, već i od angažovanja licâ za rad van radnog odnosa, uz srazmerno povećanje broja lica angažovanih za rad „na crno”. Ista postavka, *mutatis mutandis*, vredi i za unapređenje zaštite radnika migranata, pre svega onih koje je poslodavac uputio na privremeni rad u inostranstvo, jer postoji rizik da će to uticati na intenzivnije pribegavanje radu „na crno”, zbog nastojanja poslodavaca da izbegnu troškove rada sa kojima bi bila skopčana unapređena zaštita ove grupe migranata.

Ključne reči: Evropska unija, rad „na crno”, predvidivost uslovâ rada, novi oblici rada, radnici migranti.

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

1. EVROPSKA KONCEPCIJA RADA „NA CRNO”

Određenje pojma rad „na crno” (engl. *‘black work’, undeclared work*; fr. *travail au noir, travail non déclaré*) skopčano je sa mnoštvom problema, koji se prevashodno vezuju za mnogobrojne oblike u kojima se on može ispoljiti. Različiti su i termini kojima se označava, a, jedan od najčešće korišćenih jeste termin *‘undeclared work’*. Premda bi najprecizniji prevod ovog termina na srpski jezik glasio „neprijavljeni rad”, sadržina pojma koji označava najbliža je značenju koje se u našoj praksi pripisuje izrazu rad „na crno”, zbog čega ćemo ga i mi koristiti u ovom tekstu.

Uprkos mnoštvu različitih oblika u kojima se rad „na crno” pojavljuje u državama članicama Evropske unije (EU), na nivou ove organizacije postoji i opšteprihvaćena definicija tog pojma. Osmislila ju je Evropska komisija određivši rad „na crno” kao „svaku plaćenu aktivnost koja je zakonita po svojoj prirodi, ali nije prijavljena javnim vlastima, uzimajući u obzir razlike u regulatornim sistemima država članica”.¹

Ovako shvaćen pojam rada „na crno” skoncentrisan je oko obavljanja *plaćene aktivnosti*. Reč je, naime, o aktivnostima, koje, zavisno od subjekata koji ih obavljaju, mogu biti dvojake. Prvi oblik predstavljaju *poslovne aktivnosti koje obavljaju pravna lica*, pre svega mala preduzeća, dok drugi oblik aktivnosti podrazumeva *rad fizičkog lica, bilo u okviru radnog odnosa, bilo van radnog odnosa*.² U praksi, pritom, nije lako povući liniju razgraničenja, naročito ne sa matematičkom preciznošću, između navedenih oblika aktivnosti, naročito ne između poslovne aktivnosti pravnog lica i samozapošljavanja, kao ni između rada u okviru radnog odnosa i rada samozaposlenih lica, posebno ako se ima u vidu rad ekonomski zavisnih radnika, kao posebne kategorije samozaposlenih lica koja pretežna sredstva za izdržavanje ostvaruju na osnovu rada za jednog naručioca posla.³ Pitanje razlikovanja pojedinih vrsta aktivnosti se, pri tome, pojavljuje kao posebno važno, jer od njihove pravilne pravne kvalifikacije zavisi i pravilno određivanje personalnog područja izvorâ kompanijskog, građanskog, odnosno radnog prava, kao i socijalnog i poreskog zakonodavstva, te zakonodavstva o uređenju sudova.⁴

- 1 European Commission, Communication on undeclared work, 7. 4. 1998, COM (98) 219 final, 4.
- 2 Edoardo Ales, „Undeclared work: An activity-based legal typology”, u: *Undeclared work*, European Labour Law Network, Frankfurt/Main, 2013, 73.
- 3 Premda u većini država, ovi radnici ne uživaju nikakvu ili značajniju zaštitu, postoje i pravni sistemi koji ih asimiluju u subjekte radnog prava ili im pružaju određene zaštitne mere. Iscrpano o ovom pitanju vid. u Ljubinka Kovačević, „Personalno područje primene radnog zakonodavstva – (ne)pouzdanost kriterijumâ za kvalifikaciju subjekata radnopravne zaštite”, *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, vol. LXVI, broj 152 (3/2015), 505–519.
- 4 Otud ne čudi da se u nekim državama, neizvesnost u pogledu pravne kvalifikacije radnog angažovanja izbegava zahvaljujući *posebnom postupku potvrđivanja ugovora o radu*. To je, primera radi, slučaj u italijanskom pravu, gde na zahtev strana pravnog posla, organi javne vlasti nadležni za poslove rada (regionalne službe za zapošljavanje, direktorat ministarstva nadležnog za poslove zapošljavanja, saveti za zapošljavanje) ili nezavisna tela sastavljena od predstavnika socijalnih partnera i (državnih i privatnih) univerziteta (*Commissioni di certificazione*) mogu inicirati postupak utvrđivanja. Za ugovor koji u ovom postupku bude potvrđen kao ugovor o radu važi pretpostavka postojanja radnog odnosa, koju može oboriti samo sudska odluka. To, preciznije, znači da organi javne vlasti nadležni za poslove rada, socijalne sigurnosti i poreza, prilikom vrše-

Pored plaćenosti, u definiciji Evropske komisije, bitan element rada „na crno” predstavlja i *zakonita priroda određene aktivnosti*, zbog čega kvalifikacija rada „na crno” nije prihvatljiva u slučaju kriminalnih aktivnosti. Takvoj kvalifikaciji nema mesta ni u slučaju aktivnosti koje se, u skladu sa merodavnim propisima, ne prijavljuju javnim vlastima, poput rođачke ili susedske pomoći. *Prijavljivanje* se, pritom, može odnositi na obavezu poslodavca da radno angažovanje prijavi nosiocima obaveznog socijalnog osiguranja i poreskoj upravi. Osim toga, u nekim državama, prijava se podnosi i službi za zapošljavanje, kako bi određeno lice obrisala sa evidencije nezaposlenih, prikupila statističke podatke od značaja za pouzdano utvrđivanje stope (ne)zaposlenosti, te inicirala postupak traženja zaposlenja u slučaju prestanka radnog angažovanja (u sklopu mera aktivne politike zapošljavanja).⁵ Reč je, dakle, o definiciji koja povezuje rad „na crno” sa prevarama vezanim za izbegavanje plaćanja porezâ i doprinosâ za obavezno socijalno osiguranje.

Budući da pojam rada „na crno” odlikuje heterogenost, neprijavljenim radnicima se, pored onih koji rade „na crno” u užem smislu, tj. bez ugovora o radu, smatraju, dakle, i radnici kojima nije obezbeđena zaštita od socijalnih rizika, radnici kojima se deo zarade isplaćuje u gotovom novcu, radnici koji ne prijavljuju svoju drugo zaposlenje,⁶ samozaposlena lica koja ne prijavljuju svoju aktivnost, i dr. To, dalje, znači da se rad „na crno” može obavljati i u okviru radnog odnosa, u smislu situacija u kojima poslodavac (uopšte ili u potpunosti) ne prijavljuje nadležnim organima određeno radno angažovanje, kao što je to, primera radi, slučaj sa zaposlenima kojima poslodavac isplaćuje deo zarada „na ruke” (engl. *envelope wages*, ‘*off-the-books*’ work). Potonja situacija se može označiti i kao *delimično prijavljeni rad*, a, takvim se mogu smatrati i ostali slučajevi rada u okviru radnog odnosa koji je poslodavac prijavio nadležnim organima javne vlasti, obmanuvši ih, pritom, o kvantitativnim koordinatama tog rada, npr. o dužini radnog vremena, tj. o prekovremenom radu.⁷ Ovoj kvalifikaciji ima mesta i u slučaju odloženog prijavljivanja zasnivanja radnog odnosa, čemu pribegava nemali broj poslodavaca, redovno iz grupe

nja nadzora, ne bi mogli da preispituju prirodu ugovora za koji je završen postupak sertifikacije. Umesto toga, kvalifikaciju ugovora na koju glasi sertifikat mogu osporavati samo ugovorne strane, pred sudom, i to ukoliko smatraju da je nadležni organ našao da su postojale mane volja pri sklapanju pravnog posla, da je kvalifikacija nezakonito utvrđena ili da se stvarna primena ugovora razlikuje od uslova koji su potvrđeni u sertifikatu. Ukoliko sud utvrdi da je sertifikat nevažeći, sudska odluka će imati dejstvo *ex tunc* (od početka primene ugovora). T. [Tiziano] Treu, *Italy*, Walters Kluwer, The Hague, 2016, 154–155; E. Ales, 74–75.

5 E. Ales, 76.

6 Kako se taj drugi posao neretko obavlja noću, za označavanje ovih radnika neki autori koriste izraz ‘*moonlighters*’ (Francesa Bettio, Paola Villa, „Non-wage and disguised wage employment in Italy”, u: Gerry Rodgers, Janine Rodgers /eds./, *Precarious jobs in labour market regulation: The growth of atypical employment in Western Europe*, International Labour Organization – International Institute for Labour Studies), Geneva, 1989, 159). Postoje, međutim, radovi, u kojima se predmetni izraz koristi za označavanje triju oblika rada „na crno” – rada domaćih državljana za poslodavca koji izbegava primenu radnopravnih propisa, rada stranaca koji nisu državljanici država članica EU i nemaju odobrenje za boravak i/ili radnu dozvolu, i rada u porodičnom okruženju, uz izbegavanje primene radnopravnih propisa. Yota Kravaritou-Manitakis, *New forms of work – Labour law and social security aspects in the European Community*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Luxembourg, 1988, 90.

7 E. Ales, 78.

malih preduzeća.⁸ Pored rada u okviru radnog odnosa, neprijavljeni rad može biti obavljan i van radnog odnosa, npr. neregistrovana preduzetnička delatnost ili registrovana preduzetnička delatnost, kod koje se deo prihoda ne prijavljuje nadležnim organima javne vlasti.⁹ U tom smislu se u pravnoj terminologiji nekih država pravi razlika između rada „na crno” (kao neprijavljenog rada pravnih lica i fizičkih lica sa svojstvom samozaposlenih) i zapošljavanja „na crno”, kao neprijavljenog rada u okviru radnog odnosa.¹⁰ Premda se ovo razlikovanje može učiniti prihvatljivim, u našem radu, izraz rad „na crno” podrazumeva zapošljavanje „na crno”.

Rad „na crno” proizvodi štetne posledice, najpre, po lica koja ga obavljaju, ali i po poslodavce i državu. Na strani radnikâ, mislimo, pre svega, na ugroženost bezbednosti i zdravlja na radu, rad bez ili sa nepravичnom naknadom za rad, uskraćivanje drugih osnovnih radnih prava, odnosno pogoršanje drugih uslova rada, i nemogućnost ostvarivanja zaštite od socijalnih rizika, zbog neuplaćivanja doprinosa za obavezno socijalno osiguranje. Iako skopčan sa nižim troškovima rada, rad „na crno” je i neproduktivan i rizičan za poslodavce koji ga koriste, dok se poslodavci koji savesno i uredno ispunjavaju svoje (radnopravne, socijalnopravne i poreskopravne) obaveze suočavaju sa nelojalnom konkurencijom poslodavaca koji, zahvaljujući radu „na crno”, snižavaju troškove rada. Time se doprinosi i očuvanju aktivnosti koje, bez rada „na crno”, verovatno ne bi opstale na tržištu, tim pre što se odgovarajuća preduzeća i ne razvijaju, kako bi rad „na crno” koji koriste – ostao neprijavljen. To se, dalje, prenosi na državu i društvo, u smislu visokih ekonomskih i socijalnih troškova rada „na crno”, zbog neuplaćenih doprinosa za socijalno osiguranje i smanjenja poreskih prihoda, odnosno zbog narušavanja finansijske ravnoteže sistema socijalne sigurnosti, nepoštene raspodele troškova javnih usluga i socijalne države, i osujećivanja ciljeva socijalne i ekonomske politike.¹¹

Osnovni razlozi za pribegavanje radu „na crno” su, dakle, ekonomski, dok njegovom opstanku, pored ekonomskih, doprinosi i više drugih činilaca.¹² Prvi od njih tiče se reorganizacije industrije i uvođenja dugih lanaca podugovaranja, a, u cilju fleksibilizacije rada i boljeg prilagođavanja poslodavaca promenama na tržištu. Ta tendencija skopčana je, naime, sa povećanjem broja samozaposlenih lica, od kojih

8 F. Bettio, P. Villa, 160.

9 Iva Čatipović, „*ELLN* – 6. godišnji pravni seminar: Rad ‘na crno’”, *Zagrebačka pravna revija*, vol. 3, broj 1/2014, 107.

10 To je, primera radi, slučaj u slovenačkom pravu, jer je Zakonom o sprečavanju rada i zapošljavanja „na crno” uređeno kako sprečavanje rada „na crno” trgovačkih društava, preduzetnikâ i drugih samozaposlenih lica, tako i rada „na crno” koji se vezuje za radni odnos, tj. zapošljavanje „na crno”. Vid. Zakon o preprečavanju dela in zaposlovanja na črno (*Uradni list RS*, št. 32/14, 47/15).

11 Vrednost rada „na crno” na nivou EU procenjuje se na 40–120 miliona evra godišnje (Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on transparent and predictable working conditions in the European Union, COM/2017/0797 final – 2017/0355 (COD), Explanatory memorandum, 9). Vrednost ostvarene dobiti na osnovu rada „na crno” se, pritom, značajno razlikuje od jedne do druge države članice EU krećući se u 2012. godini od 7,6% bruto domaćeg proizvoda u Austriji do 31,9% bruto domaćeg proizvoda u Bugarskoj (Colin C. Williams, Piet Renooy, *Tackling undeclared work in 27 European Union Member States and Norway – Approaches and measures since 2008*, Eurofound, Dublin, 2013, 5).

12 Više o ovome vid. u Branko Lubarda, „Ilegalni rad – uzroci, pojavnici i mere suzbijanja”, *Pravo i privreda*, br. 3–6/1995, 630–642.

neka rade „na crno”.¹³ Naredni činilac opstanka rada „na crno” jeste razvoj novih tehnologija, kojim su otvorene mogućnosti za obavljanje profesionalne aktivnosti bez prijavljivanja javnim vlastima, dok su, sa druge strane, promene u demografskoj strukturi (starenje stanovništva, produženje životnog veka, promene u strukturi porodice i dr.) i intenzivno učešće žena u tržištu rada uticali na povećanje potrebe za angažovanjem pomoćnog kućnog osoblja. Budući da plaćeni rad u domaćinstvu ne donosi neposredni profit poslodavcu, da se redovno razume kao sastavni deo sfere njegovog privatnog života i da se, posledično, ne smatra za rad koji je kao svaki drugi, nemali broj lica ga obavlja „na crno”.¹⁴ U populaciji radnika koji obavljaju pomoćne kućne poslove, pritom, dominiraju žene, a, s tim u vezi, valja primetiti i to da rad „na crno”, u apstraktnom smislu, nije rodno diskriminatoran, već prisustvo i intenzitet rizika diskriminacije na osnovu pola zavisi od industrijske grane ili delatnosti u kojoj se obavlja (npr. muškarci su ugroženiji nepovoljnijim postupanjem u građevinskoj industriji, poljoprivredi i sektoru informacionih i komunikacionih tehnologija).

Visina i struktura porezâ i doprinosâ za socijalno osiguranje takođe utiču na raširenost rada „na crno”, tj. na njegovu prihvatljivost kako za poslodavce, tako i za zaposlene (zbog mogućnosti ostvarivanja većih primanja). Na zadržavanje rada „na crno” mogu uticati i administrativne teškoće, u smislu zahtevnih i složenih postupaka registracije delatnosti ili zasnivanja radnog odnosa. Isto vredi i za neodgovarajuće radno zakonodavstvo, posebno ukoliko ono ne prepoznaje značaj i osobenosti uređivanja nestandardnih oblika zaposlenja i drugih novih oblika rada.¹⁵ Konačno, na opstanak rada „na crno” utiče i pravna kultura, u smislu društvene (ne)prihvatljivosti ovakvog vida angažovanja. Otud se ni celoviti i pravilni pravni odgovori na problem rada „na crno” ne mogu zamisliti bez sadejstva građanskopravnih, radnopravnih, socijalnopravnih, poreskopravnih, prekršajopravnih i krivičnopravnih mera.¹⁶ One redovno podrazumevaju utvrđivanje kazni za poslodavce (uključujući i atipične kazne, poput oduzimanja imovinske koristi stečene na osnovu rada „na crno” i privremene zabrane učešća poslodavca u postupcima javnih nabavki), ali i izmenu načina prijavljivanja radnog angažovanja, poglavito u pravcu sužavanja formalnih zahteva. Jedna od mera je i priznavanje određene (radnopravne) zaštite u korist ekonomski zavisnih radnika. Slično vredi i za zaštitu tzv. lažnih samozaposlenih lica (engl. *false/bogus self-employed*, fr. *faux travailleurs indépendants*), koja stvarno rade pod vlašću naručioca posla, iako su angažovana na osnovu ugovora o delu ili nekog drugog (građanskopravnog ili poslovnopravnog) ugovora.¹⁷ Osnovni

13 European Commission, Communication on undeclared work, 6.

14 Ljubinka Kovačević, „Plaćeni rad u domaćinstvu poslodavca”, *Radno i socijalno pravo*, broj 2/2013, 78–81, 83.

15 European Commission, Communication on undeclared work, 6.

16 Iscrpno o ovom pitanju, posebno o domašaju i međusobnom odnosu svake od ovih sankcija u nemačkom pravu, vid. u Bernd Waas, „Undeclared work: Possible sanctions on closer examination”, u: *Undeclared work*, European Labour Law Network, Frankfurt/Main, 2013, 82–93.

17 Interesantno je uočiti da Evropska komisija smatra lažno samozapošljavanje – oblikom rada „na crno”, i to zbog negativnih posledica koje proizvodi po prava radnikâ, tržišnu konkurenciju i slobodu kretanja radnikâ u okviru EU. European Commission, Proposal for a decision of the European Parliament and of the Council on establishing a European Platform to enhance coope-

razlog za zaključenje simulovanog pravnog posla, pritom, valja tražiti u nastojanju poslodavaca da snize troškove rada i izbegnu obaveze predviđene poreskim, socijalnim i, naročito, radnim zakonodavstvom, zbog čega je važno izričito zakonsko potvrđivanje pravila o prevashodstvu stvarne u odnosu na deklarativno izraženu volju ugovornih strana (načelo činjeničnog prvenstva /engl. *principle of primacy of fact*, fr. *principe de réalité*, *principe de primauté des faits*/). Osim toga, suzbijanju lažnog samozapošljavanja može doprineti i što veće približavanje visine doprinosâ za obavezno socijalno osiguranje zaposlenih i samozaposlenih lica, ne bi li se na taj način zainteresovana lica odvrćala od lažnog samozapošljavanja. Primena takve mere zahteva, međutim, i oprez, jer postoji opasnost da će odvrćati poslodavce ne samo od zasnivanja radnog odnosa, već i od angažovanja licâ za rad van radnog odnosa, uz srazmerno povećanje broja lica angažovanih za rad „na crno”.¹⁸

2. LEGISLATIVNA ISTORIJA I INSTRUMENTI BORBE PROTIV RADA ‘NA CRNO’ POD OKRILJEM EVROPSKE UNIJE

Rad „na crno” nespojiv je sa načelima zakonitosti i pravne sigurnosti, kao i sa vrednostima solidarnosti i socijalne pravde. Ova načela i vrednosti nalaze se u srcu prava EU, zajedno sa načelima slobodne tržišne konkurencije i slobodnog kretanja radnikâ u okviru EU. Otud ne čudi da su određeni aspekti borbe protiv rada „na crno” uređeni i pod okriljem ove organizacije. Kada je reč o pravnoobavezujućim izvorima prava, to je učinjeno samo posredno, počevši od Direktive Saveta 91/533/EZ o poslodachevoj obavezi obaveštavanja zaposlenih o uslovima rada.¹⁹ Ona je značajna za suzbijanje rada na crno, budući da je, zbog pravne subordinacije kao bitnog obeležja radnog odnosa, izuzetno važno da zaposlenima blagovremeno i na odgovarajući način budu pruženi podaci o bitnim elementima radnog odnosa, posebno u pravnim sistemima u kojima se ugovor o radu ne zaključuje u pisanoj formi. Ispunjenje poslodavčeve obaveze obaveštavanja, naime, omogućava radnicima pravilno i potpuno sagledavanje sopstvenog radnopravnog položaja i delotvorno ostvarivanje i zaštitu radnih prava. Ovo tim pre što, nepostojanje poslodavčevog obaveštenja o bitnim elementima radnog odnosa, inspekcija rada i drugi nadležni organi javne vlasti, baš kao i sindikati, mogu koristiti kao solidan indikator povreda radnih prava.

Budući da su se, od usvajanja Direktive 91/533/EZ, na tržištu rada desile značajne promene, među kojima je posebno markantna pojava velikog broja novih, fleksibilnih oblika zaposlenja, februara 2019. godine potvrđen je Predlog novele ove direktive. Reč je, preciznije, o Predlogu direktive o transparentnim i predvidivim

ration in the prevention and deterrence of undeclared work, Brussels, 9.4.2014, COM (2014) 221 final, preambula.

18 Up. sa Luka Tičar, „Delovnopravno varstvo ekonomsko ovisnih oseb – novost ZDR-1”, *Delavci in delodajalci*, vol. XIII, br. 2–3/2013, 160.

19 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* – OJ, L 288, 18.10.1991, 32–35).

uslovima rada,²⁰ kojim je proširena sadržina obaveze obaveštavanja i utvrđen novi minimalni standard zaštite za više od 200 miliona radnika u EU. To je važan korak u borbi protiv rada „na crno”, budući da, na osnovu važeće direktive, radnici sa pojedinim novim formama rada ne uživaju odgovarajuću zaštitu, iako se nalaze u najosetljivijem položaju.²¹ Tako, primera radi, vozači i kuriri koji rade na zahtev klijenata, kao i druga lica angažovana na osnovu ugovora o radu na zahtev (eng. *work on demand*, fr. *travail à la demande*) neretko imaju krajnje ograničen uvid u raspored i trajanje rada. Za njima slede radnici angažovani na osnovu ugovora o povremenom radu (engl. *casual work*, fr. *travail intermittent*), koji se zaključuje povodom rada koji nije kontinuiran i stabilan, zbog čega i izostaje obaveza poslodavca da redovno obezbeđuje radniku mogućnost da radi. Umesto toga, radnik može biti angažovan na osnovu jedne od dve podvrste ugovora o povremenom radu. Prva je ugovor o radu po pozivu (engl. *on-call work*), koji podrazumeva postojanje kontinuiranog radnog odnosa, uz pravo poslodavca da radnika pozove da radi samo po potrebi. U nekim pravnim sistemima, poslodavci, pritom, imaju obavezu da obezbede minimalni fond radnih sati, dok u drugim državama to nije slučaj, već radnik i poslodavac mogu odlučivati o radnom angažovanju svake sedmice, svakog meseca ili kada za tim bude postojala potreba (engl. *zero-hours contract*).²² Drugu podvrstu ugovora o povremenom radu predstavljaju ugovori kod kojih poslodavac redovno ili neredovno zahteva od zaposlenog izvršavanje određenog zadatka, često pod okriljem nekog projekta ili za obavljanje sezonskih poslova (engl. *intermittent work*). U fleksibilne oblike zaposlenja spada i plaćeni rad u domaćinstvu poslodavca, tj. obavljanje pomoćnih kućnih poslova (eng. *domestic work*, fr. *travail domestique*). Oni se mogu obavljati i u formi rada na osnovu vrednosnih kupona (eng. *voucher-based work*, fr. *travail basé sur des chèques*), kod kojeg poslodavac od organa javne vlasti dobija vaučer koji će koristiti za plaćanje radnikâ (umesto u praksi uobičajene isplate naknade za rad „na ruke”). Potonji oblik rada je, naime, uveden u nekoliko evropskih država (Austrija, Belgija, Grčka, Italija, Litvanija, Slovenija, Francuska, Holandija i Hrvatska), poglavito u cilju unapređenja zaštite pomoćnog kućnog oso-

20 Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on transparent and predictable working conditions in the European Union, COM/2017/0797 final – 2017/0355 (COD).

21 Prema podacima Statističkog biroa Evropske unije (*Eurostat*), 60% radnika u EU radi sa standardnim radnim odnosom (radni odnos na neodređeno vreme i sa punim radnim vremenom), 13% radnika radi na neodređeno vreme, ali sa nepunim radnim vremenom, 8% radnika radi na određeno vreme, ali sa punim radnim vremenom, 4% radnika radi na određeno vreme i sa nepunim radnim vremenom. Sa druge strane, radnici koji obavljaju pomoćne kućne poslove (tj. plaćeni rad u domaćinstvu poslodavca) čine od 1–9% ukupnog broja radnika u većini država članica EU, dok se broj radnika na platformama procenjuje na 0,5%-1% od ukupnog broja radnika u većini evropskih država. Nav. prema Danilo Bianchini *et al.*, *Study to support impact assessment on the review of the Written Statement Directive*, PPMI / Center for Strategy & Evaluation Services, Vilnius – Kent, 20, 26; „European pillar of social rights: Towards transparent and predictable working conditions”, <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=20696&langId=en>, 2. mart 2019; iscrpno o novim formama rada vid. u: Senad Jašarević, „Nove forme rada u Evropskoj uniji i Srbiji”, *Radno i socijalno pravo*, vol. 19, broj 2/2015, 1–22; Senad Jašarević, „Radno pravo Srbije u XX i XXI veku”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, vol. LII, broj 3/2018, 925–943.

22 Vid. Danilo Rončević, Aleksandar Antić, „Ugovor bez određenog radnog vremena (*zero hour contract*)”, *Radno i socijalno pravo*, vol. 20, broj 1/2016, 229–244.

blja, ali i suzbijanja rada „na crno” u poljoprivredi. Konačno, najosetljivijim radnicima treba smatrati i one koji rade posredstvom *on-line* platformi (engl. *platform workers, crowd workers*; fr. *travailleurs des plateformes*). Reč je o virtuelnim platformama koje povezuju zainteresovane radnike sa klijentima (neodređenom i nepoznatom grupom ili pojedincima), koji imaju potrebu za radom jednog ili više lica. Platforme, dakle, imaju ulogu posrednika ili agenta i nisu neposredno uključene u odnos radnika i klijenta. Ipak, u nekim slučajevima, platforme mogu posredovati i prilikom plaćanja naknade za rad, kada klijenti novac prenose platformi kako bi ga ona, po obavljenom poslu, isplatila radniku, što je i svojevrsna garancija da će rad biti plaćen. Platforme, pritom, krajnje retko zapošljavaju radnike, već oni, po pravilu, rade kao samozaposlena lica.²³

Niz pravnih instrumenata EU od značaja za sprečavanje rada „na crno” nastavlja i direktive koje uređuju zaštitu radnika koje je poslodavac uputio na privremeni rad u inostranstvo (direktive 96/71/EZ,²⁴ 2014/67/EU²⁵ i 2018/957/EU²⁶). Ovo stoga što migranti čine posebno osetljivu kategoriju radnika, jer su redovno manje upoznati sa lokalnim prilikama i propisima koji se na njih primenjuju, ali i spremni da rade sa izrazito nesigurnim oblicima zaposlenja, ili kao samozaposleni, između ostalog, i stoga što su imigracioni propisi neretko povoljniji za samozaposlena lica nego za zaposlene.²⁷ Konačno, rad migranata, upravo zbog njihovog delikatnog položaja, neretko natkriljuje i rizik rada „na crno”, u smislu neprijavlivanja ili nepotpunog prijavljivanja njihovog rada.

Rešavanju prekograničnih problema rada „na crno” doprinosi i Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta 2009/52/EZ o merama i sankcijama protiv poslodavaca državljana trećih država s nezakonitim boravkom.²⁸ Njome je, naime, uređeno jedno od najdelikatnijih pitanja koje prati borbu protiv rada „na crno” – pitanje radnog angažovanja stranaca koji nezakonito borave na teritoriji EU. Ovo stoga što je za mnoge od njih rad „na crno” neizbežan način preživljavanja, zbog čega i mogućnost dobijanja posla u EU bez potrebnog pravnog statusa predstavlja jedan

23 Produbljeno o ovom obliku rada vid. u Jeremias Prassl, Martin Risak, *Uber, TaskRabbit & Co: Platforms as employers? Rethinking labour law of crowdwork*, u: Kerstin Ahlberg, Niklas Bruun (eds.), „The new foundations of labour law”, Peter Lang, Frankfurt am Main – New York, 2017, 97–126.

24 Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services (OJ L 18, 21.1.1997, 1–6).

25 Directive 2014/67/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on the enforcement of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services and amending Regulation (EU) No 1024/2012 on administrative cooperation through the Internal Market Information System (‘the IMI Regulation’), OJ L 159, 28.5.2014, 11–31.

26 Directive (EU) 2018/957 of the European Parliament and of the Council of 28 June 2018 amending Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services (OJ L, 9.7.2018, 16–24).

27 I. Čatipović, 110.

28 Directive 2009/52/EC of the European Parliament and of the Council of 18 June 2009 providing for minimum standards on sanctions and measures against employers of illegally staying third-country nationals (OJ L 168, 30.6.2009, 24–32).

od važnih motiva za nezakonitu imigraciju u EU. U tom smislu je pomenutom direktivom zabranjeno zapošljavanje državljana treće države sa nezakonitim boravkom, dok su poslodavci dužni da nadležnim organima javne vlasti olakšaju kontrolu prisustva ovih lica. U tom smislu, kao pravni instrument od posrednog značaja za sprečavanje rada „na crno” valja pomenuti i Pravilo Evropskog parlamenta i Saveta 2016/589 o Evropskoj mreži službi za zapošljavanje (EURES),²⁹ budući da partneri ove mreže pružaju migrantima informacije i uputstva o pojedinačnim mogućnostima zapošljavanja, kao i različite usluge podrške.

Konačno, valja imati u vidu da se pod okriljem EU preduzimaju i različite vanpravne mere od značaja za borbu protiv rada „na crno”. Među njima posebnu pažnju zaslužuje uspostavljanje Evropske platforme za jačanje saradnje u rešavanju neprijavljenog rada, o čemu će, takođe, biti reči.

3. POSLODAVČEVA OBAVEZA OBAVEŠTAVANJA RADNIKÂ O USLOVIMA RADA – DIREKTIVA SAVETA 91/533/EZ

3.1. Opšta razmatranja

Zbog podređenosti poslodavčevoj (upravljačkoj, normativnoj i disciplinskoj) vlasti, koja suštinski obeležava radni odnos, zaposleni ima potrebu da blagovremeno i na odgovarajući način bude obavešten o svojim (ugovornim i drugim) pravima, obavezama i odgovornostima iz radnog odnosa.³⁰ Primerenim načinom obaveštavanja smatra se dostavljanje odgovarajućih podataka u pisanom obliku. Ova forma, naime, omogućava zaposlenom jasno sagledavanje svog radnopravnog položaja, a, u slučaju eventualnog spora, obezbeđuje i lakše dokazivanje dogovorenih uslova rada.³¹ To je i razlog što se obaveštavanje zaposlenih o uslovima rada može smatrati i svojevrsnim instrumentom za borbu protiv rada „na crno”, a, što je prepoznato i u pravu EU. Tako je Direktivom Saveta 91/533/EZ potvrđena poslodaveva obaveza obaveštavanja zaposlenih o uslovima koji se primenjuju na ugovor o radu ili radni odnos, doduše, bez izričitog pominjanja izraza rad „na crno”.

Direktiva je usvojena s dvojakim ciljem: prvi od njih tiče se (unapređenja) zaštite radnikâ od mogućih povreda radnih prava, jer je posedovanje pisanog obaveštenja o uslovima rada važna pretpostavka delotvornog uživanja pravâ iz radnog odnosa. Drugi cilj se vezuje za postizanje veće transparentnosti na tržištu, budući da primena Direktive obezbeđuje lakšu identifikaciju uslovâ rada određene kategorije zaposlenih (npr. zaposlenih u određenoj grani privrede ili određenoj delatnosti

29 Regulation (EU) 2016/589 of the European Parliament and of the Council of 13 April 2016 on a European network of employment services (EURES), workers' access to mobility services and the further integration of labour markets, and amending Regulations (EU) No 492/2011 and (EU) No 1296/2013 (OJ L 107, 22.4.2016, 1–28).

30 Polonca Končar, „Predlog direktive o preglednih in predvidljivih delovnih pogojih”, *Delavci in delodajalci*, vol. XVIII, br. 2–3/2018, 267.

31 *Ibid.*

u EU).³² Koristi od primene Direktive, otud, imaju i savesni poslodavci, u smislu pravne sigurnosti, tj. izvesnosti njihovih obaveza i dužnosti, a, što doprinosi poštenoj konkurenciji na tržištu. Konačno, Direktiva pomaže i nastojanjima inspekcije rada i drugih nadležnih organa javne vlasti u državama članicama EU da suzbiju rad „na crno”, jer ovi subjekti, prilikom nadzora nad primenom merodavnih propisa, mogu koristiti izostanak pisanog obaveštenja o uslovima rada kao indikator povreda pravâ radnikâ.³³ To je posebno bitno u pravnim sistemima u kojima se ugovor o radu ne mora zaključiti u pisanoj formi.

S tim u vezi, najpre, valja imati u vidu da Direktiva *ne* zahteva zaključenje formalnog ugovora o radu. To se može objasniti značajnim razlikama koje, u pogledu tog pitanja, postoje među državama članicama EU čineći čak i minimalnu harmonizaciju prava nemogućom. U nekim državama, naime, ugovor o radu mora biti zaključen u pisanoj formi, kako bi se izbegli sporovi o kvalifikaciji zaposlenog, opis u posla, visini zarada i dr., ali postoje i države u kojima pisani ugovor predstavlja akt zasnivanja radnog odnosa samo izuzetno, tj. samo u određenim slučajevima, odnosno samo za zaposlene u određenim sektorima.³⁴

Nacionalne razlike postoje i u pogledu uređivanja ugovora o radu, odnosno radnog odnosa, budući da je u državama sa evropsko-kontinentalnom pravnom tradicijom najvažniji izvor prava u toj oblasti zakon, dok u državama sa anglo-saksonskom pravnom tradicijom prevashodstvo pripada kolektivnom ugovoru. Ono što je, međutim, u trenutku izrade Direktive, povezivalo ova dva pravna kruga jeste dužnost poslodavaca u Ujedinjenom Kraljevstvu i Irskoj da zaposlenom obezbede pisano obaveštenje o osnovnim uslovima rada, a, što je *prima facie* predstavljalo dokaz o elementima ugovora.³⁵ Zakonodavstvo Ujedinjenog Kraljevstva će, pritom, i poslužiti kao inspiracija, pa, čak i kao model Evropskoj komisiji za izradu Direktive.³⁶

32 Commission Staff Working Document „Second phase consultation of social partners under Article 154 TFEU on a possible revision of the Written Statement Directive (Directive 91/533/EEC) in the framework of the European Pillar of Social Rights”, C(2017) 6121 final, 47.

33 European Commission Staff Working Document „Regulatory Fitness and Performance (REFIT) – Evaluation of the ‘Written Statement Directive’”, Brussels, 26 April 2017, SWD (2017) 205 final, 22.

34 To je, primera radi, u Belgiji slučaj samo kod radnog odnosa na određeno vreme, radnog odnosa sa nepunim radnim vremenom, radnog odnosa zasnovanog radi zamene odsutnog zaposlenog, i radnog angažovanja studenata, lica koja rade kod kuće i lica koja rade preko agencija za privremeno zapošljavanje.

35 Erika Szyszczak, *EC labour law*, Pearson Education Limited, Harlow, 2000, 128–129.

36 U Ujedinjenom Kraljevstvu, ova obaveza je uvedena Zakonom o ugovorima o radu (*Contracts of Employment Act*) od 1963. godine, dok je u Irskoj to učinjeno Zakonom o minimalnom obaveštenju i uslovima zaposlenja (*Minimum Notice and Terms of Employment Act*) od 1977. godine. Oba izvora sadržala su bezmalo identično rešenje, s tim što je u irskom pravu, obaveštenje o uslovima rada moralo biti dostavljeno zaposlenom najkasnije mesec dana od njegovog stupanja na rad. Upravo to rešenje biće sadržano u Predlogu Evropske komisije o direktivi o dokazu o radnom odnosu, od 5. decembra 1990. godine [Commission proposal for a Council Directive on a form of proof of an employment relationship, COM(90) 563 final], koji, međutim, nikada nije usvojen. Bili su, naime, uvaženi amandmani Parlamenta, ali je Savet odbacio novelirani tekst Predloga, pozivajući se na zabrinutost određenih država članica i Ekonomskog i socijalnog komiteta da bi usvajanje odgovarajuće direktive opteretilo poslodavce prekomernim administrativnim zahtevima. Najvažnije rešenje Predloga ticalo se obaveze poslodavca da svakom zaposlenom koji u pro-

Potreba za minimalnom harmonizacijom u oblasti obaveštavanja o uslovima rada naročito je postala vidljiva sa pojavom niza nestandardnih oblika radnog odnosa. Isto vredi i za uvođenje drugih vidova fleksibilizacije tržišta rada, koji su poslodavcima omogućili lakše prilagođavanje promenama na tržištu, ali i uvećali mogućnosti za angažovanje licâ za rad „na crno” i druge nezakonite prakse.³⁷ Premda je Poveljom Zajednice o osnovnim socijalnim pravima radnikâ potvrđeno da se „uslovi rada svakog radnika u Evropskoj zajednici određuju zakonima, kolektivnim ugovorom ili ugovorom o radu, u skladu sa pravilima koja se primenjuju u svakoj zemlji”,³⁸ u praksi nisu bili retki slučajevi uskraćivanja preciznih obaveštenja o uslovima rada, dok je nemali broj radnika radio bez pisanog ugovora o radu ili dokumenta koji bi sadržao elemente radnog odnosa. Direktiva je, otud, trebalo da svakom radniku u Evropskoj zajednici omogući da zna za koga, gde i pod kojim uslovima radi, tj. da zna kakva je priroda i sadržina pravnog odnosa koji je zasnovao sa poslodavcem.

Ostvarivanju naznačenih ciljeva doprinosi *obaveza poslodavca da svakom zaposlenom, u roku od dva meseca od početka radnog odnosa, dostavi pisani dokument sa podacima o bitnim elementima ugovora o radu, odnosno radnog odnosa*. Ista obaveza *mutatis mutandis* postoji i u slučaju izmene ovih elemenata, i to u roku od mesec dana od zaključenja aneksa ugovora o radu ili stupanja na snagu odgovarajuće odluke poslodavca.³⁹ Navedena obaveza, pritom, ne podrazumeva obavezu zaključenja ugovora u pisanoj formi, već se zaposlenima omogućava da poseduju jedan ili više pisanih dokumenata koji sadrže obaveštenje o bitnim elementima radnog odnosa.⁴⁰ Poslodavčevoj obavezi obaveštavanja korelativno je, dakle, pravo zaposlenog na pisano obaveštenje o bitnim elementima ugovora ili radnog odnosa. A to obaveštenje predstavlja, zapravo, „praktično sredstvo koje će omogućiti da se podaci koje je poslodavac pružio učine relevantnijim za zaposlene”.⁴¹ Predmet regulisanja Di-

seku radi duže od osam sati nedeljno, u roku od mesec dana od njegovog stupanja na rad, dostavi „dokument koji će predstavljati dokaz glavnih uslova njegovog i poslodavčevog ugovora o radu”. Ovaj dokument je, pritom, trebalo da predstavlja deklaraciju i pisani dokaz o ugovoru o radu ili o radnom odnosu zaključenom u skladu sa nacionalnim zakonodavstvom država članica. Nav. prema: Jeff Kenner, *EU employment law: From Rome to Amsterdam and beyond*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2003, 188–190.

37 Mijke Houwerzijl, „Information on contract conditions”, in: Monika Schlachter (ed.), *EU labour law – A Commentary*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2015, 148.

38 Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers, 9 December 1989, COM (89) 471 final, tačka 9.

39 U tom smislu, Direktiva uspostavlja šest pravila: 1) da radnici moraju biti obavješteni o bitnim elementima ugovora o radu; 2) da obavještenje mora biti dato u pisanom obliku; 3) da radnici koji rade u inostranstvu moraju dobiti dodatne podatke; 4) da radnici moraju biti obavješteni o izmeni ugovora o radu pisanim putem; 5) da svi radnici koji smatraju da su oštećeni neprimjenjivanjem Direktive mogu delotvorno namiriti svoja potraživanja; 6) da i radnicima koji su zasnovali radni odnos pre stupanja Direktive na snagu, na njihov zahtev, mora biti pruženo obavještenje. Gerda Falkner *et al.*, *Complying with Europe: EU harmonisation and soft law in the Member States*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, 56.

40 Jean Pélissier, Gilles Auzero, Emmanuel Dockès, *Droit du travail*, 27^e édition, Dalloz, Paris, 2013, 251.

41 J. Kenner, 194.

rektive je, pritom, vrlo skroman i uzak, jer se njenim odredbama uređuje pružanje odgovarajućih podataka zaposlenom, dok su pitanja uslovâ rada i forme zaposlenja ostala neuređena. Isto vredi i za dokaznu vrednost obaveštenja i zaštitu zaposlenog u slučaju povrede obaveze obaveštavanja, o čemu će kasnije biti reči.

Iako se bezmalo isključivo svodi na utvrđivanje poslodavčeve obaveze obaveštavanja, ova direktiva se smatra bitnim delom *acquis communautaire*.⁴² Ovo, između ostalog, i stoga, što i tako usko određen predmet regulisanja, doprinosi boljoj zaštiti zaposlenih, posebno ako se obaveza obaveštavanja posmatra u kontekstu čitavog sistema nadzora nad primenom ugovorâ o radu i (heteronomnih i autonomnih) izvora radnog prava. Države članice EU su, pritom, u velikoj meri uskladile svoja zakonodavstva i praksu sa odredbama Direktive, pri čemu je u nekima od njih implementacija podrazumevala usvajanje specijalnih zakona ili podzakonskih akata, dok su se druge države odlučile za usvajanje dopuna matičnih zakon(ik)a za oblast radnih odnosa (npr. Ujedinjeno Kraljevstvo, Francuska i Španija) odnosno dopuna posebnih zakona.

Konačno, valja imati u vidu i to da je jedno od najdelikatnijih pitanja koje se otvorilo povodom primene Direktive 91/533/EZ vezano za obaveštavanje lica koja rade u „sivoj zoni” između podređenog rada (zaposlenih) i nezavisnog rada (samozaposlenih lica).⁴³ To naročito vredi za ekonomski zavisne radnike, kao i za lažne samozaposlene, budući da u pogledu prve grupe postoji potreba za određenom radnopravnom zaštitom, dok se na drugu grupu radnika primenjuje načelo činjeničnog prvenstva, tj. pravilo o prevashodstvu stvarne u odnosu na deklarativno izjavljenu volju ugovornica. To, u oba slučaja, otvara potrebu za obaveštavanjem ovih lica o uslovima rada, iako su formalno kvalifikovana kao samozaposleni. Direktiva se, međutim, ne primenjuje na samozaposlene, jer u krug zaštićenih lica ulaze sva lica koja su plaćena za svoj rad i imaju ugovor o radu ili radni odnos, u skladu sa definicijom ovih pojmova u pozitivnom pravu određene države članice EU.⁴⁴ S tim u vezi, treba istaći da su, prilikom konsultacija socijalnih partnera povodom noveliranja Direk-

42 Tako Jon Clarck, Mark Hall, „The Cinderella Directive? Employee rights to information about conditions applicable to their contract or employment relationship”, *Industrial Law Journal*, vol. 21, broj 2/1992, 106 („obaveštavanje zaposlenih o bitnim elementima njihovog radnog odnosa predstavlja suštinski element /komunitarne – Lj. K./ socijalne politike”). Sa druge strane, valja imati u vidu da je obaveza obaveštavanja zaposlenih, istina, samo u fragmentima, predviđena i nekim drugim sekundarnim izvorima radnog prava EU. To posebno vredi za direktive o radu na određeno vreme i sa nepunim radnim vremenom, kojima je obezbeđena implementacija odgovarajućih evropskih kolektivnih ugovora (Direktiva Saveta 1999/70/EZ, odn. Okvirni sporazum o radu na određeno vreme, klauzula 6; Direktiva Saveta 97/81/EZ, odn. Okvirni sporazum o radu sa nepunim radnim vremenom, klauzula 4, tačka 3). Ovim aktima je, naime, potvrđeno pravo zaposlenog da od poslodavca zatraži prelazak na sigurniji oblik zaposlenja, dok je poslodavac dužan da se o tom zahtevu izjasni u pisanom obliku. Valja pomenuti i Preporuku o kvalitativnom okviru za pripravništvo, budući da je njome postavljen zahtev da se sa pripravnicima zaključuje pisani ugovor i da se obaveštavaju o uslovima rada. Obaveza obaveštavanja pripravnika se, pritom, u određenoj meri podudara sa pisanim obaveštenjem iz Direktive (Council Recommendation of 10 March 2014 on a quality framework for traineeships /OJ C 88, 27.3.2014, 1–4/, st. 2–3 i 14–15).

43 REFIT, 3.

44 Catherine Barnard, *EU employment law*, 4th edition, Oxford University Press, Oxford, 2012, 565.

tive, evropske (kon)federacije sindikata istrajno isticale predlog za proširenje kruga zaštićenih lica i na samozaposlena lica, dok su evropska poslodavačka udruženja to oštro odbila.

3.2. *Krug zaštićenih lica*

Odredbe Direktive primenjuju se na sve zaposlene koji su angažovani na osnovu ugovora o radu, odnosno u okviru radnog odnosa. S tim u vezi, najpre, treba imati u vidu da se pojam ugovora o radu vezuje samo za osobene dogovore poslodavca i zaposlenog o podređenom i plaćenom radu. Sa druge strane, pojam radnog odnosa obuhvata celinu (i punoću) pravnog odnosa koji se uspostavlja između ovih subjekata, dok se njihova prava, obaveze i odgovornosti, pored ugovora o radu, uređuju i zakonima, podzakonskim aktima, kolektivnim ugovorima i jednostranim opštim aktima poslodavca.

U smislu odredaba Direktive, pojmovi ugovor o radu i radni odnos, baš kao i pojam zaposleni, određuju se u skladu sa nacionalnim zakonodavstvima,⁴⁵ zbog čega su prihvatljive *sve* koncepcije ugovora o radu ili radnog odnosa koje postoje u državama članicama EU. Države su, otud, dužne da primenjuju Direktivu na *sve* sporazume zaključene povodom rada za drugog koji se u unutrašnjem pravu kvalifikuju kao akt zasnivanja radnog odnosa.⁴⁶ Takva obaveza ne postoji, međutim, u pogledu drugih ugovornih odnosa kojima se uređuje radno angažovanje.

Prikazano rešenje odražava razlike koje postoje od jedne do druge države članice EU u pogledu značenja predmetnih pojmova, a, što, dalje, dovodi do različitog kruga zaštićenih lica u svakoj državi. Njega, u nekim državama, čine sva lica na koja se primenjuje matični zakon(ik) za oblast radnih odnosa (npr. u Belgiji, Grčkoj, Luksemburgu, Francuskoj), dok je u drugim državama taj krug uži (primera radi,

45 Evropski sud pravde ograničio je diskreciono ovlašćenje država članica EU za određivanje personalnog područja primene određenih instrumenata radnog prava EU, koji upućuju na pojmove zaposleni ili radnik. Reč je, preciznije, o ograničenoj mogućnosti država da iz kruga lica zaštićenih izvorima prava EU isključe određene kategorije lica koja se, po nacionalnom pravu, ne mogu kvalifikovati kao zaposleni ili radnik. Ovo stoga što „koncept radnika ima autonomno značenje specifično za pravo EU”, i što je za kvalifikaciju radnog odnosa presudno to da jedno lice, tokom određenog perioda, radi za i po nalogu drugog, za šta dobija zaradu. I suprotno, za kvalifikaciju radnog odnosa ne mogu biti odlučujući „pravna karakterizacija”, forma i priroda tog dvostranog pravnog odnosa [presuda u predmetu C-316/13 (*Gérard Fenoll v Centre d'aide par le travail 'La Jouvene' and Association de parents et d'amis de personnes handicapées mentales /APEI/ d'Avignon*), od 26. marta 2015. godine (ECLI:EU:C:2015:200), st. 25–27; presuda u predmetu C-216/15 (*Betriebsrat der Ruhrländklinik gGmbH v Ruhrländklinik gGmbH*), od 17. novembra 2016. godine (ECLI:EU:C:2016:883), st. 27 i 29]. Pritom, valja imati u vidu da u jurisprudenciji Suda nije precizirano personalno područje primene Direktive 91/533/EZ, kao što je to učinjeno u pogledu nekih drugih direktiva i značenja koje pojmovi zaposleni i radnik imaju u smislu njihovih odredaba. Više o ovom pitanju vid. u Ljubinka Kovačević, *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, 245–253; Guy Davidov, Mark Freedland, Nicolas Kountouris, „The subjects of labour law: ‘employees’ and other workers”, u: Matthew W. Finkin, Guy Mundlak (eds), *Comparative labor law*, Edwarg Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton, 2015, 115–129; Katarina Peročević, „Pojam ‘radnika’ u pravu Evropske unije”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 67, broj 2/2017, 319–343.

46 Ruth Nielsen, *European labour law*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2000, 166.

u Slovačkoj i Češkoj, radno zakonodavstvo uređuje sporazume o radu čijim zaključenjem radnik ne stiče svojstvo zaposlenog, zbog čega i ne postoji obaveza obaveštavanja, dok sporazum sadrži osnovne podatke o poslu/radnim zadacima koje treba obaviti, ali ne i ostale podatke nabrojane u Direktivi⁴⁷. U tom smislu je, primena Direktive skopčana sa rizikom isključivanja nemalog broja radnika sa nestandardnim oblicima zaposlenja iz kruga zaštićenih lica. Ovo tim pre što je državama dopušteno da iz područja primene Direktive izuzmu *zaposlene koji su angažovani za period kraći od mesec dana* (Austrija, Grčka, Danska, Estonija, Irska, Island, Italija, Letonija, Litvanija, Kipar, Mađarska, Malta, Nemačka, Ujedinjeno Kraljevstvo, Finska, Češka, Švedska i Španija), ili pak za *rad sa radnim vremenom kraćim od osam sati nedeljno* (Danska, Island, Italija, Kipar, Litvanija, Mađarska i Malta).⁴⁸ Osim toga, države članice EU mogu isključiti iz kruga zaštićenih lica i *lica angažovana za rad čija povremena i/ili osobena priroda takva da opravdava isključenje*.⁴⁹

Kako značajno veći broj žena, u poređenju sa muškarcima, radi sa nepunim radnim vremenom, neretko, upravo sa sasvim skromnim fondom radnih sati, u literaturi se ukazuje na diskriminatornu prirodu odredaba koje dopuštaju isključenje zaposlenih sa radnim vremenom kraćim od osam sati nedeljno.⁵⁰ Evropski sud pravde je, međutim, rezonovao drugačije, našavši da različito postupanje prema zaposlenima sa nepunim radnim vremenom može biti objektivno opravdano potrebom obezbeđivanja fleksibilnosti na tržištu rada (dakle, razlozima koji nisu vezani za pol zaposlenih).⁵¹ Premda je taj argument iznet povodom sasvim drugog radnopravnog pitanja (pitanja /ne/dopuštenosti izuzimanja zaposlenih koji kod malih poslodavaca rade sa radnim vremenom kraćim od 10 sati iz zaštite od neopravdanog otkaza), neki autori ga smatraju prihvatljivim i za isključenje obaveze obaveštavanja zaposlenih sa nedeljnim radnim vremenom kraćim od osam sati.⁵² Reč je, preciznije, o potrebi da se uvaži činjenica da, u slučaju rada sa skromnim fondom radnih sati, kao i povremenog obavljanja poslova za poslodavca, dostavljanje pisanog obaveštenja o uslovima rada može suočiti poslodavce sa administrativnim teškoćama.⁵³

47 D. Bianchini *et al.*, 16.

48 REFIT, 17.

49 To, primera radi, vredi za radnike koji sporadično, odnosno povremeno rade za poslodavca na Kipru i Malti, kao i u Litvaniji i Slovačkoj. U Španiji se odgovarajući izuzeci odnose na osuđenike i članove poslodavčeve porodice. I italijanski pravni sistem uvodi izuzetke u pogledu supružnika, krvnih srodnika u pravoj liniji i tazbinskih srodnika poslodavca do trećeg stepena srodstva. Sa druge strane, pomoćno kućno osoblje isključeno je iz područja Direktive u Mađarskoj, Holandiji i Švedskoj. Nadalje, u Austriji su iz područja primene Direktive izuzeti radnici koji rade kod kuće (budući da se u praksi Vrhovnog suda Austrije ne smatraju zaposlenima), a, isto vredi i za državne, regionalne i lokalne službenike, i radnike u poljoprivredi i šumarstvu, s tim što je njima posebnim federalnim propisima obezbeđena odgovarajuća zaštita. „Sektorski” izuzeci postoje i u Ujedinjenom Kraljevstvu i u Danskoj, i to u pogledu pomoraca, pri čemu je u potonjoj državi, obaveza obaveštavanja potvrđena posebnim kolektivnim ugovorom. Nav. prema: Report on the implementation of Directive 91/533/EEC, 4–8; REFIT, 31.

50 J. Clarck, M. Hall, 111.

51 Presuda u predmetu C-189/91 (*Petra Kirsammer-Hack v Nurhan Sidal*), od 30. novembra 1993. godine (ECLI:EU:C:1993:907).

52 C. Barnard, 566.

53 M. Houwerzijl, 150.

3.3. Sadržina obaveze obaveštavanja

Poslodavac je dužan da zaposlenom omogući da sazna bitne elemente ugovora o radu, odnosno radnog odnosa, u smislu pružanja podataka o onome što čini predmet i kauzu ugovora (prestacija rada, isplata zarade) i što određuje obim ugovornog odnosa, u smislu njegovih vremenskih (radno vreme) i mesnih koordinata (mesto rada).⁵⁴ U skladu sa odredbama Direktive, ovaj zahtev, preciznije, podrazumeva najmanje podatke o: *subjektima ugovora; mestu rada; opisu posla; danu početka ugovora o radu ili radnog odnosa; trajanju ugovora o radu na određeno vreme; pravu na plaćeni godišnji odmor; otkaznom roku; zaradi i periodima njene isplate; dužini radnog dana i radne nedelje, te kolektivnim ugovorima koji uređuju uslove rada zaposlenog.*⁵⁵ U pogledu drugog podatka, valja imati u vidu da se, u slučaju da nije utvrđeno mesto rada ili glavno mesto rada, smatra da je zaposleni angažovan za obavljanje radnih zadataka na različitim mestima i u registrovanom mestu sedišta ili prebivališta poslodavca. Kada je, pak, reč o trećem podatku, poslodavčeva obaveza podrazumeva obaveštavanje o zvanju, stepenu stručne spreme, prirodi ili kategoriji rada za koji je zaposleni angažovan, ili, pak, kratku specifikaciju odnosno opis posla.⁵⁶ Sa druge strane, obaveza obaveštavanja o plaćenom godišnjem odmoru pretpostavlja podatak o dužini odmora na koji zaposleni ima pravo ili podatak o postupku za odobravanje korišćenja ovog prava i određivanje njegovog trajanja. Slično, podatak o otkaznom roku treba da obuhvati dužinu otkaznog roka na koji zaposleni i poslodavac imaju pravo (zavisno od toga ko od njih inicira prestanak radnog odnosa). Ako to nije moguće odrediti u trenutku obaveštavanja zaposlenog, onda bi mu trebalo pružiti podatak o metodi za određivanje dužine otkaznog roka. Konačno, podatak o zaradama treba da sadrži inicijalnu osnovnu visinu zarade i druge elemente za njen obračun, kao i učestalost isplate ove periodične prestacije.

Ispunjenje obaveze obaveštavanja otklanja neizvesnost koja opterećuje nemali broj radnika u pogledu uslova rada za poslodavca, i posledično, doprinosi većoj transparentnosti i pravičnosti na tržištu rada. Ovo posebno vredi za radnike koje je poslodavac uputio na privremeni rad u inostranstvo. Otud ovim zaposlenima mora biti dostavljeno obaveštenje koje, pored ranije navedenih, mora sadržati i dodatne podatke, o čemu će kasnije biti reči.

Katalog podataka koje, po Direktivi, poslodavac mora pružiti zaposlenom, ne predstavlja *numerus clausus*, već bi, u načelu, zaposlenog trebalo obavestiti i o dru-

54 Bernard Teyssié, *Droit européen du travail*, Édition du Juris-Classeur, Paris, 2001, 183.

55 Direktiva Saveta 91/533/EZ, član 2, stav 2. Podaci o godišnjem odmoru, otkaznom roku, zaradi i radnom vremenu mogu biti pruženi i upućivanjem zaposlenog na merodavne zakonske i podzakonske akte i kolektivne ugovore (član 2, stav 3). *Argumentum a contrario*, podaci o drugim uslovima rada ne mogu biti pruženi na instruktivan način.

56 Ne zahteva se, dakle, obezbeđivanje detaljnih podataka o poslu, u smislu njegovog analitičkog usitnjavanja do opisa radnih zadataka i dužnosti zaposlenog, jer bi takvo rešenje bilo prepreka za fleksibilizaciju rada (J. Clarck, M. Hall, 112). Ipak, ni puko dodeljivanje jedne aktivnosti ne može se, u svakom slučaju, smatrati kratkom specifikacijom ili opisom posla koji zaposleni treba da obavlja. Tako presuda u spojenim predmetima C-253/96-C-256/96 (*Helmut Kampelmann and Others v Landschaftsverband Westfalen-Lippe*), C-257/96 (*Stadtwerke Witten GmbH v Andreas Schade*) i C-258/96 (*Klaus Haseley v Stadtwerke Altena GmbH*), od 4. decembra 1997. godine (ECLI:EU:C:1997:585), stav 44.

gim (zapravo, svim) bitnim elementima radnog odnosa.⁵⁷ Uprkos tome, u praksi se obaveštavanje redovno svodi samo na podatke nabrojane u Direktivi. To je suprotno stavu Evropskog suda pravde da zaposleni mora biti obavešten o svakom elementu ugovora o radu koji se, zbog svoje važnosti, mora smatrati njegovim bitnim elementom.⁵⁸ Osim toga, pravilo o obavezi obaveštavanja ukazuje i na potrebu da svi elementi radnog odnosa budu dogovoreni od strane njegovih subjekata.

Prilikom implementacije Direktive, pojedine države članice EU obavezom obaveštavanja nisu „pokrile” sve podatke predviđene Direktivom. To je, prime radi, slučaj sa podacima o dužini otkaznog roka (Austrija i Belgija), periodu isplate zarade (Belgija), broju radnih sati (Ujedinjeno Kraljevstvo i Francuska) i trajanju godišnjeg odmora (Austrija i Ujedinjeno Kraljevstvo).⁵⁹

3.4. Forma obaveštenja

Zaposleni može biti obavešten o bitnim elementima ugovora o radu ili radnog odnosa u formi *pisanog ugovora o radu i/ili pisma o angažovanju ili jednog ili više pisanih dokumenata*. U slučaju da poslodavac ne obezbedi nijedan od navedenih dokumenata, neophodni podaci moraju biti sadržani u *pisanoj izjavi* poslodavca, čak i ako bi u periodu od dva meseca od stupanja zaposlenog na rad radni odnos prestao. I suprotno, poslodavac nema obavezu da dostavi pisano obaveštenje, ako zaposleni ima pisani ugovor ili akt o postavljenju, koji upućuje na drugi dokument kojim se uređuje radni odnos (npr. na kolektivni ugovor).⁶⁰

Prikazana pravila su na različit način implementirana u državama članicama EU. Razlike se ogledaju u *uvođenju rešenja koja su stroža od onih sadržanih u Direktivi*, kako vezano za period ispunjenja obaveze, tako i u pogledu forme obaveštavanja. Tako je u 22 države uveden rok obaveštavanja u trajanju kraćem od dva meseca: u osam država, to znači obavezu dostavljanja pisanog obaveštenja na početku radnog odnosa, tj. pre stupanja zaposlenog na rad ili na isteku njegovog prvog radnog

57 C. Barnard, 566; R. Nielsen, 167.

58 „Član 2 (2) Direktive ne sužava područje tog opšteg zahteva (zahteva da poslodavac obavesti zaposlene o bitnim elementima ugovora, odnosno radnog odnosa – *Lj. K.*). Jasno je iz formulacije te odredbe da elementi koji su u njoj nabrojani ne uspostavljaju iscrpnu enumeraciju bitnih elemenata na koje upućuje član 2 (1). Saglasno tome, osim elemenata pomenutih u članu 2 (2) Direktive, svaki element koji, zbog svoje važnosti, mora biti smatran bitnim elementom ugovora ili radnog odnosa mora biti saopšten zaposlenom.” Presuda u predmetu C-350/99 (*Wolfgang Lange v Georg Schünemann GmbH*), od 8. februara 2001. godine (ECLI:EU:C:2001:84), st. 22–23.

59 Report on the implementation of Directive 91/533/EEC, 9–10. Ima, naravno, i izuzetaka, budući da države članice EU mogu uvesti i rešenja koja su povoljnija za zaposlene od onih sadržanih u Direktivi, te je, primera radi, u zakonodavstvu Ujedinjenog Kraljevstva predviđena obaveza poslodavca da obavesti zaposlenog i o pravilima za utvrđivanje disciplinske odgovornosti zaposlenih. J. Kenner, 192.

60 M. Houwerzijl, 154. Otud je u nekim državama članicama EU izričito potvrđeno pravilo da postojanje pisanog ugovora o radu supstituiše obavezu dostavljanja obaveštenja o bitnim elementima ugovora o radu ili radnog odnosa (Finska i Holandija). Sa druge strane, u nekim državama, obaveza obaveštavanja se ispunjava dostavljanjem isečka zarade na kraju prvog meseca rada za poslodavca i dokumenta o angažovanju.

dana.⁶¹ Sa druge strane, u Danskoj, Italiji, Nemačkoj, Holandiji i Švedskoj, rok obaveštavanja iznosi najviše mesec dana po stupanju zaposlenog na rad.⁶²

Direktivom nije uređeno pitanje *dokazne vrednosti pisanog obaveštenja o uslovima rada*. U jurisprudenciji Evropskog suda pravde, odsustvo dokaznih pravila se razume na način da dokaz o bitnim elementima ugovora ili radnog odnosa ne može počivati samo na poslodavčevom pisanom obaveštenju.⁶³ Pretpostavka o tačnosti podataka iz poslodavčevog obaveštavanja o uslovima rada, pritom, mora biti ista kao i u pogledu drugih sličnih dokumenata koje poslodavac sačinjava i dostavlja zaposlenom, uz pravo poslodavca da dokazuje suprotno.

Kako poslodavac jednostrano sačinjava obaveštenje o uslovima rada, otvara se pitanje mere u kojoj zaposleni može da se osloni na podatke iz obaveštenja, ako poslodavac kasnije tvrdi da oni nisu tačni. S tim u vezi, ne treba zaboraviti da je poslodavčevo obaveštenje samo deklaracija ugovorenih uslova rada. Ono, otud, ne može imati prevashodstvo nad uslovima o kojima su se strane izričito ili prećutno sporazumele.⁶⁴ U tom smislu, pisano obaveštenje predstavlja samo „poslodavčevo viđenje sadržine ugovora”,⁶⁵ i može biti dokaz onoga što su strane ugovorile, zajedno sa drugim činionicima (ponašanje strana prilikom sačinjavanja ugovora i dr.). Poslodavac se, međutim, ne može osloniti na obaveštenje kako bi derogirao inače jasne garantije prava zaposlenih,⁶⁶ već će, u slučaju spora, poslodavčevo obaveštenje biti jak dokaz u korist zaposlenog, odnosno slab dokaz u korist poslodavca.⁶⁷ Poslodavac, naime, ima pravo da dokazuje da pisano obaveštenje nije bilo tačno, kao što je to bio slučaj u predmetu *Kampelmann*, gde je poslodavac odbio prijave dvojice zaposlenih na oglas za unapređenje u viši razred, zato što je pisano obaveštenje o

61 Reč je o Bugarskoj, Letoniji, Litvaniji, Luksemburgu, Poljskoj, Rumuniji, Sloveniji i Hrvatskoj. Poljsko rešenje je posebno interesantno, jer je Zakonom od 1. septembra 2016. godine napušteno pravilo da se pisano obaveštenje mora dostaviti najkasnije sedam dana od zaključenja ugovora. Umesto toga, uvedeno je pravilo po kom se obaveza obaveštavanja mora ispuniti pre stupanja zaposlenog na rad. Novela je obrazložena potrebom da se „zatvore vrata” koja su ranije bila širom otvorena poslodavcima koji angažuje radnike „na crno” – da, u slučaju inspekciskog nadzora, prisustvo radnika koji radi bez pravnog osnova opravdavaju lažnim objašnjenjem da je određeno lice baš tog dana stupilo na rad, zbog čega će mu do kraja radnog dana i biti uručeno pisano obaveštenje (REFIT, 26).

62 U Nemačkoj se rok hrabro pomera do momenta stupanja na rad u pogledu ustupljenih radnika, dok pripravnici obaveštenje mora biti dostavljeno bez odlaganja. Suprotno, obaveza poslodavaca pomoraca nije vremenski ograničena.

63 Presuda u spojenim predmetima C-253/96-C-256/96, C-257/96 i C-258/96, st. 30–34.

64 Simon Deakin, Gillian S Morris, *Labour law*, fourth edition, Hart Publishing, Oxford, 2005, 259.

65 *Ibid.*

66 *Ibid.*, 260.

67 *Ibid.* Tako se u Ujedinjenom Kraljevstvu, pisana izjava o uslovima rada smatra snažnim *prima facie* dokazom o uslovima ugovora, ne i samim ugovorom: „Pisani uslovi stavljaju, ipak, težak teret na poslodavca da pokaže da su stvarni uslovi ugovora različiti od onih koje je izložio u izjavi. Tim teškim teretom se ne opterećuje zaposleni koji želi da pokaže da su uslovi ugovora drugačiji od onih iz izjave” [Presuda u predmetu *Robertson v. British Gas Corporation* (1983) *Industrial Cases Reports* 351, nav. prema: C. Barnard, 568]. To, konačno, znači da, u suštini, pisano obaveštenje o uslovima rada predstavlja poslodavčevu verziju bitnih elemenata ugovora o radu, što značajno štiti zaposlene od pretpostavke da je ono pravno obavezujuća beleška ugovorne obligacije” (J. Clark, M. Hall, 108).

bitnim elementima radnog odnosa sadržalo netačan podatak o poslu, tj. o razredu koji je bio niži od onog iz obaveštenja, zbog čega zaposleni nisu ni mogli da se prijave za napredovanje.

3.5. Obaveštavanje zaposlenih u slučaju izmene ugovora o radu

Budući da se u različitim zakonodavstvima, različiti elementi ugovora o radu, odnosno radnog odnosa, smatraju bitnim elementima, za čiju je trajnu izmenu potrebna saglasnost obeju strana, čini se da ima mesta zaključku da se obaveza obaveštavanja zaposlenih o izmenama ugovora, zapravo, odnosi na sve slučajeve izmene elemenata ugovora, bilo da oni podrazumevaju zaključenje aneksa ugovora o radu ili da se realizuju na osnovu odluke poslodavca.⁶⁸ U slučaju izmene elemenata ugovora o radu, poslodavac je dužan da pisanim putem obavesti zaposlenog o izmenama, i to što je moguće pre, a, najkasnije mesec dana od dana kada odgovarajuće izmene počinju da proizvode dejstvo. Po Direktivi, ovo pravilo, ne važi u slučaju izmene zakona i drugih propisa na koje upućuju blanketne odredbe ugovora o radu.

Većina država članica EU je dosledno implementirala odgovarajuće odredbe Direktive, ali ima i izuzetaka. Oni se tiču veće zaštite zaposlenih (npr. pravilo o obavezi dostavljanja obaveštenja najkasnije do stupanja aneksa na snagu u pravu Luksemburga), ali se mogu ogledati i u manjem obimu njihove zaštite (npr. u austrijskom pravu nisu jasno utvrđene vremenske koordinate obaveze obaveštavanja, dok se u francuskom pravu ona odnosi samo na zaposlene koji su upućeni na rad u inostranstvo).

3.6. Povreda obaveze obaveštavanja i zaštita zaposlenih

Direktiva ne sadrži razrađena pravila o zaštiti prava zaposlenih koji smatraju da je poslodavac povredio obavezu obaveštavanja. Umesto toga, zaposlenima mora biti dostupna sudska zaštita, s tim što nacionalnim zakonodavstvom mogu biti uvedena i dva postupka koji joj prethode. Prvi od njih je *obraćanje inspekciji rada ili drugom organu javne vlasti*, dok je drugi korak – *interna zaštita*, tj. pravo zaposlenog na prigovor. Poslodavac je, pritom, dužan da se izjasni o prigovoru u pisanom obliku, u roku od 15 dana, osim ako zaposleni radi u inostranstvu, ili radi na osnovu ugovora o privremenim poslovima, ili je, pak, reč o zaposlenom na kog se ne primenjuje kolektivni ugovor.⁶⁹

U većini država članica EU, nadležni državni organ ima ovlašćenje za izricanje mera protiv poslodavca koji krši obavezu obaveštavanja, s tim što prethodno pribegavanje ovom vidu zaštite nije nužno preduslov za pokretanje radnog spora.⁷⁰ Sa druge strane, za postupak interne zaštite odlučile su se samo Estonija, Slovenija i Hrvatska.⁷¹

68 Iscrpno o ovom pitanju vid. u Ljubinka Kovačević, „Pravne posledice upućivanja ponude za izmenu elemenata ugovora o radu, sa posebnim osvrtom na premeštaj zaposlenog”, *Pravo i privreda*, vol. LIII, br. 4–6/20015, 823–851.

69 Direktiva Saveta 91/533/EEZ, član 8, stav 2.

70 REFIT, 17.

71 *Ibid.*, 18.

Nezavisno od vrste postupka, zaštita zaposlenih ima za cilj obezbeđivanje pisanog obaveštenja o uslovima rada. Za slučaj da to ne bude postignuto (uopšte ili blagovremeno), nacionalna zakonodavstva predviđaju različite sankcije za poslodavce. Preovlađuje rešenje da zaposleni ima pravo na naknadu štete, ako dokaže da je, usled neispunjenja poslodavčeve obaveze obaveštavanja, pretrpeo štetu.⁷² U manjini ostaju države u kojima se zaposlenom isplaćuje paušalni iznos ili se, pak, kao sankcija pojavljuje gubitak dozvole za rad preduzeća.⁷³

Neuređenost zaštite prava zaposlenih u Direktivi ima za posledicu to da su u nekim državama članicama EU, pitanje sankcija za povredu obaveze obaveštavanja (npr. u Belgiji) ili postupak zaštite prava zaposlenih (npr. u Austriji i Finskoj) ostali neuređeni, zbog čega se na ova pitanja primenjuju opšta pravila radnog i/ili građanskog prava. Postoje, međutim, i države u kojima su uvedena osobena pravila zaštite zaposlenih. Tako se, primera radi, u Danskoj, povrede obaveze obaveštavanja prijavljuju Žalbenom odboru tržišta rada, dok se u slučaju sudske zaštite može zahtevati naknada štete koju sudovi redovno isplaćuju u iznosu od jedne mesečne zarade, uz mogućnost da taj iznos bude uvećan ukoliko je neispunjenje obaveze obaveštavanja dovelo do nesigurnosti položaja zaposlenog ili su postojale neke otežavajuće okolnosti. Sa druge strane, zaposleni u Francuskoj, pre pokretanja sudskog postupka, mogu ostvariti zaštitu pred Odborom za mirenje, u Italiji se kao odgovarajući organ javne vlasti pojavljuje lokalna kancelarija za poslove rada, dok je u Irskoj to Poverenik za (zaštitu) prava (*Rights Commissioner*), koji može da utvrdi nepostojanje odgovarajućeg pisanog dokumenta ili njegove manjkavosti i, u tom slučaju, da naloži poslodavcu da zaposlenom isplati naknadu u visini do jedne mesečne zarade. U Grčkoj i Španiji je povreda obaveze obaveštavanja sankcionisana merama inspekcije rada, dok po luksemburškom pravu, zaposleni čiji poslodavac odbije da potpiše odgovarajući pisani dokument ima pravo da inicira prestanak radnog odnosa bez otkaznog roka i bez naknade, i to – najranije tri dana od podnošenja zahteva za potpisivanje obaveštenja, a, najkasnije 30 dana po stupanju na rad.

4. TRANSPARENTNOST I PREDVIDIVOST USLOVÂ RADA – PREDLOG DIREKTIVE EVROPSKOG PARLAMENTA I SAVETA (2017)

4.1. *Ratio legis*

Istraživanja pokazuju da mnogi radnici u Evropskoj uniji ne dobijaju pisano obaveštenje sa podacima o uslovima rada ili ne dobijaju sve potrebne podatke od značaja za svoj radnopravni položaj ili ih dobijaju neblagovremeno. Osim toga, tržište rada se značajno izmenilo od stupanja Direktive Saveta 91/533/EZ na snagu, baš kao što su ovaj period obeležile i značajne promene u demografskoj strukturi stanovništva, a što je skopčanom sa većom raznolikošću strukture radnoaktivnog stanovništva i pojavom novih potreba učesnikâ tržišta rada. Takođe, pojava digi-

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*

talizacije, kao i drugi činioци, uticali su na razvoj novih oblika rada i, posledično, na pojavu novih, fleksibilnih oblika zapošljavanja, te danas, u državama članicama EU, na svaka četiri radnika sa standardnim ugovorom o radu dolazi jedan radnik sa nestandardnim oblikom zaposlenja.⁷⁴ Neke od tih novina prepoznate su i uvažene u Predlogu direktive o transparentnim i predvidivim uslovima rada, čijim bi usvajanjem (i stupanjem na snagu) Direktiva 91/533/EZ trebalo da prestane da važi.

Budući da, nakon dva savetovanja sa evropskim socijalnim partnerima, koje je Evropska komisija inicirala u 2017. godini, nije započet socijalni dijalog (i pregovori) u cilju zaključivanja evropskog sporazuma o ovom pitanju, u februaru 2019. godine postignut je politički sporazum Saveta, Evropskog parlamenta i Evropske komisije o Predlogu Evropske komisije za usvajanje nove direktive o ostvarivanju transparentnijih i predvidivijih uslova rada za sve radnike. Predlogom je, naime, proširena sadržina obaveze obaveštavanja i utvrđeni su novi minimalni standardi koji će obezbediti transparentnije uslove rada za sve radnika u EU, uključujući i lica sa nestandardnim oblicima zaposlenja i novim formama rada. Reč je, preciznije, o licima koja se nalaze u najnesigurnijem radnopravnom položaju, budući da takvo radno angažovanje prati rizik rada u nepredvidivim uslovima i u nejasnom i neprikladnom pravnom okruženju, odnosno rizik otežanog ostvarivanja radnih prava (lica angažovana na osnovu ugovora o plaćenom radu u domaćinstvu poslodavca, ugovora o radu na zahtev, ugovora o povremenom radu, ugovora o rada na osnovu vrednosnih kupona, ugovora o radu posredstvom *on-line* platformi). Ovo tim pre što radnopravni položaj većine navedenih kategorija radnika dodatno otežava klauzula isključivosti (eng. *exclusivity clause*, fr. *clauses d'exclusivité*). Kako je reč o klauzuli kojom se zaposlenom zabranjuje da, tokom trajanja radnog odnosa, izvršava prestaciju rada za drugog poslodavca (uopšte ili, izuzetno, bez saglasnosti nadležnog organa u preduzeću), jasno je da njeno ugovaranje posebno teško pogađa zaposlene koji rade sa skromnim brojem radnih sati, ili na osnovu ugovora o povremenom radu, jer je za većinu njih rad za drugog poslodavca jedini način da obezbede sredstva za izdržavanje.⁷⁵ To, dalje, znači da Predlog direktive od 2017. godine ima potencijal da obezbedi bolji pristup podacima o uslovima rada i bolje uslove rada čak i za dva do tri miliona lica sa fleksibilnim zaposlenjem koji su sada isključena iz područja primene Direktive 91/533/EZ, između ostalog i zbog činjenice da je njome definisanje pojma zaposleni prepušteno nacionalnim zako-

74 Nav. prema: „European pillar of social rights: Towards transparent and predictable working conditions”. Od 2014. godine, u Evropskoj uniji je stvoreno više od pet miliona radnih mesta, od čega je gotovo 20% podrazumevalo angažovanje u okviru novih oblika zaposlenja. Proposal for a directive on transparent and predictable working conditions in the European Union, Explanatory memorandum, 1.

75 Klauzulu isključivosti ne treba mešati sa klauzulom zabrane konkurencije, jer proizvodi zabranu rada za drugog poslodavca, nezavisno od toga da li je on konkurent prvom poslodavcu ili ne. Ugovaranje ove klauzule u potpunosti je dopušteno u Austriji, Irskoj, Litvaniji, Luksemburgu, Malti, Slovačkoj, Francuskoj i Španiji, gde može biti ugovorena i naknada, dok u drugim državama postoji načelna (ne i apsolutna) zabrana njenog ugovaranja. Procenjuje se da je predmetna klauzula uneta u ugovore o radnom angažovanju čak milion radnika u EU. Obrazloženje Predloga direktive, 1.

nodavstvima.⁷⁶ Predlogom je, otud, predviđena definicija pojma zaposleni koja odslilkava jurisprudenciju Evopskog suda pravde (Suda pravde Evropske unije),⁷⁷ dok je mogućnost derogacije pravila o krugu zaštićenih lica sada dopuštena samo u pogledu lica koja, tokom referentnog perioda, rade kraće od osam sati mesečno.⁷⁸ To je važno, jer se važeća pravila o širem krugu zaposlenih koji mogu biti uskraćeni za zaštitu ne primenjuju dosledno. Osim toga, prihvatljivim se čini i mogućnost država članica EU da zaštitu uskrate zaposlenima u domaćinstvu poslodavca, zbog tereta kojima bi poslodavac-fizičko lice bio opterećen zbog garantije prava zaposlenih da zahtevaju prelazak na novi oblik rada i njihovog prava na besplatno obavezno osposobljavanje.⁷⁹

Značajno je i to što se odgovarajuća *zaštita prava zaposlenih garantuje nezavisno od oblika njihovog zaposlenja*. Obaveza obaveštavanja, otud, važi u pogledu zaposlenih sa svim postojećim i svim budućim ugovornim oblicima. To je posebno važno zbog neslućenog razvoja tržišta rada i pojave novih oblika rada, kojima se rešenja Predloga mogu prilagođavati, za razliku od važećih direktiva koje su posvećene samo određenim vrstama radnog angažovanja, poput direktiva o radu na određeno vreme, sa nepunim radnim vremenom ili preko agencija za privremeno zapošljavanje. S tim uvezi, značajna je i nova, *šira definicija pojma poslodavac*, pod kojim se, u smislu Predloga direktive, smatra „jedno ili više fizičkih ili pravnih lica koja su neposredno ili posredno strana u radnom odnosu sa zaposlenim”.⁸⁰ Tom definicijom je, naime, otvorena mogućnost za proširenje obaveze obaveštavanja i u korist zaposlenih preko agencija za privremeno zapošljavanje, budući da Direktivom 2008/104/EZ o radu preko agencija za privremeno zapošljavanje nije predviđena obaveza preduzeća korisnika da neposredno obaveštava zaposlene o uslovima rada. To je u Predlogu direktive omogućeno potvrđivanjem pravila da *funkcije poslodavca može obavljati i više subjekata*.⁸¹ U tom smislu bi deo obaveze obaveštavanja zaposlenog mogla ispuniti agencija za privremeno zapošljavanje, dok bi preostali deo obaveze moglo ispuniti preduzeće korisnik. To, konačno, znači da je Predlog direktive usmeren na stvaranje uslovâ za delotvorno ostvarivanje pravâ svih radnika na pravedno i jednako postupanje u pogledu uslovâ rada, bez obzira na vrstu njihovog radnog angažovanja, a, što je saglasno i jednom od ciljeva Evropskog stuba socijalnih prava.⁸²

76 *Ibid.*, 3.

77 Zaposleni je određen kao „fizičko lice koje, u zamenu za naknadu, tokom određenog perioda, pruža usluge u korist i pod rukovođenjem drugog”. Predlog direktive, član 2, stav 1, tačka a).

78 To rešenje nam se ne čini prihvatljivim, jer za poslodavce ne bi predstavljalo posebno veliko opterećenje to da i ovim licima dostavljaju obaveštenje o uslovima rada. Ovo tim pre što bi njihovo obaveštavanje moglo da se obezbedi i priznavanjem prava da od poslodavca zahtevaju pisano obaveštenje. Naravno, ne sme se gubiti iz vida da u tom slučaju postoji opasnosti od otkaza ugovora o radu od strane poslodavca. Tako i J. Clarck, M. Hall, 111.

79 Obrazloženje Predloga direktive, 11. Takođe, treba uzeti u obzir i to da se na ugovore o radu pomoraca i ribara primenjuju posebni propisi (direktive 2009/13/EZ i 2017/159/EU).

80 Predlog direktive, član 2, stav 1, tačka b).

81 Obrazloženje Predloga direktive, 4.

82 Commission Recommendation of 26 April 2017 on the European Pillar of Social Rights, C(2017) 2600 final, tačka (cilj) 5.

4.2. Ključne novine

Poput Direktive Saveta 91/533/EZ, i u Predlogu direktive o transparentnijim i predvidljivijim uslovima rada u Evropskoj uniji centralno mesto zauzima poslodavčeva obaveza da zaposlenom dostavi obaveštenje o osnovnim aspektima rada. Za razliku od važećeg rešenja, po kom su vremenske koordinate ove obaveze protegnute na čak dva meseca od početka radnog odnosa, Predlogom direktive ovaj rok je skraćen na prvih sedam dana po stupanju zaposlenog na rad, odnosno na narednih mesec dana kada je reč o dodatnim obaveštenjima. Taj *novum* je posebno značajan za suzbijanje rada „na crno”, budući da ranije rešenje, u praksi, otvara prostora za rad „na crno” i za povrede radnih prava.⁸³

Osim korekcije vremenskih koordinata, pomenuto rešenje izmenjeno je i u pogledu forme, odnosno načina obaveštavanja zaposlenih, i vrste podataka koje im poslodavac mora pružiti. Prvi *novum* se, tako, tiče mogućnosti davanja merodavnih podataka u elektronskom obliku, pod uslovom da zaposleni lako može da im pristupi. Zaposlenom, pritom, pored podataka iz Direktive 91/533, moraju biti obezbeđeni i podaci o: probnom radu (ako je on ugovoren); o osposobljavanju koje obezbeđuje poslodavac; o organizaciji i naknadi za prekovremeni rad;⁸⁴ o radnom vremenu radnika sa fleksibilnim rasporedom rada;⁸⁵ o ustanku socijalne sigurnosti kojoj se uplaćuju odgovarajući doprinosi, a, u slučaju rada preko agencija za privremeno zapošljavanje – i o preduzeću u koje će radnik biti upućen na rad. Novinu predstavlja i način obezbeđivanja podataka zaposlenom, te je *pisani dokument u papirnoj ili elektronskoj formi* supstituisao pisani ugovor, pismo o angažovanju ili jedan ili više pisanih dokumenata. Države članice, pritom, moraju utvrditi obrazac pisanog do-

83 Commission Staff Working Document „Second phase consultation of social partners”, 50.

84 Obaveštavanje o podacima vezanim za prekovremeni rad potvrđeno je kao obaveza u svetlu jurisprudencije Evropskog suda pravde. On je u presudi u predmetu C-350/99 potvrdio da se podaci o aranžmanima vezanim za prekovremeni rad svrstavaju u „bitne aspekte ugovora ili radnog odnosa” o kojima zaposlenog treba obavestiti pisanim putem: „Osim elemenata pomenutih u članu 2 (2) Direktive (Direktive Saveta 1991/533/EZ – Lj. K.), zaposleni mora biti obavešten o svakom element koji, zbog svoje važnosti, mora biti smatran bitnim elementom ugovora ili radnog odnosa čiji je deo. To se posebno odnosi na uslov pod kojim je zaposleni obavezan da radi prekovremeno kad god to od njega zahteva njegov poslodavac. [...] S tim u vezi, treba pomenuti da obaveštenje koje treba dati zaposlenom, u tim okolnostima, po analogiji sa pravilima koja se primenjuju na puno radno vreme po članu 2 (3), ako je to primereno, može biti dato u obliku upućivanja na merodavne zakone, podzakonske akte ili kolektivne ugovore” (st. 23–24).

85 Ako zaposleni *ne* rade sa (pretežno) fleksibilnim rasporedom radnog vremena, predmet obaveze obaveštavanja su trajanje standardnog radnog dana ili nedelje i svi dogovori o prekovremenom radu i naknadi za prekovremeni rad. Ako je, međutim, *raspored radnog vremena u celosti ili pretežno varijabilan*, poslodavac treba da obavesti zaposlenog da radi sa takvim rasporedom radnog vremena, kao i o iznosu zajemčenih plaćenih radnih sati i o naknadi za rad duži od tog fonda radnih sati. Konačno, poslodavac treba da obavesti zaposlenog i o referentnim satima i danima unutar kojih se od njega može tražiti da radi, i to unapred, u razumnom roku pre početka radnog zadatka (Predlog direktive, član 3, stav 2, tač. k-l). Navedena rešenja su posebno značajna zbog sve češćeg angažovanja lica na osnovu različitih varijanti ugovora o povremenom radu, posebno ugovora o radu po pozivu, odnosno na zahtev, premda pravilo o referentnom periodu može biti značajno i za zaposlene sa nepunim radnim vremenom, jer nemali broj njih nema fiksni raspored radnog vremena.

kumenta i poslodavcima staviti na raspolaganje podatke o merodavnim izvorima prava, ne bi li im olakšali ispunjenje predmetne obaveze.⁸⁶ Prikazano rešenje se, u literaturi, s pravom ocenjuje kao nedovoljno za punu zaštitu radnikâ, posebno u državama u kojima se ugovor o radu zaključuje u pisanom obliku. Smatra se, naime, da će u tom slučaju, u pisanoj izjavi poslodavca, kakvu predviđa i Predlog direktive, biti sadržani (zapravo, samo ponovljeni) podaci o svim ili većini elemenata radnog odnosa koji se redovno uređuju ugovorom o radu, zbog čega se obaveza obaveštavanja može razumeti i kao svojevrсно usložnjavanje postupka zapošljavanja.⁸⁷ Sa druge strane, popunjeni obrasci, kao takvi, nisu garantija poštovanja uslova rada, zbog čega se smatra da bi, pored detaljnijeg uređivanja ugovornih prava i obaveza, unapređenju zaštite zaposlenih moglo doprineti uvođenje pravila da poslodavac dostavlja zaposlenom (posebnu) pisanu izjavu o elementima radnog odnosa koji su nabrojani u Direktivi, a nisu uključeni u ugovor o radu.⁸⁸

Za razliku od Direktive Saveta 91/533/EZ, kojom nisu bila predviđena druga prava radnika, osim prava na obaveštenje o uslovima rada, Predlog direktive predviđa priznavanje niza prava svim radnicima. To, najpre, vredi za pravilo o *ograničavanju probnog rada na šest meseci*, izuzev ako postoje objektivni razlozi koji opravdavaju njegovo duže trajanje (npr. u slučaju angažovanja zaposlenih na rukovodećim ili drugim složenim poslovima, ili ako je to u interesu zaposlenog, u smislu produženja probnog rada zbog zdravstvenih razloga). Takvo rešenje je značajno, imajući u vidu potrebu da se, u slučaju manje složenih poslova, trajanje probnog rada svede na najmanju moguću meru, kao i potrebu da se spreči zloupotreba ovog instituta određivanjem nerazumno dugog perioda probnog rada.⁸⁹

Radnicima je, potom, priznato *pravo na traženje dopunskog zaposlenja*, u smislu *zabrane uvođenja klauzule isključivosti*. Reč je, preciznije, o obavezi država članica da obezbede to da „poslodavac ne zabranjuje radnicima zapošljavanje kod drugih poslodavaca, izvan rasporeda rada utvrđenog za tog poslodavca”.⁹⁰ Pored toga, uvedeno je i ograničenje za unošenje klauzule nespojivosti različitih radnih angažovanja (eng. *incompatibility clauses*), te je ova klauzula zabranjena, osim ako je njeno

86 Procenjuje se da bi primena prikazanih rešenja iz Predloga direktive mogla da suoči poslodavce sa troškovima izdavanja nove ili novelirane pisane izjave i manjim posrednim troškovima (npr. za pravne savete, uvođenje novog sistema za izradu rasporeda rada zaposlenih i sl.). Oni bi ukupno mogli dostići iznos od 18–153 evra za male i srednje poslodavce, odnosno od 10–45 evra za velike poslodavce, s tim što se troškovi mogu smanjiti za 30–40% izradom obrazaca i modela pisanog obaveštenja. Obrazloženje Predloga direktive, 9.

87 P. Končar, 280.

88 *Ibid.*

89 Borivoje Šunderić, „Ugovor o radu na probu”, *Pravni život*, br. 11–12/1993, 1974. Tako se, primera radi, u francuskoj sudskoj praksi neopravdano dugačkim periodom probnog rada smatra šestomesečni probni rad stenografa i daktilografa (Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 28 décembre 1977), kao i tromesečni probni rad zaposlenog koji je iste radne zadatke već obavljao na osnovu ranije zaključenih ugovora o radu (Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 9 juin 1988). Nav. prema J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, *op. cit.*, 262.

90 Predlog direktive, član 8. U literaturi se, s pravom, ukazuje na problem koji, u smislu ove odredbe, može nastati u postupku harmonizacije prava država članica sa pravom EU u vezi sa institutom dopunskog rada, koji, upravo, prepostavlja rad kod dva poslodavca (u okviru, odnosno izvan radnog odnosa). Tako P. Končar, 281.

ugovaranje opravdano, npr. zbog potrebe čuvanja poslovne tajne ili sprečavanja sukoba interesa.

Katalog prava proširen je i *pravom na besplatnu obuku*, koju je poslodavac dužan da obezbedi radnicima. Većoj predvidivosti uslovâ rada doprinosi i garantija prava radnika koji rade po zahtevu i drugih radnika sa fleksibilnim rasporedom rada da unapred budu obavešteni kada se od njih može zahtevati izvršenje radnih zadataka, u smislu prava da, van dogovorenog (okvirnog) radnog vremena, odbiju poziv za izvršavanje prestacije rada, uz zaštitu od nepovoljnog postupanja zbog te okolnosti.⁹¹ Na istom fonu je i sprečavanje zloupotrebe ugovora o radu na zahtev poslodavca (eng. *on-demand work*) i drugih sličnih ugovora, kao i pravo zaposlenog na naknadu u slučaju da poslodavac otkáže ugovor o radnom angažovanju pre isteka određenog perioda od zaključenja ugovora.

Zaposleni, nadalje, imaju *pravo da od poslodavca zatraže sigurniji oblik zaposlenja* (na primer, prelazak sa ugovora o radu na određeno vreme na standardni ugovor o radu, prelazak sa nepunog na puno radno vreme, prelazak na rad sa većim brojem zajemčenih radnih sati, prelazak na manje fleksibilan /i manje neizvestan/ raspored radnog vremena, prelazak sa ugovora o radu na daljinu na ugovor o radu u poslovnim prostorijama poslodavca i tsl.), što je izričito i potvrđeno u nekoliko direktiva o nestandardnim oblicima rada. Veliki poslodavci su, pritom, dužni da u pisanom obliku odgovore na zahtev zaposlenog u roku od mesec dana, dok za ostale poslodavce taj rok iznosi tri meseca. Time je uvažena činjenica da u malim i srednjim preduzećima neretko izostaju posebne službe za kadrovska pitanja i upravljanje ljudskim resursima. To nije i jedina mera kojom je uvažen osetljiv položaj malih i srednjih preduzeća i poslodavaca-fizičkih lica. Za njih, naime, vredi i pravilo da mogu usmeno odgovoriti na ponovljeni zahtev zaposlenog, ako su razlozi za neprihvatanje zahteva za prelazak na sigurniji oblik zaposlenja ostali isti.

Konačno, Predlog direktive donosi novine i u pogledu pravne zaštite radnikâ, što značajno unapređuje njihov položaj, imajući u vidu teškoću da u sudskom postupku dokažu da su pretrpeli štetu propuštanjem poslodavca da ih pravilno i potpuno obavesti o uslovima rada. Predlogom direktive je, otud, u svetlu primera dobre prakse u državama članicama EU, predviđena obaveza država da, u slučaju izostanka odgovarajućih podataka, zaštite radnika na jedan od dva načina. Prvi način tiče se *uvođenja pravnih pretpostavki u korist radnika*,⁹² dok je kao alternativa ovom

91 Poslodavca je dužan da ove zaposlene obavesti o broju sati, odnosno razdoblju dana unutar kojih od njih može zahtevati da rade (*referenti sati i dani*). Zaposlenima se, tako, omogućava da na najbolji način iskoriste ostatak vremena (za porodične i druge lične obaveze, za rad za drugog poslodavca i dr.). Ipak, zaposleni mogu (ali, ne moraju) pristati da rade i izvan referentnih sati i dana. U slučaju odbijanja takvog radnog naloga neće biti protivpravnosti, u smislu mogućnosti da zbog toga budu dovedeni u nepovoljan položaj. Zaposleni, pritom, nisu dužni da rade, ako ih poslodavac nije o tome pisanim pitem unapred obavestio u razumnom roku, s tim što će dužina tog roka zavisi, između ostalog, i od grane ili delatnosti u koje spada poslodavčeva aktivnost. Ne treba gubiti iz vida da obaveza obaveštavanja sa ovakvom sadržinom važi samo ako poslodavac *isključivo ili pretežno sam utvrđuje raspored radnog vremena*, ne i ukoliko je zaposleni slobodan da odredi vremenski okvir za obavljanje poverenog radnog zadatka.

92 Odgovarajuće pretpostavke odrediće države članice EU, s tim što bi, u slučaju propuštanja poslodavca da obavesti radnika o podacima vezanim za ograničeno trajanje radnog odnosa, probni

rešenju uvedeno priznavanje *prava na pritužbu nadležnom telu*, koje će, u odgovarajućem postupku, radniku obezbediti blagovremenu i adekvatnu zaštitu.⁹³

5. PREKOGRANIČNI ASPEKTI RADA ‘NA CRNO’

5.1. Posebna zaštita radnika upućenih na rad u inostranstvo

U mnogim državama članicama EU postoji ekonomska potreba za radom migranata, što će biti slučaj i u predstojećim decenijama.⁹⁴ Migraciona kretanja, pritom, u značajnoj meri zavise od pravila EU koja se odnose na slobodu kretanja radnikâ. Pored niza pozitivnih posledica, ova sloboda je uticala i na pogoršanje uslova rada, makar kada je reč o nekim granama i delatnostima. Ovo stoga što su prekogrančne migracije skopčane sa povećanjem broja radnika koji su slabije upoznati sa svojim pravima i i načinom njihovog ostvarivanja i zaštite.⁹⁵ To ova lica čini posebno osetljivim, naročito imajući u vidu veliku verovatnoću da će biti angažovana van standardnog radnog odnosa. Porast broja privremenih i poverenih poslova, kao i sve intenzivnije zapošljavanje posredstvom agencija za privremeno zapošljavanje, pretpostavljaju, naime, fleksibilnost i mobilnost koja je migrantima svojstvenija nego domaćim državljanima.⁹⁶ Isto vredi i za samozapošljavanje, između ostalog, i stoga što su imigracioni propisi neretko povoljniji za samozaposlena lica nego za zaposlene. Konačno, rad migranata, upravo zbog njihovog osetljivog radnopravnog položaja, neretko može da se izobliči u rad „na crno”. Na to naročito utiču ekonomske i finansijske krize, posebno imajući u vidu njiima uzrokovano povećanje jaza između bogatih i siromašnih, ali i redukciju sredstava koja se izdvajaju za inspekcije rada u pojedinim državama.⁹⁷ Osim toga, valja imati u vidu da je pravo EU tradicionalno i prevashodno orijentisano ka zaštiti zaposlenih sa standardnim radnim odnosom, što ima za posledicu uskraćivanje određenih elemenata te zaštite migrantima (koji najčešće rade sa nestandardnim oblikom zaposlenja), neretko i nezavisno od toga da li zakonito ili nezakonito borave na teritoriji države prijema, odnosno nezavisno od toga da li su građani EU ili državljani trećih država.

rad i raspored rada, odgovarajuća pretpostavka bila ta da trajanje radnog odnosa nije ograničeno, odnosno da nema probnog rada, ili da radnik radi sa punim radnim vremenom. Poslodavac će, pritom, imati mogućnost da ospori ove pravne pretpostavke (Predlog direktive, član 14, tačka a). Nemali broj savremenih pravnih sistema poznaje takve pretpostavke, uključujući i pretpostavku o zasnivanju radnog odnosa na neodređeno vreme ukoliko je radnik stupio na rad bez zaključenog ugovora o radu (što je slučaj i u srpskom pravu), kao i pretpostavku o zaključivanju ugovora o radu ukoliko u ugovoru zaključenom povodom rada za drugog nije preciziran naziv ugovora (npr. u Malti).

- 93 Ukoliko je pritužba opravdana, nadležno telo će naložiti poslodavcu da navede nedostajuće podatke, a, ako on to ne učini u roku od 15 dana – može izreći odgovarajuću administrativnu kaznu, čak i ako je radni odnos prestao. Predlog direktive, član 14, tačka b).
- 94 Alain Cœuret, Élisabeth Fortis, *Droit pénal du travail*, 4^e édition, LexisNexis/Litec, Paris, 2008, 331.
- 95 Sonia McKay, „Transnational aspects of undeclared work and the role of EU legislation”, u: *Undeclared work*, European Labour Law Network, Frankfurt/Main, 2013, 102.
- 96 *Ibid.*, 103.
- 97 *Ibid.*

Na nivou EU, zaštiti radnika migranata od rada „na crno” posredno doprinosi nekoliko akata, počevši od Direktive Evropskog parlamenta i Saveta 96/71/EZ o upućivanju radnika u okviru pružanja usluga. Njen osnovni cilj je pružanje pomoći radnicima u slučaju prekograničnog kretanja, u smislu jemstva minimuma najvažnijih prava, u obimu koji važi u državi prijema. To, međutim, ne vrijedi za sve radnike migrante u EU, već samo za lica koja je poslodavac za kog redovno rade u jednoj državi članici uputio da, tokom ograničenog vremenskog perioda, rade u drugoj državi članici EU (preduzeće sa poslovnim sedištem u državi članici koje, u okviru transnacionalnog pružanja usluga, upućuje radnike na rad u drugu državu članicu EU, za svoj račun i pod svojim rukovodstvom, a, na osnovu ugovora sklopljenog sa primaocem usluge; preduzeće koje upućuje radnike u pogon ili preduzeće koje pripada grupi preduzeća na području određene države; preduzeće za privremeno zapošljavanje ili preduzeće koje ustupa radnike preduzeću korisniku). Pritom je izuzetno važno uočiti da u svim ovim slučajevima, upućeni radnici ostaju u radnom odnosu sa ovako kvalifikovanim poslodavcem tokom čitavog perioda rada u inostranstvu. Oni mogu biti i državljani trećih država, ako su upućeni na rad iz jedne u drugu državu članicu EU. I suprotno, iz kruga zaštićenih lica isključena su ona koja, po svom nahodjenju, odluče da traže zaposlenje u drugoj državi članici EU, zaposleni u trgovačkoj mornarici, kao i samozaposlena lica.

Osnovni instrument zaštite upućenih radnika predstavlja obaveza svake države članice EU da, nezavisno od merodavnog zakonodavstva (merodavnog za radni odnos), radnicima koji su upućeni na rad na njihovu teritoriju obezbede iste uslove rada kao i domaćim državljanima. To ne vrijedi, međutim, za čitav katalog uslova rada utvrđenih zakonima i drugim propisima i/ili (opštim ili posebnim) kolektivnim ugovorima koji se primenjuju na sve poslodavce na određenoj teritoriji, grani ili delatnosti, već samo za neke od njih (maksimalno radno vreme, minimalni odmor, minimalne zarade, uključujući i uvećanu zaradu za prekovremeni rad, uslove ustupanja radnikâ, posebno od strane preduzeća za privremeno zapošljavanje, zaštita zdravlja i bezbednost na radu, posebna zaštita trudnica, porodilja i maloletnikâ, ravnopravnost polova).⁹⁸

Ipak, u praksi se, i upućeni radnici suočavaju sa rizikom ozbiljnog kršenja radnih prava, pre svega u smislu neprijavlivanja ili nepotpunog prijavljivanja njihovog rada (npr. neprijavljuje se njihov prekovremeni rad). Na to se nadovezuje i lažno upućivanje, odnosno slučajevi u kojima se rad stvarno izvršava u državi prijema, dok se, posredstvom zavisnih društava, radni odnos zasniva u drugoj državi članici EU.⁹⁹ U tim slučajevima, radnici ne mogu da, pozivajući se na Direktivu 96/71/EZ, zahtevaju da se prema njima postupa isto kao i prema domaćim državljanima. Naznačena pravna praznina nije popunjena ni novelom ove direktive od 2018. godine,¹⁰⁰ što se objašnjava postavkom da značajno unapređenje zaštite upućenih

98 Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta 96/71/EZ, član 3, stav 1.

99 S. McKay, 100.

100 U EU je 2014. godine, status upućenih radnika imalo 1,9 miliona lica. Premda je reč o svega 10% od ukupnog broja radnika u EU, njihov rad je neophodan za prekogranično pružanje usluga na unutrašnjem tržištu, pre svega u oblasti građevinarstva. Kao novela Direktive 96/71/EZ, Direktiva 2018/957 je usvojena radi lakšeg upućivanja radnika na rad u drugu državu članicu EU, uz

radnika može imati negativan efekat po njihov položaj. Misli se, preciznije, na nastojanja poslodavaca da izbegnu primenu zaštitnih odredaba, između ostalog i tako što će radnike angažovati za rad „na crno”. Za tim sledi i argument da bi zaštita upućenih radnika koji rade „na crno” mogla preterano povećati troškove rada koje imaju mali i srednji poslodavci, a, što bi, takođe, moglo uticati na intenzivnije pribegavanje radu „na crno”.

Borbi protiv rada „na crno”, u izvesnoj meri, doprinosi i Direktiva 2014/67/EU o sprovođenju Direktive o upućivanju radnika, budući da je njenim odredbama predviđeno više mera za unapređenje saradnje država članica EU u pogledu otkrivanja i sankcionisanja prevara na tržištu rada. To naročito vredi za slučajeve u kojima se u ulozi poslodavca nalaze kompanije koje zloupotrebljavaju institut upućivanja ne bi li zaobišli primenu strožih, odnosno „skupljih” radnopravnih (ali i socijalnopravnih i poreskoprnih) propisa. Reč je, preciznije, o kompanijama koje imaju sedište u jednoj državi članici, dok se aktivnosti kompanije stvarno obavljaju u drugim državama članicama EU, i to u cilju snižavanja troškova rada, poreskih i drugih troškova (engl. *letter box-companies*).

5.2. Obaveštavanje radnikâ o uslovima rada u inostranstvu

Zbog osetljivosti položaja zaposlenih koji rade u inostranstvu, Direktiva Saveta 91/533/EZ sadrži posebna pravila vezana za obaveštavanje zaposlenih koje je poslodavac uputio na rad u inostranstvu o bitnim elementima ugovora, odnosno radnog odnosa, ako rad u inostranstvu traje duže od mesec dana. Ta rešenja potpuno su komplementarna sa odredbama kasnije usvojene Direktive o o upućivanju radnika u okviru pružanja usluga, budući da poslodavčevo pisano obaveštenje o uslovima rada pomaže ovim licima da se bolje integrišu i budu svesna svojih prava, jer su redovno manje upoznata sa lokalnim prilikama i propisima koji se na njih primenjuju. A to se, najpre, može objasniti nepoznavanjem jezika države prijema 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 radnih prava,¹⁰¹ između ostalog i zbog njihovih ograničenih

unapređenje njihovih uslova rada. To, naročito vredi za zaradu, budući da se sada na upućene radnike primenjuju pravila o svim obaveznim elementima zarade, umesto ranijeg rešenja koje je podrazumevalo primenu lokalnih propisa samo u delu koji se tiče minimalne nadnice. Time je upućenim radnicima omogućeno ostvarivanje viših zarada, dok je za dobro funkcionisanje unutrašnjeg tržišta posebno značajno smanjivanje razlike u zaradama između domaćih i upućenih radnika. Takođe, na upućene radnike se sada primenjuju i pravila države prijema o smeštaju i dodacima, dok je za radnike koji su detaširani na duži period, predviđena i primena šireg kataloga uslova rada koji važe u državi prijema. Štaviše, na migrante koji su upućeni na period duži od 24 meseca primenjuju se svi lokalni uslovi rada, ako je to povoljnije za upućenog radnika. Ove novine su posebno značajne, jer su raniji propisi omogućavali primenu uslova rada koji važe u državi prijema i na upućene radnike, ali samo u određenim oblastima (npr. u pogledu zaštite zdravlja i bezbednosti na radu), ne i u pogledu svih uslova rada.

101 Bridie France, *Labour compliance to exploitation and the abuses in-between*, Labour Exploitation Advisory Group, 2016, 1, <http://www.labourexploitation.org/sites/default/files/publications/LEAG%20paper%202011.pdf>, 23. mart 2019.

kontakata sa trećim licima.¹⁰² Stoga je Direktivom predviđeno pravilo da zaposlenom, pre odlaska iz države porekla, mora biti dostavljeno pisano obaveštenje, koje, pored „redovnih” podataka, mora sadržati i podatak o trajanju radnog angažovanja u inostranstvu, valuti u kojoj će biti isplaćivana zarada, a, tamo gde je to potrebno, i podatak o davanjima u stvarima ili novcu na koja imaju pravo zaposleni koji rade u inostranstvu, kao i podatke o uslovima repatrijacije zaposlenog. Navedeni dodatni podaci, osim poslednjeg, mogu biti pruženi i upućivanjem zaposlenog na zakone, podzakonske akte ili kolektivne ugovore koji uređuju određena pitanja.

Nacionalna zakonodavstva se, pritom, razlikuju prema roku za pružanje ovog obaveštenja. U nekim državama, on može prethoditi prvom radnom danu zaposlenog (npr. u Belgiji), dok u nekima od njih, rok ne mora biti određen, već je poslodavac dužan da dostavi zaposlenom odgovarajući dokument po njegovom angažovanju, dok će se iz obračuna zarade koji će zaposleni primiti na kraju prvog meseca rada videti mnogi od potrebnih podataka. Sa druge strane, pojedina zakonodavstva zahtevaju i druge podatke, kao što je to, primera radi, slučaj sa podacima o dobijanju neophodnih potvrda za ekspatrijaciju (npr. u Danskoj), podacima o smeštaju u inostranstvu i podacima o primeni merodavnog socijalnog zakonodavstva (u Holandiji). U španskom pravu se, u svim slučajevima upućivanja zaposlenog na privremeni rad u inostranstvo, od poslodavca zahteva obaveštenje o pratećim novčanim ili naturalnim davanjima, dok je, suprotno, iz portugalskog zakonodavstva izostala samo obaveza obaveštavanja o toj vrsti podataka. Takođe, nekoliko država isključuje određene kategorije zaposlenih iz područja primene pravila o obaveštavanju, poput pomoćnog kućnog osoblja u Austriji, lica na profesionalnoj obuci u Austriji i Nemačkoj ili zaposlenih koje je poslodavac uputio na rad u diplomatska predstavništva (Italija).

Konačno, boljoj obaveštenosti zaposlenih o uslovima rada u inostranstvu doprinosi i Pravilo Evropskog parlamenta i Saveta 2016/589 o Evropskoj mreži službi za zapošljavanje (*EURES*). Partneri ove mreže pružaju migrantima informacije i uputstva o pojedinačnim mogućnostima zapošljavanja, kao i različite usluge podrške (obaveštavanje o uslovima života i rada u državi odredišta, pomoć u pripremi prijave na oglase za rad u inostranstvu, pomoć za ostvarivanje prava na posredovanje pri zapošljavanju unutar EU i dr.). Na to se nadovezuje i pomoć posle zapošljavanja, poput pružanja podataka o tečajevima jezika, podršci pri integraciji, mogućnostima članova porodice radnika-migranta da se zaposle, pravima iz socijalnog osiguranja, oporezivanju prihoda i sl.

5.3. Sankcije protiv poslodavaca koji zapošljavaju migrante s nezakonitim boravkom

Jedno od najdelikatnijih pitanja koje prati borbu protiv rada „na crno” vezuje se za radno angažovanje stranaca koji nezakonito borave na teritoriji EU. Ovo stoga što mogućnost dobijanja posla u EU bez potrebnog pravnog statusa predstavlja snažan podsticaj za nezakonitu imigraciju u EU. Tu mislimo na državljane trećih

102 Johanna Probst, Denise Efonyi-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, 71.

država s nezakonitim boravkom u EU, zbog čega se kao važan instrument borbe protiv rada „na crno” pojavljuje Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta 2009/52/EZ o merama i sankcijama protiv poslodavaca državljana trećih država s nezakonitim boravkom.¹⁰³ Njome je *zabranjeno zapošljavanje državljana treće države s nezakonitim boravkom*, dok su poslodavci dužni da nadležnim organima javne vlasti olakšaju kontrolu prisustva ovih lica na teritoriji EU.¹⁰⁴ Tome doprinose, između ostalog, *obaveza poslodavca da obavesti nadležni organ javne vlasti o zaposlenju državljanina treće države i obaveza da u svojim prostorijama čuva kopiju boravišne dozvole*. Kršenje tih obaveza zaprećeno je novčanom kaznom, koja uključuje i namirenje troškova povratka radnika u državu porekla, a, ako je to primereno, može biti praćena i dodatnim sankcijama, poput zabrane korišćenje određenih pogodnosti na koje poslodavci inače imaju pravo, zabrane rada preduzeća i oduzimanja licence za rad. Navedene sankcije se primenjuju, zajedno sa odgovarajućim radno-pravnim sankcijama (isplata neisplaćenih zarada, uplata neuplaćenih poreza i doprinosa za obavezno socijalno osiguranje i dr.),¹⁰⁵ pri čemu je, u slučaju podugovaranja, glavni ugovarač odgovoran za namirenje svih nenamirenih potraživanja, čak i kada su državljanima trećih država neposredno zapošljavani od strane podugovarača. Krivična odgovornost za kršenje zabrane zapošljavanja državljana trećih država s nezakonitim boravkom je, pritom, predviđena za ponovljeno kršenje ove obaveze, nezakonito zapošljavanje značajnijeg broja državljana trećih država, eksploatorske uslove rada, i zapošljavanje maloletnikâ i žrtava trgovine ljudima.¹⁰⁶ Direktivom je, končano, olakšano podnošenje tužbi protiv poslodavaca, te se tužiocu može izdati i odobrenje za privremeni boravak, a predviđeno je i uvođenje pretpostavke o postojanju radnog odnosa u trajanju od najkraće tri meseca u slučaju teškoće dokazivanja postojanja radnog odnosa radnika migranta.

5.4. Unapređenje administrativne saradnje na rešavanju problema rada „na crno”

Iako su mere za sprečavanje i odvracanje od rada „na crno” u nadležnosti država članica EU (nadzor, sankcije protiv rada „na crno”, mere regulacije i dr.), postoji i

103 Iz područja primene ovog akta isključeni su državljanima trećih država koji zakonito borave u određenoj državi članici EU, čak i kada nemaju dozvolu za rad, lica koja imaju pravo na slobodno kretanje unutar EU, kao i lica koja imaju pravo da rade u jednoj državi članici, a, upućeni su na rad u drugu državu članicu EU.

104 Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta 2009/52/EZ, čl. 3–4.

105 Poslodavac je obavezan da radniku s nezakonitim boravkom plati svaku nenamirenu naknadu, za koju se pretpostavlja da odgovara najmanje visini zarade predviđene merodavnim zakonodavstvom o minimalnoj zaradi, kolektivnim ugovorima ili po običaju u odgovarajućem sektoru, osim ako poslodavac ili radnik mogu dokazati suprotno. Za radnika koji (više) nema dozvolu boravka poslodavac mora platiti i iznos koji odgovara svim porezima i doprinosima za socijalno osiguranje koje bi uplatio da je to lice bilo zakonito angažovano. Prema potrebi, poslodavac snosi i sve troškove slanja nenamirenih prestacija u državu u koju je radnik vraćen (Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta 2009/52/EZ, član 6, stav 1). U jednom delu literature se upozorava da utvrđivanjem ovih obaveza, Direktiva priznaje da neregularni migranti mogu imati status zaposlenog (S. McKay, 99).

106 Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta 2009/52/EZ, član 9.

potreba za saradnjom država u toj oblasti. Ovo, najpre, stoga, što je bavljene država članica EU problemom rada „na crno” bilo nesrazmerno i međusobno neusklađeno, a, zatim i zbog činjenice da rešavanje prekograničnih problema rada „na crno” zahteva zajedničku i ujednačenu međudržavnu saradnju. Otud je 2016. godine uspostavljena Evropska platforma za jačanje saradnje u rešavanju rada „na crno”, pri čemu se rešavanje predmetnog problema vezuje za *sprečavanje, odvracanje od i borbu protiv rada ‘na crno’. kao i za podsticanje prijavljivanja rada ‘na crno’*.¹⁰⁷

Platformi je poveren mandat za jačanje saradnje između relevantnih organa javne vlasti i drugih subjekata u državama članicama EU, poboljšanje njihovih kapaciteta za rešavanje prekograničnih aspekata rada „na crno” i podizanje svesti javnosti o značaju ovog problema. To naročito uključuje raspravljanje o merama za sprečavanje rada „na crno” i razmenu podataka i najbolje prakse u ovoj oblasti.¹⁰⁸ Jednu od njenih funkcija čini i razvoj stručnih znanja i veština važnih za pravilnu procenu fenomena rada „na crno”, odnonsa za procenu njegovih negativnih ekonomskih i socijalnih posledica u državama članicama i procenu delotvornosti mera suzbijanja rada „na crno” koje se sprovode u državama članicama EU.¹⁰⁹

ZAKLJUČAK

Rad „na crno” nespojiv je sa osnovnim načelima i vrednostima prava EU – načelima zakonitosti, pravne sigurnosti, slobodne tržišne konkurencije i slobodnog kretanja radnikâ u okviru EU, kao i sa vrednostima solidarnosti i socijalne pravde. Određeni aspekti borbe protiv rada „na crno” su, otud, (posredno) uređeni i pod okriljem ove organizacije, dok su mere za sprečavanje i odvracanje od rada „na crno” (nadzor, sankcije protiv rada „na crno”, mere regulacije i dr.) u nadležnosti država članica EU.

Poseban značaj za suzbijanje rada „na crno” ima Direktiva Saveta 91/533/EZ o poslodachevoj obavezi obaveštavanja radnikâ o uslovima rada. Ovo stoga što je, zbog pravne subordinacije kao bitnog obeležja radnog odnosa, izuzetno važno da zaposlenima blagovremeno i na odgovarajući način budu pruženi podaci o bitnim elementima radnog odnosa, posebno u pravnim sistemima u kojima se ugovor o radu ne zaključuje u pisanoj formi. Ispunjenje obaveze obaveštavanja omogućava, naime,

107 U sastav Platforme ulaze predstavnici svih država članica EU, Evropske komisije i evropskih socijalnih partnera (međugrantskih radničkih i poslodavačkih profesionalnih udruženja), dok ulogu posmatrača mogu imati predstavnici socijalnih partnera iz sektora u kojima se beleži visoka stopa rada „na crno”, predstavnici Međunarodne organizacije rada, Evropske fondacije za poboljšanje uslova života i rada, i Evropske agencije za bezbednost i zdravlje na radu, te predstavnici trećih država iz Evropskog ekonomskog prostora.

108 Decision (EU) 2016/344 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on establishing a European Platform to enhance cooperation in tackling undeclared work (OJ L 65, 11.3.2016, 12–20).

109 To ne uključuje i izradu preporuka za noveliranje nacionalnih propisa i propisa EU, a što je bio predlog Evropskog ekonomskog i socijalnog komiteta. European Economic and Social Committee, Opinion on the Proposal of the European Parliament and of the Council on establishing a European platform to enhance cooperation in the prevention and deterrence of undeclared work, Brussels, 10 September 2014, SOC/511, tačka 4.5.

radnicima pravilno i potpuno sagledavanje sopstvenog radnopravnog položaja i delotvorno ostvarivanje i zaštitu radnih prava. Ovo tim pre što inspekcija rada i drugi nadležni organi javne vlasti, baš kao i sindikati, prepoznaju nepostojanje poslodavčevog obaveštenja kao solidan indikator rada „na crno”, ali i kao indikator drugih povreda radnih prava. Konstatovana je potreba za preispitivanjem i unapređenjem bezmalo svih ključnih aspekata obaveze obaveštavanja (krug adresata obaveštenja, minimalna sadržina, forma i dokazna vrednost obaveštenja, posledice povrede obaveze obaveštavanja), posebno iz ugla delotvornosti odredaba koje ih uređuju i rešenja iz Predloga direktive o transparentnim i predvidivim uslovima rada (2017). Ovo tim pre što je poslednje decenije obeležila erupcija novih fleksibilnih oblika zaposlenja, u pogledu kojih, po važećoj Direktivi, ne važi obaveza obaveštavanja, iako se lica koja rade na taj način nalaze u najosetljivijem položaju (lica angažovana na osnovu ugovora o radu na zahtev, ugovora o povremenom radu, ugovor o radu na osnovu vrednosnih kupona, rad posredstvom *on-line* platformi). Sa druge strane, položaj većine radnika sa nestandardnim oblicima zaposlenja dodatno otežava klauzula isključivosti. Kako je reč o klauzuli kojom se zaposlenom zabranjuje da, tokom trajanja radnog odnosa, izvršava prestaciju rada za drugog poslodavca (uopšte ili, izuzetno, bez saglasnosti nadležnog organa u preduzeću), jasno je da njeno ugovaranje posebno teško pogađa zaposlene koji rade sa skromnim brojem radnih sati, ili na osnovu ugovora o povremenom radu, jer je za većinu njih rad za drugog poslodavca jedini način da obezbede sredstva za izdržavanje, zbog čega se rad „na crno” doživljava kao jedini „izlaz” iz ovog problema.

Sprečavanju rada „na crno” doprinose i direktive koje uređuju zaštitu radnika migranata, posebno onih koje je poslodavac uputio na privremeni rad u inostranstvo (direktive 96/71/EZ, 2014/67/EU i 2018/957/EU) i državljana trećih država s nezakonitim boravkom u EU (Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta 2009/52/EZ). Ovo stoga što migranti čine posebno osetljivu kategoriju radnika, jer su redovno manje upoznati sa pravima koja im pripadaju (i pravilima značajnim za njihovo sticanje, ostvarivanje i zaštitu), ali i spremniji da rade sa izrazito nesigurnim oblicima zaposlenja, ili kao samozaposleni, između ostalog, i stoga što su imigracioni propisi neretko povoljniji za samozaposlena lica nego za zaposlene. Sa druge strane, mogućnost dobijanja posla u EU bez potrebnog pravnog statusa predstavlja snažan podsticaj za nezakonitu imigraciju u EU.

Verujemo da bi proširenje obaveze obaveštavanja u korist radnikâ sa novim formama rada predstavljalo značajan napredak, posebno u svetlu potrebe za potpunom radnopravnom zaštitom tzv. lažnih samozaposlenih lica, a, zatim, i potrebe za ograničenom zaštitom lica koja rade van radnog odnosa, u smislu priznavanja čvrstog jezgra socijalnih prava svim radnicima, u duhu koncepcije dostojanstvenog rada. Ovo tim pre što su važeći izvori radnog prava EU usmereni isključivo na unapređenje zaštite zaposlenih, čime se još oštrije podcrtava linija razgraničenja između zaposlenih i samozaposlenih lica. Taj predlog zahteva, međutim, i oprez, jer postoji opasnost da će uvođenje obaveze obaveštavanja i priznavanje određenih prava u pogledu tako širokog kruga radnika odvrćati poslodavce ne samo od zasnivanja radnog odnosa, već i od angažovanja licâ za rad van radnog odnosa, uz srazmerno povećanje broja lica angažovanih „na crno”. Sličan zaključak, *mutatis mutandis*,

vredi i za unapređenje zaštite radnika migranata, pre svega onih koje je poslodavac uputio na privremeni rad u inostranstvo, jer postoji rizik da će to uticati na intenzivnije pribegavanje radu „na crno”, zbog nastojanja poslodavaca, posebno malih i srednjih preduzeća, da izbegnu troškove rada sa kojima bi bila skopčana tako unapređena zaštita detaširanih radnikâ.

LITERATURA

- Edoardo Ales, „Undeclared work: An activity-based legal typology”, u: *Undeclared work*, European Labour Law Network, Frankfurt/Main, 2013, 73–81.
- Catherine Barnard, *EU employment law*, 4th edition, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Francesca Bettio, Paola Villa, „Non-wage and disguised wage employment in Italy”, u: Gerry Rodgers, Janine Rodgers (eds), *Precarious jobs in labour market regulation: The growth of atypical employment in Western Europe*, International Labour Organization (International Institute for Labour Studies), Geneva, 1989, 149–178.
- Danilo Bianchini *et al.*, *Study to support impact assessment on the review of the Written Statement Directive*, PPMI / Center for Strategy & Evaluation Services, Vilnius – Kent, 2017.
- Guy Davidov, Mark Freedland, Nicolas Kountouris, „The subjects of labour law: ‘employees’ and other workers”, u: Matthew W. Finkin, Guy Mundlak (eds), *Comparative labor law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham – Northampton, 2015, 115–129.
- Simon Deakin, Gillian S Morris, *Labour law*, fourth edition, Hart Publishing, Oxford, 2005.
- Senad Jašarević, „Nove forme rada u Evropskoj uniji i Srbiji”, *Radno i socijalno pravo*, vol. 19, broj 2/2015, 1–22.
- Senad Jašarević, „Radno pravo Srbije u XX i XXI veku”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, vol. LII, broj 3/2018, 925–943.
- Jeff Kenner, *EU employment law: From Rome to Amsterdam and beyond*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2003.
- Ljubinka Kovačević, *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013.
- Ljubinka Kovačević, „Plaćeni rad u domaćinstvu poslodavca”, *Radno i socijalno pravo*, broj 2/2013, 75–102.
- Ljubinka Kovačević, „Personalno područje primene radnog zakonodavstva – (ne)pouzdanost kriterijumâ za kvalifikaciju subjekata radnopravne zaštite”, *Zbornik Matice srpske za društvene nauke*, vol. LXVI, broj 152 (3/2015), 505–519.
- Ljubinka Kovačević, „Pravne posledice upućivanja ponude za izmenu elemenata ugovora o radu, sa posebnim osvrtom na premeštaj zaposlenog”, *Pravo i privreda*, vol. LIII, br. 4–6/20015, 823–851.
- Polonca Končar, „Predlog direktive o preglednih in predvidljivih delovnih pogojih”, *Delavci in delodajalci*, vol. XVIII, br. 2–3/2018, 267–284.
- Yota Kravaritou-Manitakis, *New forms of work – Labour law and social security aspects in the European Community*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Luxembourg, 1988.
- Branko Lubarda, „Ilegalni rad – uzroci, pojavni oblici i mere suzbijanja”, *Pravo i privreda*, br. 3–6/1995, 630–642.
- Sonia McKay, „Transnational aspects of undeclared work and the role of EU legislation”, u: *Undeclared work*, European Labour Law Network, Frankfurt/Main, 2013, 94–104.
- Ruth Nielsen, *European labour law*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2000.

- Jean Pélissier, Gilles Auzero, Emmanuel Dockès, *Droit du travail*, 27^e édition, Dalloz, Paris, 2013.
- Katarina Peročević, „Pojam ‘radnika’ u pravu Europske unije”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 67, broj 2/2017, 319–343.
- Jeremias Prassl, Martin Risak, *Uber, TaskRabbit & Co: Platforms as employers? Rethinking labour law of crowdwork*, u: Kerstin Ahlberg, Niklas Bruun (eds.), „The new foundations of labour law”, Peter Lang, Frankfurt am Main – New York, 2017, 97–126.
- 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.
- Danilo Rončević, Aleksandar Antić, „Ugovor bez određenog radnog vremena (*zero hour contract*)”, *Radno i socijalno pravo*, vol. 20, broj 1/2016, 229–244.
- Erika Szyszczak, *EC labour law*, Pearson Education Limited, Harlow, 2000.
- Bernard Teyssié, *Droit européen du travail*, Édition du Juris-Classeur, Paris, 2001.
- Luka Tičar, „Delovnopravno varstvo ekonomsko ovisnih oseb – novost ZDR-1”, *Delavci in delodajalci*, vol. XIII, br. 2–3/2013, 151–167.
- T. [Tiziano] Treu, *Italy*, Walters Kluwer, The Hague, 2016.
- Gerda Falkner, Oliver Treib, Miriam Hartlapp, Simone Leiber, *Complying with Europe: EU harmonisation and soft law in the Member States*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- Bridie France, *Labour compliance to exploitation and the abuses in-between*, Labour Exploitation Advisory Group, 2016, <http://www.labourexploitation.org/sites/default/files/publications/LEAG%20position%20paper%2001.pdf>, 23. mart 2019.
- Mijke Houwerzijl, „Information on contract conditions”, in: Monika Schlachter (ed.), *EU labour law – A Commentary*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2015, 147–162.
- Jon Clarck, Mark Hall, „The Cinderella Directive? Employee rights to information about conditions applicable to their contract or employment relationship”, *Industrial Law Journal*, vol. 21, broj 2/1992, 106–118.
- Alain Cœuret, Élisabeth Fortis, *Droit pénal du travail*, 4^e édition, LexisNexis/Litec, Paris, 2008.
- Iva Čatipović, „*ELLN* – 6. godišnji pravni seminar: Rad ‘na crno’”, *Zagrebačka pravna revija*, vol. 3, broj 1/2014, 107–111.
- Borivoje Šunderić, „Ugovor o radu na probu”, *Pravni život*, br. 11–12/1993, 1967–1981.
- Bernd Waas, „Undeclared work: Possible sanctions on closer examination”, u: *Undeclared work*, European Labour Law Network, Frankfurt/Main, 2013, 82–93.
- Colin C. Williams, Piet Renooy, *Tackling undeclared work in 27 European Union Member States and Norway – Approaches and measures since 2008*, Eurofound, Dublin, 2013.
- ***, „European pillar of social rights: Towards transparent and predictable working conditions”, <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=20696&langId=en>, 2. mart 2019.

Izvori prava i dokumenti ugovornih tela

- Regulation (EU) 2016/589 of the European Parliament and of the Council of 13 April 2016 on a European network of employment services (EURES), workers’ access to mobility services and the further integration of labour markets, and amending Regulations (EU) No 492/2011 and (EU) No 1296/2013 (*Official Journal* – OJ L 107, 22.4.2016, 1–28).

- 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 (*OJ L* 288, 18.10.1991, 32–35).
- Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services (*OJ L* 18, 21.1.1997, 1–6).
- Directive 2009/52/EC of the European Parliament and of the Council of 18 June 2009 providing for minimum standards on sanctions and measures against employers of illegally staying third-country nationals (*OJ L* 168, 30.6.2009, 24–32).
- Directive 2014/67/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on the enforcement of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services and amending Regulation (EU) No 1024/2012 on administrative cooperation through the Internal Market Information System ('the IMI Regulation'), *OJ L* 159, 28.5.2014, 11–31.
- Directive (EU) 2018/957 of the European Parliament and of the Council of 28 June 2018 amending Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services (*OJ L* 173, 9.7.2018, 16–24).
- Community charter of the fundamental social rights of workers, 9 December 1989, COM (89) 471 final.
- Council Recommendation of 10 March 2014 on a quality framework for traineeships (*OJ C* 88, 27.3.2014, 1–4).
- Commission Recommendation of 26 April 2017 on the European Pillar of Social Rights, C(2017) 2600 final.
- Decision (EU) 2016/344 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on establishing a European Platform to enhance cooperation in tackling undeclared work (*OJ L* 65, 11.3.2016, 12–20).
- European Commission Communication on undeclared work, COM (98) 219 final, 7. 4. 1998.
- Commission proposal for a Council Directive on a form of proof of an employment relationship, COM(90) 563 final.
- European Commission proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on transparent and predictable working conditions in the European Union, COM/2017/0797 final – 2017/0355 (COD).
- European Commission proposal for a decision of the European Parliament and of the Council on establishing a European Platform to enhance cooperation in the prevention and deterrence of undeclared work, Brussels, 9.4.2014, COM (2014) 221 final.
- European Economic and Social Committee, Opinion on the Proposal of the European Parliament and of the Council on establishing a European platform to enhance cooperation in the prevention and deterrence of undeclared work, Brussels, 10 September 2014, SOC/511.
- Commission Staff Working Document „Second phase consultation of social partners under Article 154 TFEU on a possible revision of the Written Statement Directive (Directive 91/533/EEC) in the framework of the European Pillar of Social Rights”, C(207) 6121 final.
- Commission Staff Working Document „Regulatory Fitness and Performance (REFIT) – Evaluation of the ‘Written Statement Directive’”, Brussels, 26 April 2017, SWD (2017) 205 final.

- Presuda Evropskog suda pravde u predmetu C-189/91 (*Petra Kirsammer-Hack v Nurhan Sidal*), od 30. novembra 1993. godine (ECLI:EU:C:1993:907).
- Presuda Evropskog suda pravde u spojenim predmetima C-253/96-C-256/96 (*Helmut Kampelmann and Others v Landschaftsverband Westfalen-Lippe*), C-257/96 (*Stadtwerke Witten GmbH v Andreas Schade*) i C-258/96 (*Klaus Haseley v Stadtwerke Altena GmbH*), od 4. decembra 1997. godine (ECLI:EU:C:1997:585).
- Presuda Evropskog suda pravde u predmetu C-350/99 (*Wolfgang Lange v Georg Schüemann GmbH*), od 8. februara 2001. godine (ECLI:EU:C:2001:84).
- Presuda Evropskog suda pravde u predmetu C-316/13 (*Gérard Fenoll v Centre d'aide par le travail 'La Jouvène' and Association de parents et d'amis de personnes handicapées mentales /APEI/ d'Avignon*), od 26. marta 2015. godine (ECLI:EU:C:2015:200).
- Presuda Evropskog suda pravde u predmetu C-216/15 (*Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH v Ruhrlandklinik gGmbH*), od 17. novembra 2016. godine (ECLI:EU:C:2016:883).
- Zakon o preprečavanju dela in zaposlovanja na črno (*Uradni list RS*, št. 32/14, 47/15).

Ljubinka Kovačević

Law Faculty University of Belgrade

LEGAL INSTRUMENTS FOR COMBATING UNDECLARED WORK IN THE EUROPEAN UNION – CONTENT AND (IN)EFFECTIVENESS

SUMMARY

Undeclared work is incompatible with the principles of legality and legal certainty, as well as the values of solidarity and social justice. These values and principles are at the heart of the European Union (EU) law, together with the principles of free market and free movement of workers within the EU. Certain aspects of the fight against undeclared work are, therefore, (indirectly) regulated under the auspices of this organization, although measures to prevent undeclared work (oversight, sanctions against undeclared work, regulatory measures etc.) are under the jurisdiction of EU Member States.

Council Directive 91/533/EEC on an employer's obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract or employment relationship is particularly important for combating undeclared work. With legal subordination being an important feature of the employment relationship, it is extremely important that employees be provided, in appropriate manner, with timely information on important elements of a contract or an employment relationship, especially in legal systems where employment contracts are not concluded in writing. The fulfilment of the obligation to inform enables the workers to properly and fully perceive their own legal position and the effective realization and protection of their labour rights. This is because the labour inspection and other competent public authorities, as well as trade unions, recognize the absence of an employer's written statement as a solid indicator of undeclared work and other violations of labour rights. Therefore, this paper covers the key aspects of the obligation to inform employees (circle of addressees, the minimum content, the form and the evidential value of statement, consequences of the violation of the obligation to inform), especially from the aspect of effectiveness of the regulating provisions

and the solutions from the Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on transparent and predictable working conditions in the European Union (2017). This is because the last few decades have seen the eruption of new flexible forms of employment, which, according to the current Directive, are not subject to the obligation to inform, even though these workers are in an extremely vulnerable position (domestic work; work on demand; casual work, including on-call work, zero-hours contracts and intermittent work; voucher-based work; platform /crowd/ work). On the other hand, the legal position of most workers with non-standard forms of employment is further complicated by the exclusivity clause. As this is the clause prohibiting employees, during the course of their employment, from performing work for other employers (at all or, exceptionally, without the consent of the competent authority in the company), it's clear that its inclusion in the contract would be especially hard for employees with reduced working hours or intermittent employment, because for most of them working for another employer is the only way to provide means of subsistence.

This paper also points out the significance of directives regulating the protection of migrant workers, on combating undeclared work, especially workers sent by their employer to carry out a service in another country on a temporary basis – „posted” workers (directives 96/71/EC, 2014/67/EU and 2018/957/EU) and illegally staying third-country nationals (Directive of the European Parliament and of the Council 2009/52/EC). Migrants are a particularly sensitive category of workers, because they are oftentimes not familiar with their rights (and rules on how to acquire, realize and protect those rights), they are more willing to work in extremely uncertain forms of employment, or be self-employed, and because immigration regulations are often more favourable for self-employed than for employees. On the other hand, the possibility of getting a job in the EU without the necessary legal status is a powerful incentive for illegal immigration into the EU.

The conclusion is that the extension of the obligation to inform workers with new forms of employment would represent a significant progress, especially in light of the need for complete legal protection of the so called bogus self-employed, as well as the need for limited protection of workers working on the basis of civil or business law contracts, in the sense of recognizing a solid core of social rights for all workers, in the spirit of the decent work concept. All the more so due to the fact that the current sources of EU labour law are focused exclusively on improving the protection of employees, which further sharpens the line of demarcation between the employed and the self-employed. This proposal, however, requires caution, as there is a danger that the introduction of the obligation to inform and recognition of certain rights with regard to such a broad circle of workers will deter employers not only from the entering into employment relationship, but also from conclusion of civil or business law contracts, with a proportionate increase in the number of undeclared workers. This is equally true, *mutatis mutandis*, of improving the protection of migrant workers, primarily those temporarily posted abroad, as there is a risk that this will lead to more undeclared workers, due to the efforts of employers, especially small and medium-sized, to avoid labour costs associated with enhanced protection of „posted” workers.

Key words: European Union, Undeclared work, Predictability of working conditions, New forms of work, Migrant workers.

„PREGOVARAČKA PRAVDA” I SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU

Apstrakt: U radu se analiziraju različiti instituti koji se mogu podvesti pod pojam tzv. „pregovaračke pravde” prisutni u krivičnom i prekršajnom postupku Republike Srbije. Cilj ovih instrumenata je da se postupci pojednostave, ubrzaju i učine efikasnijim, ali nameće se pitanje dolazi li pravo na suđenje u razumnom roku u koliziju sa drugim procesnim garancijama okrivljenog? Kroz analizu različitih modaliteta pregovaračke pravde ukazuje se na probleme i nelogičnosti u njihovoj zakonskoj regulativi i praktičnoj primeni. U prvom delu rada analizira se institut sporazuma o priznanju krivičnog dela, sa posebnim osvrtom na položaj oštećenog prilikom njegove primene i pravno dejstvo presude donete na osnovu sporazuma. Zatim su prikazani instituti odlaganja krivičnog gonjenja ili bezuslovnog oportuniteta i medijacije u krivičnom postupku, a završni deo rada posvećen je prekršajnom nalogu. Cilj analize je da ukaže u kojoj meri ove procesne forme mogu da doprinesu okončanju postupka u razumnom roku.

Ključne reči: sporazum o priznanju krivičnog dela, odlaganje krivičnog gonjenja, medijacija, prekršajni nalog, suđenje u razumnom roku.

UVOD

Poslednjih decenija razni vidovi „pregovaračke pravde” u krivičnom postupku postali su globalni fenomen i trend u državama koje tradicionalno pripadaju različitim procesnim modelima. Pod ovaj pojam potpadaju različiti modaliteti rešenja krivične stvari bazirani na stranačkim pregovorima, mimo klasičnog izvođenja dokaza na glavnom pretresu. Sam koncept potiče iz anglosaksonskog, tačnije američkog prava u kome se krivični postupak posmatra kao stranački spor, čijim predmetom stranke mogu slobodno raspolagati, te kada okrivljeni prizna krivicu i sam spor čini bespredmetnim. Svojevremeno je tako nešto u kontinentalnom pravu bilo nezamislivo jer se polazilo od toga da je predmet krivičnog postupka javnopravna stvar za koju je zainteresovano društvo u celini, pa stranke njime ne mogu slobodno raspolagati. U tom smislu je isticano da se „činjenično stanje u krivičnom postupku odnosi na jedan javnopravni zahtev i ono mora biti utvrđeno onako kako je stvarno, a ne onako kako bi stranke makar i sporazumno želele...”¹ Međutim, težnja za potpunim i detaljnim utvrđivanjem činjeničnog stanja oličena kroz istražnu maksimu odnosno načelo utvrđivanja materijalne istine je dovodila do drugog problema –

* docent, bajovic@ius.bg.ac.rs

1 T. Vasiljević /1981/: *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Savremena administracija, Beograd, str. 294.

predugog trajanja postupaka, „preopterećenosti” sudova i tužilaštava i opasnosti da „spora ali dostižna” pravda ipak ne stigne usled nastupanja zastarelosti.

Imajući u vidu činjenicu da se veliki broj ustavnih žalbi i predstavki ESLJP odnosi upravo na kršenje prava na suđenje u razumnom roku, ne iznenađuje činjenica da su brojne procesne reforme preduzete poslednjih godina motivisane upravo neophodnošću da se postupci ubrzaju i učine efikasnijim. U skladu sa tim tendencijama i u krivični postupak su poslednjih godina uvedeni različiti modaliteti tzv. pregovaračke pravde do skora nezamislivi u postupku u kome javni interes preteže nad privatnim i u kome je tradicionalno dominirala istražna maksima.

Širenje lepeze ovih procesnih formi i njihovu širu primenu u praksi svakako treba pozdraviti sa aspekta bržeg, jeftinijeg i efikasnijeg okončanja postupka, ali pojedina zakonska rešenja i postupanja prakse zaslužuju kritiku sa aspekta drugih procesnih garancija i prava okrivljenog na pravično suđenje. Osnovni cilj analize je da ukaže na određene nepravilnosti u postupanju prilikom primene ovih instituta, koje „brzu” pravdu faktički pretvaraju u nepravdu.

1. SPORAZUM O PRIZNANJU KRIVIČNOG DELA

Osnovna prednost sporazuma o priznanju krivičnog dela ogleda se u efikasnijem i bržem okončanju krivičnog postupka, budući da se eliminiše potreba za suđenjem i izvođenjem dokaza, već se okrivljeni oglašava krivim i kažnjava u skladu sa „dogovorom” postignutim sa drugom stranom odnosno javnim tužiocem. Ovaj institut vodi poreklo iz anglosaksonskog prava, tačnije iz prakse američkih sudova, a imajući u vidu njegovu „pregovaračku” suštinu i ne iznenađuje činjenica da je potekao na „liberalnom” tlu.² Iz vizure ove doktrine, krivični postupak se posmatra kroz prizmu liberalnog tržišta na kome akteri uzajamno razmenjuju usluge kako bi izdejsvovali maksimalnu dobit uz minimalne gubitke. U skladu sa tim se ističe da se okrivljenom, kao i svakom drugom pojedincu mora ostaviti sloboda da raspoláže svojim ličnim pravima, odnosno mogućnost da „trguje” svojim pravima na pravično i nepristrasno porotno suđenje, na ispitivanje svedoka i izvođenje drugih dokaza, na pretpostavku nevinosti dok tužilac ne dokaže njegovu krivicu „van razumne sumnje” i t. sl., a sve u zamenu za određene pogodnosti koje se ogledaju u ublažavanju optužnice odnosno u blažoj sankciji.³

Sa talasom procesnih reformi koji je poslednjih godina zahvatio države kontinentalne Evrope ovaj vid „pregovaračke pravde” u različitim modalitetima našao je

2 Razlike u procesnim modelima se mogu objasniti političko-ideološkim faktorima, ulogom države u određenom društvu i njenim odnosom prema pojedincu. Osnovni pravac podele pravi se između angloameričkih sistema zasnovanih na ideologiji klasičnog političkog liberalizma i evrokontinentalnog modela sa idejom jake države – zaštitnika, čiji je zadatak da brine o dobrobiti svih svojih građana. U vezi sa tim, M. Damaška pravi podelu na aktivističku i reaktivnu državu. Vidi: M. Damaška /2008/: *Lica pravosuđa i državna vlast*, Globus, Zagreb.

3 Vidi: F. Easterbrook /1983/: *Criminal Procedure as a Market System*, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 12, No. 2, pp. 289–332, F. Easterbrook /1992/: *Plea Bargaining as Compromise*, *Yale Law Journal*, Vol. 101, No. 8, pp. 1969–1978, Robert Scott & William Stuntz /1992/: *Plea Bargaining as Contract*, *The Yale Law Journal*, Vol. 101, No. 8, pp. 1909–1968.

svoje mesto u zakonima mnogih evrokontinentalnih država, prvenstveno iz razloga što u velikoj meri rasterećuje sudove kroz ubrzanje krivičnog postupka. U skladu sa ovim tendencijama institut je uveden i u naše pravo Izmenama i dopunama ZKP iz 2009. godine pod nazivom Sporazum o priznanju krivice,⁴ da bi Zakonikom o krivičnom postupku iz 2011 godine (ZKP/2011)⁵ opravdano bio preimenovan u Sporazum o priznanju krivičnog dela, čiji je sastavni deo, po logici stvari i krivica.

Uz prvobitnu opreznost tužilaštava i sudova i prilično „bojažljiv” pristup pregovaranju sa drugom stranom, vremenom je sporazum zaživeo u praksi, a podsticaj ka njegovoj široj primeni reflektuje se i u zakonskim rešenjima. Tako je za razliku od prethodnog rešenja koje je zaključivanje sporazuma rezervisalo samo za krivična dela sa propisanom kaznom zatvora do dvanaest godina, ZKP/2011 omogućio njegovu primenu za sva krivična dela, nezavisno od propsane kazne, pod obrazloženjem da je ograničavanje sporazuma na krivična dela određene težine „suprotno prirodi i ciljevima ovog instituta”⁶ što se opet obrazlaže činjenicom da je i u SAD-u zaključivanje sporazuma moguće za sva krivična dela pa se zato 95 % slučajeva rešava na taj način.

Ovakvo rešenje predmet je opravdane kritike i sa razlogom se ističe da ovaj vid pojednostavljenog postupanja „svoju primenu treba da nađe pre svega kod krivičnih dela koja pripadaju grupi tzv. lakšeg i srednjeg kriminaliteta”⁷. Uprkos činjenici da u SAD Pravila krivičnog postupka i dokazivanja ne ograničavaju sporazume na određena krivična dela, sporazumi se maltene nikada ne zaključuju za najteže ili medijski praćane zločine, budući da „pregovaranja” u takvim slučajevima mogu izazvati negodovanje javnosti, a samim tim i nezadovoljstvo u rad tužioca koji na taj način rizikuje da ne bude izabran u sledećem mandatu. Sa druge strane kod lakših krivičnih dela, a posebno prekršaja, tužilac je dužan da okrivljenom prvo ponudi zaključenje sporazuma pa tek supsidijarno, ako bi ovaj to odbio, dolazi do suđenja. Budući da u SAD-u prekršaji (*misdemeanors*) takođe spadaju pod krivična dela i ulaze u ovu statistiku, upravo zahvaljujući tome ovaj „impozantni” procenat od 95 % krivičnih predmeta okončanih sporazumom.

Obrnuto od američke prakse gde je sklapanje sporazuma „pravilo” za lakša i izuzetak za najteža, a posebno medijski eksponirana krivična dela, naša praksa se u pogledu ovog instituta prvobitno vodila „obrnutom” logikom. Nakon što je Sporazum uveden u naše pravo, „najhrabriji” u njegovoj primeni pokazala su se upravo Viša tužilaštva i to u medijski „poznatim” slučajevima, što je doprinelo tome da se ovaj institut u široj javnosti percipira kao „privilegija” bogatih i moćnih okrivljenih.⁸ Da situacija bude još paradoksalnija, sporazum je u prekr-

4 Zakon o izmenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku, „Službeni glasnik RS” br. 72/09 od 03.09.2009. godine.

5 „Službeni glasnik Republike Srbije” br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014.

6 G. P. Ilić, M. Majić, S. Beljanski, A. Trešnjev /2012/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, str. 666.

7 M. Škulić, G. Ilić /2012/: *Reforma u stilu „jedan korak napre – dva koraka nazad”*, Beograd, str. 98–100.

8 Tako je prvi sporazum o priznanju krivice zaključilo novosadsko Više tužilaštvo sa pripadnikom „Nacionalnog stroja” Dolfom Pospišem, za krivično delo izazivanja nacionalne, rasne i verske mržnje, netrpeljivosti i nasilničkog ponašanja. Nakon toga usledili su sporazumi između Radoslava Rodića (osnivača listova „Kurir” i „Glas javnosti”) i Višeg tužilaštva u Beogradu zbog zlou-

šajnom postupku zaživeo pet godina nakon njegove „inicijacije i probe” u krivičnim postupcima,⁹ iako se mnogi prekršajni postupci mogu smatrati „krivičnim” u smislu tumačenja ESLJP. U praksi ESLJP, pojam krivičnog dela se ne ograničava se samo na dela propisana krivičnim zakonom, već je za procenu da li se radi o „krivičnom” delu odlučujuća njegova priroda i težina kazne koja se može izreći. Tako, ako se za delo može izreći zatvorska kazna, ono se smatra krivičnim, bez obzira na to kojim je zakonom regulisano.¹⁰ Imajući u vidu da se za veliki broj prekršaja u našem pravu mogu izreći kazne zatvora, time su automatski ispunjeni strazburški kriterijumi za svrstavanje ovih dela pod kategoriju krivičnih dela. Shodno tome, kada bi statistički parametri bili identični američkim, odnosno kada bi i prekršaji potpadali pod ovu statistiku i mi bismo vrlo brzo došli do „impozantnog” procenta od 95% predmeta okončanih sporazumom i bez prilično opasnog omogućavanja njegove primene za najteža krivična dela.

1.1. Položaj oštećenog

Pored okrivljenog i oštećeni se smatra titularom prava na suđenje u razumnom roku, kome je brzo okončanje postupka ne samo u interesu zbog materijalne već i zbog moralne satisfakcije. Međutim, iako sporazum o priznanju krivičnog dela nesumnjivo doprinosi bržem okončanju krivičnog postupka, ZKP/2011 je vidno pogoršao položaj oštećenog u slučajevima primene sporazuma. Zakonik jedino obavezuje javnog tužioca da pre zaključenja sporazuma pozove ovlašćeno lice (u praksi najčešće oštećenog) da postavi imovinskopравни zahtev, koji u tom slučaju postaje obavezni element sporazuma. Oštećeni nema više mogućnost da prisustvuje ročištu za razmatranje sporazuma, koje za razliku od ranijeg rešenja više nije javno, pa mu ne bi mogao prisustvovati ni u svojstvu „opšte javnosti”, a nema mogućnost ni da izjavi žalbu na odluku kojom sud prihvata sporazum. Pored toga prilikom ispitivanja sporazuma sud više nije dužan da vodi računa o pravima oštećenog i ne ostavlja mu se mogućnost odbijanja sporazuma po tom osnovu, pod pretpostavkom da su svi drugi uslovi ispunjeni. Pošlo se, naime, od pretpostavke da je materijalna nadoknada dobijena putem imovinskopavnog zahteva adekvatna „satisfakcija” oštećenom, te da mu druga prava i nisu neophodna. Međutim, interesi oštećenog se ne ogledaju isključivo u materijalnoj već i u moralnoj satisfakciji da okrivljenom bude izrečena adekvatna sankcija za delo koje je učinio.

Tako je, primera radi, pre par godina sud odbio sporazum kojim je predloženo da se okrivljenom za krivično delo ugrožavanja bezbednosti javnog saobraćaja

potrebe službenog položaja, sporazum sa Miladinom Kovačevićem, koji je priznao da je američkom studentu naneo teške telesne povrede u zamenu za 2 godine i tri meseca zatvora, sporazum sa Bojanom Smiljkovićem, telohraniteljem biznismena Predraga Rankovića Peconija koji je osuđen na 6 meseci zatvora zbog pucanja na automobil u kojem je bio „poznati” svedok saradnik Ljubiša Buha Čume, sporazum sa folk- zvezdom Svetlanom Cecom Ražnatović i njenom sestrom Lidijom Ocoholjić i td. Nerealno je poverovati da bi iole ozbiljniji američki tužilac pristupio pregovorima u bilo kom od navedenih slučajeva.

9 Sporazum o priznanju prekršaja regulisan je Zakonom o prekršajima („Sl. glasnik RS”, br. 65/2013) koji je u primeni od 1. marta 2014. godine.

10 *Engel and others v. The Netherlands*, App. No. 5370/72, judgment of 08.06.1976. Više o tome: D. Popović /2012/: *Evropsko pravo ljudskih prava*, Službeni glasnik, Beograd, str. 244–245.

izrekne kazna zatvora u trajanju od dve godine i četiri meseca pod obrazloženjem da predložena sankcija ne odgovara težini dela u kome je jedno lice izgubilo život a troje pretrpelo teške telesne povrede.¹¹ Obrazlažući ovakvu odluku, sud se pozvao na član 282v stav 9 tada važećeg ZKP koji je omogućavao sudu da odbije sporazum u slučaju kada nije ispunjen neki od uslova iz člana 282v. stav 8 ZKP ili kada predložena kazna očigledno ne odgovara težini krivičnog dela koje je okrivljeni priznao.

ZKP/2011 menja ovu formulaciju zahtevajući isključivo da je kazna ili druga krivična sankcija, odnosno druga mera *u skladu sa krivičnim ili drugim zakonom* (čl. 317. st. 1 tač. 4). U navedenom slučaju, predložena kazna jeste u skladu sa Krivičnim zakonikom, odnosno ne izlazi iz okvira predviđenog kaznenog raspona, pa se nameće pitanje da li bi sud bio ovlašćen da odbije ovakav sporazum da se sa istim suočio par godina kasnije. Uprkos zamerama koje se u tom smislu mogu uputiti „rigidnosti” navedene formulacije, sudovi bi u praksi trebalo da se drže šireg tumačenja ove odredbe u smislu odbijanja sporazuma u situaciji kada je predložena kazna nesrazmerna prirodi i težini dela, uprkos tome što je u okvirima zakonskog raspona.¹²

Još jedan problem u pogledu zaštite interesa oštećenog ogleda se u situaciji kada javni tužilac sporazumom odustane od krivičnog gonjenja za neka krivična dela. Raniji zakon je precizirao da se u tom slučaju donosi odbijajuća presuda koja bi oštećenom dala mogućnost da takav zahtev ostvaruje u parnici. Sa druge strane, kako je oštećeni mogao prisustvovati ročištu za razmatranje sporazuma, na tom ročištu je imao mogućnost i da se usprotivi nameri javnog tužioca da odustane od krivičnog gonjenja, a imao je pravo i da uloži žalbu na rešenje kojim se prihvata takav sporazum. ZKP/2011 ne govori ništa u pogledu „sudbine” dela u pogledu kojih je javni tužilac odustao, predviđajući jedino da sporazum može sadržati „izjavu javnog tužioca o odustajanju od krivičnog gonjenja za krivična dela koja nisu obuhvaćena sporazumom o priznanju krivičnog dela” (čl. 314. st. 2 tačka 1), što otvara čitav niz pitanja. Na koji način se oštećeni u tom slučaju obaveštava da je javni tužilac odustao od krivičnog gonjenja? Da li ima pravo da izjavi prigovor neposredno višem javnom tužiocu? Da li sud donosi odbijajuću presudu u pogledu tih krivičnih dela i da li se takva presuda može pobijati žalbom? Iz vizure oštećenog i zaštite njegovih interesa, jedino prihvatljivo rešenje u tom slučaju je obavezno ispunjenje imovinskopravnog zahteva za krivična dela za koja se javni tužilac sporazumno obavezao da odustane od krivičnog gonjenja.

1.2. *Pravno dejstvo sporazuma o priznanju krivičnog dela*

Sporazum o priznanju krivičnog dela je vid stranačkog ugovora koji stupa na snagu svojevrsnim „potvrđivanjem” od strane suda.¹³ Ovo potvrđivanje ogleda se u donošenju osuđujuće presude na osnovu sporazuma koja proizvodi ista pravna dejstva kao presuda doneta u redovnom krivičnom postupku, tačnije omogućava izvršenje sankcije njome izrečene i sprečava ponovno vođenje postupka protiv istog

11 Rešenje Višeg suda u Valjevu, Kv. 62/2013 od 12.3.2013. godine.

12 Tako i G. P. Ilić i drugi /2012/: 676.

13 O pravnoj prirodi sporazuma opširnije: V. Bajović /2015/: Pravna priroda i pravno dejstvo sporazuma o priznanju krivičnog dela, *Pravni život*, 9/2015, str. 671–685.

okrivljenog u pogledu istog dela (načelo *ne bis in idem*). U vezi sa tim, posebno je zabrinjavajuće postupanje sudske prakse koja činjenice iz presude donete na osnovu sporazuma uzima kao utvrđene i bez dokazivanja u postupcima protiv drugih okrivljenih. Vrhovni kasacioni sud (VKS) je naime doneo prilično zabrinjavajući stav da se ‘„saoptuženi odnosno osuđeni prema kome je krivični postupak već okončan pravnosnažnom presudom donetom po osnovu Sporazuma o priznanju krivičnog dela ne može pozivati na pretres i saslušavati niti ispitivati u svojstvu svedoka, nego treba primeniti odredbu člana 406 stav 1 tačka 5 ZKP u pogledu upoznavanja sa sadržinom zapisnika o ranijim iskazima”¹⁴.

Ovakav stav otvara ne samo čitav niz pitanja već i Pandorinu kutiju procesnih nepravilnosti. Sporazum o priznanju krivičnog dela je po svojoj pravnoj prirodi ugovor između tužioca i odbrane, potvrđen od strane suda. Navedenim ugovorom okrivljeni priznaje krivično delo, u zamenu za blažu sankciju, a država stiče legitimitet da izrekne i izvrši kaznu i mimo redovnog krivičnog postupka. Na taj način štedi se vreme i novac jer se ne izvode dokazi, ali se postavlja pitanje „istinitosti” ovakvih presuda. Po istraživanjima rađenim u SAD, od 2,2 miliona zatvorenika u američkim zatvorima preko 2 miliona je osuđeno na osnovu sporazuma o priznanju krivičnog dela (97%), od čega je najmanje 1% tj. 20.000 osoba na izdržavanju kazne zbog dela koje nisu učinili, ali su pristali na zaključenje sporazuma iz straha od kazne koja im je pretila.¹⁵

Prilikom zaključenja sporazuma okrivljeni faktički „trguje” svojim procesnim pravima, računajući da mu se tako nešto „isplati” zbog blaže sankcije, pa samim tim činjenice navedene u sporazumu nisu utvrđivane i dokazivane već dogovorene. Tako okrivljeni na zahtev tužioca može priznati da je bio član organizovane kriminalne grupe ili da je dejstvovao kao „pomagač”, a da pri tom nema nikakvu ideju šta podrazumevaju pravne kategorije „organizovane kriminalne grupe” ili „pomaganja”, niti ga to posebno interesuje, jer se njegov jedini interes svodi na blažu kaznu. Ovakav iskaz se niti proverava, niti dokazno potkrepljuje, jedino što Zakon zahteva je da postoje i drugi dokazi koji nisu u suprotnosti sa priznanjem okrivljenog da je učinio krivično delo (čl. 317 st. 1 t. 3). Shodno tome, zahteva se nepostojanje dokaza koji ukazuju na okrivljenikovu nevinost, dok se ostale okolnosti navedene u njegovom iskazu ni na koji način ne proveravaju.

Utoliko je problematičniji stav VKS-a koji dozvoljava da se ovakav iskaz kasnije koristi kao dokaz u postupku protiv drugih saokrivljenih, koji nisu zaključili sporazum. Kao prvo, ovakav iskaz nema nikakvu težinu. Ne radi se o iskazu svedoka koga bi zakletva i strah od krivične odgovornosti terali na istinito iskazivanje. Ne radi se ni o presudi donetoj u redovnom krivičnom postupku na osnovu izvođenja drugih dokaza kojim bi se potkrepili ili opovrgnuli navodi optuženog. Reč je o stranačkom sporazumu u kome, figurativno rečeno, *okrivljeni može priznati i da je majmun* ako proceni da mu se tako nešto isplati. Sporazum o priznanju krivičnog dela, kao sva-

14 Utvrđeno na sednici Krivičnog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda 31. marta 2014. godine.

15 Jed S. Rakoff, *Why Innocent People Plead Guilty*, dostupno na <http://www.nybooks.com/articles/2014/11/20/why-innocent-people-plead-guilty/> i Russell D. Covey, Signaling and Plea Bargaining's Innocence Problem /2009/: 66 *Washington and Lee Law Review* 73, str. 73–130.

ki „ugovor” obavezuje samo strane potpisnice tj. tužioca i okrivljenog, rezultat je njihove ugovorne volje i ne može proizvoditi pravna dejstva prema trećim licima tačnije okrivljenima u drugim krivičnim postupcima.

Drugo, ovakav stav VKS-a, širom otvara vrata za brojne zloupotrebe. U neformalnim pregovorima koji prethode zaključivanju sporazuma, tužilac može zaključiti sporazum sa jednim od saokrivljenih, koji će u svom iskazu teretiti ostale saokrivljene ili navesti druge okolnosti koje tužiocu znatno olakšavaju dokazni teret u redovnom postupku koji se vodi protiv drugih lica. Primera radi, tužilac koji nema čvrste dokaze da se lice A bavilo stavljanjem u promet opojnih droga, može zaključiti sporazum sa licem B kod kojeg je pronađena određena količina marihuane i dogovoriti se da lice B u svom iskazu navede da je drogu nabavljalo od lica A, koga faktički i ne poznaje. Kako se potpisnik sporazuma ne ispituje na glavnom pretresu koji se vodi protiv lica A, već se samo vrši uvid u njegov iskaz, lice A nema mogućnost da ospori činjenice navedene sporazumom, a tužiočev dokazni teret je znatno olakšan. Prihvatanjem ovakvih iskaza ne samo da se dovodi u pitanje pretpostavka nevinosti i druge garancije pravičnog postupka, već se obesmišljava i postojanje krivičnog postupka kao takvog, budući da se presude zasnivaju na proizvoljnim dogovorima i ustupcima umesto na dokazima.

I pre donošenja gorepomenutog spornog stava VKS-a, sudovi su prihvatili kao dokaz činjenice „ugovorene” sporazumom o priznanju krivičnog dela, a odbijali da se kao svedok ispita lice koje je sporazum sklopilo, pod obrazloženjem da „Zakonik ne dozvoljava da isto lice ima dvostuku ulogu u postupku, odnosno da bude i svedok i okrivljeni”?!¹⁶ Ovakav stav je u potpunosti neprihvatljiv jer nakon donošenja pravnosnažne presude na osnovu sporazuma o priznanju krivičnog dela, lice koje je sporazum sklopilo više nema status okrivljenog već osuđenog lica. Dosledna primena ovakvog stava bi nalagala da ranija osuđivanost isključuje mogućnost svedočenja u drugim postupcima, odnosno da su ranije osuđivana lica isključena od mogućnosti svedočenja?! Pored toga, ovde se ne radi o istom, već o dva različita postupka, od kojih je jedan već okončan Sporazumom o priznanju krivičnog dela.

Treba dodati i da se činjenice utvrđene pravnosnažnom presudom u jednom postupku, sasvim razumljivo i opravdano, ne mogu koristiti kao dokaz u drugom postupku. U tom smislu, neophodno je razlikovati pravnosnažnu sudsku odluku, od činjenica koje su njome utvrđene i na kojima je ona zasnovana. Dok pravnosnažna presuda proizvodi pravno dejstvo u smislu stvaranja ili prestanka nekog pravnog odnosa, sankcionisanja određenog lica i t. sl., činjenice utvrđene u tom postupku (i navedene u toj odluci) ne mogu se prosto „preuzimati” u drugim postupcima, imajući u vidu da se presuda može zasnivati samo na dokazima izvedenim na glavnom pretresu. Tako primera radi, iako pravnosnažna osuđujuća krivična presuda

16 Viši sud u Beogradu, Posebno odeljenje, K Po1 37/2012, zapisnik o glavnom pretresu od 17. oktobra 2013. str. 6 i 25. U vezi sa tim, osnovano se ističe da je ovakav stav u potpunosti neprihvatljiv jer se uopšte ne radi o istom postupku nego o potpuno odvojenim postupcima, a to što je u pitanju isti događaj ne može da ospori činjenicu da su u pitanju dva postupka od kojih je jedan završen pravnosnažnom presudom. Vidi: M. Škulić /2015/: Sporazum o priznanju krivičnog dela, *Advokatska kancelarija*, br. 10, str. 23 i V. Delibašić /2014/: Sporazum o priznanju krivičnog dela, *Archibald Reiss days*, Volume III, Belgrade, str. 278.

ima obavezujuće dejstvo za parnični sud u pogledu postojanja krivičnog dela (čl. 13 ZPP), činjenice utvrđene u krivičnom postupku ne mogu se prosto „preuzeti” od strane parničnog suda. U parničnoj praksi je argumentovano isticano da „parnični sud nije ovlašćen da ceni iskaze svedoka i okrivljenog kao ni druge dokaze izvedene u krivičnom postupku”¹⁷ i da je parnični sud „vezan za osuđujuću krivičnu presudu samo u pogledu postojanja krivičnog dela, ali ne i za činjenično stanje utvrđeno u krivičnom postupku u pogledu onih činjenica koje ne predstavljaju elemente krivičnog dela. Protivno je načelu neposrednosti te činjenice utvrđivati iz obrazloženja krivične presude, već se one moraju utvrđivati neposredno, na glavnoj raspravi”¹⁸. Shodno tome, sud bi mogao da pozove one iste svedoke koji su svedočili u nekom drugom postupku ili da izvede dokaze koji su u tom postupku izvedeni, ali ne bi smeo da preuzima činjenične zaključke drugog suda o (ne)postojanju odlučnih činjenica, utvrđene na osnovu takvih dokaza.

Činjenice utvrđivane u nekom prethodnom postupku protiv drugog lica, ne mogu imati dejstvo utvrđenih činjenica u nekom kasnijem postupku protiv nekog drugog okrivljenog. Čak i u anglosaksonskim precedentnim sistemima institut *stare decisis* dejstvuje u tom smislu da precedentni značaj mogu imati samo pravni zaključci suda, ali ne i činjenice utvrđene u tom drugom postupku. Zasnivanje presude na činjenicama u pogledu kojih okrivljenom nije data mogućnost da se izjasni, ispita svedoke i izvede druge dokaze koji bi bacili „drugačije svetlo” na stav suda u pogledu (ne)postojanja određenih činjenica dovodi u pitanje pravo na odbranu, a samim tim i pravičnost postupka u celini.¹⁹

Imajući to u vidu, jasno je da se činjenice utvrđene u jednom krivičnom postupku protiv jednog okrivljenog ne mogu koristiti kao dokaz u drugom krivičnom postupku protiv drugog okrivljenog. Ako se radi o slučajevima sa istom ili sličnom činjeničnom pozadinom, pravilo je da se protiv okrivljenih vodi jedinstven krivični postupak koji se okončava jednom presudom. Čak i u slučaju razdvajanja postupka, ZKP jedino ostavlja mogućnost da se pročita iskaz saoptuženog prema kome je krivični postupak razdvojen ili već okončan pravnosnažnom osuđujućom predudom (čl. 406 st. 1. tač. 5), ali ne i da se činjenice dokazivane u tom postupku prosto „preuzmu” kao već utvrđene i kao takve izuzmu iz sfere dokazivanja.

Članom 83 stav 3 ZKP je izričito propisano da se ne dokazuju činjenice za koje sud oceni da su opštepoznate, u dovoljnoj meri raspravljene, da ih okrivljeni priznaje na način koji ne zahteva dalje dokazivanje ili da saglasnost stranaka o tim činjenicama nije u suprotnosti sa drugim dokazima. Činjenice utvrđene u drugom postupku protiv drugog okrivljenog ne mogu se smatrati ni opštepoznatim, ni u dovoljnoj meri raspravljenim (budući da se o njima raspravljalo u nekom drugom postupku) te mogu biti izuzete iz dokazivanja u konkretnom slučaju jedino uz priznanje okrivljenog ili saglasnost stranaka. Ako okrivljeni ovakve činjenice osporava, na tužiocu je teret njihovog dokazivanja. Čak i ako je tužilaštvo ove činjenice dokazalo

17 Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž. 10456/2010 od 15.7.2010. godine.

18 Rešenje Okružnog suda u Valjevu, Gž. 388/2005 od 10.03.2005. godine.

19 Više o tome: V. Bajović /2015/: *O činjenicama i istini u krivičnom postupku*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu– edicija CRIMEN, Beograd, str. 189–196

u drugom postupku protiv drugog okrivljenog, ispitivanjem svedoka i izvođenjem drugih dokaza, to nije garancija da bi i u konkretnom slučaju ishod dokazivanja bio isti, imajući u vidu različite „strategije odbrane” različitih okrivljenih, koje u velikoj meri zavise i od veštine njihovih branilaca. Tako, primera radi, ne znači da bi različiti okrivljeni pozvali ista lica kao svedoke ili pak da bi istog svedoka ispitivali na isti način, što u krajnju ruku utiče i na konačan stav suda u pogledu ispunjenosti tužiočevog dokaznog tereta. Suprotno postupanje značilo bi unošenje činjeničnih pretpostavki na štetu odbrane u krivični postupak, što se kosi sa pretpostavkom nevinosti i kao takvo je neprihvatljivo.

2. ODLAGANJE KRIVIČNOG GONJENJA

Uslovljeni oporunitet ili odlaganje krivičnog gonjenja takođe se smatra jednim vidom stranačkog sporazuma, budući da je u srži ovog instituta takođe dogovor javnog tužioca i osumnjičenog, ali za razliku od sporazuma o priznanju krivičnog dela kod primene ovog instituta uopšte i ne dolazi do pokretanja krivičnog postupka, a samim tim ni do osuđujuće presude koja sa sobom nosi sve pravne posledice osude. Dok se kod sporazuma o priznanju krivičnog dela prvenstveno odstupa od dokaznih načela i načela vezanih za vođenje postupka (načelo neposrednosti, raspravnosti, usmenosti, javnosti i t. sl.)²⁰ ovde se prvenstveno odstupa od načela legaliteta oficijalnog krivičnog gonjenja, budući da javni tužilac pod određenim uslovima odbacuje krivičnu prijavu uprkos postojanju osnova sumnje da je osumnjičeni izvršio krivično delo. „Odložiti krivično gonjenje” zapravo znači „za određeno vreme ili definitivno (ako dati uslov okrivljeni ispuni) ne podneti sudu optužni predlog, tj. nepokrenuti krivično gonjenje, iako su uslovi za pokretanje postupka ispunjeni.”²¹ Opravdanje ovog instituta nalazi se u činjenici da se kod lakših krivičnih dela javni interes smatra zadovoljenim ako osumnjičeni u određenom roku ispuni određenu obavezu (tzv. „parasankciju”) te nema potrebe za kompletnom, komplikovanom i skupom krivičnom procedurom.

Od svog uvođenja u naše procesno zakonodavstvo 2001. godine, odlaganje krivičnog gonjenja je sa svakom „reformom” trpelo određene izmene koje su išle pravcem širenja mogućnosti i liberalizacijom uslova za njegovu primenu.²² Tako je inicijalno ovaj institut bio rezervisan za krivična dela sa propisanom novčanom kaznom ili kaznom zatvora, tužiocu je za njegovu primenu uvek bila neophodna saglasnost suda, dok se kod nametanja određenih obaveza zahtevala i saglasnost oštećenog (čl. 236 ZKP/2001). Izmenama ZKP iz 2009. godine primena oportuniteta se proširuje na krivična dela sa propisanom kaznom do 5 godina zatvora, s tim

20 O ovim načelima opširnije: M. Škulić /2014/: *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, str. 64–78.

21 T. Vasiljević, M. Grubač /2005/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, X izmenjeno i dopunjeno izdanje, Justinijan, Beograd, str. 423.

22 O primeni ovog instituta u praksi vidi: G. Ilić, J. Kiurski /2013/: Oporunitet krivičnog postupka i dosadašnja iskustva u njegovoj primeni, u: I. Jovanović i M. Stanisavljević (ur.), *Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni*, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, str. 228–261.

da se saglasnost suda „ukida” kada se radi o delima sa propisanom kaznom zatvora do 3 godine, ali se ona zahteva kada je reč o delima za koja se može izreći kazna do 5 godina zatvora. Saglasnost oštećenog ostaje kao neophodnan uslov za „ugovaranje” određenih obaveza, s tim da se njen izostanak može „nadomestiti” odobrenjem vanraspravnog veća, pod uslovom da je oštećenom šteta nadoknađena. Pored toga, uz odobrenje suda, odnosno oštećenog, primena uslovljenog oportuniteta je omogućena sve do završetka glavnog pretresa, dok je kod krivičnih dela sa propisanom kaznom do 3 godine zatvora zakon obavezao javnog tužioca da ispita uslove za primenu ovog instituta pre pokretanja krivičnog postupka. ZKP/2011 dozvoljava uslovno odlaganje krivičnog gonjenja za dela sa propisanom kaznom zatvora do pet godina, ne zahtevajući više saglasnost ni suda ni oštećenog prilikom njegove primene. Pored toga, vraća se inicijalno rešenje koje na adekvatniji način i odražava smisao ovog instituta, po kome je njegova primena moguća samo pre pokretanja krivičnog postupka, ne i u njegovim kasnijim fazama.

Neuslovljavanje odluke javnog tužioca saglasnošću suda je opravdano rešenje, koje na adekvatan način odražava podelu procesnih funkcija,²³ ali se položaj oštećenog i ovde dovodi u skladu sa opštom (i neopravdanom) tendencijom umanjenja njegove procesne uloge. Iako se od javnog tužioca kao zaštitnika javnog interesa sa razlogom očekuje da na adekvatan način štiti interese oštećene strane, sama „očekivanja” ne predstavljaju nikakvu garanciju da će ti interesi i biti zaštićeni, što u krajnju ruku zavisi ne samo od stručnosti i iskustva već i od savesnosti i „dobre volje” postupajućeg tužioca.

3. MEDIJACIJA U KRIVIČNOM POSTUPKU

Medijacija ili mirno rešenje „spora” u krivičnom postupku je isključivo rezervisana za krivična dela koja se gone po privatnoj tužbi. U tom slučaju sudija pojedinačno je dužan da pre određivanja glavnog pretresa pozove stranke u sud kako bi ih upoznao sa mogućnostima upućivanja na postupak medijacije (čl. 505 st. 1). Ovo rešenje uvedeno ZKP iz 2011. godine predstavlja pozitivnu novinu u našem zakonodavstvu budući da se jače insistira na restorativnim mehanizmima rešavanja krivične stvari, a što je u skladu sa preporukama Saveta Evrope.²⁴ Po ranijem zakonskom rešenju sudija je imao mogućnost (ne i obavezu) da pre zakazivanja glavnog pretresa pozove stranke u sud u cilju prethodnog razjašnjavanja stvari, o poželjan ishod ovih pregovora ogledao bi se u izmirenju stranaka i povlačenju privatne tužbe.

ZKP/2011 je u tom smislu uveo dve novine. Kao prvo, sudiji se sada nameće dužnost pozivanja stranaka u sud pre određivanja glavnog pretresa, a kao drugo postupak izmirenja se ne vodi više pred postupajućim sudijom već se njegova uloga

23 U tom smislu se navodi da sa teorijskog gledišta uslovljavanje odluke javnog tužioca saglasnošću suda nije opravdano, budući da „predstavlja mešanje suda u vršenje tužilačke funkcije, što odgovara inkvizitorskom, a ne i optužnom i savremenom krivičnom postupku”. T. Vasiljević i M. Grubač /2005/: 423.

24 Vidi: Preporuka br. R (99) 19 Saveta Ministara državama članicama u vezi sa medijacijom u krivičnom postupku, dostupno na: http://www.medijacija.org/wp-content/uploads/2018/04/5_3_Prepоруке-Saveta-Evropе-o-medijaciji-u-krivicnim-stvarima.pdf

svodi samo na to da stranke upozna sa mogućnošću upućivanja na postupak medijacije. Ako stranke prihvate ovu mogućnost sam postupak posredovanja sprovodi se pred ovlašćenim medijatorom prema Zakonu o posredovanju – medijaciji.²⁵ Dalja sudbina krivičnog postupka u tom slučaju zavisi od ishoda pregovora, a idealan scenario bi podrazumevao izmirenje stranaka i povlačenje privatne tužbe.

Danas u svetu postoji više od hiljadu centara i programa namenjenih restorativnoj pravdi i medijaciji na nivou učinilac – žrtva, koji daju vrlo dobre rezultate u praksi, a težnja da se postupci rešavaju mirnim putem izražena je i brojnim međunarodnim dokumentima, kojima se ističe potreba za poboljšanjem položaja oštećenog u krivičnom postupku.²⁶ Prednosti medijacije ogledaju se u aktivnijem učešću oštećenog i jačoj zaštiti njegovih interesa, fleksibilnijem, neformalnijem, bržem i jeftinijem postupku, smanjenju sekundarne viktimizacije i straha kod oštećenog itd, te bi trebalo razmisliti o njenom „uvođenju” i u postupcima koji se gone po optužbi javnog tužioca, kada se ovakav način rešenja „predmeta” pokazuje celishodnim. Dobro rešenje u tom smislu bilo je predviđeno ZKP iz 2006. godine, po kome je i javni tužilac, kod lakših krivičnih dela, imao mogućnost da uputi okrivljenog i oštećenog na postupak poravnjanja.²⁷

4. PREKRŠAJNI NALOG

Prekršajni nalog je sredstvo kojim okrivljeni, uplatom određenog novčanog iznosa priznaje izvršenje prekršaja, eliminišući time potrebu za vođenjem prekršajnog postupka. Primena ovog instituta počela je 01.03.2014. godine, sa ciljem ubrzanja prekršajnih postupaka i povećanja njihove efikasnosti, sa idejom da se naplata novčane kazne, naročito u pogledu saobraćajnih prekršaja, učini efikasnijom.²⁸

Po svojoj pravnoj prirodi prekršajni nalog je sličan sporazumu o priznanju krivičnog dela, odnosno prekršaja, budući da predstavlja alternativni način za rešavanje prekršajne stvari bez vođenja prekršajnog postupka, a na osnovu stranačke sa-

25 Više o tome: T. Bugarski /2014/: Skraćeni postupak prema novom Zakoniku o krivičnom postupku, *Reforma krivičnog prava* (zbornik radova), Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Kopaonik, str. 137–142.

26 U tom cilju su u okviru Saveta Evrope donete *Preporuka R (85) 11 o položaju žrtve u okviru krivičnog prava i krivičnog postupka* koja između ostalog naglašava značaj kompenzacije učinioca žrtvi (čl. 10–11) i nalaže državama članicama da razmotre prednosti medijacije i pomirenja (II.1), *Preporuka R (87) 21 o pomoći žrtvama i sprečavanju viktimizacije*, koja članom 17 predlaže državama članicama da promovišu medijaciju između učinioca i žrtve, *Preporuka R (99) 19 o medijaciji u krivičnim stvarima* itd.

27 Glava XXX ovog Zakonika nosila je naziv „Postupak posredovanja radi postizanja poravnjanja između okrivljenog i oštećenog”. Po ovim odredbama, medijacija je, bez ikakvih dodatnih uslova, bila moguća u pogledu krivičnih dela za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do jedne godine, dok je uz ispunjenje dodatnih uslova bila moguća i kod krivičnih dela sa propisanim kaznom zatvora do tri godine. Zahtevalo se, naime, da je okrivljeni ranije neosuđivan, da je pokazao iskreno kajanje zbog učinjenog krivičnog dela i da je pokazao spremnost da naknadi štetu ili da otkloni štetne posledice dela, odnosno da ispuni druge obaveze u korist oštećenog ili zajednice. Više o ovom rešenju: M. Škulić /2007/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, str: 1346–1355.

28 I. Vuković /2016/: *Prekršajno pravo*, Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet, Beograd, str. 163.

glasnosti. Učinilac prekršaja uplatom odgovarajućeg novčanog iznosa priznaje da je odgovoran za prekršaj, a nadležni organ za uzvrat ne podnosi zahtev za pokretanje prekršajnog postupka. Interes učinioca ogleda se u tome što je sankcija predviđena prekršajnim nalogom duplo manja od one koja se može izreći u prekršajnom postupku. Interes suda i organa ovlašćenog za izdavanje prekršajnog naloga je u tome što eliminiše potrebu za vođenjem prekršajnog postupka, čime se štedi i vreme i novac i pojačava ukupna efikasnost postupanja.

Po Zakonu o prekršajima prekršajni nalog se mora izdati ako je reč o prekršaju za koji je propisana kazna u fiksnom novčanom iznosu (čl. 168 st. 2 ZOP).²⁹ Reč je po pravilu o lakšim prekršajima jer fiksne novčane kazne po logici stvari isključuju individualizaciju kazne u zavisnosti od ličnosti okrivljenog i okolnosti pod kojima je prekršaj učinjen. Ovi prekršaji ne mogu se smatrati krivičnim delima u smislu pomenutih Engel kriterijumima, te je kod njih i dozvoljeno odstupanje od nekih opštih postavki „pravičnog suđenja” u smislu izricanja kazne samo od strane nadležnog suda, jer ovde, osim u slučajevima kada okrivljeni sam zahteva sudsko odlučivanje, uopšte i ne dolazi do suđenja, a kaznu izriče nadležni organ uprave.³⁰

ZAKLJUČAK

Pravo na suđenje u razumnom roku spada u korpus osnovnih garancija pravičnog postupka i kao takvo je proklamovano Ustavom Republike Srbije i brojnim međunarodnim instrumentima. Subjektivna komponenta ovog prava ogleda se u interesu lica o čijim se pravima i obavezama odlučuje ili protiv koga se vodi određeni postupak da se što pre okonča „neizvesnost” i donese obavezujuća sudska odluka, dok je objektivna komponentna usmerena na interese pravne sigurnosti i vladavine prava u celini.³¹ Za razliku od drugih sudskih postupaka u kojima se ove dve komponente mahom preklapaju, kazneni postupci sa te strane pokazuju izvesne specifičnosti budući da okrivljeni kao titular ovog prava ponekad može imati suprotan interes – da odugovlačenjem postupka dovede do zastarelosti predmeta, a samim tim po logici stvari i do izbegavanja osude i kazne. Ovo je posebno slučaj u prekršajnom postupku u kome, istekom roka od dve godine nastupa apsolutna zastarelost čime su nadležnim organima „vezane ruke” u pogledu sankcionisanja okrivljenog. Stoga pravo na suđenje u razumnom roku u nije isključivo pravo okrivljenog, već ovo pravo imaju i privatni tužilac i oštećeni, što je i izričito predviđeno Zakonom o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku.³²

29 „Sl. Glasnik RS”, br. 65/2013, 13/2016 i 98/2016 – odluka US.

30 Više o tome: N. Delić, V. Bajović /2018/: *Priručnik za prekršajno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, str. 225–240.

31 O tome: S. Carić /2015/: Pravo na suđenje u razumnom roku u krivičnim stvarima – stavovi Evropskog suda za ljudska prava, u: S. Bejatović i I. Jovanović (ur.), *Glavni pretres i suđenje u razumnom roku – regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni*, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, str. 36.

32 Zakon je usvojen 7. maja 2015. („Službeni glasnik RS” br. 40/2015), a stupio je na snagu 1. januara 2016. godine. Po članu 2 zakona javni tužilac nema pravo na suđenje u razumnom roku, dok su oštećeni, oštećeni kao tužilac i privatni tužilac titulari ovog prava samo ako su istakli imovinsko-pravni zahtev.

Iz toga razloga „ubrzanje” postupaka je nužan preduslov vraćanja poverenja javnosti u rad pravosuđa, a širenje instituta „pregovaračke pravde” je dobar instrument koji vodi tom cilju. Ali ne treba samo voditi računa o „brzom” okončanju spora jer se ne smemo dozvoliti da brzina pretegne nad pravičnošću. Sa tim u vezi, posebno zabrinjava činjenica da je oštećeni potpuno „obespravljen” u slučaju da okrivljeni zaključi sa tužiocem sporazum o priznanju krivičnog dela, kao i da mu je položaj znatno pogoršan kod primene odlaganja ili uslovljenog oportuniteta krivičnog gonjenja. Pored toga, i prava saokrivljenih se dovode u pitanje u slučajevima kada sudovi uzimaju kao utvrđene činjenice koje su „dogovorene” sporazumom, izuzimajući ih iz sfere dokazivanja. Na taj način ne samo da okrivljeni biva lišen svog osnovnog prava na ispitivanje svedoka i izvođenje drugih dokaza, već se i u postupak unose neoborive činjenične pretpostavke na strani tužioca, što je suprotno pretpostavci nevinosti. Pravu na suđenje u razumnom roku nikako se ne sme dati primat nad pretpostavkom nevinosti i drugim procesnim garancijama, budući da se time dovodi u pitanje prvi i osnovni krivičnoprocesni postulat da niko nevin ne bude osuđen a da se učiniocu krivičnog dela izrekna odgovarajuća sankcija.

LITERATURA

- Bajović V. /2015/: *O činjenicama i istini u krivičnom postupku*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – edicija CRIMEN, Beograd.
- Bajović V. /2015/: *Pravna priroda i pravno dejstvo sporazuma o priznanju krivičnog dela, Pravni život*, n. 9
- Bugarški T. /2014/: *Skraćeni postupak prema novom Zakoniku o krivičnom postupku, Reforma krivičnog prava (zbornik radova)*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Kopaonik.
- Carić S. /2015/: *Pravo na suđenje u razumnom roku u krivičnim stvarima – stavovi Evropskog suda za ljudska prava*, u: S. Bejatović i I. Jovanović (ur.), *Glavni pretres i suđenje u razumnom roku – regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni*, Misija OEBS u Srbiji, Beograd.
- Covey R. D. /2009/: *Signaling and Plea Bargaining’s Innocence Problem*, 66 *Washington and Lee Law Review* 73.
- Damaška M. /2008/: *Lica pravosuđa i državna vlast*, Globus, Zagreb.
- Delibašić V. /2014/: *Sporazum o priznanju krivičnog dela*, *Archibald Reiss days*, Volume III, Beograd.
- Delić N., Bajović V. /2018/: *Priručnik za prekršajno pravo*, Službeni glasnik, Beograd.
- Easterbrook F. /1983/: *Criminal Procedure as a Market System*, *The Journal of Legal Studies* Vol. 12, No. 2.
- Easterbrook F. /1992/: *Plea Bargaining as Compromise*, *Yale Law Journal*, Vol. 101, No. 8.
- Ilić G. P., Majić M., Beljanski S., Trešnjev A. /2012/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd.
- Ilić G., Kiurski J. /2013/: *Oportunitet krivičnog postupka i dosadašnja iskustva u njegovoj primeni*, u: I. Jovanović i M. Stanislavljević (ur.), *Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni*, Misija OEBS u Srbiji, Beograd.
- Popović D. /2012/: *Evropsko pravo ljudskih prava*, Službeni glasnik, Beograd.
- Scott R., Stuntz W. /1992/: *Plea Bargaining as Contract*, *The Yale Law Journal*, Vol. 101, No. 8.

- Vasiljević T. /1981/: *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Savremena administracija, Beograd.
- Vasiljević T., Grubač M. /2005/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, X izmenjeno i dopunjeno izdanje, Justinijan, Beograd.
- Vuković I. /2016/: *Prekršajno pravo*, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, Beograd
- Škulić M. /2007/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd.
- Škulić M., Ilić G. /2012/: *Reforma u stilu „jedan korak napred – dva koraka nazad”*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd.
- Škulić M. /2014/: *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd.

Vanja Bajović

Faculty of Law, University of Belgrade

NEGOTIATED JUSTICE AND TRIAL WITHIN A REASONABLE TIME

SUMMARY

Over the last few decades, ‘negotiated justice’ in criminal cases has become a global phenomenon all over the world, in the countries with different legal traditions. This concept includes different modalities of criminal-case resolving, based on parties’ negotiation instead of classical presentation of the evidence at the trial. It is not surprising that this kind of „justice” originates from American law, where the criminal proceeding is considered as a party dispute, where the parties are free to dispose with the subject of dispute. Therefore, if the defendant pleads guilty, the dispute itself becomes irrelevant. In civil law countries it was inconceivable for a long time. There was belief that the whole society is interested in the subject of criminal proceeding, in order to be adequately protected from criminality, so the parties are not allowed to freely dispose of it. However, the tendency for a full and detailed determination of the all facts, regardless on the confession of accused, led to another problem– the long duration of the proceedings and „overload” of cases, what put into the question the guarantee of trial within reasonable time.

Therefore, it is not surprising that the numerous procedural reforms undertaken in the last years were motivated with the necessity to speed up criminal proceedings and make them more efficient. In accordance with these tendencies, various modalities of the negotiated justice were introduced. The purpose of this paper is to analyze its different modalities in the Serbian law. The first part of the paper is devoted to the plea bargaining. Particular attention is given to the position of the injured party and legal effect of the verdict based on the plea agreement. The second part is devoted to the possibility of public prosecutor to defer criminal prosecution for criminal offences punishable by a fine or a term of imprisonment of up to five years if the suspect accepts one or more obligations. After that, mediation in criminal procedure is analyzed, while the last part is devoted to the misdemeanor warrant. The purpose of the analyze is to indicate to what extent these procedural forms can contribute to the completion of proceeding within a reasonable time and to point at the problems in their legal regulation and practical use.

Key words: plea bargaining, deferment of criminal prosecution, mediation in criminal proceeding, misdemeanor warrant, trial within reasonable time.

Ivan Đokić*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

ISTORIJSKI OSVRT NA INSTITUT POVRATA U SRPSKOM (JUGOSLOVENSKOM) KRIVIČNOM PRAVU

Apstrakt: Pitanje zaslužuje li učinilac strožu kaznu za novo delo zbog toga što je prethodno već vršio krivična dela je u nauci krivičnog prava, ali i u drugim naučnim disciplinama, pre svega kriminologiji, otvoreno već decenijama. Iako je u doktrini preovladao stav da teža kazna nije adekvatno sredstvo za rešavanje problema povrata, krivični zakonodavac se u poslednje vreme u nastojanju da pooštri kaznenu politiku sudova, uglavnom opredeljuje za pojačanu represiju kao odgovor na ponašanje učinioca koga prethodna osuda nije dovoljno popravila. Na toj liniji je i rešenje sadržano u tek objavljenom Nacrtu Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, koji odstupa od postojećih pravila, uvodeći iznova kategoriju višestrukog povrata. U radu je data analiza instituta povrata u našem pređašnjem, kao i u pozitivnom krivičnom pravu. U kratkim crtama ukazano je i na rešenje sadržano u već spomenutom Nacrtu. Na kraju su data zaključna razmatranja.

Ključne reči: povrat, višestruki povrat, ranija osuđivanost, otežavajuća okolnost, pooštavanje kazne.

UVOD

Fenomen povrata je odavno poznat. Povrat predstavlja tačku ukrštanja nauke krivičnog prava i srodnih naučnih disciplina, a pre svega predstavlja važan kriminološki, pa i penološki problem. Statistički pokazatelji otkrivaju stalni porast recidivizma.¹ Povrat čak pokazuje tendenciju bržeg porasta nego kriminalitet u celini. Ova okolnost je i svedočanstvo da krivično pravo nije dovoljno uspešno, da ono u dovoljnoj meri ne uspeva da postojeće učinioce odvрати od daljeg vršenja krivičnih dela. Stoga je povrat stalni izazov nauci i zakonodavstvu.²

Sam pojam povrata je u teoriji krivičnog prava različito određivan. Isprva je bio zasnovan na nekim objektivnim elementima, kao što su ponovno vršenje krivičnog dela, određeni vremenski razmak između učinjenih krivičnih dela itd, da bi kasnije, naročito nakon uticaja određenih pravaca u nauci krivičnog prava, kao konstitutivni elementi povrata bili smatrani i određeni subjektivni elementi, tj. karakteristike ličnosti učinioca krivičnog dela (sklonost ka vršenju krivičnih dela, profesionalno

* docent, djokic@ius.bg.ac.rs

1 U državama koje sistematski prikupljaju podatke o povratu utvrđeno je da preko 30% osuđenih na kaznu lišenja slobode biva ponovo osuđeno u prvih nekoliko godina po otpuštanju iz kaznenih zavoda. B. Simeunović Patić /2016/: „Povrat – kriminološki aspekti”, *Kaznena reakcija u Srbiji, VI deo*, (urednik: Đ. Ignjatović), Beograd, 196.

2 F. Bačić /1978/: *Krivično pravo. Opći dio*, Zagreb, 440.

bavljenje kriminalitetom i sl.).³ Nezavisno od razlika u određivanju pojma povrata u nauci je opšteprihvaćena podela na generalni i specijalni povrat.⁴ Kao relevantan kriterijum podele uzima se priroda dela. Specijalni povrat postoji kada učinilac ponovo izvrši isto ili istovrsno krivično delo, dok generalni ili opšti povrat postoji kada učinilac ponovo ostvari neko drugo krivično delo, različito od ranije učinjenog. Ovo razlikovanje, koje je ponešto drugačije u kriminološkoj literaturi, ima ne samo teorijski, već i odgovarajući praktični značaj.⁵

Starija zakonodavstva su oštro reagovala na okolnost ponovnog vršenja krivičnog dela. „Još od najstarijih vremena, pa sve do danas važno je i važi u kaznenom pravu kao pravilo: da u povratu krivca valja strože kazniti za isto delo, nego što bi to bilo, da je to delo učinio prvi put.”⁶ Nakon početnog strogo uobličjenog mehanizma za reagovanje na povrat, demokratski orijentisani krivičnopravni sistemi, polazeći od praktičnih iskustava i saznanja do kojih se došlo u nauci, postepeno su napuštali rigidna pravila koja su povratnike obavezno stavljala u nepovoljniji položaj nego primarne delinkvente prilikom kažnjavanja za novo krivično delo. Ipak, savremeno krivično pravo, koje se ubrzano udaljava od jednog pravnodržavnog krivičnog prava, koje od građana ne očekuje poštovanje prava, već ih tretira kao neprijatelje poretka, oživljava ideju o strožem kažnjavanju učinilaca koji su već vršili krivična dela, tako da napred navedena misao iznova vaskrsava.

Pitanje, da li strože kažnjavati za novo zbog već učinjenog dela, otvara i živu kriminalnopolitičku raspravu. Ni u starijoj nauci krivičnog prava nije postojao jedinstven odgovor na pitanje treba li učinioca koji ponavlja kriminalnu aktivnost strože kazniti zbog već učinjenog dela. Prema jednom gledištu strože kažnjavanje povratnika nije opravdano. „Krivično delo izvršeno od povratnika nije samim tim objektivno ništa dobilo u svojoj težini, ono je proizvelo iste posledice kao i kad ga izvrši primarni učinilac.”⁷ „Delo koje je učinjeno pod jednakim okolnostima, vazda je jednako pa bilo ono učinjeno prvi ili drugi put.”⁸ Ističe se i da se izricanjem teže kazne narušava srazmera između objektivne težine dela i pravedne kazne. Učinilac se teže kažnjava zbog ranijeg dela za koje je već kažnjen. S druge strane, pojedini autori smatraju da učinilac koji ponavlja vršenje krivičnih dela predstavlja veću opasnost po pravom zaštićene interese od učinioca koji se prvi put sukobljava sa zahtevima pravnog poretka. Ponavljanjem dela jača se kriminalni nagon, tu kvantitet pre-rasta u kvalitet.⁹ Polazi se od toga da kazna na učinioca nije popravno delovala, te je neophodno povisiti mu kaznu za novo krivično delo. „Svakad je pokvareniji onaj, koji, i posle prve osude, opet učini isto kažnjivo delo, nego li onaj, koji to učini prvi

3 N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević /2000/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd, 355.

4 Z. Stojanović /2019/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd, 329.

5 N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević /2000/: 355–356.

6 J. Avakumović /1887/: *Povrat*, Beograd, 135. Tako je u rimskom pravu za višestruki povrat krivičnog dela krađe bila propisana smrtna kazna, „pa ma koliko da je bila neznatna krađa, koja bi bila učinjena u ponovljenom povratu”. *Ibid.*, 186.

7 N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević /2000/: 356.

8 J. Avakumović /1887/: 136.

9 S. Frank /1950/: *Kazneno pravo. Bilješke o Općem dijelu Krivičnog zakonika od 4. XII. 1947*, Zagreb, 143, 145.

put.”¹⁰ Osnov za teže kažnjavanje ne leži u samom delu (nevrednost dela ne menja okolnost da je učinilac ranije osuđivan), već se povrat teže kažnjava zbog povećane krivice učinioca, kod koga je prisutan veći stepen pobune protiv društva,¹¹ pa tako zaslužuje i stroži socijalno – etički prekor. Kao argument u prilog strožem kažnjavanju povratnika ističe se i potreba da se društvo jače zaštiti od učinilaca sklonih vršenju krivičnih dela.¹² No, savremena krivičnopravna misao, svesna ograničenih dometa krivičnopravne reakcije, oslonjena i na brojna istraživanja, ispoljava jedan skeptičan pogled – strože kažnjavanje po pravilu ne predstavlja adekvatan odgovor na navedeni problem.

U nastavku rada biće ukazano na pravila koja su u našem krivičnom pravu važila i važe za institut povrata, tj. biće u kratkim crtama oslikan istorijat ovog instituta u našem krivičnom pravu, uz kratku analizu rešenja sadržanog u tek objavljenom Nacrtu Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, koji unosi promene u ovu oblast.

1. KRIVIČNI ZAKONIK KNEŽEVINE SRBIJE IZ 1860. GOD.

Institut povrata bio je regulisan već prvim Krivičnim zakonikom koji je Kneževina Srbija dobila 1860. godine. U sedmoj glavi KZ pod naslovom – *O povratu*, bilo je predviđeno strože kažnjavanje za slučaj povrata. Povrat je prema rešenju iz § 71.¹³ postojao ukoliko učinilac koji je već osuđen¹⁴ za kakav zločin ili prestup,¹⁵ ponovo izvrši zločin ili prestup koji je istorodan sa onim za koji je učinilac već osuđen („jednoga roda s onim”).

Dakle, za pojam povrata i mogućnost strožeg kažnjavanja učinioca zbog novoučinjenog dela bilo je neophodno da i novo delo bude istog roda kao i prethodno delo.¹⁶ U nauci se smatralo da se istorodnost može shvatiti **objektivno** ili **subjektivno**. „S objektivnog gledišta dva su krivična dela istog roda, kad su upravljena pro-

10 J. Avakumović /1887/: 136–137.

11 F. Bačić /1978/: 444.

12 N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević /2000/: 356–357.

13 *Ko se jedanput osudi za kakvo zločinstvo ili prestupljenje svršeno ili samo pokušano, pa opet učini ili pokuša učiniti zločinstvo ili prestupljenje koje je jednoga roda s onim, taj se nalazi u povratu i kazniće se strožije, nego da je to prvi put učinio, i potome, sud ga može osuditi ne samo na najviše što mu zakon za njegovo delo donosi, nego mu tu kaznu može uveličati sa još jednom njenom polovinom, n.pr. ako zakon za učinjeno delo donosi robiju do deset godina, to se može osuditi na robiju do petnaest godina, ali ni tada ne može se odsuditi robije ili zatočenja više od dvadeset godina, ni boja više od pedeset udaraca; a zatvora se može osuditi više od pet, ali ne više od deset godina – § 71. KZ.*

14 Ovo je neophodan uslov povrata, tj. i sam pojam povrat podrazumeva vraćanje nečemu što je već ostvareno. Bez ranije osude, ne može se govoriti o povratu. Ovaj, prvi uslov povrata, bio je iskazan još u rimskom pravu, u tekstu koji govori o strožoj kazni kod povrata: „nisi de primis delictis fuerit condemnatus (sem ako je za prvo kažnjivo delo već bio osuđen.” J. Avakumović /1887/: 22.

15 Zakonik je pošao od tada uobičajene trodeobe delikata na zločine, prestupe i istupe (§ 1). Po uzoru na francuski KZ iz 1810. god. ovu podelu je usvojio i pruski Krivični zakonik, koji je poslužio kao neposredni model za srpski Krivični zakonik. Vid. D. Nikolić /1991/: *Krivični zakonik Kneževine Srbije*, Gradina, 106–107.

16 Ovde je Zakonik odstupio od svog pruskog uzora, koji je za pojam povrata zahtevao isto delo. J. Avakumović /1887/: 24. Inače, navedeni autor je smatrao da je zbog strogog dejstva povrata

tiv istog dobra.”¹⁷ Presudan je prema tome grupni zaštitni objekat. Shodno ovom tumačenju, istog roda bi bila krivična dela koja pripadaju istoj grupi u Posebnom delu zakonika (npr. krađa, utaja, prevara – kao imovinski delikti). No, polazeći od subjektivnog stanovišta, dva su dela istog roda ukoliko su učinjena iz istih pobuda (motiva). Za ovo drugo stanovište se opredelio i zakonodavac, smatrajući da su dela istog roda ukoliko su „iz jednaki pobuda učinjena”, a naročito iz koristoljublja, „radi sramotne telesne naslade” (polne pohotljivosti),¹⁸ pakosti, ili osvete (a sastoje se u povredi tuđeg imanja) – § 72.

Osim istorodnosti dela, za postojanje povrata tražilo se i da su sva dela **umišljano** učinjena („dela učinjena iz nemarnosti i nepažnje neće se nikad kao povrat kazniti”), kao i da od dana izdržane ili oprostene kazne¹⁹ nije proteklo **deset godina** (§ 73).

Povrat je prema rešenju iz Zakonika predstavljao **obaveznu (obligatornu) otežavajuću okolnost** („...i kazniće se strožije...” – § 71), s tim što je predstavljao i **fakultativni osnov za (ograničeno) pooštavanje kazne**, jer je sud mogao učiniocu izreći kaznu i preko propisanog maksimuma, uvećanog za polovinu predviđenog raspona. Ipak, postojalo je još jedno ograničenje u slučaju pooštavanja kazne, jer za tada propisane kazne robiju i zatočenje nije bilo moguće prelaženje preko njihovog opšteg maksimuma (20 godina), dok se kod zatvora nije moglo preći 10 godina (§ 71). Razlog za strože kažnjavanje učinioca koji je već ranije osuđivan uglavnom je izvirao iz toga što ranija kazna nije delotvorno delovala na učinioca, „nije bila dovoljno intenzivna, da bi opomenula krivca, jer je ponova posle izvršio krivično delo.”²⁰ Vidljivo je da su uslovi za postojanje povrata bili nešto strože postavljeni nego što je to slučaj u našem pozitivnom krivičnom pravu. Osim što je iz tog pojma bio isključen tzv. generalni povrat, bilo je nužno da su sva dela učinjena sa umišljajem, kao i da od ranije osude nije protekao određeni period. Opravdanje za takvo sužavanje pojma povrata, iz koga je bio isključen generalni povrat, pronalazi se u strogom dejstvu na planu odmeravanja kazne, koju je povrat omogućavao.

2. KRIVIČNI ZAKONIK KRALJEVINE JUGOSLAVIJE IZ 1929. GOD.

I Krivični zakonik za Kraljevinu Jugoslaviju sadržao je odredbu o povratu.²¹ Pojam povrata je u Zakoniku nešto drugačije određen nego što je to bio slučaj sa re-

(mogućnost pooštavanja kazne) primerenije bilo ograničiti ga isključivo na ista krivična dela, jer je uostalom i teško tačno opredeliti koja su to dela istoga roda. *Ibid.*, 30–33.

17 T. Živanović /1922/: *Osnovi Krivičnog prava. Opšti deo*, Beograd, 341.

18 *Ibid.*, 342.

19 Smatralo se da ukoliko nastupi zastarelost izvršenja kazne, protek roka od deset godina ne isključuje postojanje povrata. B. A. Milojković /1919/: *Komentari Opšteg Kaznenog zakonika*, Beograd, 55; T. Živanović /1922/: 341. Suprotno Avakumović, vid. J. Avakumović /1887/: 79–82.

20 T. Živanović /1922/: 342.

21 (1) *Ko je osuđen za kakvo umišljeno krivično delo na kaznu lišenja slobode, pa za pet godina od dana kad je tu kaznu sasvim ili delimično izdržao ili, ako je bio zadržan u zavodu za mere bezbednosti, pošto je iz ovoga otpušten, opet učini kakvo umišljeno krivično delo, taj je u povratu i kazniće se strože.* (2) *Ako je to drugo krivično delo poteklo iz jednorodnih pobuda s ranijim delom, sud nije*

šenjem koje je bilo sadržano u KZ iz 1860. god. U poređenju sa ranijom odredbom taj je pojam u pojedinim aspektima šire postavljen, dok je u određenoj meri i sužen.

Za postojanje povrata se više nije zahtevala **jednorodnost** krivičnih dela, već samo ranija osuda za **umišljajno** („umišljeno”) krivično delo na kaznu lišenja slobode, kao i da od dana izdržane kazne, ili otpuštanja iz zavoda u kojoj je izvršavana mera bezbednosti nije proteklo **pet godina**. Bitan uslov se ticao zahteva da i novo krivično delo bude učinjeno sa umišljajem. I dalje je zadržan uslov da samo kod umišljenih krivičnih dela dolazi u obzir mogućnost strožeg kažnjavanja zbog ponovnog izvršenja krivičnog dela, nakon osude za prethodno delo. Takođe, potrebno je da je za ranije delo izrečena **kazna lišenja slobode**. Ukoliko je učinocu za ranije umišljajno delo bila izrečena novčana kazna, takva osuda se ne bi mogla računati kao povrat, za koji je KZ predvideo stroža pravila.²² Iako izričito nije bilo predviđeno Zakonikom da je i za novo delo predviđena kazna zatvora, to se po sebi podrazumevalo iz smisla zakona o povratu, „prema kojem se naređuje strože kažnjavanje za opasnije krivce, u čiji broj ne može spadati krivac, čije novo delo zaslužuje samo novčanu kaznu, dakle sitnije prirode.”²³

Zakonikom je predviđen i nešto kraći rok u kome se ranija osuda mogla tretirati kao osnov za strože kažnjavanje. Istekom roka od pet godina od dana izdržane kazne, ili zavodske mere bezbednosti, nastupala je „zastarelost” povrata,²⁴ tj. smatralo se da se protekom određenog roka u kome se osuđeni dobro vlada ne može uspostaviti veza sa ranijim delom, da novo delo ne dolazi iz zločinačke sklonosti, već iz kakvih drugih spoljnih uzroka.²⁵ Za pojam povrata zakonodavac zahteva da je prva kazna sasvim ili delimično izdržana. „Pooštrenje kazne je prema povratniku potrebno tek onda kad se pokaže, da je izvršenje prve kazne bilo bezuspešno.”²⁶ Prema tome, shodno slovu zakona, strože kažnjavanje ne bi bilo moguće ukoliko izdržavanje kazne za ranije delo nije otpočelo, „bilo usled pomilovanja bilo usled odlaganja kod uslovne osude.”²⁷

Povratu je dato dejstvo obavezne otežavajuće okolnosti, tj. sud je bio u obavezi da učinoca strože kazni nego što bi ga kaznio da ranije nije učinio krivično delo, s tim što je granicu kazne predstavljala propisana kazna za novoučinjeno delo.²⁸ Međutim, ukoliko je i drugo krivično delo „poteklo iz jednorodnih pobuda s rani-

vezan za najveću meru koja je za to krivično delo propisana već može izreći najviše dvostruku propisanu kaznu, ali se ni tada ne može preći dvadeset godina robije ili zatočenja ni pet godina strogog zatvora ili zatvora. (3) Pri oceni pitanja o povratu osuda stranog suda važi kao i osuda domaćeg suda, ako je delo za koje je dotično lice u inostranstvu osuđeno i po ovome zakonu umišljeno krivično delo. (§ 76. KZ).

22 M. Dolenc /1930/: *Tumač Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije*, Zagreb, 134–135.

23 M. P. Čubinski /1930/: *Naučni i praktični Komentar Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije*, Beograd, 185.

24 M. Dolenc /1930/: 135.

25 G. Niketić /1939/: *Krivični zakonik. Objašnjenja – praksa – sporedno zakonodavstvo*, Beograd, 201.

26 *Ibid.*

27 *Ibid.*

28 U pitanju je dejstvo koje je predviđeno za tzv. generalni (raznorodni) povrat. M. M. Aćimović /1937/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Subotica, 165.

jim delom” sud je bio ovlašćen da učiniocu pooštri kaznu,²⁹ do dvostrukog iznosa propisane kazne, uz ograničenje koje je bilo predviđeno opštim maksimumom kazne lišenja slobode (dvadeset godina u slučaju osude na robiju³⁰ ili zatočenje i pet godina za strogi zatvor i zatvor – § 76. II). Jednorodnost dela (tj. specijalni povrat) i ovaj Zakonik određuje s obzirom na subjektivni kriterijum, tj. istovetnost pobuda.³¹ Shodno izričitoj zakonskoj odredbi, smatrano je da se kao povrat može računati i ranija osuda stranog suda, pod uslovom da je učinilac u inostranstvu osuđen za krivično delo koje je i po domaćem pravu umišljajno krivično delo (§ 76. III).

Prema tada važećim propisima za povratnike je važio i stroži režim izdržavanja kazne lišenja slobode.³²

Značajno je spomenuti da je Zakonik u § 51. predviđao posebnu meru bezbednosti koja je bila namenjena višestrukim povratnicima („zadržanje po izdržanoj novoj kazni”). Ova mera se sastojala u lišenju slobode i izvršavala se nakon izdržane kazne zatvora, a bilo je moguće izreći je učiniocu koji je ranije najmanje tri puta osuđivan za umišljajno krivično delo na „robiju” i koji u roku od pet godina od izdržane poslednje kazne ponovo učini umišljajno krivično delo, ukoliko se prema svim relevantnim okolnostima („po učinjenim delima i po njegovom životu”) može zaključiti da je opasan po javnu bezbednost. Ovo zadržavanje je najduže moglo trajati deset godina. Bilo je predviđeno i da će prilikom izdržavanja mere bezbednosti takvi osuđenici biti odvojeni od ostalih krivaca i da će se strogo držati na radu. Takođe, KZ je omogućavao i uslovni otpust, protekom tri godine po izdržanoj kazni, uz ocenu da učinilac više nije opasan po javnu bezbednost. U osnovi, ovo je, za to vreme bilo jedno moderno rešenje, a slična mera postoji i danas u nekim zakonodavstvima.³³

3. KRIVIČNI ZAKONIK – OPŠTI DEO FEDERATIVNE NARODNE REPUBLIKE JUGOSLAVIJE IZ 1947. GOD.

U članu 58. Zakonik izričito (pored ostalih okolnosti) navodi povrat kao **otežavajuću okolnost**. Za razliku od ranijeg rešenja povrat više ne predstavlja osnov za pooštavanje kazne. Pojam povrata je dat u članu 59. KZ: *Krivično delo učinjeno je u povratu kad lice koje je osuđeno za krivično delo na kaznu lišenja slobode s prinudnim radom, lišenja slobode ili kaznu popravnog rada pa za pet godina od dana izdržane ili ugašene kazne opet učini kakvo krivično delo teže prirode.*

Da bi se radilo o povratu potrebno je da svi navedeni uslovi budu ispunjeni. Uprkos tome što za razliku od predašnjeg prava Zakonik ne zahteva da su u pitanju

29 Zbog toga što „učinilac u ovom povratu najčešće pripada kategoriji opasnijih krivaca iz navike i profesionalnih zločinaca...” *Ibid.*

30 Doduše, robija je mogla biti i doživotna (večita) – § 37.

31 „Interesantno je, da su još u srednjem veku i nauka i zakonodavstvo ozbiljno vodili računa o *zločinačkoj navici* (consuetudo delinquendi), ali docnije taj elemenat gotovo je nestao i utopio se u formalnom pojmu opšteg povrata, te tek u najnovije vreme (a naročito zahvaljujući radu i naporima sociološke škole u krivičnome pravu) gornji elemenat, vezan sa pitanjem o pravilnoj klasifikaciji krivaca, otpočeo je da igra veliku ulogu.” M. P. Čubinski /1930/: 187.

32 Vid. M. P. Čubinski /1930/: 188; G. Niketić /1939/: *op. cit.*, 202.

33 Npr. sigurnosni smeštaj (*Sicherungsverwahrung*), koji postoji u Nemačkoj (§ 66a StGB) .

umišljajno ostvarena krivična dela, iz pojma povrata proizlazi da se može raditi samo o takvim krivičnim delima, tj. delima „koja su posledica učiniočeve zločinačke volje.”³⁴ Ipak, bio je prisutan i stav da novo krivično delo ne treba da bude učinjeno sa umišljajem, već samo da je teže prirode.³⁵ Što se ranijeg dela tiče, važno je da je učinilac osuđen na tačno **određene kazne** (lišenje slobode s prinudnim radom, lišenje slobode ili kaznu popravnog rada) tako da druge kazne ili sankcije ne mogu dovesti do primene zakonske odredbe o povratu. Drugo delo treba da je **teže prirode**. Smatrano je u literaturi da se ovaj nedovoljno precizan uslov treba shvatiti tako da su u pitanju ona krivična dela za koja zakon predviđa bar kaznu popravnog rada.³⁶ Osim toga, zadržano je pravilo o određenom roku u kome se ranija osuda ima računati kao otežavajuća okolnost. O povratu se radi samo onda kada od dana izdržane ili „ugašene” (amnestija, pomilovanje, zastarelost) kazne nije proteklo više od **pet godina**. Napušteno je i rešenje koje je podrazumevalo stroži tretman u odnosu na specijalni povrat, jer Zakonik ne spominje jednorodna krivična dela, napuštajući tradicionalno shvatanje o povratu kao osnovu za pooštavanje kazne. Zakonik je dakle povrat odredio kao otežavajuću okolnost, ne precizirajući kako sud vrši povećanje kazne kod postojanja povrata, već to pitanje ostavlja proceni suda.³⁷

4. KRIVIČNI ZAKONIK FEDERATIVNE NARODNE REPUBLIKE JUGOSLAVIJE IZ 1951. GOD.

U pogledu krivičnogopravnog dejstva povrata i Krivični zakonik iz 1951. god. zadržava rešenje koje je bilo usvojeno u prvoj posleratnoj kodifikaciji Opšteg dela krivičnog prava. Povrat je i dalje obavezna otežavajuća okolnost, uz odsustvo mogućnosti prekoračenja maksimalne propisane kazne.³⁸ Ipak, obavezni uslovi su nešto drugačije oblikovani u odnosu na odredbu člana 58. Krivičnog zakonika Opšti deo iz 1947. god. U pogledu ranije osude, kao nužne pretpostavke povrata, izričito je istaknuto da se mora raditi o **krivičnom delu koje je učinjeno sa umišljajem** i u odnosu na koje je učiniocu izrečena **kazna strogog zatvora ili zatvora**. Nema, dakle, povrata ukoliko je ranije delo učinjeno iz nehata, ili ukoliko učiniocu nije izrečena kazna zatvora (ili stroža kazna). Ovde se misli na izrečenu kaznu a ne na kaznu predviđenu u zakonu za to krivično delo.³⁹ Potrebno je da je učinilac kaznu za ranije delo u potpunosti ili delimično izdržao. Bez značaja je za postojanje povrata da li je učinilac ranije osuđen kao izvršilac ili saučesnik tog krivičnog dela, kao i da li je ono dovršeno ili pokušano.⁴⁰

34 S. Frank /1950/: 144.

35 M. Pijade (redaktor) /1948/: *Komentar Opšteg dela Krivičnog zakonika*, Beograd, 181.

36 S. Frank /1950/: 144.

37 M. Pijade (redaktor) /1948/: 182.

38 (1) *Ako je učinilac u povratu, sud će to uvek uzeti kao otežavajuću okolnost.* (2) *Učinilac je u povratu ako je već bio osuđen za krivično delo učinjeno sa umišljajem na kaznu strogog zatvora ili zatvora, pa za vreme od pet godina od dana kad je tu kaznu potpuno ili delimično izdržao ponovo učini krivično delo sa umišljajem za koje je propisana kazna zatvora ili teža kazna.* (član 40. KZ).

39 J. Đ. Tahović /1956/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 165.

40 *Ibid.*, 167.

Dalji uslov za postojanje povrata jeste da je učinilac za **pet godina** od potpuno ili delimično izdržane kazne učinio novo krivično delo sa umišljajem. Rok od pet godina računa se od dana kad je prestalo izdržavanje kazne za ranije krivično delo, a kod uslovnog otpusta ovaj rok počinje teći od dana kada je istekla kazna za koju je dat uslovni otpust.⁴¹ Novo delo treba da je **krivično delo**, a ne neka druga vrsta kaznenog dela (prekršaj, privredni prestup). Potrebno je da je i ovo delo učinjeno sa **umišljajem**, kao i da je za njega **propisana kazna zatvora, ili teža kazna**. Kod novog krivičnog dela merodavna je propisana, a ne izrečena kazna.

Povrat je određen kao obligatorna otežavajuća okolnost, što znači da sud mora ceniti raniju osudu pod uslovima iz člana 40. KZ prilikom odmeravanja kazne kao otežavajuću okolnost. To ne znači nužno da će učiniocu biti i izrečena stroža kazna zbog toga što je delo učinio u povratu, ukoliko nadmoćno deluju druge okolnosti koje delo čine lakšim, ali sud je u obavezi da raniju osudu uzme u razmatranje prilikom odmeravanja kazne.⁴² Ispravno je u literaturi bilo zastupano shvatanje da i ranija osuda koja ne ispunjava sve uslove iz člana 40. KZ može biti tretirana kao otežavajuća okolnost, ali da to nije obavezno i ne vezuje sud, a može se podvesti pod okolnost „raniji život učinioca”.⁴³

Osim opšte odredbe o povratu (član 40. KZ), kojom su određeni uslovi i krivičnopravno dejstvo ovog instituta, Zakonik je (a to je bio slučaj i u ranijem zakonodavstvu) poznavao i tzv. **posebni povrat**, tj. kod pojedinih krivičnih dela predviđao je teže oblike ukoliko je učinilac već bio osuđivan za isto (istorodno) krivično delo (vid. član 135, stav 3. i član 250, stav 2, tačka 6). U ovom slučaju povrat nije otežavajuća, već kvalifikatorna okolnost, koja daje delu karakter težeg dela. Za postojanje povrata tu se ne traže uslovi predviđeni u članu 40. KZ, već se i ta okolnost, kao i svaka druga koja je opisana bićem krivičnog dela utvrđuje u svakom konkretnom slučaju.

4.1. *Novela iz 1959. god.*

Novelom KZ iz 1959. god. zakonodavac je osim opšte odredbe o povratu, koja je izmenjena u odnosu na izvorni tekst Zakonika, predvideo u članu 40a posebno pravilo za odmeravanje kazne u slučaju višestrukog povrata. Izmenjeni član 40. glasio je: *Pri odmeravanju kazne sud će posebno uzeti u obzir da li je učinilac ranije osuđivan, da li je ranije krivično delo istovrsno sa novim delom, da li su oba dela učinjena iz istih pobuda i koliko je vremena proteklo od ranije osude odnosno od izdržane ili oprostene kazne.*

Poredeći novo rešenje sa do tada postojećim vidljivo je da je pojam (običnog) povrata znatno promenjen, jer je dosta šire određen, pošto je za postojanje povrata dovoljna samo **ranija osuda** (ne zahteva se ni to da je osuda glasila na umišljajno krivično delo za koje je izrečena kazna lišenja slobode, kao ni određeni period od dana izdržane kazne), a i više ne predstavlja obaveznu, već samo **fakultativnu** otežavajuću okolnost. Zakonodavac je naveo i okolnosti koje će sud uzeti u razmatranje

41 *Ibid.*, 166.

42 *Ibid.*, 167.

43 B. Zlatarić /1956/: *Krivični zakonik u praktičnoj primjeni. I. svezak. Opći dio*, Zagreb, 144.

prilikom odlučivanja o tome u kojoj meri će ranija osuda uticati na izricanje kazne za novo delo. Ove okolnosti, koje ukazuju na specijalan povrat, od značaja su za odluku suda da li će postojanje povrata uzeti kao otežavajuću okolnost ili ne.⁴⁴

Značajnu novinu predstavlja odredba člana 40a kojom je omogućeno pooštavanje kazne u slučaju tzv. **višestrukog povrata**: (1) *Učiniocu koji je najmanje dva puta osuđivan za krivična dela učinjena sa umišljajem na kaznu strogog zatvora ili na kaznu zatvora preko tri meseca i koji pokazuje sklonost da i dalje vrši krivična dela sud može za novo krivično delo učinjeno sa umišljajem za koje je propisana kazna zatvora ili strogog zatvora izreći strožu kaznu od propisane.* (2) *Stroža kazna ne sme preći dvostruku meru propisane kazne zatvora ili strogog zatvora niti najveću meru izrečene vrste kazne. Ako je propisana kazna zatvora do tri godine, umesto ove kazne može se izreći kazna strogog zatvora do pet godina.* (3) *Pri oceni da li će izreći strožu kaznu, sud će naročito uzeti u obzir srodnost učinjenih krivičnih dela, pobude iz kojih su učinjena, okolnosti pod kojima su učinjena, raniji život učinioca, njegove ispoljene sklonosti i mogućnost da se u tom slučaju ostvari svrha kažnjavanja odmeravanjem kazne propisane za učinjeno delo.* (4) *Stroža kazna ne može se izreći ako je od dana otpuštanja učinioca sa izdržavanja ranije kazne do ponovnog izvršenja krivičnog dela proteklo više od pet godina.*

Vidljivo je iz zakonske odredbe da je zakonodavac mogućnost pooštavanja kazne ograničio brojnim uslovima, koji svi moraju kumulativno biti ispunjeni. Najpre, potrebno je da je učinilac najmanje **dva puta osuđivan za umišljajna krivična dela**, kao i da je za ta dela izrečena tačno određena **kazna lišenja slobode**, zatim da je i novo krivično delo učinjeno **sa umišljajem**, a za njega je propisana **kazna zatvora ili strogog zatvora**, kao i da je učinilac pokazao **sklonost** da i dalje vrši krivična dela. Osim toga, od dana otpuštanja učinioca sa izdržavanja ranije kazne pa do dana izvršenja novog dela ne sme proteći više od **pet godina**.

Uz sve ove uslove, sud nije bio u obavezi da učiniocu izrekne kaznu strožu od propisane, s obzirom na to da je višestruki povrat bio predviđen kao fakultativni osnov za pooštavanje kazne. Ukoliko sud i odluči da učiniocu pooštri kaznu, mora se kretati u okviru ograničenja koja je zakonodavac predvideo u stavu 2. člana 40a.

5. KRIVIČNI ZAKON SAVEZNE FEDERATIVNE REPUBLIKE JUGOSLAVIJE IZ 1976. GOD.⁴⁵

Krivični zakon iz 1976. god. u osnovi zadržava rešenje noveliranog zakonika iz 1951. god. U članu 41. stav 2. KZ bilo je sadržano: *Kad sud odmerava kaznu učiniocu za krivično delo učinjeno u povratu, posebno će uzeti u obzir da li je ranije delo iste vrste kao i novo delo, da li su oba dela učinjena iz istih pobuda i koliko je vremena proteklo od ranije osude, odnosno od izdržane ili oprostene kazne.*

44 M. Radovanović /19??/ *Krivično pravo SFRJ. Opšti deo*, Beograd, 336.

45 Zakonom o izmenama i dopunama KZ SFRJ iz 1992. godine promenjen mu je naziv u Krivični zakon Savezne Republike Jugoslavije, a 2003. godine Zakonom o izmenama i dopunama KZ SRJ promenjen mu je naziv u Osnovni krivični zakon.

Odredba stava 2. navedenog člana je prema stavu pojedinih autora bila nepotpuna, jer njome nije određen sam pojam povrata, tako da je zastupan stav da se radi o praznini u zakonu. Ipak, na osnovu ranije teorije i prakse zadržano je stanovište da povrat postoji kada krivično delo učini lice koje je ranije bilo osuđivano.⁴⁶ Prema tome, jedini uslov za postojanje povrata je **ranija osuđivanost učinioca novog krivičnog dela**. Osuđivanim se smatrao onaj učinilac krivičnog dela kome je za ranije delo izrečena kazna, uslovna osuda ili sudska opomena, maloletnički zatvor, ili je učinilac oslobođen od kazne, dok vaspitne mere i mere bezbednosti koje se samostalno izriču nisu podrazumevale osuđivanost u gore navedenom smislu.⁴⁷

Osim ove opšte odredbe o povratu, uz njenu upadljivu sličnost sa ranijim zakonskim rešenjem, zakonodavac je u članu 46. KZ, takođe po uzoru na predašnje pravo, predvideo i **višestruki povrat**, kao osnov za pooštavanje kazne.⁴⁸ Takvo razlikovanje opšteg i višestrukog povrata, uz drugačiji krivičnopravni efekat, potrajalo je sve do usvajanja novog Krivičnog zakonika za Republiku Srbiju 2005. god. I dok je opšti povrat predstavljao fakultativnu otežavajuću okolnost, višestruki povrat je omogućavao izricanje kazne preko propisanog maksimuma, što je bio i jedini osnov za pooštavanje kazne prema tada važećem pravu. Pravdanje ovako pojačanog dejstva višestrukog povrata bilo je bazirano na stavu da ova vrsta povrata ukazuje na jače izraženu sklonost učinioca za vršenje krivičnih dela i na neefikasnost primene ranije izrečenih kazni, koje na učinioca nisu ostvarile potreban učinak, što je ujedno vodilo i zaključku o postojanju povećane društvene opasnosti takvog učinioca i potrebu strožeg krivičnopravnog reagovanja zbog novog krivičnog dela koje je učinio.⁴⁹ Ipak, rešenju koje je naše ranije krivično zakonodavstvo prihvatilo prigovaralo se da se učinilac strože kažnjavao zbog krivičnih dela za koja je već kažnjen.⁵⁰

Zakonska mogućnost pooštavanja kazne bila je shodno članu 46. KZ uslovljena kumulativno predviđenim uslovima: a) najpre, bilo je potrebno da je učinilac ranije osuđivan najmanje dva puta, b) da su se te osude odnosile na dela učinjena sa umišljajem, c) da je za ranija dela bila izrečena kazna zatvora od najmanje jedne godine, d) da je i novo krivično delo učinjeno sa umišljajem i da je za njega propisana kazna zatvora, e) da učinilac pokazuje sklonost za vršenje krivičnih dela, f) kao i da

46 Lj. Lazarević /1999/: *Krivični zakon SRJ sa kraćim komentarom*, Beograd, 111.

47 *Ibid*; B. Čejović /1985/: *Krivično pravo u sudskoj praksi. Prva knjiga. Opšti deo*, Beograd, 290–291.

48 (1) Za krivično delo učinjeno sa umišljajem za koje je propisana kazna zatvora, sud može izreći strožu kaznu od propisane pod sledećim uslovima:

- 1) ako je učinilac ranije bio dva ili više puta osuđen za krivična dela učinjena sa umišljajem na zatvor od najmanje jednu godinu i pokazuje sklonost za vršenje krivičnih dela;
- 2) ako od dana otpuštanja učinioca sa izdržavanja ranije izrečene kazne do izvršenja novog krivičnog dela nije proteklo pet godina;

(2) Stroža kazna ne sme preći dvostruku meru propisane kazne ni petnaest godina zatvora.

(3) Pri oceni da li će izreći kaznu strožu od propisane, sud će naročito uzeti u obzir srodnost učinjenih krivičnih dela, pobude iz kojih su učinjena, okolnosti pod kojima su učinjena, kao i potrebu da se radi ostvarivanja svrhe kažnjavanja izrekne takva kazna.

49 M. Đorđević /1988/: *Komentar Krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije*, (redaktor: N. Srzentić), Beograd, 211.

50 Z. Stojanović /2019/: 330.

od dana otpuštanja učinioca sa izdržavanja ranije izrečene kazne do izvršenja novog krivičnog dela nije proteklo pet godina.

Što se prvog uslova tiče, za postojanje višestrukog povrata zahtevalo se da je učinilac najmanje **dva puta ranije osuđivan** za krivična dela. Veći broj ranijih osuda od dve mogao je uticati na ocenu društvene opasnosti učinioca i njegove sklonosti da ponavlja krivična dela, no to nije imalo uticaj na postojanje višestrukog povrata. Relevantnim su se smatrale najmanje dve osude, a ne nužno i samo dva ranija krivična dela, jer je bilo moguće da se jedna osuda (ili više) odnosi na veći broj krivičnih dela učinjenih u sticaju.⁵¹ Tako, ako je neko osuđen za više krivičnih dela učinjenih u sticaju postoji samo jedna osuda, što nije dovoljno za postojanje višestrukog povrata.⁵²

Ranije osude treba da se odnose na krivična dela učinjena sa **umišljajem**, tako da se osuda za nehatno ostvareno nepravo ne uzima u obzir i ne ulazi u konstrukciju višestrukog povrata. Pri tome, osim osuda za umišljajna krivična dela bilo je potrebno da je za dela po tim osudama bila izrečena **kazna zatvora u trajanju od najmanje jedne godine**. Ukoliko se osuda odnosila na više krivičnih dela u sticaju onda je relevantna jedinstvena kazna koja je izrečena, tj. ona treba da je izrečena u trajanju od najmanje jedne godine, dok pojedinačno utvrđene kazne za dela učinjena u sticaju mogu biti i ispod jedne godine, s tim što i dela u sticaju treba da su učinjena sa umišljajem, a ukoliko to nije slučaj, već je npr. jedno delo umišljajno, a drugo nehatno, onda će se uzeti visina utvrđene kazne za umišljajno krivično delo.⁵³

Uslovi vezani za novo krivično delo podrazumevali su postojanje **umišljajnog dela za koje je propisana kazna zatvora**. U pogledu krivice učinioca i za novo delo se zahtevalo postojanje umišljaja. Ako učinilac odgovara za više dela učinjenih u sticaju, ovaj uslov je ispunjen ukoliko bar u odnosu na jedno delo postoji umišljaj.⁵⁴ Nadalje, za uslov u pogledu zaprećene kazne od značaja je samo da je za novo delo propisana kazna zatvora, dok nije bilo od uticaja da li je ta kazna propisana kao jedina kazna za to delo, ili je ona bila predviđena alternativno, ili kumulativno sa novčanom kaznom, kao i koliki je raspon kazne u konkretnom slučaju iznosio za učinjeno delo.

Sklonost učinioca za vršenje krivičnih dela, kao izraz pojačane opasnosti učinioca, predstavljao je važan subjektivni uslov za postojanje višestrukog povrata. Upravo je ovaj uslov ukazivao na potrebu eventualnog pooštrenog kažnjavanja višestrukog povratnika, jer prethodne osude na njega nisu delovale preventivno, tj. uprkos ranije primene kazne lišenja slobode on i dalje nastavlja svoju kriminalnu aktivnost (karijeru). U literaturi je smatrano da sud ovu sklonost treba da utvrđuje na osnovu svih okolnosti slučaja koje na to ukazuju, s tim što sama činjenica da je učinilac više puta osuđivan, sama po sebi, nije dovoljna za izvođenje takvog zaključ-

51 N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević /2000/: 359. Ipak, usvajanjem Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakona SRJ iz aprila 2003. god. ovaj uslov je promenjen, i više se nije zahtevalo da je učinilac najmanje dva puta osuđivan, već je bila dovoljna i jedna osuda za umišljajno krivično delo (na kaznu zatvora od najmanje jedne godine), tako da je napušten i sam pojam višestrukog povrata. „Reč je o neobičnom rešenju jer se radi o starom i poznatom problemu krivičnog pravnog reagovanja na višestruki povrat, a fenomen multirecidivizma predstavlja važan predmet izučavanja kriminologije i penologije.” Z. Stojanović /2019/: 330.

52 M. Đorđević /1988/: 211.

53 *Ibid.*, 212.

54 N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević /2000/: 360.

ka, iako je broj osuda mogao uticati na stvaranje uverenja o postojanju navedene sklonosti.⁵⁵ Zauziman je stav da je ovaj uslov bilo najteže utvrditi i da zaključak o sklonosti učinioca za vršenje krivičnih dela treba da se zasniva na sveukupnoj proceni ličnosti učinioca, njegovog načina života, ponašanja, pobuda iz kojih su vršena krivična dela, odnosa prema društvu itd. Sklonost ka vršenju krivičnih dela znači spremnost učinioca da ponavlja dela, da je kriminalno delovanje postalo trajni, uobičajeni način ponašanja učinioca,⁵⁶ tj. da se radi o delinkventu kog kao ličnost karakteriše dublji konflikt sa društvom, čvršća povezanost sa kriminalnom karijerom, izvesna kriminalna dispozicija.⁵⁷

Mogućnost pooštrenog kažnjavanja, samim tim i postojanje višestrukog povrata, bila je ograničena na period od **pet godina** od dana otpuštanja učinioca sa izdržavanja ranije izrečene kazne. Protekom roka od pet godina od izdržane kazne smatralo se da je ta kazna uticala na učinioca, tako da ne bi bilo opravdano strože ga kažnjavati za novo učinjeno krivično delo.⁵⁸ Taj rok se računao od dana otpuštanja sa izdržavanja poslednje izrečene kazne, pa do vremena izvršenja novog krivičnog dela, a ne do trenutka kada je otpočelo suđenje za njega.⁵⁹ Nesporno je bilo da ovaj uslov nije ispunjen ukoliko učinilac kaznu po ranijoj osudi nije makar i delimično izdržao. Tako, nije dolazio u obzir slučaj kada izdržavanje ranije kazne još nije započeto, ili je novo delo učinjeno tokom izdržavanja kazne zatvora, ili je učinilac pobegao sa izdržavanja kazne, jer bi u tom slučaju važila druga pravila.⁶⁰

U slučaju da su ispunjeni svi uslovi za postojanje višestrukog povrata sudu je stajala na raspolaganju **mogućnost pooštavanja kazne**, tj. izricanja kazne iznad propisanog maksimuma. Pooštavanje kazne je bilo ograničeno odredbama stava 2. člana 46. KZ na dvostruku meru propisane kazne. Izrečena kazna nije smela preći ni petnaest godina zatvora, što je tada predstavljalo opšti maksimum kazne zatvora.⁶¹ Stoga, kod krivičnih dela kod kojih posebni maksimum nije određen, tj. kod kojih se kazna izriče do opšteg maksimuma pooštavanje kazne nije bilo moguće.⁶² Takođe, pooštavanje kazne je bilo i fakultativno, sud je mogao da izrekne strožu kaznu od propisane, ali to nije bilo obavezno.

Odredbom stava 3. bilo je precizirano koje okolnosti sud naročito treba da razmotri pri odlučivanju da li će kaznu pooštriti ili je izreći u granicama propisane

55 M. Đorđević /1988/: 212. Isprva je sudska praksa postojanje ovog uslova izvodila automatski na osnovu ranije osuđivanosti. Docnije je Vrhovni sud Jugoslavije zauzeo stav da je ovo zaseban uslov čije se postojanje mora utvrđivati i obrazložiti. „Ranija osuđivanost ima uticaja na zaključak o sklonosti za vršenje krivičnih dela, ali se ta sklonost ne iscrpljuje na osnovu ranije osuđivanosti. Reč je o jednoj celokupnoj oceni ličnosti i logičnom zaključku da kod takvog učinioca postoji spremnost da ponavlja vršenje krivičnih dela.” Lj. Lazarević /1999/: 119.

56 N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević /2000/: 360–361.

57 F. Bačić /1978/: 446.

58 „U koliko je više vremena proteklo između prvog i drugog dela, u toliko manje valja da utiče povrat, na veličinu nove kazne. Duže vreme pre je moglo uticati na osuđenika da zaboravi patnje pređašnje osude; dokle, kraće, pre ga na to podseća.” J. Avakumović /1887/: 143.

59 M. Đorđević /1988/: 212.

60 *Ibid.*

61 To je ipak omogućeno nakon Novele iz 2003. god, jer je brisano ograničenje da kazna ne sme preći opšti maksimum.

62 M. Đorđević /1988/: 213.

kazne: a) srodnost učinjenih krivičnih dela, b) pobude iz kojih su učinjena, c) okolnosti pod kojima su učinjena, d) kao i potrebu da se radi ostvarivanja svrhe kažnjavanja izrekne takva kazna.

Srodnost učinjenih krivičnih dela cenila se prema prirodi učinjenih dela. Smatrano je da ovu okolnost treba šire tumačiti u odnosu na pojam istvornosti krivičnih dela kod običnog povrata, te da je potrebno da dela čine određenu vrstu kriminaliteta (imovinski, seksualni delikti), a ne da nužno predstavljaju različite oblike u osnovi istog krivičnog dela.⁶³ Relevantnim su se smatrale naročito i pobude iz kojih su krivična dela učinjena, kao i sve okolnosti pod kojima su učinjena. Posebno je istaknuto da sud treba da ceni potrebu da se radi ostvarivanja svrhe kažnjavanja izrekne teža kazna od propisane. To znači da je osim ispunjenosti prethodno navedenih uslova pooštavanje kazne opravdano samo onda kada to zahtevaju zahtevi specijalne i generalne prevencije. Jedna od najznačajnijih okolnosti u tom pogledu odnosila se na prirodu novoučinjenog dela i propisanu kaznu za njega. Ukoliko je to delo lakše prirode i ako je za njega propisana blaža kazna, ima više razloga da se smatra da se izrečenom kaznom ne može efikasno delovati na višestrukog povratnika. Naprotiv, ako je novo delo teže prirode, zaprećeno težom kaznom, manja je verovatnoća da će svrha kažnjavanja zahtevati pooštrenu kaznu.⁶⁴ U teoriji se polazilo od stava da ukoliko se radi o učiniocu koji se nalazi u višestrukom povratu, a sudi mu se za više dela učinjenih u sticaju, onda se pooštavanje kazne vrši pri njenom utvrđivanju za svako pojedino delo. Sud ne bi mogao prvo odmeriti jedinstvenu kaznu, pa je onda pooštriti primenom navedenog pravila.⁶⁵

6. KRIVIČNI ZAKONIK IZ 2005. GOD.

Usvajanjem Krivičnog zakonika u našem krivičnom pravu napuštena je tradicionalna podela na običan i višestruki povrat. Zadržana je samo odredba o običnom povratu, uz preciziranje kada povrat postoji. U članu 55. KZ povrat je predviđen kao fakultativna otežavajuća okolnost: *Kad sud odmerava kaznu učiniocu za krivično delo koje je učinio posle izdržane, oprostene ili zastarele kazne ili oslobođenja od kazne, po proteku roka za opozivanje uslovne osude ili posle izrečene sudske opomene, može tu okolnost uzeti kao otežavajuću, ceneći pri tom posebno težinu ranije učinjenog krivičnog dela, da li je ranije delo iste vrste kao i novo delo, da li su oba dela učinjena iz istih pobuda, okolnosti pod kojima su dela učinjena i koliko je vremena proteklo od ranije osude, odnosno od izrečene, oprostene ili zastarele kazne, oslobođenja od kazne, od protoka roka za opozivanje ranije uslovne osude ili od izrečene sudske opomene.*

Za postojanje povrata se, dakle, zahteva samo jedan uslov, **prethodna osuđivnost učinioca krivičnog dela**. Osuđivanost u smislu odredbe člana 55. KZ podrazumeva da je za ranije delo učiniocu izrečena kazna, ili je oslobođen od kazne, ili mu je bila izrečena uslovna osuda (a novo delo je učinio nakon protoka roka za opozivanje uslovne osude), ili sudska opomena. Za učinioca kome je bila izrečena vaspitna

63 *Ibid.*

64 *Ibid.*

65 N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević /2000/: 361.

mera, ili neka od mera bezbednosti koje se mogu samostalno izreći, ne važi odredba o povratu ukoliko ponovi vršenje krivičnog dela. Osnov za povrat može biti samo ranija osuda koja je pravnosnažna.⁶⁶ U slučaju rehabilitacije i brisanja osude iz kaznene evidencije, ranija osuda se ne može uzeti u obzir kao otežavajuća okolnost. Osim ovako shvaćene ranije osuđivanosti, zakonodavac ne postavlja nikakve dalje uslove, te tako nije nužno da je npr. ranije delo učinjeno sa umišljajem, ili da je od izdržane ranije kazne protekao određeni vremenski interval.

Kao posledica široke definicije povrata određeno je i njegovo dejstvo, on predstavlja okolnost koju sud može ceniti kao otežavajuću okolnost prilikom odmeravanja kazne. S obzirom na to da ranija osuda može glasiti i na nehatno krivično delo, kao i da je moguće da druge okolnosti ne opravdavaju tretiranje ranije osude kao otežavajuće okolnosti, opravdan je stav zakonodavca koji je sudu ostavio samo mogućnost uzimanja u obzir povrata kao osnova da se u granicama propisane kazne izrekne kazna bliža posebnom maksimumu. Zakonodavac jedino obavezuje sud da prilikom razmatranja da li će povrat uzeti kao otežavajuću okolnost vodi računa o određenim okolnostima: težini ranije učinjenog krivičnog dela, da li je ranije delo iste vrste kao i novo delo, da li su oba dela učinjena iz istih pobuda, okolnosti pod kojima su dela učinjena i koliko je vremena proteklo od ranije osude. „To nisu uslovi za postojanje povrata, već samo okolnosti koje sud uzima u obzir prilikom donošenja odluke o tome da li će povrat uzeti kao otežavajuću okolnost.”⁶⁷ Iako zakonodavac ne pravi razliku između generalnog i specijalnog povrata, zahtevom uzimanja u obzir odnosa i prirode između dva dela posredno ukazuje na značaj specijalnog povrata.⁶⁸ Osim težine ranije učinjenog dela, njegovog odnosa sa novim delom, sud treba da ispita i da li je novo delo učinjeno iz istih pobuda kao i prethodno. Učinio-cu krivičnog dela je opravdano izreći kaznu bližu posebnom maksimumu ukoliko je novo delo učinjeno iz istih pobuda kao i prvo delo. Na naročiti značaj relacije između ranijeg i novog dela za ocenu o krivičnopravnom dejstvu povrata u konkretnom slučaju ukazuje i obaveza ocene okolnosti pod kojima su dela učinjena, kao i koliko je vremena proteklo od ranije osude. U tom smislu, duži vremenski interval, po pravilu, ukazuje da između učinjenih dela ne postoji naročita unutrašnja povezanost,

66 S. Janković /2017/: „Kriminalna istorija i odmeravanje kazne”, *Policija i pravosudni organi kao garanti slobode i bezbednosti u pravnoj državi*, Tematski zbornik, Tom 2, Beograd, 166.

67 Z. Stojanović /2019/: 330.

68 U tom smislu i sudska praksa istovrsnost krivičnih dela tretira osnovom za uzimanje povrata kao otežavajuće okolnosti (Presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. 1982/05 od 6. jula 2005. i presuda Okružnog suda u Beogradu K. 1231/04 od 3. marta 2005. godine). Navedeno prema: I. Simić, A. Trešnjev /2006/: *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije. Sedma knjiga*, Beograd, 45. Takođe, u odredbi člana 57. stav 3. KZ ustanovljena je zabrana ublažavanja kazne učinio-cu koji je ranije osuđivan za istovrsno krivično delo, tako da specijalni povrat predstavlja i prepreku da i pri naročito olakšavajućim okolnostima sud izrekne kaznu ispod propisanog minimuma. N. Delić /2010/: „Zabrana (isključenje) ublažavanja kazne u određenim slučajevima”, *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, IV deo*, (urednik: Đ. Ignjatović), Beograd, 188–190. Doduše, u literaturi je ovo rešenje ocenjeno kao nedovoljno precizno, jer se u odredbi spominje istovrsno, a ne i isto krivično delo (novela iz 2009. god. je spominjala samo isto krivično delo), tako da bi gramatičko tumačenje dovelo do kriminalnopolitički neprihvatljivog rešenja. Đ. Đorđević /2010/: „Aktuelni problemi odmeravanja kazne u našem krivičnom pravu”, *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, IV deo*, (urednik: Đ. Ignjatović), Beograd, 170–171; Z. Stojanović /2019/: 326–327.

da se radi o kriminalnim aktima koji su nepovezane epizode iz života učinioca, te da stoga ima manje opravdanja da se povrat tretira kao otežavajuća okolnost.⁶⁹

Za razliku od predašnjeg zakonodavstva, a polazeći od činjenice da ni sudska praksa nije koristila mogućnost pooštavanja kazne za višestruki povrat zakonodavac se odlučio da potpuno napusti ovaj institut.⁷⁰

Inače, u jednom delu naše sudske prakse prisutna je pojava da sudovi raniju osuđivanost učinoca samo formalno navode kao otežavajuću okolnost, a u suštini ta okolnost u velikom broju slučajeva nema nikakav uticaj na visinu krivične kazne.⁷¹ U tom smislu, poznati su primeri iz prakse u kojima su sudovi višestrukim povratnicima (sa par desetina osuda), najčešće učiniocima krivičnih dela protiv imovine, izricali kazne u minimalnom trajanju. Čak ni okolnost da postoji specijalni povrat nije uticala na sud da raniju osuđivanost tretira kao otežavajuću okolnost, tako da se za postupanje dobrog dela prakse može zaključiti kako povrat praktično nema nikakav uticaj na visinu izrečene kazne.⁷²

7. NACRT ZAKONA O IZMENAMA I DOPUNAMA KRIVIČNOG ZAKONIKA IZ 2019. GOD.

Nedavno objavljeni Nacrt Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika u čl. 8. i 9. sadrži drugačije rešenje u odnosu na institut povrata u poređenju sa postojećim. Osim običnog povrata, koji je drugačije određen nego ranije, i koji sada predstavlja obaveznu otežavajuću okolnost, uvedena je ponovo i kategorija višestrukog povrata, ali ne kao osnova za pooštavanje kazne, već kao osnova za teže kažnjavanje, tj. izricanje kazne iznad polovine propisane kazne.

Prema rešenju iz Nacrta običan povrat postoji **ako je učinilac krivičnog dela učinjenog sa umišljajem ranije osuđen za umišljajno krivično delo**. Sud će tu okolnost **uzeti kao otežavajuću**, ako od ranije osude ili izdržane kazne nije proteklo **pet godina**. Običan povrat je dakle obligatorna otežavajuća okolnost, ali samo ukoliko je i novo i prethodno krivično delo učinjeno sa umišljajem i ukoliko od dana osude, ili izdržane kazne nije protekao predviđeni rok. Uslov u pogledu krivičnih dela je vezan isključivo za oblik krivice, te nije od značaja na koju kaznu, ili krivičnu sankciju je učinilac osuđen za prethodno delo. Nehatna krivična dela su isključena iz konstrukcije povrata. Takođe, ukoliko su ispunjeni uslovi za postojanje ove vrste povrata isključena je mogućnost ublažavanja kazne (po meri i vrsti), osim ako je prisutan neki zakonski osnov za ublažavanje kazne ili oslobođenje od kazne. Vidljivo je da je promena na planu dejstva povrata adekvatno praćena i promenom uslova za njegovo postojanje, koji su u Nacrtu nešto stroži nego u važećem pravu.

69 F. Bačić /1978/: 444.

70 Z. Stojanović /2019/: 330–331.

71 S. Janković /2017/: 167.

72 *Ibid.*, 167–168. Ipak, postoje i drugačije odluke. Tako je u jednom slučaju zauzet stav da ranija osuđivanost učinioca džepne krađe 27 puta, pretežno za istovrsna krivična dela, opravdava izricanje kazne zatvora u trajanju od dve godine (Presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 3303/04 od 29. decembra 2004. i presuda Četvrtog opštinskog suda u Beogradu K. 1163/04 od 3. novembra 2004. godine). Navedeno prema: I. Simić, A. Trešnjev /2005/: *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije. Šesta knjiga*, Beograd, 30.

Višestruki povrat prema članu 9. Nacrta postoji ako je učinilac učinio **krivično delo sa umišljajem za koje je zakonom predviđena kazna zatvora, a ranije je dva ili više puta osuđen za krivična dela učinjena sa umišljajem na zatvor od najmanje jednu godinu**. Potrebno je i da od dana otpuštanja učinioca sa izdržavanja izrečene kazne do izvršenja novog krivičnog dela nije proteklo **pet godina**. U tom slučaju sud je **obavezan** da učiniocu za novo krivično delo izrekne kaznu u gornjem delu propisanog raspona, tj. **iznad polovine raspona propisane kazne**.

Ukoliko ovo rešenje bude usvojeno u naše krivično pravo će ponovo biti uvedena kategorija višestrukog povrata. No, njegovo dejstvo je različito u odnosu na ranije krivično zakonodavstvo. Iako više ne bi predstavljao osnov za pooštavanje kazne, već obavezni osnov za teže kažnjavanje u okviru propisane kazne, može se primetiti da će i ovakva odredba, ukoliko bude usvojena, značiti dalje zaoštavanje našeg krivičnog zakonodavstva, i da će, gotovo je izvesno, značiti jednu kriminalnopolitički neprihvatljivu korekturu zakonodavstva, s obzirom na činjenicu da su kazne za mnoga krivična dela propisane u izuzetno visokim rasponima.⁷³

ZAVRŠNA RAZMATRANJA

Prateći način zakonskog regulisanja instituta povrata u srpskom (jugoslovenskom) krivičnom pravu, vidljivo je da su se rešenja menjala. Od početnog strogog stava i tretiranja povrata kao obavezne otežavajuće okolnosti, uz mogućnost pooštavanja kazne, do postojećeg, prema kome povrat predstavlja fakultativnu otežavajuću okolnost, koju sudovi pokatkad i zanemaruju i čak i u slučajevima višestrukog povrata ne uzimaju kao osnov za teže kažnjavanje. Primetno je da je i sam pojam povrata različito određivan.

Kako je reč o starom i dobro poznatom problemu, u nauci su dugo primetna nastojanja da se na njega adekvatno odgovori. Međutim, gotovo je nepodeljeno mišljenje struke da zaoštavanje mera prema povratnicima ne predstavlja zadovoljavajuće rešenje.⁷⁴ Ne samo da se na taj način u pitanje dovodi načelo pravednog kažnjavanja, već dolazi do problema druge prirode, tj. do uvećanja zatvorske populacije, kao i stvaranje dodatnih troškova, koje povlači duže izdržavanje kazne.⁷⁵

Uprkos tome što u savremenoj kriminalnopolitičkoj misli i dalje dominira realističan pogled na skromnu mogućnost krivičnog prava da obavlja zaštitnu funkciju, praktična delatnost na polju suzbijanja kriminaliteta u gotovo svim savremenim državama pokazuje izrazitu ekspanziju krivičnog prava, njegovo širenje na nova područja, uz sve strože mere u borbi protiv društveno opasnog ponašanja. U tom smeru

73 Tako će učinilac koji je ranije dva puta osuđen na kaznu zatvora od najmanje jednu godinu za umišljajna krivična dela, pa pre isteka roka od pet godina od dana otpuštanja sa izdržavanja prethodne kazne učini, primera radi razbojništvo, biti kažnjen kaznom od najmanje šest godina i jednog meseca (sve do deset godina).

74 Lj. Jovanović /1995/: *Krivično pravo I. Opšti deo*, Beograd, 383. Određenim istraživanjima je utvrđeno čak da osuđeni na duže kazne zatvora češće vrše krivična dela nakon izdržane kazne, nego učinioци kojima je izrečena nešto blaža kazna. B. Simeunović Patić /2016/: 197; vid. N. Lukić /2012/: „Povrat: karakteristike i kažnjavanje”, *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU*, (urednik: S. Taboroši), Beograd, 74.

75 N. Lukić /2012/: 73.

se kreće i srpsko krivično zakonodavstvo. Zakonodavac, kao nosilac politike suzbijanja kriminaliteta, nema previše sluha za stavove nauke krivičnog prava, već se u oblikovanju krivičnopravne zaštite sve više vodi praktičnom političkom korišću, upadanjem u dobro poznatu zabludu da će nove inkriminacije i stroža pravila doprineti smanjivanju stope kriminaliteta. Na liniji takve usmerenosti je i rešenje sadržano u Nacrtu Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz 2019. god. koje se odnosi na institut višestrukog povrata. Iako se u nauci došlo do zaključka da se strožim kažnjavanjem povratnika ne postiže veći uspeh u ostvarivanju ciljeva generalne i specijalne prevencije, te da zaoštavanje represije prema ovoj kategoriji delinkvenata ne doprinosi smanjivanju stope kriminaliteta,⁷⁶ Nacrt predviđa stroži režim za višestruke povratnike. I zaista, tačno je da će duža kazna zatvora nekoga fizički sprečiti da na slobodi vrši krivična dela, no istina je i da takva kazna ne predstavlja apsolutno i savršeno rešenje, koje bi garantovalo da će učinilac kasniji život na slobodi uskladiti sa zabranama krivičnog prava. Naprotiv, poznata je činjenica da što je strože kažnjavanje viša je i stopa povrata.⁷⁷

Ne treba zanemariti ni činjenicu da su propisani rasponi za mnoga krivična dela izuzetno široki, što naše zakonodavstvo svrstava u red najstrožih zakonodavstava u Evropi. Može se ponoviti zaključak da takvo rešenje predstavlja i izvesno ugrožavanje načela pravedne i srazmerne kazne, koje treba da odrazi srazmeru između nevrednosti neprava i stepena krivice, s jedne strane, i izrečene kazne, s druge strane. U Nacrtu je čak izmenjena i odredba o svrsi kažnjavanja. Predloženo je da se u stavu 4. člana 42. KZ, pored specijalne i generalne prevencije, svrhom kažnjavanja smatra i *ostvarivanje pravednosti i srazmernosti između učinjenog dela i težine krivične sankcije*. Primetno je da je odredba o višestrukome povratu u direktnoj koliziji sa ovako određenom svrhom.

Za razliku od načina na koji je oblikovana odredba o višestrukome povratu, moglo bi se reći da je kriminalnopolitički opravdano rešenje ponuđeno za običan povrat. Predviđeno je obavezno uzeti povrat kao otežavajuću okolnost ukoliko su ispunjeni navedeni uslovi. Takvo rešenje je prihvatljivo, s obzirom na drugačije (strože) oblikovan pojam običnog povrata, a čak i pravnodogmatski to ne bi predstavljao izuzetak, jer naše krivično pravo već poznaje jednu okolnost koja ima isto dejstvo (odredba o obaveznoj otežavajućoj okolnosti u članu 54a KZ).

Konačno, u svetlu predstojeće reforme, čini se da se stručna javnost ne uvažava previše u postupku noveliranja krivičnog zakonodavstva,⁷⁸ i to ne samo kod nas,

76 „Porast ili opadanje broja recidivista nije, po pravilu, bio uslovljen blažom ili strožijom kaznom politikom, već je odgovarao opštem kretanju kriminaliteta; uzroci koji su doveli do porasta ili pada kriminaliteta uopšte, uticali su i na kretanje recidiva. Prema tome, i problem povrata mora se rešavati u kontekstu opšte politike suzbijanja kriminaliteta; videti rešenje samo u pooštrenom kažnjavanju značilo bi jednostran prilaz ovom problemu.” N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević /2000/: 357. Na to pre više od jednog veka lepo ukazuje Avakumović. „Mi držimo, da i nije umesno određivati veću kaznenu odgovornost za ponovljeni povrat. Priznajemo da je obično veća pokvarenost kod onoga, koji bi ponavljao kažnjiva dela u povratu, nego kod onoga, koji bi bio u povratu tek prvi put. No opet mislimo, da nije nužno za takav slučaj propisivati naročitu veću kaznenu odgovornost.” J. Avakumović /1887/: 190.

77 Z. Stojanović /2019/: 331.

78 Svedočanstvo tome je i činjenica da su predlozi nevladinih organizacija ili određenih fondacija, iako duboko problematični, gotovo nekritički prihvaćeni, iako neki od njih podrazumevaju sasvim sigurno suprotstavljanje određenim međunarodnopravnim normama i praksi nadležnih or-

već i u drugim državama, da su u tom procesu sve odlučniji politički interesi i da kvarenje postojećeg krivičnog prava neće biti zaustavljeno. Naprotiv, naše krivično pravo nezaustavljivo korača putem jednog izrazito represivnog (i vrlo verovatno sve manje efikasnog) krivičnog prava.

LITERATURA

- Aćimović M. Miodrag /1937/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Subotica.
- Avakumović Jovan /1887/: *Povrat*, Beograd.
- Bačić Franjo /1978/: *Krivično pravo. Opći dio*, Zagreb.
- Čejović Bora /1985/: *Krivično pravo u sudskoj praksi. Prva knjiga. Opšti deo*, Beograd.
- Čubinski P. Mihailo /1930/: *Naučni i praktični Komentar Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije*, Beograd.
- Delić Nataša /2010/: „Zabrana (isključenje) ublažavanja kazne u određenim slučajevima”, *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, IV deo*, (urednik: Đ. Ignjatović), Beograd, 177–195.
- Dolenc Metod /1930/: *Tumač Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije*, Zagreb.
- Đorđević Đorđe /2010/: „Aktuelni problemi odmeravanja kazne u našem krivičnom pravu”, *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, IV deo*, (urednik: Đ. Ignjatović), Beograd, 160–176.
- Đorđević Miroslav /1988/: *Komentar Krivičnog zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije*, (redaktor: N. Srzentić), Beograd.
- Frank Stanko /1950/: *Kazneno pravo. Bilješke o Općem dijelu Krivičnog zakonika od 4. XII. 1947*, Zagreb.
- Janković Sretko /2017/: „Kriminalna istorija i odmeravanje kazne”, *Policija i pravosudni organi kao garanti slobode i bezbednosti u pravnoj državi*, Tematski zbornik, Tom 2, Beograd, 159–171.
- Jovanović Ljubiša /1995/: *Krivično pravo I. Opšti deo*, Beograd.
- Lazarević Ljubiša /1999/: *Krivični zakon SRJ sa kraćim komentarom*, Beograd.
- Lukić Natalija /2012/: „Povrat: karakteristike i kažnjavanje”, *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU*, (urednik: S. Taboroši), Beograd.
- Miljković A. Borislav /1919/: *Komentari Opšteg Kaznenog zakonika*, Beograd.
- Niketić Gojko /1939/: *Krivični zakonik. Objašnjenja – praksa – sporedno zakonodavstvo*, Beograd.
- Nikolić Dragan /1991/: *Krivični zakonik Kneževine Srbije*, Gradina.
- Pijade Moša (redaktor) /1948/: *Komentar Opšteg dela Krivičnog zakonika*, Beograd.
- Radovanović Miloš /19??/* *Krivično pravo SFRJ. Opšti deo*, Beograd.
- Simeunović Patić Biljana /2016/: „Povrat – kriminološki aspekti”, *Kaznena reakcija u Srbiji, VI deo*, (urednik: Đ. Ignjatović), Beograd.
- Simić Ilija, Trešnjev Aleksandar /2005/: *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije. Šesta knjiga*, Beograd.

gana. Vrlo je verovatno da će, ukoliko takvo rešenje bude usvojeno, kazna doživotnog zatvora bez mogućnosti puštanja učinioca na uslovni otpust u nekom budućem slučaju protiv naše države pred Evropskim sudom za ljudska prava u Strazburu biti ocenjeno kao protivno članu 3. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Slična praksa već postoji i dobro je poznata stručnoj javnosti.

* Nije poznata godina izdanja.

- /2006/: *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije. Sedma knjiga*, Beograd.
- Srzentić Nikola, Stajić Aleksandar, Lazarević Ljubiša /2000/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd.
- Stojanović Zoran /2019/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd.
- Tahović Đ. Janko /1956/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd.
- Zlatarić Bogdan /1956/: *Krivični zakonik u praktičnoj primjeni. I. svezak. Opći dio*, Zagreb.
- Živanović Toma /1922/: *Osnovi Krivičnog prava. Opšti deo*, Beograd.

Ivan Đokić

Faculty of Law, University of Belgrade

HISTORICAL REVIEW OF THE INSTITUTE OF RECIDIVISM IN THE SERBIAN (YUGOSLAV) CRIMINAL LAW

SUMMARY

Following the method of regulating the institute of recidivism in Serbian (Yugoslav) criminal law, it is evident that the solutions were changed. From the initial rigorous stance and treatment of recidivism as compulsory aggravating circumstance, with the possibility of intensifying punishment, to the existing one, according to which the recidivism represents an optional aggravating circumstance, which courts sometimes ignore and even in cases of multi-recidivism do not take as a basis for severe punishment. It is noticeable that the very concept of recidivism is also determined differently. The question whether the perpetrator deserves a more severe punishment for a new offence because he has previously committed criminal offences is in the criminal law theory, but also in other scientific disciplines, primarily criminology, controversial for decades. Although the theory has prevailed that a more severe punishment is not an adequate measure of resolving the problem of recidivism, the legislator lately opted for increased repression in response to the behavior of the perpetrator whom the previous conviction did not sufficiently repaired. On this line, the solution contained in the Draft Law on Changes and Amendments to the Criminal Code, deviates from the existing rules, introducing a renewed category of multi-recidivism.

Key words: recidivism, multi-recidivism, earlier conviction, aggravating circumstance, punishment increasing circumstance.

NASILNIČKI KRIMINALITET ŽENA

Apstrakt: Autor se u radu bavi pitanjem odlika nasilničkog kriminaliteta žena kao i teorijskim objašnjenjima. Posle pojmovnog određenja agresije i razlike u odnosu na nasilje, izlaže se o fenomenološkim karaktersikama. Učešće žena u kriminalitetu je značajno manje u poređenju sa muškarcima, a navedeno posebno važi kada su u pitanju dela sa elementima nasilja. Ta krivična dela nisu samo retka već i u pogledu konteksta u kome se vrše imaju određene specifičnosti. Pored klasičnih nasilnih dela kao što je ubistvo, autor ukazuje i na učešće žena u nasilju u porodici i razbojništvu, a posebna pažnja posvećena je i nasilju maloletnica. U drugom delu rada predstavljeni su najvažniji teorijski pravci kojima se objašnjava kriminalitet žena. Teorijske koncepcije razvrstane su prema dominantnim idejama bez obzira da li su u pitanju tradicionalna kriminološka shvatanja ili se radi o novim, rodnim teorijama kriminaliteta. Zaključuje se da kriminalitet žena ne može biti objašnjen uz isključivo oslanjanje na biološke ili psihološke karakteristike. Ne može se prenebregnuti da na kriminalno ponašanje utiče ostvaruje socijalna kontrola, teorije o učenju kao i shvatanja o muškosti. Pored toga, i rodne teorije o kriminalitetu žena daju doprinos njegovom razumevanju.

Ključne reči: kriminalitet žena, nasilje, tipologija dela, objašnjenja, teorije.

UVOD

Kriminalitet žena je u kriminologiji dosta dugo bio zanemarena tema. Jedan od razloga je sigurno znatno manje učešća žena u kriminalitetu kao i u osuđeničkoj zajednici. Zbog toga je verovatno smatrano da objašnjenje njihove uključenosti u kriminalne aktivnosti ne bi značajno doprinelo rešavanju problema kriminaliteta.¹ Žena prestupnica je posmatrana kao biološki ili psihički defektna jer odstupa od „prirodnog” ponašanja svojstvenog ženi. Od 70-ih godina prošlog veka zahvaljujući feminističkom pokretu ova situacija se menja. Nasuprot tradicionalnoj kriminologiji koja je primarno usmerena ka objašnjenju kriminaliteta muškaraca, nastaje feministička kriminologija koja skreće pažnju na žene prestupnice, a ne samo žrtve, pokušava da pruži objašnjenja ženskog učešća u vršenju krivičnih dela kao i drugačijeg pristupa organa formalne kontrole u sankcionisanju.

Kada je u pitanju etiologija kriminaliteta žena, po jednom pristupu treba primeniti klasične teorije kriminaliteta u objašnjenju, dok suprotno tome postoji stav da se kriminalno ponašanje žena razlikuje u poređenju sa muškarcima zbog čega postoji potreba za posebnim, rodnim, teorijama kriminaliteta. U tu kategoriju ulaze i redefinisane klasične teorije jer se novim sagledavanjem njihovih stavova može

* docent, natalija.lukic@ius.bg.ac.rs

1 F. T. Cullen, R. Agnew, *Feminist Theories: Gender, Power and Crime*, in: F. T. Cullen, R. Agnew (eds.), *Criminological Theory: Past to Present*, Oxford, 2011, 320–321.

odgonetnuti specifičnost žena prestupnica. Tako se dolazi do objašnjenja da se žene po određenim biološkim, psihološkim ili moralnim karakteristikama razlikuju od muškaraca, da drugačije reaguju na pritiske, da imaju više samo-kontrole, da se način usvajanja kriminalnih obrazaca razlikuje kod polova što je opet uzrokovano razlikama u njihovim socijalno konstruisanim ulogama itd. Sva ova shvatanja trebalo bi da odgovore na pitanje: „Zašto žene ne čine krivična dela u istoj meri kao i muškarci?”

Kada je od 60-ih i 70-ih godina prošlog veka došlo do porasta kriminaliteta žena kao i populacije zatvorenica postavilo se suprotno pitanje. Po stavovima Adlerove i Simon (*Adler, Simon*) emancipacija žena viđena je kao moguće objašnjenje smanjenja razlike između polova u vršenju krivičnih dela. Žene su počele u svemu da se približavaju muškarcima uključujući i najteže oblike kriminaliteta. No, novija istraživanja pokazuju da učešće žena u kriminalitetu nije drastično promenjeno i da postoje drugi razlozi kojima se ovaj naizgled promenjeni trend može objasniti.

U ovom radu biće reči o fenomenološkim obeležjima kriminaliteta žena koja uključuju podatke o njegovoj rasprostranjenosti, strukturi i tipologiji. Pored toga, u radu su predstavljeni najvažniji teorijski pravci kojima se objašnjava etiologija kriminaliteta žena.

1. DEFINISANJE AGRESIJE I NASILJA

Uobičajeno je da se u kriminološkoj literaturi pravi razlika između dva pojma – agresije i nasilja. Pod agresijom većina autora podrazumeva namerno nanošenje povrede koja može biti fizičke kao i psihičke prirode. Stavovi se u literaturi dalje razlikuju po pitanju značaja pojedinih elemenata definicije. Po jednim akcenat treba da bude na vrsti posledica, po drugim na oblicima agresivnog ponašanja, dok treći smatraju da je najvažnija namera da se neko lice povredi.² Takođe, ima mišljenja da agresor mora verovati da će povrediti žrtvu, dok žrtva mora biti motivisana da izbegne posledicu.³ Navedena definicija agresije kritikuje se jer ne uključuje oblike pasivno-agresivnog ponašanja (npr. blokiranje prolaza). Ovi oblici ispoljavanja agresije ispunjavaju subjektivnu stranu definicije izraženu u nameri da se drugome nanese povreda, ali ne i objektivnu komponentu jer je u pitanju pasivno postupanje.⁴ U psihijatriji se pod agresijom podrazumeva ciljno usmereno samo-potvrđivanje čija je posledica napad koji često uključuje neprijateljsku, destruktivnu nameru. Dakle, agresija podrazumeva afektivno osećanje, psihološku promenu i motoričku aktivnost.⁵

Iako su u pitanju slični pojmovi, mnogi autori ukazuju da između agresije i nasilja postoje razlike.⁶ U poređenju sa agresijom nasilje se shvata kao užji pojam (nije

2 R. Blackburn, *The Psychology of Criminal Conduct, Theory, Research and Practice*, Chichester, 1993, 211.

3 C. Anderson, L. Rowell Huesmann, Human Aggression: A Social-Cognitive View, in: M. A. Hogg, J. Cooper (eds.), *The Sage Handbook of Social Psychology*, Thousand Oaks, 2003, 296–323.

4 C. R. Bartol, A. M. Bartol, *Criminal Behaviour – A Psychological Approach*, Harlow, 2014, 138.

5 R. J. McCaldon, Aggression, *Canadian Psychiatric Association Journal*, vol. 9, n. 6, 1964, 502–511.

6 Đ. Ignjatović, Pojam i etiologija nasilničkog kriminaliteta, *Crimen*, br. 2, 2011, 179–211.

svako agresivno ponašanje i nasilno)⁷ i vrlo često u literaturi određuje na osnovu krivičnogpravnog pristupa. Tako Blackburn (*Blackburn*) navodi da se pod nasiljem podrazumeva nanošenje fizičke povrede upotrebom sile, a primeri nasilničkog ponašanja su ubistvo, telesna povreda, razbojništvo, silovanje i drugi oblici seksualnog napada.⁸ Gopinger (*Göppinger*) smatra da je sa kriminološkog aspekta najadekvatnije pod nasiljem podrazumevati umišljajne i fizičke oblike napada na drugo lice, pri čemu bi nehatni oblici kao i nasilje prema stvarima (npr. vandalizam, podmetanje požara) i verbalno nasilje (uvreda) bili isključeni iz definicije. Nasilje po ovom autoru uključuje ubistva i telesne povrede, seksualne delikte, razbojništvo, prinudu i određena krivična dela protiv lične slobode. Insistiranje samo na subjektivnoj strani u vidu namere da se drugi povredi po ovom autoru predstavlja problematično rešenje jer bi se na taj način pod nasiljem podrazumevala nejednaka raspodela moći ili životnih prilika što je slučaj kod tzv. institucionalnog odnosno strukturnog nasilja.⁹ Stanko određuje nasilje kao svaki oblik individualnog postupanja kojim se sa namerom preti ili nanosi fizička, psihička ili seksualna povreda drugome ili sebi. Iako navodi da je shvatanje pojma nasilja uglavnom određeno zakonskim kategorijama u vidu nanete povrede i subjektivnog elementa, zakon nije jedini faktor koji oblikuje nasilje. Situacioni kontekst nasilja ima bitnu ulogu, učesnici kao i oni koji donose odluke. Na taj način postaje jasno kako u određenom broju slučajeva ljudi upućene pretnje doživljavaju kao sastavni deo svakodnevnog iskustva.¹⁰

Postoje različite klasifikacije agresije. Tako se na primer pravi razlika između direktne i indirektno agresije kao i između reaktivne (najčešće reakcija na frustraciju i nedostatak samo-kontrole) i proaktivne (nije u bitnoj meri rukovođena emocijama već je instrumentalnog karaktera). U odnosu na kriminalitet žena navodi se da će one pre koristiti indirektnu i verbalnu agresiju za razliku od muškaraca.¹¹

2. FENOMENOLOŠKE KARAKTERISTIKE

2.1. Rasprostranjenost i struktura nasilnih krivičnih dela

Učešće žena u ukupnom kriminalitetu uglavnom je stabilno i kreće se oko 10–15%.¹² No, i u odnosu na ovo pitanje postoje različita gledišta. Naime, od 1950-ih godina prošlog veka kontinuirano se beleži veće učešće žena u vršenju krivičnih dela. Razlika između polova tada je bila jedno krivično delo koje učinila žena naspram sedam krivičnih dela muškaraca da bi se 1990-ih taj odnos smanjio na 1:5. To je navelo pojedine autore da tvrde kako se kriminalitet žena značajnije povećao u odnosu na muškarce i da je emancipacija žena moguće objašnjenje. Pri tome,

7 C. R. Bartol, A. M. Bartol, *op. cit.*, 136. Po ovim autorima ljudi su vekovima agresiju koristili da bi preživeli.

8 R. Blackburn, *op. cit.*,

9 H. Göppinger, *Kriminologie*, München, 2008, 477–479.

10 E. Stanko, Violence, in: E. McLaughlin, J. Muncie (eds.), *The Sage Dictionary of Criminology*, London, 2001, 315–318.

11 C. R. Bartol, A. M. Bartol, *op. cit.*, 157–159.

12 S. Jones, *Understanding Violent Crime*, Buckingham, 2000, 87.

interesantno je da je najveći porast zabeležen kod nasilnih krivičnih dela devojaka u uzrastu od 14–18 godina.¹³ To je navelo britanske medije da izveštavaju kako devojke postaju sve agresivnije i usvajaju obrasce ponašanja antisocijalnih mladića iz radničke klase.¹⁴ No, detaljnija analiza pokazuje realniju sliku agresivnog ponašanja žena. Prema podacima Jedinstvenog izveštaja o kriminalitetu (*Uniform Crime Report*) i Nacionalne studije o viktimizaciji (*National Crime Victim Survey*) porast učešća žena u nasilnim delima evidentiran je samo kod napada (*Assault*) na drugo lice (uključujući i teže oblike). Sa druge strane, primetan je obrnut trend kada se radi o ubistvima i razbojništvu.¹⁵ U analizi podataka iz Jedinstvenog izveštaja o kriminalitetu i Nacionalne studije o viktimizaciji koja je obuhvatila period od 1980–2003. godine Šteffensmajer (*Steffensmeier*) i saradnici su ispitivali da li između ovih podataka postoji podudarnost. Zaključili su da je trend težih nasilnih dela (ubistvo, silovanje, razbojništvo) stabilan prema podacima iz oba izvora, ali ta stabilnost je za krivično delo napada na drugo lice primetna samo prema podacima dobijenim iz studije o žrtvama. Statističke evidencije kriminaliteta pokazuju fluktuacije, odnosno porast učešća žena u vršenju ove inkriminacije.¹⁶ Još jedna okolnost koja se mora imati u vidu u donošenju zaključaka je da se kod kriminaliteta žena, a posebno kod njegovih nasilnih oblika, operiše u osnovi sa malim brojevima tako da i manji porast u apsolutnim brojevima daje za rezultat veliki porast u procentima.¹⁷

Žene ne samo da čine manji broj krivičnih dela, već se i struktura kriminaliteta razlikuje u odnosu na muškarce. Tako na primer podaci iz statističkih evidencija u SAD pokazuju da je udeo muškaraca uhapšenih zbog nekog nasilnog dela viši od 80%, dok je kod imovinskih dela taj procenat nešto niži (oko 70%). Slična je situacija i u Kanadi gde se žene najčešće krivično gone zbog imovinskih krivičnih dela (uglavnom su u pitanju krađa i sitna krađa). U Škotskoj su žene najčešće optuživane i osuđivane za krađu, sitnu krađu, prikrivanje, prostituciju, prevaru i lakše saobraćajne prestupe. U svim navedenim državama učešće žena u vršenju nasilničkog i organizovanog kriminaliteta je upadljivo manje u poređenju sa muškarcima.¹⁸ U Engleskoj i Velsu žene su najčešće optuživane i osuđivane za krađu (oko 40%), dok je kod nasil-

13 M. Burman, *Breaking the Mould, Patterns of Female Offending*, in: G. McIvor, *Women Who Offend*, London, 2004, 38–65.

14 Predstavnice feminističkog pravca u kriminologiji navode kako su mediji počeli vrlo detaljno da opisuju krivična dela devojaka što se u literature naziva „forenzički žurnalizam”. Na takve medijske izveštaje naslanjaju se mišljenja „eksperata” koji na taj način dalje doprinose demonizaciji maloletnica kao sve nasilnijim. Vid. M. Chesney-Lind, *Patriarchy, Crime and Justice, Feminist Criminology in an Era of Backlash*, *Feminist Criminology*, vol. 1, n. 1, 2006, 6–26.

15 J. M. Pollock, S. M. Davis, *The Continuing Myth of the Violent Female Offender*, *Criminal Justice Review*, vol. 30, n. 1, 2005, 5–29.

16 Autori ovu razliku objašnjavaju sledećim faktorima: 1) elastičnost krivičnih definicija; 2) diskreciona ocena organa koji su zaduženi za procenu da li je delo učinjeno ili ne; 3) manji stepen tolerancije na lakša krivična dela; 4) represivniji odnos organa formalne socijalne kontrole prema ženama. Vid. D. Steffensmeier et al, *Gender Gap Trends for Violent Crimes, 1980–2003, A UCR-NCVS Comparison*, *Feminist Criminology*, vol. 1, n. 1, 2006, 72–98.

17 J. M. Pollock, S. M. Davis, *op. cit.*, 13.

18 *Ibid.*

nih dela taj udeo oko 25%.¹⁹ No, razlika između polova je manje izražena kada su u pitanju podaci dobijeni studijama o samooptuživanju. To je pre svega slučaj sa lakšim imovinskim krivičnim delima, ali razlika ostaje značajna kod težih krivičnih dela (razbojništvo, teška krađa). Prema podacima Nacionalne studije o viktimizaciji koja se sprovodi svake godine u SAD proizlazi da je oko 14% učinilaca nasilnih dela ženskog pola. Najveća razlika u poređenju sa muškarcima je zabeležena za nasilna seksualna krivična dela (1:50), a najmanja za napad na drugo lice (1:6).²⁰

Dalje, kriminalne karijere žena koje čine krivična dela razlikuju se u odnosu na učinioce muškog pola. Oko 80% žena ima kriminalne karijere koje su kraće od godinu dana (kod muškaraca je taj udeo 55%), one ranije odustaju od vršenja krivičnih dela, a vrhunac u vršenju krivičnih dela nastupa ranije (kod devojaka oko 15. godine, a kod muškaraca oko 19. godine).²¹ Kada su u pitanju nasilna dela ta granica je kod žena viša u poređenju sa nenasilnim delima (oko 20. godine).²² Do ovih podataka se najpre dolazi studijama o samooptuživanju koje pokazuju da posle 17. godine razlika u ušešću polova u kriminalitetu postaje izraženija. Pojedini autori navedeno objašnjavaju faktorima socijalnog razvoja. Naime, na prestanak vršenja krivičnih dela utiču sledeći faktori: završeno obrazovanje, ekonomska samostalnost, emotivna i bračna stabilnost, roditeljstvo, a mnogi muškarci u ostvarivanju ovih ciljeva kasne za ženama.²³

2.2. Tipologija nasilnog ponašanja žena

2.2.1. Ubistvo

Ubistva u najvećem broju slučajeva vrše muškarci. Udeo žena kreće se oko 10% i taj trend je po pravilu stabilan. Najznačajniju razliku između žena i muškaraca ubica čine njihove žrtve. Dok žene po pravilu ubijaju lica koja poznaju i koja su najčešće iz njihovog porodičnog okruženja, žrtve muškaraca su lica iz kruga poznanika ili njima prethodno nepoznata lica. No, iako je manje verovatno da će žrtve muškaraca ubica biti lica iz porodičnog okruženja, muškarci i dalje u apsolutnim brojevima prednjače u broju među-partnerskih ubistava u odnosu na žene.²⁴ Po nekim procenama u oko 60% ubistava koje su učinile žene u SAD žrtva je bio intimni partner, dok je kod muškaraca taj udeo 20%.²⁵ Detaljnije analize za period od 1980. do 2008. godine takođe u SAD pokazuju da se udeo ovih ubistava kretao od 52% do 37%.²⁶ Karakteristike žena ubica intimnih partnera pokazuju da se najčešće (preko

19 K. Blanchette, S. L. Brown, *The Assessment and Treatment of Women Offenders*, Chichester, 2006, 1–3.

20 *Ibid.*

21 F. Heidensohn, L. Gelsthorpe, Gender and Crime, in: M. Maguire et al, (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford, 2007, 381–420.

22 B. Kivsgaard, *The Criminal Career, The Danish Longitudinal Study*, Cambridge, 2004, 71.

23 M. Burman, *op. cit.*, 60.

24 F. Brookman, *Understanding Homicide*, London, 2005, 162–163.

25 K. Blanchette, S. L. Brown, *op. cit.*, 8.

26 G. R. McKee, R. G. Dwyer, Physically and Sexually Violent Females, in: C. A. Pietz, C. A. Mattson (eds.), *Violent Offenders, Understanding and Assessment*, Oxford, 2015, 151–171.

50% slučajeva) radi o ženama uzrasta preko 30 godina, dok su muškarci žrtve u proseku 5 godina stariji. U 1/3 slučajeva žene su pre kritičnog događaja konzumirale alkohol, a u 9% slučajeva neku opojnu drogu. Kontekst u kome dolazi do ubistva intimnog partnera u velikom broju slučajeva podrazumeva reaktivno delovanje na provokaciju i nasilje muškarca. Postoje najčešće dva scenarija: 1) žena reaguje odmah na fizički ili verbalni sukob sa žrtvom; 2) reakcija je odložena, ubistvo je neočekivano, a žrtva pasivna.²⁷

Za razliku od ubistava u među-partnerskim odnosima, motivacija žena ubica lica van porodičnog okruženja se po nekim autorima ne razlikuje bitno u poređenju sa muškarcima. U tim situacijama žene, kao i muškarci, pokušavaju da zaštite svoj status ili ugled. Do ovih zaključaka došlo se pre svega u proučavanju ženskih gangova.²⁸

Dalje, pažnju zavređuju i žene serijske ubice. Po nekim procenama one čine oko 15% svih serijskih ubica. Ima mišljenja da je potrebno napraviti posebnu klasifikaciju ovih žena ubica, odnosno tipologiju koja se razlikuje u odnosu na muškarce serijske ubice. Tako Keleherovi (*Kelleher, Kelleher*) navode sledeće kategorije:

- a) „crne udovice” ubijaju partnere ili druge članove porodice; ubistva su dobro organizovana, a motiv je po pravilu profit;
- b) „anđeli smrti” ubijaju ljude o kojima brinu, a najčešće su to bolesna ili stara lica ili deca;
- c) „seksualne predatorke” su izuzetno retka kategorija, a osim seksualnog motiva žrtve ubijaju i zbog materijalne koristi;
- d) „osvetnice” su takođe retka kategorija, žrtve su po pravilu članovi porodice; za razliku od prve kategorije ubistva nisu organizovana i nije im cilj pribavljanje materijalne koristi;
- e) serijska ubistva motivisana profitom pri čemu žrtve nisu članovi porodice;
- f) timske serijske ubice koje dela vrše u saučesništvu.²⁹

Posebnu kategoriju čine žene koje ubijaju svoju decu. U literaturi se pravi razlika između neonaticida (ubistvo deteta u periodu do 24h posle rođenja), infanticida (ubistvo deteta uzrasta do jedne godine), filicida (ubistvo lica mlađeg od 18 godina). Prema procenama u SAD broj ubijene dece svake godine kreće se oko 3000.³⁰ Najugroženija su deca uzrasta do 5 godina. U literaturi je jednu od prvih klasifikacija majki ubica dece dao Resnik (*Resnick*) i po ovom autoru moguće je prema motivu razlikovati: a) ubistva motivisana altruističkim razlozima (oslobođenje deteta od patnji ili očekivanih patnji posle samoubistva roditelja); b) ubistva u stanju akutne psihoze; v) ubistva kao rezultat neželjene trudnoće; g) slučajna ubistva (u ovim slučajevima ubistvo je posledica zlostavljanja deteta); d) ubistva kao osveta partneru.³¹

27 F. Brookman, *op. cit.*, 164–167.

28 K. Blanchette, S. L. Brown, *op. cit.*, 9.

29 T. L. Freiburger, *Violent Women*, in: T. L. Freiburger, C. D. Marcum (eds.), *Women in the Criminal Justice System, Tracking the Journey of Females and Crime*, Boca Raton, 2016, 117–136.

30 K. D. Dodson, L. N. Cabbage, *Mothers Who Kill*, in: T. L. Freiburger, C. D. Marcum, *Women in the Criminal Justice System, Tracking the Journey of Females and Crime*, Boca Raton, 2016, 189–208.

31 G. R. McKee, R. G. Dwyer, *op. cit.*, 154.

Levis i Bouns (*Lewis, Bounce*) su kategorizaciju izvršili na osnovu okolnosti da li je kod majke prisutan psihički poremećaj ili ne što se na osnovu odgovarajućih testova može pouzdano utvrditi.³² Oberman i Majer (*Oberman, Mayer*) dele ubistva dece u na sledeći način: a) ubistvo deteta kao posledica zapuštanja (u ovoj kategoriji su često samohrane majke koje imaju više dece, koje nemaju podršku okoline i finansijsku stabilnost, a neretko su majke postale u adolescentskom periodu); b) neonaticid (najčešće povezan sa sakrivanjem trudnoće, a u pitanju su mlađe žene, često adolescentkinje, koje imaju pomešana osećanja prema novorođenčetu); v) ubistvo u određenom cilju (heterogena kategorija, ali moguće je ustanoviti određene pravilnosti: ubistvo više dece, problemi sa duševnim stanjem majke, pokušaj samoubistva, kod većine nije ranije ustanovljeno zlostavljanje deteta); g) ubistvo kao posledica zlostavljanja (kod ove kategorije se učestalo javlja problem sa zloupotrebom psihoaktivnih supstanci kao i viktimizacija u primarnoj porodici); d) ubistvo u saučesništvu sa partnerom.³³

Majke najčešće ubijaju manju decu, a smrt je vrlo često posledica zanemarivanja deteta. Sa druge strane, smrt kao posledica fizičkog zlostavljanja najčešće se pripisuje očevima. Kada su u pitanju majke koje ubijaju novorođenčad podaci pokazuju da je kod njih prisutan poremećaj ličnosti, a retko neka duševna bolest. Dalje, nova istraživanja pokazuju da među ovom kategorijom žena nisu zastupljene samo mlađe, nevenčane i žene nižeg socio-ekonomskog statusa, već žene različitog uzrasta, svih rasa, udate kao i žene iz različitih društvenih slojeva.³⁴ Kada je u pitanju ubistvo starije dece (filicid) istraživanja pokazuju da duševne bolesti, a ne samo poremećaji ličnosti, imaju značajnu ulogu u objašnjenju ovih slučajeva i to kod oba roditelja. Za majke se navodi da faktor rizika predstavljaju i depresivna stanja.³⁵ Dalje, u pitanju su žene koje su neretko njihovi roditelji zlostavljali, koje ili žive sa nasilnim partnerom ili su samohrane majke, socijalno izolovane i bez podrške, nezaposlene ili u finansijskim problemima. Takođe, zloupotreba alkohola je češća pojava u poređenju slučajevima ubistva novorođenčeta.³⁶

2.2.2. Nasilje u porodici

Iako u najvećem broju slučajeva muškarci vrše nasilje u porodici i žene takođe čine ova krivična dela.³⁷ Prema podacima Nacionalne studije o viktimizaciji koja je sprovedena 2011. godine, 4.7% anketiranih žena i 1.5% muškaraca prijavilo je da je u poslednjih šest meseci bilo žrtva nasilja u porodici. U preko 50% slučajeva u pitanju je bio lakši napad. Dok je nešto više od 50% žena prijavilo da je pretrpelo fizičku

32 J. L. E. Shelton et al, *Behavioral Analysis of Maternal Filicide*, Cham, 2015, 38.

33 M. Oberman, Mothers Who Kill, in: N. A. Jackson (ed.), *Encyclopedia of Domestic Violence*, New York, 2007, 496–499.

34 *Ibid.*, 43–44.

35 C. Pritchard et al, A New Paradigm on Parents Who Kill: „The Mental Health Syndrome Paradigm”, in: T. Brown et al, (eds.), *When Parents Kill Children, Understanding Filicide*, Cham, 2018, 103–124.

36 J. L. E. Shelton et al, *op. cit.*, 47–48; C. Pritchard et al, *op. cit.*, 105–108.

37 N. Lukić, Kaznena politika prema ženama, Teorijska analiza i stanje u Srbiji, u: R. Vasić, B. Čučković (ur.), *Identitetski preobražaj Srbije, prilozi Projektu 2017*, 2018, Beograd, 243–257.

povredu zbog nasilja u porodici, kod muškaraca³⁸ je taj procenat bio niži (44%). Nasilje u među-partnerskim odnosima nije karakteristično isključivo za heteroseksualne partnere, već i za one u homoseksualnim vezama. Prema podacima iz Nacionalnog upitnika o nasilju nad ženama u SAD oko 11% žena prijavilo je nasilje (silovanje, fizički napad ili proganjanje) koje je izvršila sadašnja ili bivša partnerka.³⁹ U literaturi nema saglasnosti po pitanju da li je nasilje žena u među-partnerskim odnosima najčešće rezultat samoodbrane, odnosno reakcije žene na nasilje muškarca ili su i žene agresivne podjednako kao i njihovi partneri. Pojedine sprovedene studije ukazuju da se udeo žena koje su nasilne prema partnerima ne razlikuje mnogo u odnosu na muškarce, a ima i podataka da broj nasilnih ponašanja žena prelazi učestalost takvih postupaka muškaraca.⁴⁰ U studiji koji su sprovedeli Dobaš i Dobaš (*Dobash and Dobash*) primenom dubinskih intervju sa 95 parova autori su pokušali do dođu do podataka u vezi nasilja žena prema svojim partnerima. Kritikujući studije koje beleže frekvenciju nasilnih događaja među partnerima bez uzimanja u obzir konteksta u kome se događaj odvija, subjektivne strane učesnika kao i njihove percepcije nasilja, autori tvrde da se na taj način dobija nerealna slika o nasilju žena. Takođe, problem je i u različitim definicijama i nerazdvajanju kategorija fizičkog i seksualnog zlostavljanja od psihičkih oblika nasilja. Rezultati njihove studije pokazuju da je u nešto više od 50% slučajeva u kojima je žena bila žrtva registrovano i njeno nasilje. Nijedna žena nije vršila seksualno zlostavljanje, a slučajevi nasilja prema partneru u kojima su nanete teške telesne povrede su retki. Nasilje žena se po učestalosti, prirodi, intenzitetu, nameri, fizičkim i emotivnim posledicama bitno razlikuje u odnosu na nasilje muškaraca. No, potrebno je napomenuti da su ovi autori svoje zaključke izveli posredno, na osnovu uzorka osuđenih muškaraca za delo nasilja u porodici.⁴¹

2.2.3. Razbojništvo

U studiji koju je sproveo Baskin (*Baskin*) i do podataka došao na osnovu 65 intervju sa ženama koje su učinile ovo krivično delo zaključeno je da je primarni motiv prestupnica bio novac. Većini (81%) je taj novac bio potreban zbog zavisnosti od upotrebe psihoaktivnih supstanci. Žrtva je po pravilo bilo nepoznato lice, a krivično delo izvršeno u sticaju sa još nekim krivičnim delom (prostitucija, krađa, ilegalna trgovina psihoaktivnim supstancama). Dalje, ove prestupnice su vrlo često razbojništvo vršile zajedno sa muškarcima pri čemu su za razliku od svojih saučesnika ređe koristile vatreno oružje.⁴² Interesantno je tvrđenje da osim motiva oličeno u koristoljublju, vrše-

38 C. M. Hilinski-Rosick, *The Cycle of Intimate Partner Violence*, in: T. L. Freiburger, C. D. Marcum (eds.), *Women in the Criminal Justice System, Tracking the Journey of Females and Crime*, Boca Raton, 2016, 47–66.

39 *Ibid.*, 53.

40 S. K. Steinmetz, J. S. Lucca, *Husband Battering*, in: V. B. Van Hasset et al, (eds.), *Handbook of Family Violence*, New York, 1988, 233–246.

41 R. P. Dobash, R. E. Dobash, *Women's Violence to Men in Intimate Relationships*, *British Journal of Criminology*, n. 44, 2004, 324–349.

42 K. Blanchette, S. L. Brown, *op. cit.*, 10.

nje razbojništva se u svemu ostalom razlikuje među polovima a te razlike su zapravo rezultat polne hijerarhije koja postoji na ulicama.⁴³

2.2.4. Nasilje maloletnica

Maloletnice, isto kao i punoletne žene prestupnice, čine značajno manji udeo svih učinilaca krivičnih dela u uzrastu do 18 godina. U proseku se navodi da je maloletnika oko 3–4 puta više u odnosu na maloletnice koje su učinile neko krivično delo.⁴⁴ Kada su u pitanju nasilna krivična dela (ubistvo, silovanje, razbojništvo, teška telesna povreda) taj odnos je 5:1.⁴⁵ No, interesantno je da je u periodu od 1990-ih godina u mnogim zemljama došlo do značajnog porasta kriminaliteta maloletnica. Pri tome, zabeležen je naročito porast nasilnih krivičnih dela (Australija, SAD, Engleska i Vels).⁴⁶ Krivična dela zbog kojih se devojke uglavnom nađu pred sudom su lakša i pretežno imovinska dela, dok kada su u pitanju ponašanja sa elementima nasilja najzastupljeniji je lakši napad koji ne uključuje upotrebu oružja i koji za posledicu nema teške telesne povrede. Takođe, veliki broj devojaka goni se zbog tzv. statusnih delikata (ponašanja koja se ne tretiraju kao krivična dela ukoliko ih učini lice starije od 18 godina i koja uključuju ponašanja kao što su bežanje od kuće, bežanje iz škole, opijanje).⁴⁷ No, ovi podaci ne znače da je zaista došlo do porasta kriminaliteta. Kao razlozi za veći broj devojaka koje su optužene za neko nasilno delo u statističkim evidencijama navodi se njihovo veće učešće u gangovima, a pažnja policije je usmerena na aktivnosti gangova nevezano za pol njihovih članova. Takođe, pažnja policije je više usmerena i ka porodičnim sukobima, a neretko se dešava da do fizičkog sukoba dođe između ćerki i roditelja. Studije o samooptuživanju potvrđuju da nije došlo do porasta nasilnih dela devojaka. Osim toga, pred krivičnim sudovima devojke su se u najvećem broju slučajeva našle zbog lakših oblika napada, a ne teških krivičnih dela sa elementima nasilja. Detaljnija analiza podataka dakle pokazuje da je porast kriminaliteta, a posebno nasilničkog, maloletnih prestupnica zapravo socijalna konstrukcija zbog čega se ne mogu potvrditi medijska izveštavanja da su „devojke podivljale“.⁴⁸

3. TEORIJSKA OBJAŠNJENJA ŽENSKOG NASILJA

Teorijska objašnjenja u kriminologiji pretežno su se odnosila na kriminalitet muškaraca. U teorijskim pristupima različitih pravaca žene se ne pominju i posredno proizlazi da određeno objašnjenje kriminaliteta važi i kada je ova kategorija učinilaca u pitanju. Nije jasno da li je navedeno posledica znatno manjeg učešća žena

43 A. Reckdenwald, K. F. Parker, The Influence of Gender Inequality and Marginalization on Types of Female Offending, *Homicide Studies*, vol. 12, n. 2, 2008, 208–226.

44 S. Batchelor, M. Burman, Working with Girls and Young Women, in: G. McIvor, *Women Who Offend*, London, 2004, 267–288.

45 M. Chesny-Lind, R. G. Shelden, *Girls, Delinquency and Juvenile Justice*, Chichester, 2014, 11.

46 *Ibid.*, 270.

47 D. J. Shoemaker, *Juvenile Delinquency*, Lanham, 2009, 270–272.

48 M. Chesny-Lind, R. G. Shelden, *op. cit.*, 9–22.

u kriminalitetu, običnog propusta ili seksizma, ali očigledno je da etiologija kriminaliteta žena nije zavredela mnogo pažnje među teoretičarima. U literaturi se pravi razlika između klasičnih kriminoloških teorija koje bi bile primenljive i na žene prestupnice i rodnih teorija koja su nastale upravo sa ciljem objašnjenja ženskog kriminaliteta. Mi ćemo u predstavljanju najznačajnijih teorija kojima se objašnjava kriminalitet žena poći od dominantnih ideja autora bez obzira da li se radi o klasičnim ili rodnim kriminološkim teorijama jer se određeni stavovi i objašnjenja poklapaju.

Shvatanja o kriminalitetu žena izložićemo polazeći od klasifikacije svih kriminoloških teorija na biološka, psihološka i sociološka objašnjenja, teorije socijalne reakcije i novijih kriminoloških teorija.⁴⁹

3.1. Rođena prestupnica?

Prvi predstavnici bioloških shvatanja u objašnjenju kriminaliteta žena bili su Lombroso i Ferrero (*Lombroso, Ferrero*). Ovi autori su tvrdili da je kriminalitet žena posledica njihove biološke inferiornosti. Zbog toga su žene prestupnice bile smatrane dvostruko devijantnim. Najpre jer predstavljaju anomaliju u odnosu na muškarce prestupnike, a drugo jer činjenjem krivičnih dela žene deluju protiv svoje biološke prirode.⁵⁰ Lombroso i Ferrero navode da su žene manje sklone kriminalitetu u poređenju sa muškarcima i da su u njihovom uzorku uglavnom bile žene koje su povremeno vršile krivična dela. Navedeno je posledica pasivne uloge žene i nemogućnosti da fizički i mentalno napreduju kao muškarci. Dalje, autori smatraju da žene prestupnice odlikuje muževnost izražena u određenim fizičkim karakteristikama, dok su se muškarci uvek opredeljivali za lepe žene zbog čega je malo rođenih žena prestupnica. Interesantno je da su autori smatrali da će sa napretkom civilizacije doći do porasta kriminaliteta žena. Iako ženu prestupnicu „odlikuje manje atavističkih crta degeneracije u poređenju ne samo sa muškarcima već i sa prostitutkama koje više liče na svoje primitivne pretke, može se očekivati da će žena prestupnica činiti više krivičnih dela kada se za to ukažu nove prilike...”⁵¹

No, i danas postoje aktuelna shvatanja o uticaju bioloških faktora na agresivno ponašanje. Pojedini autori tvrde da je agresivno ponašanje karakteristično za muškarce, što uostalom potvrđuju i podaci o njihovom većem učešću u kriminalitetu. Po zastupnicima ovog gledišta agresivno ponašanje nije posledica socijalizacije već biološke predispozije. Ove tvrdnje potkrepljuju činjenicom da se već kod malih beba može uočiti razlika u ispoljavanju agresije kod dečaka i devojčica, a u tom periodu socijalizacija još uvek ne vrši uticaj. Zatim, kod muškaraca je prisutna veća količina hormona testosterona kao i niži nivo serotonina što se dovodi u vezu sa agresijom.⁵² Međutim, kritičari ovih gledišta navode da se na primer nivo testosterona pre može dovesti u vezu sa dominacijom (predstavom o socijalnom statusu pojedinca) nego sa agresijom. Pored toga, na nivo testosterona može uticati i neka takmičarska situ-

49 Klasifikacija prema: Đ. Ignjatović, *Kriminologija*, Beograd, 2018, 63.

50 L. Gelsthorpe, *Female Offending, A Theoretical Overview*, in: G. McIvor, *Women Who Offend*, London, 2004, 13–37.

51 C. Lombroso, W. Ferrero, *The Female Offender*, New York, 1898, 102–114.

52 L. Gelsthorpe, *op. cit.*, 16–17.

acija, a naposletku nivo ovog hormona ne može biti isti kod svih nasilnika. Uostalom, statistički podaci o rasprostranjenosti ubistava pokazuju da postoje očigledne razlike između država (stopa ubistava je na primer 2001. godine u Norveškoj bila 0.95 na 100.000 stanovnika, dok je u Estoniji bila 10.6) što ukazuje na značaj socijalnih i kulturoloških činilaca.⁵³ Među biološkim faktorima koji se povezuju sa kriminalitetom žena je menstruacija i predmenstralni sindrom. Dalton je jedna od zagovornica ove povezanosti. Ona je na uzorku zatvorenica ispitivala kako su faze menstrualnog ciklusa povezane sa vršenjem krivičnih dela. Došla je do zaključka da je skoro polovina ispitanica u uzorku krivično delo izvršila u vreme trajanja menstruacije ili neposredno pre toga. Autorka zaključuje da je to posledica prisustva letargije, depresije, iritabilnosti koje su uzrokovane ciklusom.⁵⁴ Interesantno je da je u SAD bilo primera žena optuženih za teška nasilna dela (npr. ubistvo) koje su se pozivale na predmenstrualni sindrom kao razlog smanjene uračunljivosti što su u nekim slučajevima sudovi prihvatili i osuđivali ih za lakše oblike krivičnih dela.⁵⁵

3.2. Normalna ili patološka prestupnica?

Tokom XIX veka aktuelna su bila shvatanja koja su kriminalitet žena povezivala sa njihovim individualnim, fiziološkim i psihološkim, karakteristikama dok su ekonomski, društveni i politički faktori imali samo perifernu ulogu. Tako je na primer Frojd (*Freud*) smatrao da su žene inferiornija bića u odnosu na muškarce, da je njihova uloga pre svega seksualne prirode i ograničena na reprodukciju zbog čega žene odlikuju karakteristike kao što su pasivnost, emotivnost, narcisoidnost i prevrtljivost. Devijantne žene su one koje pokušavaju da budu muškarci. Tomas (*Thomas*) razvija mit o manipulativnoj ženi koja je hladna prepredena i sujeta. Devojke delinkventkinje manipulišu željama muškaraca za seksom kako bi ostvarile svoje krajnje ciljeve. Na sličan način Polak (*Pollak*) navodi da su žene inherentno prevrtljive, sposobnije da manipulišu, prepredene, bez strasti, osvetoljubive. Za ovakva shvatanja je karakteristično da se kriminalitet žena mora rešavati na psihološkom nivou korišćenjem terapije koja uzima u obzir njihove potrebe kao budućih supruga i majki. One treba da se prilagode i treba da im se pruži mogućnost da budu lepe i druželjubive žene. Takođe, na nedopuštena ponašanja u seksualnoj sferi gleda se drugačije u odnosu na na primer imovinska krivična dela, koja nisu tipično ženska, zbog čega se prema ženama može zauzeti popustljiviji pristup.⁵⁶

Kada su u pitanju savremena psihološka shvatanja, dosta autora posvećuje pažnju ispitivanjima ličnosti žena prestupnica kao i razlikama u socijalnoj i personalnoj adaptaciji između žena i muškaraca. Zatim, prema nekim mišljenjima postoje razlike u kognitivnim sposobnostima između polova (faktori koji utiču na sposobnost dešifrovanja informacija, interpretacije i razmatranja adekvatnog odgovora u

53 D. W. Jones, *Understanding Criminal Behaviour, Psychosocial Approach to Criminality*, Cullompton, 2008, 156–161.

54 K. Dalton, Menstruation and Crime, *British Medical Journal*, n. 30, 1961, 1753–1754.

55 D. W. Jones, *op. cit.*, 175–176.

56 D. Klein, Etiologija kriminaliteta žena, u: Đ. Ignjatović, *Teorije u kriminologiji*, Beograd, 2009, 372–387.

određenoj situaciji). Ima mišljenja da je stopa kriminaliteta žena niža jer one ranije u životu usvajaju socijalne kognitivne sposobnosti i zato što imaju bolje prosocijalne veštine.⁵⁷ U studiji koja je ispitivala kako preterana samo-kontrola utiče na nasilje i kriminalne karijere žena prestupnica pošlo se od pretpostavke da žene, zbog društvenih pravila koja inhibiraju ispoljavanje besa, akumuliraju visok nivo doživljenih provokacija što u nekom momentu prevazilazi prag tolerancije. Takve žene uglavnom čine jedno teško nasilno delo, dok je za žene koje slabije kontrolišu ispoljavanje agresije karakteristično da imaju veći broj lakših nasilnih krivičnih dela u kriminalnim karijerama. Pokazalo se da prva kategorija žena znatno češće čini ubistva, a kako su žrtve po pravilu lica iz porodičnog okruženja jedno objašnjenje može biti reakcija posle istorije stresnih događaja i frustracija.⁵⁸

Prema stavovima zastupljenim u pravcu označenim kao evolutivna psihologija (razumevanje ljudskog ponašanja u kontekstu Darwinove prirodne selekcije) kriminalitet kao i agresija žena objašnjavaju se prirodnom selekcijom u evoluciji jer su na taj način bile povećane šanse za opstanak i reprodukciju. Oskudica (u vidu hrane, novca, prostora) utiču i na imovinski i nasilnički kriminalitet žena. Dok je jasno da imovinskim krivičnim delima žene dolaze u posed potrebnih stvari, nasilje se objašnjava borbom za obezbeđivanjem muškaraca. Evolutivni pritisak oličen u potrebi obezbeđivanja potomstva kao i zavisnost dece od majki uslovljavaju nižu stopu kriminaliteta, kao i korišćenje manje rizičnih i indirektnih taktika (npr. verbalna agresija) ukoliko je direktna konfrontacija neizbežna.⁵⁹

Dugo je postojalo uverenje da su žene prestupnice mentalno bolesne. U meta-analizi koja je obuhvatila 62 sprovedene studije ukazano je da prisustvo duševnih bolesti nije češće među ženskim zatvorencima u poređenju sa muškarcima. Ispitivanja pokazuje da je poremećaj ličnosti zastupljeniji u populaciji muškaraca u zatvorima, ali nije zanemarljiv ni udeo žena sa ovom vrstom poremećaja.⁶⁰ U studiji koja je obuhvatila 94 maloletne prestupnice ispitivano je da li postoji povezanost između psihopatije i određenih kriminalnih ponašanja (zloupotreba opojnih droga, nasilje i krađa). Hipoteze su delimično potvrđene, odnosno pokazalo se da postoji statistički značajna veza između određenih psihopatskih crta ličnosti (nedostatak ambicije i narcisoidnost) i nasilja kao i krađe. No, za veliki broj ostalih psihopatskih crta ličnosti to nije moglo biti potvrđeno.⁶¹

3.3. Kontrolisana prestupnica

Hiršijeva kontrolna teorija. Četiri ključna elementa ove teorije su povezanost (emotivne veze sa drugima), obavezanost (ulaganje u konvencionalne aktivnosti koje se neće lako rizikovati), angažovanost (nivo uključenosti u konvencionalne

57 L. Gelsthorpe, *op. cit.*, 19–20.

58 E. Verona, J. L. Carbonell, Female Violence and Personality, *Criminal Justice and Behavior*, vol. 27, n. 2, 2000, 176–195.

59 K. Blanchette, S. L. Brown, *op. cit.*, 27–28.

60 D. W. Jones, *op. cit.*, 173–174.

61 M. G. Vaughn et al, An Investigation of Psychopathic Features Among Delinquent Girls, Violence, Theft and Drug Abuse, *Youth Violence and Juvenile Justice*, vol. 6, n. 3, 2008, 240–255.

aktivnosti) i verovanje (racionalizacija i opravdanje kriminalnog ponašanja). Nekoliko autora testiralo je primenljivost ove teorije u odnosu na kriminalitet žena. Rezultati su oprečni. Pojedina istraživanja potvrdila su značaj ove teorije za kriminalitet oba pola, dok su drugi istraživači došli do zaključka da zadovoljstvo poslom i povezanost sa drugim kriminalcima ima veći značaj za muškarce prestupnike, a kod žena je veći značaj imalo zadovoljstvo partnerom kao i to da je i partner prestupnik. Rezultati pojedinih istraživanja pokazuju da pol ima efekat na vezu između varijabli kojima se meri kontrola i kriminalnog ponašanja.⁶²

U literaturi i drugi autori navode značaj koji kontrola ima u odnosu na kriminalitet žena. Naime, još u adolescentskom periodu devojke imaju manje slobode koju im roditelji daju u poređenju sa braćom, a kasnije imaju više obaveza u pogledu odgajanja dece dok su muškarci pre okrenuti javnom delovanju.⁶³ Hagan (*Hagan*) je u teoriji kontrole moći ukazao na različitosti kontrole nad devojkaма u patrijarhalnim, matrijarhalnim i egalitarnim porodicama. Zaključuje se da će sa prelaskom na egalitarne porodične oblike doći do pada delinkventnog ponašanja mladića, a porasta ženske delinkvencije što će biti uzrokovano većom količinom moći koje žene osvajaju i na radnom mestu ali i kod kuće.⁶⁴

Teorija diferencijalne asocijacije. Za ovu teoriju karakteristično je da se kriminalno ponašanje uči kroz interakciju sa drugima, da se uče tehnike kao i vrednosti i da od frekvencije i intenziteta povezivanja zavisi ishod – odnosno da li će se lice ponašati kriminalno ili ne. Nekoliko istraživanja koja su proveravala primenljivost ove teorije na kriminalitet žena pokazuju da su varijable socijalnog učenja (kriminalni stavovi kao i kriminalci među prijateljima) bile prisutne kod oba pola, odnosno da su bile povezane sa delinkventnim ponašanjem. Interesantno je da na ponašanje žena značajan uticaj ima bračni partner koji je kriminalac, dok kod muškaraca veći značaj imaju prijatelji kriminalci.⁶⁵

Hajmer i DeKoster (*Heimer, De Coster*) polaze od teorije diferencijalne asocijacije kako bi objasnili nasilje žena, ali teoriju nadograđuju drugim sociološkim teorijama kao i feminističkim idejama. Naime, teorija diferencijalne asocijacije ne kaže ništa o razlikama između polova u pogledu učenja kriminalnog ponašanja, a drugo ne sme se zanemariti ni kulturalni uticaj na određenje razlika u ponašanju polova. Klasične rodne definicije u patrijarhalnim društvima neodvojive su od definicija koje podržavaju nasilje. Naime, devojke koje prihvate tradicionalne rodne definicije verovatno neće biti sklone kriminalnom ponašanju. Dalje, na usvajanje definicija važnu ulogu ima način vaspitavanja dece. Devojke će nasilne obrasce usvajati na suptilan način i kroz emotivnu bliskost sa roditeljima, dok je kod dečaka za to odgovorna direktna kontrola, nadzor i prinudna disciplina. Dalje, ovi autori navode da prijatelji kriminalci kao i kriminalna istorija imaju ulogu u opredeljivanju za kriminalno ponašanje, ali i socijalna struktura. Dečaci i devojčice nižeg socio-ekonomskog statusa, iz siromašnih porodica, deca Afroamerikanaca i samohranih majki će

62 K. Blanchette, S. L. Brown, *op. cit.*, 17–20.

63 L. Gelsthorpe, *op. cit.*, 20–22; D. W. Jones, *op. cit.*, 173.

64 D. J. Shoemaker, *op. cit.*, 279–282.

65 K. Blanchette, S. L. Brown, *op. cit.*, 20–22.

pre iskusiti oblike direktne kontrole i nadzora, pre će se povezati sa drugim delinquentima, a u takvim sredinama su i rodne definicije rigidnije.⁶⁶

Teorija pritiska. Broidi i Egnju (*Broidy, Agnew*) polaze od ideja autora psiholoških teorija, kontrolnih teorija i feminističkih gledišta kako bi objasnili specifičnosti generalne teorije pritiska kada su žene prestupnice u pitanju. Tako ovi autori navode da se žene suočavaju sa drugačijim oblicima pritisaka u poređenju sa muškarcima. One kao pritisak doživljavaju rodnu diskriminaciju, zahteve članova porodice, ograničenost na privatnu životnu sferu, ekonomsku marginalizaciju, kojoj su naročito poslednjih decenija izložene, kao i viktimizaciju od strane drugih članova porodice. Zatim navode da se žene u emotivnom reagovanju razlikuju u smislu da na pritisak pre reaguju tako što ispoljavaju zabrinutost, strah, depresiju, a manje deluju agresivno. Oni ne tvrde da su žene manje agresivne u poređenju sa muškarcima, već da u stresnim situacijama izbegavaju da je primene zbog različitih razloga (okrivljavanje sebe a ne drugih, vođenje računa da se agresijom ne ugroze bliski odnosi, reakcija okoline). Na kraju, kako bi objasnili zbog čega žene u manjoj meri reaguju na različite pritiske vršenjem krivičnih dela autori navode odsustvo osećaja moći i samopoštovanja.⁶⁷

Integrativni pristup. Šteffensmajer i Alan (*Steffensmeier, Allan*) u svom objašnjenju kriminaliteta žena objedinjuju ideje socijalnog učenja, kontrolnih teorija, teorije rutinske aktivnosti ali i feminističke ideje. Za njihovo poimanje ključnu ulogu ima pojam organizacije roda koji objašnjava manje učešće žena u kriminalitetu. Organizacija roda određena je pravilima ponašanja polova (od žena se očekuje da budu podređene, da brinu o drugima, a posebno o bliskim ljudima kao i da ispune očekivanja u pogledu fizičkog izgleda i seksualnog ponašanja); moralnim razvojem (žene su socijalizovane tako da vode računa o održavanju bliskih odnosa dok su muškarci usmereni ka ostvarivanju statusa zbog čega su agresivniji a takođe i manje moralni jer shvataju da se moraju nadmetati sa drugima u postizanju ciljeva); socijalnom kontrolom (na odstupajuće ponašanje žena reaguje se sa većim prekorom i uz dodeljivanje negativnih etiketa); fizičkom snagom (manja fizička snaga objašnjava zašto žene ne vrše krivična dela u meri kao i muškarci); seksualnošću (ostvarivanje profita kroz prostituciju, ali čak i u tom segmentu muškarci dominiraju jer oni kontrolišu uslove pod kojima prostitutke rade). Svi navedeni faktori ograničavaju pristup prilikama za izvršenje krivičnih dela (najveće ograničenje je prisutno u pristupu organizovanom kriminalitetu). Dalje, isti faktori deluju i na motivaciju za izvršenje krivičnih dela (žena je socijalizovana da brine o bliskim ljudima zbog čega će biti manje spremna da preduzme rizično ponašanje i ugrozi te odnose). Naposletku, isti faktori utiču i na kontekst u kome se vrše krivična dela. Primer je ubistvo u partnerskim odnosima. Ako je žena učinilac najčešće se radi o slučaju porodičnog nasilja i reakcije žene na agresiju svog partnera. Ako se radi o krivičnim delima koja su

66 K. Heimer, S. De Coster, *The Gendering of Violent Delinquency*, in: F. T. Cullen, R. Agnew, *Criminological Theory: Past to Present*, New York, 2011, 348–356.

67 L. Broidy, R. Agnew, *Gender and Crime: A General Strain Theory Perspective*, *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 34, n. 3, 1997, 275–306.

karakteristična za muškarce (npr. razbojništvo) žena po pravilu delo vrši u saučestvu sa muškarcem.⁶⁸

3.4. *Emancipovana prestupnica*

Kada je sredinom prošlog veka zabeležen porast prijave i osuda za krivična dela žena postavilo se pitanje da li je emancipacija žena uzrok tome. Iako je još Lombrozo tvrdio da će doći do porasta kriminaliteta žena kada budu oslobođene porodičnih i majčinskih obaveza, Adler i Simon su bile glavne zagovornice ove teze. Tako je Adler u svojoj knjizi „Sestre u zločinu” tvrdila da će emancipacija dovesti ne samo do toga da žene zahtevaju iste prilike u legitimnom sektoru, već će i razlika među polovima biti manja u pogledu vršenja svih, a ne samo lakših krivičnih dela. Žene će, kao i muškarci, činiti i razbojništva, iznude kao i ubistva.⁶⁹ No, iako relativno učešće žena u kriminalitetu jeste poraslo u prethodnom delu teksta je objašnjeno koji su sve faktori doprineli tom porastu kao i da je porast zabeležen upravo kod lakših krivičnih dela. Još jedna tvrdnja Adlerove je takođe dovedena u pitanje. Naime, Džejs i Tornton (*James, Thornton*) su ispitivali blizu 300 devojaka o njihovom delinkventnom ponašanju kao i feminističkim idejama. Povezanost ovih pojava utvrđena je kao negativna veza i to u odnosu na imovinska krivična dela i ona sa elementima nasilja. Dakle, što su devojke bile delinkventnije to su bile manje emancipovane. One su manje bile usmerene ka ostvarivanju uloga supruge i majke, ali istovremeno nisu bile okrenute ka postizanju istih profesionalnih pozicija kao i muškarci u legitimnoj sferi.⁷⁰

Iako su zagovornici stava da će emancipacija žena poboljšati njihov položaj, po nekim autorima desilo se upravo suprotno. Posledica je veća ekonomska marginalizacija žena. Iako je veliki broj žena zaposlen, mnoge su i dalje ekonomski marginalizovane, rade povremene ili slabo plaćene poslove zbog čega se okretanje kriminalnim aktivnostima pokazuje kao logičan ishod.⁷¹ Učestaliji razvodi brakova takođe doprinose lošijem ekonomskom položaju sve većeg broja žena koje su samohrane majke. Pojedini autori su testirali ove stavove, ali i dalje ostaje otvoreno pitanje zbog čega sve razvedene majke koje nemaju dovoljno finansijskih sredstava ne čine krivična dela.⁷² No, ima i istraživanja koja pokazuju da se faktori kao što siromaštvo i dezorganizovana porodica mogu dovesti u vezu sa kriminalitetom žena.⁷³ Istraživanja takođe pokazuju da ekonomska marginalizacija ima različit uticaj na kriminalitet žena u zavisnosti od vrste krivičnog dela. Tako je na primer utvrđena da između ekonomske marginalizacije i vršenja ubistva partnera, razbojništva i ilegalne prodaje opojnih droga postoji statistički značajna veza, ali je uticaj tog faktora drugačiji

68 D. J. Steffensmeier, E. Allan, Toward a Gendered Theory of Female Offending, in: F. T. Cullen, R. Agnew, *Criminological Theory: Past to Present*, New York, 2011, 369–377.

69 F. Adler, Sisters in Crime, in: F. T. Cullen, R. Agnew, *Criminological Theory: Past to Present*, New York, 2011, 333–340.

70 M. Chesny-Lind, R. G. Shelden, *op. cit.*, 135–138.

71 I. Marsh et al, *Theories of Crime*, New York, 2006, 158–159.

72 K. Blanchette, S. L. Brown, *op. cit.*, 31–32.

73 L. Gelsthorpe, *op. cit.*, 20–22;

drugačiji za druga dva dela zbog čega autori zaključuju da je ubistvo partnera uzrokovano i drugim razlozima⁷⁴.

Kada je u pitanju feminističko shvatanje kriminaliteta žena ne može se reći da postoji jedinstveno gledište. Zapravo se radi o više pravaca koji se podvode pod feminizam. Tako se pravi razlika između liberalnog, radikalnog, marksističkog i socijalističkog feminizma. Druga podela uključuje sledeće pravce: afro-američki, esencijalistički, psiho-analitički i postmodernistički feminizam. Ono što je zajedničko za sve ove pravce jeste stav da su žene potčinjene, a potčinjenost ima centralno mesto u objašnjenju uzroka i prognoze kriminaliteta žena.⁷⁵ Taj uslov ispunjavaju na primer teorija o pozicijama moći kao i feministička teorija o putevima kriminaliteta.

Zagovornici prve teorije smatraju da su žene i deca potčinjeni muškarcima, a da će do kriminaliteta žena verovatnije doći ukoliko žene prihvate stavove o svom bespomoćnom položaju. Tome naročito doprinosi viktimizacija doživljena u primarnoj porodici. Druga teorija takođe akcenat stavlja na viktimizaciju u primarnoj porodici kao faktor rizika. Naime, zbog proživljene viktimizacije devojke izlaz pronalaze u bežanju od kuće, a kako bi opstale na ulicama počinju da se bave prodajom droga, razbojništvom i prostitucijom. Tako na primer Džouns (*Jones*) objašnjava ponašanje mladih Afro-amerikanki u dezorganizovanim područjima Filadelfije i San Franciska. U ovim gradskim područjima stopa siromaštva je i duplo veća nego u ostalim gradskim sredinama, izražena je segregacija, a shodno tome je i kriminalitet zastupljeniji. U intervjuima sa devojkaama koje su rođene i odrasle u tim područjima, koje potiču uglavnom iz nekompletnih porodica ili porodica u kojima je zabeleženo porodično nasilje ili je jedan roditelj (najčešće otac) na izdržavanju kazne zatvora, autorka objašnjava kojim se strategijama ove devojke koriste kako bi preživele na ulicama. One su suočene sa pritiskom da se ponašaju u skladu sa rodnim očekivanjima, a istovremeno kako same navode „moraju da opstanu i spremne su zbog toga i da koriste nasilje”. Nasilna dela često uključuju tuče sa drugim devojkaama i to radi zaštite reputacije. Na taj način devojka stiče određeni status u lokalnoj zajednici kao i svojevrsnu zaštitu, osim kada je u pitanju seksualno nasilje.⁷⁶ Slično tome, Irvin i Adler (*Irwin, Adler*) objašnjavaju kako su devojke prinuđene da balansiraju između rodnih stereotipa i očekivanja i sa druge strane da zaštite reputaciju koja podrazumeva upotrebu nasilja i to vrlo često prema drugim devojkaama. I u uzorku ovog istraživanja devojke su poticale iz dezorganizovanih područja. U velikom broju slučajeva dolazile su iz nekompletnih ili hraniteljskih porodica, neretko porodica u kojima je bilo porodičnog nasilja ili je jedan roditelj bio u zatvoru, a bilo je i devojaka beskućnica kao i onih koje su već postale majke ili su preuzimale tu ulogu u odnosu na mlađe sestre i braću.⁷⁷

74 A. Reckdenwald, K. F. Parker, *op. cit.*, 208–226.

75 K. Blanchette, S. L. Brown, *op. cit.*, 35–36.

76 Više o tome u: N. Jones, „It’s about being a Survivor”, in: M. Chesney-Lind, R. Immarigeon (eds.), *Fighting for Girls, New Perspectives on Gender and Violence*, New York, 2010, 203–218.

77 Vidi: K. Irwin, C. Adler, *Fighting for her Honor: Girl’s Violence in Distressed Communities*, *Feminist Criminology*, vol. 7, n. 4, 2012, 350–380.

3.5. Muškost kao objašnjenje

Doprinos feminističkog pravca ogleda se i u postavljanju pitanja šta je to karakteristično za muškarce, ne kao pripadnike radničke klase ili podređenih pojedinaca ili migranata, već samo kao muški pol što ih navodi da čine krivična dela. Šta je to u socijalnoj konstrukciji muškog pola toliko kriminogeno? Prvo je radikalni feminizam tvrdio da je patrijarhalni sistem odgovoran za nasilje muškaraca koji na taj način potvrđuju moć ili status. Pojedine feministkinje tvrdile su da su svi muškarci silovatelji i da na taj način žele da drže žene u pokornosti.⁷⁸ Ove ideje bile su kritikovane zbog čega su nova shvatanja pokušala da muškost dovedu u različit socijalni i kulturni kontekst. Tako na primer Mesersmit (*Messerschmidt*) kritikuje radikalne feministkinje zbog simplifikacije objašnjenja koje se zasniva na tvrdnji da su svi muškarci loši, a žene dobre. Shvatanje i iskazivanje muškosti je kulturno, klasno i raso uslovljeno, a pri tome i godine utiču na socijalnu konstrukciju ovog pojma. Ako ne postoji mogućnost da se muškost demonstrira korišćenjem legitimnih sredstava verovatno je da će doći do vršenja krivičnog dela. Mesersmit koristi pojam hegemonističke muškosti koja je karakteristična za industrijska društva i koji uključuje sledeće karakteristike: tržišna privreda, heteroseksualnost, podređenost žena, nekontrolisani seksualni nagon muškaraca, autoritet, kontrola, takmičarski individualizam, nezavisnost, agresija i sposobnost za nasilje.⁷⁹

Ovom shvatanju su upućeni brojni prigovori: zanemaruje se uloga žena, broj načina za iskazivanje muškosti je mali (zanemaruje se na primer da se muškost može iskazivati i kroz primer dobrog oca, kroz rad u dobrotvornim organizacijama) i naposljetku zanemaruje se da ne moraju sva krivična dela biti učinjena kako bi se iskazala muškost. Postoje i dela koja se čine samo zbog zabave ili zbog nekog zadovoljstva.⁸⁰ Mesersmit reformuliše pojam hegemonističke muškosti priznajući da postoje njegove razlike na lokalnom, regionalnom i globalnom nivou⁸¹ kao i da je uloga žena, odnosno koncept „izražene ženstvenosti” važan za objašnjenje. Autor daje primer kako žene (na osnovu sprovedenih intervjuova drugih autora) imaju različita očekivanja od muškaraca u sferi intimnih i porodičnih odnosa u poređenju sa radnim okruženjem. Dok se u prvom slučaju očekuje da muškarac bude zaštitnik, dominantan i da drži sve pod kontrolom, od muškaraca kolega očekuje se prijateljski i egalitaran odnos.⁸²

78 F. Heidensohn, L. Gelsthorpe, *op. cit.*, 387.

79 J. W. Messerschmidt, *Masculinities and Crime*, in: F. T. Cullen, R. Agnew, *Criminological Theory: Past to Present*, New York, 2011, 357–368.

80 *Ibid.*

81 Autor na primeru britanskih vojnika u mirovnoj misiji u BiH 90-ih godina prošlog veka objašnjava kako shvatanje hegemonističke muškosti može da se promeni. Intervjui sa britanskim vojnicima pokazali su da je njihovo shvatanje muškosti bilo modifikovano zbog činjenice da im je zadatak bila mirovna misija, a ne klasičan rat. Nova konstrukcija zasniva se na verovanju da je učestvovanje u ovim mirovnim procesima opasnije i izazovnije u poređenju sa klasičnim ratom i da je taj koncept nadređen lokalnom hegemonističkom modelu muškosti. Više u: J. W. Messerschmidt, *Hegemonic Masculinity, Formulation, Reformulation and Amplification*, Lanham, 2018, 47–70.

82 *Ibid.*

ZAKLJUČAK

Nesporno je da je učešće žena u kriminalitetu znatno manje u poređenju sa muškarcima. Navedeno posebno dolazi do izražaja u pogledu nasilnih krivičnih dela kao i organizovanog kriminaliteta. Iako mnogi autori ističu da je pre svega emancipacija žena uticala na njihovo češće vršenje krivičnih dela, detaljnije analize statističkih podataka kao i podataka dobijenih studijama samooptuživanja pokazuju da se suštinski ništa značajnije nije promenilo. Među objašnjenjima ovog navodnog porasta pažnju posebno privlači promena pristupa organa formalne socijalne kontrole, a pre svega policije, koja je počela da zauzima represivniji pristup prema ženama prestupnicama. Još je interesantnije da se ovo dešava u pogledu nasilja u porodici za koje se tradicionalno smatra da je rezervisano za muškarce dok je žena po pravilu žrtva kao i u odnosu na delinkvenciju maloletnica koja je, gledano u apsolutnim brojevima, uvek predstavljala zanemarljiv udeo ukupnog kriminaliteta žena. Pored toga, po nekim gledištima proizlazi da su maloletnice počele češće da vrše krivična dela, uključujući i ona sa elementima nasilja, dok je kod maloletnih muškaraca zabeležen ili pad učešća u kriminalitetu ili bar manji porast u odnosu na devojke. Promene u odnosu organa formalne socijalne kontrole suprotstavljaju se feminističkim gledištima u kriminologiji koja ističu da prema ženama prestupnicama postoji kavaljerski pristup zbog čega broj krivičnih postupaka kao i izrečenih sankcija ne odslikava pravo stanje kada je kriminalitet žena u pitanju. Kako su se drugačijem pristupu organa formalne kontrole priključili i mediji koji, bar kada je delinkvencija maloletnica u pitanju, prenaglašavaju ovaj fenomen, feministički pravac je sada okrenut kritici navedene situacije. To potvrđuju naslovi poput: „da li su devojke podivljale?“, zatvaranje „loših“ devojaka, „borba za maloletnice“ u feminističkim kriminološkim tekstovima.

U objašnjenju kriminaliteta žena potrebno je ukazati na nekoliko okolnosti. Najpre, iako se određeni broj nasilnih krivičnih dela koja su izvršile žene može objasniti njihovom viktimizacijom, ne može se tvrditi da žene vrše nasilna dela samo kao reakciju na nasilje muškaraca. Žene su isto tako učinioci i nasilnih dela kao što su ubistva, razbojništva ili nanošenje telesnih povreda. Iako intenzitet fizičkih povreda nije (osim kod ubistva) isti kao kod muškog nasilja, posledice postoje. Čak i kada je nasilje u porodici u pitanju ne može se tvrditi da je žena u svakom slučaju isključivo žrtva. Tome svakako doprinosi široka definicija porodičnog nasilja koja pored fizičkih uključuje i psihičke oblike, ali iako u znatno manjem broju, postoje i slučajevi fizičkog nasilja (posebno uzajamnog) čiji su učinioci žene. Sa druge strane, žene prestupnice ne treba etiketirati kao muškobanjaste, homoseksualne ili žene koje su drugačije u odnosu na „dobre“ žene. Tome, kako se u literaturi navodi, doprinose ustaljena socijalna shvatanja po kojima je za žene neprihvatljivo da budu agresivne, da muškarci koriste agresiju za uspostavljanje kontrole dok je kod žena agresija rezultat izgubljene kontrole, cilj agresije kod žene je oslobođenje tenzije, kod muškaraca nagrada je nadmoć nad drugima itd.⁸³ Žene vrše nasilna dela u ra-

83 P. R. Gilbert, Discourses of Female Violence and Societal Gender Stereotypes, *Violence against Women*, November 2002, 1271–1300.

zličitim kontekstima i zbog brojnih motiva zbog čega se u njihovom objašnjenju moraju uzeti u obzir različiti faktori: određene psihičke karakteristike, zloupotreba alkohola i opojnih droga, socio-ekonomski status, proživljena viktimizacija, socijalizacija.

Kada su u pitanju teorijska objašnjenja moguće je koristiti i postojeća kriminološka saznanja o kriminalitetu. Izlaganje u radu pokazalo je da određena teorijska objašnjenja imaju veći značaj kada je kriminalitet žena u pitanju. No, očigledno je i da je potrebno nadograditi ih, odnosno analizirati kako se na primer reagovanje na pritisak ili učenje kriminalnih obrazaca razlikuje među polovima kao i kakvu ulogu u tome imaju rodne uloge u društvu. Kao i kada je kriminalitet uopšte u pitanju, tako se ni kriminalitet žena ne može objasniti uz oslanjanje na samo jedno teorijsko objašnjenje. Integrativni pristupi koji objedinjuju različita klasična teorijska saznanja kao i ideje zastupljene u novim rodnim teorijama kriminaliteta mogu doprineti razumevanju etiologije kriminaliteta žena.

LITERATURA

- F. Adler, Sisters in Crime, in: F. T. Cullen, R. Agnew, *Criminological Theory: Past to Present*, New York, 2011.
- C. Anderson, L. Rowell Huesmann, Human Aggression: A Social-Cognitive View, in: M. A. Hogg, J. Cooper (eds.), *The Sage Handbook of Social Psychology*, Thousand Oaks, 2003.
- C. R. Bartol, A. M. Bartol, *Criminal Behaviour – A Psychological Approach*, Harlow, 2014.
- S. Batchelor, M. Burman, Working with Girls and Young Women, in: G. McIvor, *Women Who Offend*, London, 2004.
- R. Blackburn, *The Psychology of Criminal Conduct, Theory, Research and Practice*, Chichester, 1993.
- K. Blanchette, S. L. Brown, *The Assessment and Treatment of Women Offenders*, Chichester, 2006.
- L. Broidy, R. Agnew, Gender and Crime: A General Strain Theory Perspective, *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 34, n. 3, 1997.
- F. Brookman, *Understanding Homicide*, London, 2005.
- M. Burman, Breaking the Mould, Patterns of Female Offending, in: G. McIvor, *Women Who Offend*, London, 2004.
- M. Chesney-Lind, Patriarchy, Crime and Justice, Feminist Criminology in an Era of Backlash, *Feminist Criminology*, vol.1, n.1, 2006.
- M. Chesney-Lind, R. G. Sheldon, *Girls, Delinquency and Juvenile Justice*, Chichester, 2014.
- F. T. Cullen, R. Agnew, Feminist Theories: Gender, Power and Crime, in: F. T. Cullen, R. Agnew (eds.), *Criminological Theory: Past to Present*, Oxford, 2011.
- K. Dalton, Menstruation and Crime, *British Medical Journal*, n.30, 1961.
- R. P. Dobash, R. E. Dobash, Women's Violence to Men in Intimate Relationships, *British Journal of Criminology*, n.44, 2004.
- K. D. Dodson, L. N. Cabage, Mothers Who Kill, in: T. L. Freiburger, C. D. Marcum, *Women in the Criminal Justice System, Tracking the Journey of Females and Crime*, Boca Raton, 2016.

- T. L. Freiburger, Violent Women, in: T. L. Freiburger, C. D. Marcum (eds.), *Women in the Criminal Justice System, Tracking the Journey of Females and Crime*, Boca Raton, 2016.
- L. Gelsthorpe, Female Offending, A Theoretical Overview, in: G. McIvor, *Women Who Offend*, London, 2004.
- P. R. Gilbert, Discourses of Female Violence and Societal Gender Stereotypes, *Violence against Women*, November 2002.
- H. Göppinger, *Kriminologie*, München, 2008.
- F. Heidensohn, L. Gelsthorpe, Gender and Crime, in: M. Maguire et al, (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford, 2007.
- K. Heimer, S. De Coster, The Gendering of Violent Delinquency, in: F. T. Cullen, R. Agnew, *Criminological Theory: Past to Present*, New York, 2011.
- C. M. Hilinski-Rosick, The Cycle of Intimate Partner Violence, in: T. L. Freiburger, C. D. Marcum (eds.), *Women in the Criminal Justice System, Tracking the Journey of Females and Crime*, Boca Raton, 2016.
- Đ. Ignjatović, Pojam i etiologija nasilničkog kriminaliteta, *Crimen*, br. 2, 2011.
- Đ. Ignjatović, *Kriminologija*, Beograd, 2018.
- K. Irwin, C. Adler, Fighting for her Honor: Girl's Violence in Distressed Communities, *Feminist Criminology*, vol. 7, n. 4, 2012.
- D. W. Jones, *Understanding Criminal Behaviour, Psychosocial Approach to Criminality*, Cullompton, 2008.
- N. Jones, „It's about being a Survivor”, in: M. Chesney-Lind, R. Immarigeon (eds.), *Fighting for Girls, New Perspectives on Gender and Violence*, New York, 2010.
- S. Jones, *Understanding Violent Crime*, Buckingham, 2000.
- D. Klein, Etiologija kriminaliteta žena, u: Đ. Ignjatović, *Teorije u kriminologiji*, Beograd, 2009.
- B. Kyvsgaard, *The Criminal Career, The Danish Longitudinal Study*, Cambridge, 2004.
- C. Lombroso, W. Ferrero, *The Female Offender*, New York, 1898.
- N. Lukić, Kaznena politika prema ženama, Teorijska analiza i stanje u Srbiji, u: R. Vasić, B. Čučković (ur.), *Identitetski preobražaj Srbije, prilozi Projektu 2017*, 2018.
- I. Marsh et al, *Theories of Crime*, New York, 2006.
- R. J. McCaldon, Aggression, *Canadian Psychiatric Association Journal*, vol. 9, n.6, 1964.
- G. R. McKee, R. G. Dwyer, Psysically and Sexually Violent Females, in: C. A. Pietz, C. A. Mattson (eds.), *Violent Offenders, Understanding and Assessment*, Oxford, 2015.
- J. W. Messerschmidt, Masculinities and Crime, in: F. T. Cullen, R. Agnew, *Criminological Theory: Past to Present*, New York, 2011.
- J. W. Messerschmidt, *Hegemonic Masculinity, Formulation, Reformulation and Amplification*, Lanham, 2018.
- M. Oberman, Mothers Who Kill, in: N. A. Jackson (ed.), *Encyclopedia of Domestic Violence*, New York, 2007.
- J. M. Pollock, S. M. Davis, The Continuing Myth of the Violent Female Offender, *Criminal Justice Review*, vol. 30, n. 1, 2005.
- C. Pritchard et al, A New Paradigm on Parents Who Kill: „The Mental Health Syndrome Paradigm”, in: T. Brown et al, (eds.), *When Parents Kill Children, Understanding Filicide*, Cham, 2018.

- A. Reckdenwald, K. F. Parker, The Influence of Gender Inequality and Marginalization on Types of Female Offending, *Homicide Studies*, vol. 12, n. 2, 2008.
- J. L. E. Shelton et al, *Behavioral Analysis of Maternal Filicide*, Cham, 2015.
- D. J. Shoemaker, *Juvenile Delinquency*, Lanham, 2009.
- E. Stanko, Violence, in: E. McLaughlin, J. Muncie (eds.), *The Sage Dictionary of Criminology*, London, 2001.
- D. Steffensmeier et al, Gender Gap Trends for Violent Crimes, 1980–2003, A UCR-NCVS Comparison, *Feminist Criminology*, vol.1, n.1, 2006.
- D. J. Steffensmeier, E. Allan, Toward a Gendered Theory of Female Offending, in: F. T. Cullen, R. Agnew, *Criminological Theory: Past to Present*, New York, 2011.
- S. K. Steinmetz, J. S. Lucca, Husband Battering, in: V. B. Van Hasset et al, (eds.), *Handbook of Family Violence*, New York, 1988.
- M. G. Vaughn et al, An Investigation of Psychopathic Features Among Delinquent Girls, Violence, Theft and Drug Abuse, *Youth Violence and Juvenile Justice*, vol. 6, n.3, 2008.
- E. Verona, J. L. Carbonell, Female Violence and Personality, *Criminal Justice and Behavior*, vol.27, n.2, 2000.

Natalija Lukić

FEMALE VIOLENCE

SUMMARY

In this paper author analyses characteristics of women's violent crime as well as theoretical explanations of it. After pointing to the differences between aggression and violence in the literature phenomenological aspect of women's violent crime is presented. Women are less involved in all criminal activities in comparison to men and in respect to violent crime this gender gap is even more obvious. Although women represent a small percentage of violent offenders in past few decades many authors claim that they are becoming more violent and this assertion is based on statistical data. This is especially the case with the crime of assault whereas criminal offences of homicide and robbery are at constant rates for decades. However, analyses of both statistics and self-report studies show that women are not becoming more violent. Instead, there are other factors that could be used to explain this apparent increase. They include different reaction of the system (police strategies), wider interpretation of violent crimes definitions and operations with small numbers of crimes and their presentation in percentages.

There are different theoretical perspectives of female offending. It is possible to make a distinction between gender-oriented paradigms and classical theories or gender-neutral theories. The second group includes, for example, control theories, learning theories and strain theories while gender-oriented explanations includes feminist perspective as well as some other possible theoretical explanations. All theories are classified in different ways in criminological literature. In this paper author presents some of the most prominent theories of female offending. Classification is made in accordance with general classification of all criminological theories (biological, psychological, sociological theories, theories of social

reaction and contemporary explanations). Within these groups author presents theories according to their main ideas regarding women's crime.

It is concluded that both mentioned groups of theories should be used in explanation of female offending. In this way it is possible to understand that women are not only victims of violent crime but offenders as well. One part of women's violence is due to their experienced victimization but it should be outlined that women commit robberies, family violence, assaults as well as murders. On the other hand, women offenders should not be labeled as bad or mad or just different in comparison to „good” women. Reasons for women's crimes are numerous and they include individual as well as social factors. Therefore, all integrated models of explanations will contribute to understanding of female crime.

Key words: female crime, violence, typology, theories.

Jovana Banović*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

JAVNO PODSTICANJE NA IZVRŠENJE TERORISTIČKIH DELA (ČL. 391A KZ) – IZMEĐU SLOBODE POJEDINCA I BEZBEDNOG DRUŠTVA

Apstrakt: U radu se obrađuje krivično delo javno podsticanje na izvršenje terorističkih dela koje je u Krivični zakonik Republike Srbije uvedeno 2012. godine kao rezultat prihvatanja preuzetih međunarodnih obaveza. Nakon izlaganja o pravnom okviru za propisivanje ovog krivičnog dela i analize važećeg rešenja iz čl. 391a KZ uz ukazivanje na njegove pravnodomatske specifičnosti, odgovarajuća pažnja će se posvetiti i određenim teorijskim dilemama u vezi sa traženjem „balansa” između potrebe za zaštitom od teških napada na dobra koja se štite krivičnim pravom i zadiranja u osnovna ljudska prava i slobode. Biće reči o opravdanosti ove inkriminacije sa aspekta preventivnog krivičnog prava, ali i mogućim zloupotrebama, a kako se ovo krivično delo može ostvariti na različite načine, to će poseban osvrt biti dat na upotrebu interneta u cilju izvršenja.

Ključne reči: javno podsticanje, terorizam, individualna prava, prevencija, internet.

UVOD

Kako se ističe u literaturi, čovekova sloboda i postavljanje granica za upliv države u privatnu sferu pojedinca su pitanja koja se najčešće javljaju onda kada se društvo nađe na kakvom socijalno-političkom prelomu.¹ Mada je ova misao nastala u drugačijim društvenim i političkim uslovima, može se reći da je i danas aktuelna u sledstvu kako globalnih, tako i unutrašnjih uticaja na (ne)stabilnost društva i period krize koji se odražava i na normativno delovanje. Terorizam (uz trgovinu ljudima, pranje novca, proizvodnju i stavljanje u promet opojnih droga, koruptivna krivična dela...) predstavlja domen krivičnopravne reakcije koji prevazilazi okvire nacionalnog zakonodavstva, pa se u tom smislu govori i o svojevrsnoj „internacionalizaciji krivičnog prava”.²

Terorizam nije dobio epitet najozbiljnijeg protivpravnog ponašanja tek tako. On stvara veliku opasnost za današnja društva, između ostalog i zbog mnogobrojnih oblika u kojima se ostvaruje (ili može ostvariti) i teških posledica do kojih dovodi, pa makar se one manifestovale i samo kao rizik od „terora”. Zbog takvog uticaja na društvenu zajednicu, njene članove, a u krajnjem, i na čovečanstvo, i „prateći” teroristički akti čine potebnim angažovanje krivičnog aparata. Propisivanje čl. 391a KZ-a je segment te regulative.

* istraživač-pripravnik, jovanabanovic@gmail.com

1 Lj. Bavcon /1989/: Kritički pogled na sistem i sadržinu kaznenopravne zaštite države i njenog ustavnog poretka u SFRJ, *Misao, reč, kazna – verbalni politički delikt*, Beograd, p. 4.

2 H. J. Hirsch /2005/: Internacionalizacija kaznenog prava i kaznenopravne znanosti, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, vol. 12, br. 1, p. 158.

Krivično delo javno podsticanje na izvršenje terorističkih dela je samo jedan deo nove koncepcije određivanja krivičnih dela terorizma.³ Premda krivičnopravni minimalizam u smislu *ultima ratio* karaktera predstavlja vodeću tendenciju u savremenoj teoriji krivičnog prava⁴, terorizam kao globalni fenomen zahteva kombinaciju preventivnih i represivnih mehanizama za njegovo suzbijanje.⁵ Iako smatramo da *ratio legis* kažnjavanja za podsticanje na izvršenje terorističkih dela nije sporan, ono gde treba pokazati obazrivost su moguće zloupotrebe u primeni prava.⁶ „Ugroženo građanstvo” zavređuje krivičnopravnu zaštitu i u ranim fazama vršenja krivičnih dela, ali se naglašava da izolovane napade ne bi trebalo prikazivati kao postojanje tzv. endemske nesigurnosti ranjivih građana radi dobijanja legitimiteta za potencijalno odstupanje od nekih osnovnih pravnih principa.⁷

Jedno od ključnih pitanja u ovom radu je „kako pronaći meru između poštovanja individualnih prava i sloboda i bezbednog društva na osnovu važećih odredaba krivičnog materijalnog prava?”⁸

1. PRAVNI OKVIR ZA PROPISIVANJE KRIVIČNOG DELA IZ ČL. 391a KZ

Javno podsticanje na izvršenje terorističkih dela je u srpsko pravo uvedeno zakonom o izmenama i dopunama KZ-a „Službeni glasnik RS” 121/2012 kao rezultat usklađivanja sa relevantnim konvencijama čiji je predmet suzbijanje akata terorizma. Od posebnog značaja za ovo krivično delo su čl. 5 *Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju terorizma* iz 2005. godine (u daljem tekstu: Konvencija)⁹ koju je Srbija ratifikovala 2009. godine („Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori”, br. 19/2009), *Okvirna odluka Saveta Evropske unije o borbi protiv terorizma 2002/475 JHA* od 13. juna 2002. godine i *Odluka o izmeni i dopuni 2008/919 JHA* od 28. novembra 2008. godine.¹⁰

3 O genezi krivičnih dela terorizma u KZ RS više u: Z. Stojanović i D. Kolarić /2014/: *Krivičnopravno suzbijanje organizovanog kriminaliteta, terorizma i korupcije*, Beograd, pp. 168. i dalje.

4 A. Ashworth and J. Horder /2013/: *Principles of Criminal Law (7th edn)*, Oxford University Press, Chapter 2. Criminalization, p. 15.

5 N. Delić /2014a/: Criminal Offences of Terrorism in the Criminal Code of Serbia after the Amendment of 212 – in: *Kaznena reakcija u Srbiji IV deo*, (Đ. Ignjatović, ed.), p. 133.

6 Vid. D. Kolarić /2013/: Nova koncepcija krivičnih dela terorizma u Krivičnom zakoniku Republike Srbije, *Crimen IV*, n°1, p. 62, I. Bodrožić /2018/: Opravdanost izučavanja terorizma kao kategorije krivičnog prava, *Kultura polisa*, god. XV, n°37, p. 244.

7 P. Ramsay /2010/: Overcriminalization as Vulnerable Citizenship, *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, Vol. 13, n°2, p. 285.

U našem pravu se kao primer očigledno neosnovane inkriminacije korišćene kao sredstvo obračuna sa političkim neistomišljenicima navodi krivično delo Neprijateljska propaganda iz čl. 133. KZ SFRJ koje je u biti kriminalizovalo kritičko mišljenje. Vid. S. Vračar /1989/: Neosnovanost inkriminacije kritičkog mišljenja, *Misao, reč, kazna – verbalni politički delikt*, Beograd, p. 31.

8 Vid. V. Tadros /2008/: Crimes and Security, *The Modern Law Review*, Vol. 71, n°6, p. 940.

9 *Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism – CETS No. 196* koja je doneta u Varšavi 16. maja 2005. godine, a stupila na snagu 1. juna 2007. godine.

10 *Council Framework Decision 2008/919 JHA amending Framework Decision 2002/475 JHA on combating terrorism*. O ostalim međunarodnim izvorima više u: N. Delić /2014a/: *op. cit.*, pp.

Povod za donošenje ovih akata usledio je nakon zaključaka Evropskog saveta u Tampereu 1999. godine gde je terorizam prepoznat kao jedna od najtežih povreda osnovnih ljudskih sloboda i prava. Sadržina odluka se bazira na zahtevu Saveta Evrope za uvođenjem minimalnih kazni za krivična dela terorizma, kao i dela povezanih sa terorističkim aktivnostima i njihovim definisanjem. Vredi istaći da je kod krivičnog dela iz čl. 391a KZ naglašena potreba za inkriminisanjem ranih stadijuma u izvršenju krivičnog dela (pripremne radnje), kao i podizanju na rang radnje izvršenja tipične radnje saučesništva (podstrekavanje). Osim toga, ukazuje se na potrebu utvrđivanja nadležnosti državnih organa odnosnih zemalja u smislu organizacije i odredaba o prostornom važenju krivičnog prava, te na saradnju među državama. Srbija je u vezi s tim donela Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala, terorizma i korupcije – ZONDOTK¹¹ kojim je za krivična dela terorizma i terorističkih akata (čl. 391, čl. 391a, b, v, g, čl. 393 i čl. 393a KZ) utvrđena nadležnost Posebnog odeljenja Višeg suda u Beogradu i pred njim postupajućeg Tužilaštva za organizovani kriminal (čl. 4. ZONDOTK).

Kao jedan od potencijalnih problema identifikovan je odgovor nacionalnih zakona na pojmove „posredne provokacije” u kontekstu govora koji indirektno podstiče na vršenje terorističkih akata i „pojedinaца koji deluju samostalno” odnosno terorista koji delaju za sebe, van određenih grupa (npr. Al Kaide, Islamskog džihada i sl.).¹² Reč je pitanjima koja ostavljaju prostor za široko tumačenje i konfrontaciju istaknute potrebe za bezbednošću i zaštite ljudskih prava.

Interesantno je primetiti da je Srbija propisala (između ostalog) i ovo krivično delo tek 2012. godine, iako je tokom 2009. godine u kojoj je potvrđena Konvencija, Krivični zakonik menjan čak dva puta (u septembru i decembru).¹³ Zašto je propuštena prilika za pravovremenim usklađivanjem više i nema praktičnog značaja budući da je ta obaveza naposljetku izvršena, ali bi uprkos tome što česte intervencije na zakonodavnom planu nisu poželjne, trebalo voditi računa o svrsishodnosti i stvarnoj, a ne samo pravnoj obaveznosti postavljenih zahteva.

134–140 i D. Kolarić /2014/: Javno podsticanje na terorizam i praksa Evropskog suda za ljudska prava – balans između politike i evropskih pravnih tekovina, *Srpska politička misao*, n°1, god. 21. vol. 43, pp. 75–79.

11 „Sl. glasnik RS”, br. 94/2016 i 87/2018 – dr. zakon.

12 Pravila EU o krivičnim delima terorizma i odgovarajuće kazne, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l33168&from=EN>, 23. mart 2019. godine.

Strategija suzbijanja terorističkih dela obuhvata četiri komponente: sprečavanje, zaštitu, krivično gonjenje, odgovor na takve akte raspoloživim sredstvima, uz obezbeđivanje potrebnih materijalnih resursa za sprovođenje ovih aktivnosti. Tako: E. Rediker /2015/: The Incitement of Terrorism on the Internet: Legal Standards, Enforcement, and the Role of the European Union, *Michigan Journal of International Law*, vol. 36: 321, pp. 348–349.

Za pregled mera koje je Srbija preduzela u implementaciji Rezolucije Saveta bezbednosti UN 1624 (2005) u borbi protiv terorizma vid.: B. van Ginkel /2011/: *Incitement to Terrorism: A Matter of Prevention or Repression?*, International Centre for Counter-Terrorism – The Hague, p. 84.

13 Vid. i Z. Stojanović /2013/: Da li je Srbiji potrebna reforma krivičnog zakonodavstva?, *Crimen*, IV, n°2, p. 134. fn. 31.

2. JAVNO PODSTICANJE NA IZVRŠENJE TERORISTIČKIH DELA – OBELEŽJA BIĆA I NEKE TEORIJSKE DILEME

Čl. 391a KZ je svrstan u grupu krivičnih dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom. Depolitizacija ovog krivičnog dela s obzirom na zaštitni objekat i obeležja bića je opravdana naročito u smislu odredaba Zakona o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima – ZMPPKS koje se odnose na pretpostavke za izručenje (čl. 7)¹⁴, čime se omogućava ekstradicija učinilaca ovih dela. Ipak, potpuno odsustvo političkog elementa nije ostvarivo posebno jer se u teoriji ističe da motiv za vršenje ovih dela može biti kako ideološki i religijski, tako i politički.¹⁵ Ovo krivično delo se žargonski naziva „terorističkom propagandom”, a prevod latinske reči *propaganda* odgovara i sadržini inkriminacije: delatnost kojoj je cilj da utiče na najšire slojeve, *širenje, rasprostiranje ideja*.¹⁶

Ono ima jedan oblik za koji je zaprećena kazna zatvora od jedne do deset godina.

Radnja izvršenja je alternativno propisana i sastoji se u iznošenju (saopštavanje vlastitih uverenja) ili pronošnju (saopštavanje nečega što je saznato od drugih lica) ideja.¹⁷ Radnja izvršenja mora da bude učinjena *javno* što znači da se ideja čini dostupnom neodređenom i širem krugu lica na različite načine: na javnom skupu, putem sredstava informisanja, rasturanjem letaka ili sve popularnijih društvenih mreža.¹⁸ O tome šta ispunjava sadržaj ovih radnji treba „konsultovati” i ceo proces artikulacije misli koje su pretočene u ideje, odnosno pravnoformalno, kojima su ostvarena obeležja bića krivičnog dela, s obzirom na celokupan društveni kontekst u kom se javljaju.¹⁹

Predmet izvršenja ovog krivičnog dela čine *ideje*. U osnovnom jezičkom značenju ideja se definiše kao: misao, pojam, predstava ili gledište o nečemu.²⁰ Postavlja se pitanje kada nastaje ideja u smislu ovog krivičnog dela i gde postaviti granicu između dopuštenog i protivpravnog? Imajući u vidu svrhu ove inkriminacije, a to je

14 „Sl. glasnik RS”, br. 20/2009. D. Kolarić /2013/: *op. cit.*, p. 57.

15 A. Cassese /2006/: The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, Issue 5, p. 939.

16 M. Vujaklija /2009/: *Leksikon stranih reči i izraza*, Beograd, p. 803.

17 Z. Stojanović /2018/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, pp. 1121–1123.

18 N. Delić /2014b/: *Nova rešenja u Posebnom delu Krivičnog zakonika Srbije*, Beograd, p. 224.

19 Poređenjem dva sistema različite istorije – jevrejskog (okrenutog tradiciji i religiji) i anglosaksonskog (kapitalistički orijentisanog) s ciljem sagledavanja *interesa* koji neko društvo opredeljuju da nešto (konkretno izjave koje podstiču na vršenje akata nasilja) dozvoli ili zabrani, citirani autor zaključuje da bi, primera radi, američki pravnik trebalo da uzme u obzir i neke moralne vrednosti, dok jevrejskom pravniku nije dovoljno da se bavi samo dostojanstvom jevrejske zajednice već i utvrđivanjem konkretne štete koja je nastala kao posledica protivpravnog ponašanja i njenim sudskim pre nego „božanskim” sankcionisanjem. Više o tome: J. Crane /2010/: Defining the Unspeakable: Incitement in Halakhah and Anglo-American Jurisprudence, *Journal of Law and Religion*, Vol. 25, n° 2, pp. 354–356. U tom smislu i odnosu javnog i privatnog interesa u institucionalnoj zaštiti vid. M. Mitrović /2013/: Društvena javnost, javno mnjenje i organizovani kriminalitet u Srbiji – in: *Kaznena reakcija u Srbiji III deo*, (Đ. Ignjatović, ed.), p. 71.

20 M. Vujaklija /2009/: *op. ci.*, p. 345. Pitagora kaže da je misao ideja u prolazu.

da se kažnjava za samo podsticanje na vršenje terorističkih dela zbog opasnosti koju takva aktivnost nosi sa sobom²¹, bez obzira da li je neko od tih dela zaista i ostvareno, treba istaći i značaj sadržaja u kom se ideja manifestuje (ako je realizovano krivično delo iz čl. 391. KZ, moglo bi se utvrđivati da li učinilac eventualno može odgovarati za terorizam podstrekavanjem, odnosno da li se radi o prividnom idealnom sticaju po osnovu materijalnog supsidijariteta).²² Gordon razmatra određene činjenice koje običan govor transformišu u podsticanje: gde je data izjava – da li je to mesto „dovoljno javno”; kako su adresati doživeli tu izjavu – da li može ohrabriti „publiku” na terorističko delovanje; kakva je sadržina izjave – u okvirima slobode govora ili kriminalizovano podsticanje; kakav je subjektivni doživljaj govornika – da li ima „dovoljno namere”.²³

U proceni koja je to ideja „podobna” da se njenom interpretacijom podstakne na izvršenje terorističkih akata treba poći i od ustavom proklamovanih garancija jer krivično pravo nekada predstavlja teško iskušenje za ustavnost.²⁴ To se pre svega odnosi na primenu čl. 46 Ustava RS koji „jemči slobodu mišljenja i izražavanja, kao i slobodu da se govorom, pisanjem, slikom ili na drugi način traže, primaju i šire obaveštenja i ideje”. U vezi sa izuzecima kojima se ograničavaju neka fundamentalna prava (kada u stvari dolazi do pokretanja krivičnog postupka), Berger ističe značaj državnih organa u utvrđivanju pune sadržine sporne ideje, davanjem onog oblika koji opravdava krivičnoppravnu reakciju.²⁵ U postupku dokazivanja treba uzimati i princip srazmernosti koji je imanentan krivičnom pravu i u tom smislu *odrediti* da li ta ideja predstavlja pretnju za društvo od terorističkih akata („*designation issue*”) i *umešati* se u rešavanje krivične stvari preduzimanjem odgovarajućih procesnih mera („*interference issue*”).²⁶

Nadalje, da li puka konstatacija činjenice može predstavljati ideju kojom se podstiče na vršenje terorističkih dela?²⁷ Potvrđan odgovor na ovo pitanje bi suviše

21 Država je u obavezi da spreči teška dela koja ugrožavaju njene građane, čak i onda kada se radi o propagandi. Tako: J. Larson and A. Whitton /1964/: *Propaganda towards Disarmament in the War od Words*, Chapter: State Responsibility for Private Propaganda, p. 141.

22 Rediker pravi paralelu sa genocidom nazivajući podsticanje „nedovršenim zločinom” jer nije potreban dokaz o rezultatu – krivično delo se praktično zasniva na jako izraženom subjektivnom elementu kod učinioca koji preduzima radnju izvršenja, a ne na stvarnim efektima njegovog ponašanja. E. Rediker /2015/: *op. cit.*, p. 327.

23 G. Gordon /2008/: From Incitement to Indictment? Prosecuting Iran’s President for Advocating Israel’s Destruction and Piecing Together Incitement Law’s Emerging Analytical Framework, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 98, n°3, p. 870. Autor polazi od anglosaksonske koncepcije krivičnog dela govoreći o *mens rea* elementu koji se uglavnom svodi na postojanje umišljaja sa jasno izraženom namerom. Sličan pristup ima i L. Kendrick /2014/: Free Speech and Guilty Minds, *Columbia Law Review*, Vol. 114: 1255, p. 1257, fn. 2. O pojmu *mens rea* više u: I. Đokić /2016/: *Opšti pojam krivičnog dela u anglo-američkom pravu*, Beograd, pp. 44–48.

24 B. Berger /2011/: The Abiding Presence of Conscience: Criminal Justice against the Law and the Modern Constitutional Imagination, *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 61, n°4, p. 583.

25 B. Berger /2011/: *ibid.*, p. 614.

26 C. Michaelsen /2008/: *Fresh Perspectives on the „War on Terror”*, Chapter: The Proportionality Principle in the Context of Anti-Terrorism Laws: An Inquiry into the Boundaries between Human Rights Law and Public Policy, p. 112.

27 Z. Stojanović /2018/: *op. cit.*, p. 1122.

proširio zonu kažnjivosti i direktno uveo neki vid cenzure pa se kao takav ne smatra opravdanim. Sa druge strane, prema zakonskoj odredbi, iznošenje ili pronosjenje ideja može biti učinjeno neposredno ili posredno. Posebno je dubiozno posredno podsticanje sa aspekta *lex certa* načela zakonitosti. Neki autori ironično govore o širenju kriminalne zone od strane zagovornika stava po kom radnja izvršenja može biti sve što na bilo koji način koristi potencijalnim teroristima.²⁸ Indirektno podsticanje na vršenje terorističkih dela je *per se* neodređeno jer veliki broj radnji dolazi u obzir. Subjektivna usmerenost svakako doprinosi razgraničenju pravnorelevantnih radnji od onih koje to nisu (čak se i u Konvenciji upotrebljava reč, prema zvaničnom prevodu, „namera” s kojom se podsticanje na izvršenje ovih dela preuzima) i takav pristup može opravdati teorija o dvostrukoj funkciji umišljaja (i nehata). Međutim, prethodno treba utvrditi šta faktički predstavlja ulazak u zonu kažnjivosti na nivou objektivnog neprava.²⁹ Polazeći od sadržine govora, radnja izvršenja može biti i poziv na vršenje terorističkih dela, opravdanje, glorifikacija itd. Ono što je nesporno jeste da se krivično delo iz čl. 391a KZ odnosi na podsticanje na vršenje krivičnog dela terorizam iz čl. 391. KZ a ne na druga dela. Takođe, kao moguće radnje izvršenja javljaju se i pojmovi *apologije*³⁰ i *glorifikacije*³¹, što može predstavljati radnju u smislu *podržavanja* i *odobravanja* ideja i uverenja kao okidača za buduće terorističke akte.³²

Prema prirodi inkriminiranih radnji reč je o radnjama podstrekavanja. Međutim, za razliku od podstrekavanja kao oblika saučesništva, kod ovog krivičnog dela se ne zahteva izazivanje ili učvršćivanje odluke kod određenog lica za izvršenje određenog krivičnog dela, već se odobravanjem ili potvrdom ispravnosti nekih stavova daje podsticaj, podrška za preduzimanje terorističkih akcija³³, odnosno postojeća, već formirana odluka dalje učvršćuje.³⁴ Pored toga, podstrekavanje shvaćeno kao stvaranje odluke kod određenog lica ozbiljnije ugrožava zaštićeno dobro, nego podsticanje ako ga razumemo kao širenje ideja usmerenih na izvršenje terorističkih dela³⁵, bez obzira što se u drugom slučaju formalno radi o tzv. izvršilačkom podstrekavanju.³⁶

Posledica ovog krivičnog dela se sastoji u apstraktnoj opasnosti. Nije je potrebno utvrđivati u svakom konkretnom slučaju budući da se pravnotehnički ona ne nalazi u

28 „Teroristi treba čista odeća, uputstvo za upotrebu mašine za veš može biti korisno za njega; teroristi se udružuju između sebe, javni prevoz im olakšava da dođu jedni do drugih; oni vole da se šale, humoristička knjiga može da ih podstakne na vršenje terorizma.” J. Hodgson and V. Tadros /2009/: How to Make a Terrorist Out of Nothing, *The Modern Law Review*, Vol. 72, n°6, p. 985.

29 J. Hodgson and V. Tadros /2009/: *ibid.*, p. 987.

30 Odbrana, odbrambeni govor ili spis u korist nekog čoveka ili učenja. M. Vujaklija /2009/: *op. cit.*, p. 73.

31 Slavljenje, proslavljanje, veličanje, obožavanje, uzdizanje. M. Vujaklija /2009/: *ibid.*, p. 196.

32 N. Delić /2014a/: *op. cit.*, p. 142 i B. van Ginkel /2011/: *op. cit.*, p. 13.

33 N. Delić /2014b/: *op. cit.*, p. 224.

34 I. Vuković /2016/: Podstrekavanje i javno pozivanje na vršenje krivičnog dela, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, n°2–3, pp. 314–315.

35 D. Coenen /2017/: Freedom of Speech and the Criminal Law, *Boston University Law Review*, Vol. 97: 1533, p. 1553. U nastavku, autor učinioce koji javno podstiču na izvršenje ovih dela naziva „ratobornim govornicima”. Vid. p. 1555.

36 I. Vuković /2016/: *op. cit.*, p. 322.

obeležjima bića krivičnog dela. Radi se o neoborivoj pretpostavci da je ovakvo ponašanje opasno, rizično, iako je posledica u širem smislu udaljena od zaštitnog objekta.

Govoreći o podsticanju na izvršenje terorističkih dela, *Ginkel* navodi pet elemenata koje bi takvo delovanje trebalo da poseduje: određenost ponašanja (što je prema čl. 5. st. 2. Konvencije ostavljeno državama potpisnicama da definišu shodno obeležjima datim u 1. st. istog člana)³⁷, sadržinu govora (neposredno ili posredno podsticanje), javno obraćanje, subjektivni supstrat (krivica) i uzročnu (kauzalnu) vezu.³⁸ Imajući u vidu ovaj poslednji element, zanimljivo je osvrnuti se na pitanje uzročnosti kod krivičnog dela iz čl. 391a KZ.

Naime, u tradicionalnoj podeli na krivična dela povrede i krivična dela ugrožavanja, ovi potonji se dele na delikte konkretne i apstraktne opasnosti. Razlikuju se prema tome da li je opasnost predviđena kao obeležje bića, pa se u literaturi samo delikti konkretne opasnosti koja se nalazi u zakonskom opisu krivičnog dela smatraju posledičnim, te je stoga neophodno da sud utvrdi uzročnu vezu između preduzete radnje i nastupele posledice. Nasuprot tome, ističe se da kod dela sa apstraktnom opasnošću nije potrebno utvrđivanje uzročnosti. *Vuković* iznosi stav da se uzročno-posledična veza može ispitivati i kod delikata apstraktne opasnosti, „čiji opis obuhvata izvesno dejstvo na imenovanom objektu radnje”.³⁹ Mada je apstraktnu opasnost teško materijalizovati, u kontekstu konkretnog krivičnog dela se može govoriti o svojevrsnoj kauzalnoj vezi koja treba da postoji između podsticanja (iznošenje ili pronošnje ideja) i *verovatnoće* nastanka terorističkih dela, odnosno *stvorene opasnosti* za njihovo izvršenje. Ovo tim pre što određene promene u spoljnom svetu proizlaze upravo iz objektivnog neprava krivičnog dela. Osim toga, kod opasnih ponašanja kao što je podsticanje na vršenje terorizma uvek je potrebno imati visok stepen opreza koji je intuitivan krivičnopravnom pojmu apstraktne opasnosti kao posledice krivičnog dela iz čl. 391a KZ.⁴⁰ Ipak, to ne znači da treba utvrđivati uzročnost s eventualno kasnije učinjenim krivičnim delom, jer se za ostvarenje obeležja javnog podsticanja ne traži da je izvršeno krivično delo terorizma.⁴¹

Na planu krivice se zahteva umišljaj koji mora da obuhvati sve bitne elemente krivičnog dela, odnosno da učinilac mora da bude svestan da iznosi ili pronosi nešto čime podstiče na terorizam i da to hoće (direktni umišljaj) ili na to pristaje (eventualni umišljaj).⁴² Izvorni tekst Konvencije prilikom propisivanja obeležja javnog podsticanja odnosno javne „provokacije” („*public provocation*”) koristi sintagmu „u nameri pod-

37 Pomenućemo da su za razliku od Italije i Španije koje su relativno lako uskladile svoje zakone u kašnjavaju javnog podsticanja, nordijske zemlje imale priličan otpor zbog ograničavanja slobode izražavanja, pa je napravljen ustupak kojim je omogućeno da države članice same definišu radnje saučesništva i ranih stadijuma izvršenja (pripremnih radnji i pokušaja). Pri tom, u jezičkom definisanju određenih pojmova svakako značajnu ulogu ima prevod relevantnih obeležja bića. Više o uporednopravnoj regulativi u: D. Kolarić /2014/: *op. cit.*, pp. 79–82 i /E. Rediker /2015/: *op. cit.*, pp. 337–342.

38 B. van Ginkel /2011/: *op. cit.*, pp. 12–15.

39 I. Vuković /2018/: *Uzročnost i objektivno uračunavanje u krivičnom pravu*, Beograd, p. 32.

40 O opasnosti kao posledici, više u: I. Vuković /2018/: *ibid.*, pp. 31–34. Čini se, međutim, da ovo razlikovanje u smislu čl. 391a KZ ima više teorijski nego praktični značaj.

41 D. Kolarić /2013/: *op. cit.*, p. 61.

42 Z. Stojanović /2018/: *op. cit.*, pp. 1122–1123. Na subjektivnom planu je potreban umišljaj. N. Delić /2014a/: *op. cit.*, p. 142.

sticanja” („*with the intent to incite*”) što upućuje na to da se krivično delo može izvršiti samo sa direktnim umišljajem. Međutim, u implementaciji ove odrebe u naš Krivični zakonik, namera nije uneta kao obeležje bića čime je proširena zona kažnjivosti i na situacije kada je krivično delo izvršeno s eventualnim umišljajem. To jeste u skladu sa stepenom društvene opasnosti koju ovakvo ponašanje stvara, ali je potencijalno problematično sa aspekta odstupanja od zagarantovanih ljudskih prava i razlikovanja eventualnog umišljaja i svesnog nehata (u drugom slučaju delo ne bi postojalo). Ipak, ovakvo rešenje jeste odgovarajuće s obzirom na teškoće koje su skopčane s dokazivanjem namere u krivičnom pravu uopšte, a ne samo u konkretnom krivičnom delu, kao i zbog osobenog poimanja subjektivnog elementa u kontinentalnom i anglosaksonskom pravu, te delom i pitanja prevoda originalnog teksta.⁴³

*

Jedini pravnosnažno okončan postupak za ovo krivično delo pred srpskim pravosuđem je predmet kolokvijalnog naziva „vehabije”. Prema pravnosnažnoj presudi Posebnog odeljenja Višeg suda u Beogradu za organizovani kriminal potvrđenoj od strane Posebnog odeljenja Apelacionog suda u Beogradu za organizovani kriminal, izvršilac je osuđen za ovo krivično delo jer je: „kontinuirano javno iznosio i pronosio ideje kojima se neposredno podstiče na vršenje krivičnog dela terorizam, tako što je 2013. godine i početkom 2014. godine, na svom fejsbuk profilu, pod pseudonimom „Abdullah Abdullah”, u delu koji je dostupan za sve korisnike, postavio niz sadržaja – tekstova, snimaka i fotografija koji veličaju organizaciju koja je od strane Ujedinjenih nacija proglašena za terorističku – „Islamska država Iraka i Levanta (Šama)” (IDIL), propagiraju njene postupke, pozivaju na pružanje materijalne pomoći i pristupanju u njene redove, pozivaju na oružanu borbu, nasilje i ubistva i prikazuju snimke istih, prikazuju mape teritorije koje kontroliše IDIL, i poziva na samoubilačke akcije u Raškoj oblasti, Beogradu u Rimu.”⁴⁴

3. PRAVA POJEDINCA VS. SIGURNO DRUŠTVO – GDE SU GRANICE PREVENTIVNOG KRIVIČNOG PRAVA?

Ekspanzija krivičnopravne zaštite koju karakteriše hipertrofija inkriminacija nekada vređa osnovne principe ove grane prava. Čak i preventivno dejstvo u smislu efekata generalne i specijalne prevencije s obzirom na svrhu kažnjavanja (čl. 42. KZ) i osnov i granice krivičnopravne prinude (čl. 3. KZ), u poslednje vreme poprma obrise *bezbednosnog* krivičnog prava kome je cilj kažnjavanje potencijalno kriminalnih ponašanja, a ne uobičajeno odvracanje od inkriminiranih ponašanja pod pretnjom kazne. *Stojanović* ukazuje da se ovakvo delovanje ne odnosi samo na krivično pravo, već i na ostale mehanizme formalne socijalne kontrole koji dovode

43 L. Kendrick /2005/: A Test for Criminally Instructional Speech, *Virginia Law Review*, Vol. 91, n^o8, p. 1982.

44 Presuda Višeg suda u Beogradu, Posebno odeljenje, K. Po1 88/14 od 4. aprila 2018. godine koja je potvrđena presudom Kž1 Po1 22/18 od 18. januara 2019. godine. Ovaj postupak je vođen i za krivična dela iz čl. 391b, 393, 393a KZ.

do toga da i sami građani, svesno ili nesvesno, prihvataju i podržavaju ograničavanje sopstvenih prava zbog straha od terorizma i organizovanog kriminaliteta.⁴⁵

U kontekstu krivičnog dela iz čl. 391a KZ, kritikuje se zadiranje u jedno od osnovnih ljudskih prava – slobodu izražavanja. Za razmatranje ovog pitanja od značaja je čl. 10. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Evropska konvencija).⁴⁶ Sadržina navedenog prava sastoji se u slobodi posedovanja sopstvenog mišljenja, primanja i saopštavanja informacija i ideja bez mešanja javne vlasti i bez obzira na granice. Međutim, ono se relativizuje time što je dopušteno podvrgnuti ga formalnostima, uslovima, ograničenjima ili sankcijama, između ostalog i u interesu nacionalne ili javne bezbednosti, teritorijalnog integriteta itd. Ovi izuzeci predstavljaju legitimne ciljeve koji pružaju osnov za propisivanje krivičnog dela javno podsticanje na izvršenje terorističkih dela i derogiranje osnovnih pravila propisanih međunarodnim instrumentima.⁴⁷ S tim u vezi treba pomenuti da državni organi imaju diskreciona ovlašćenja u proceni pretnje od terorizma, naročito na planu primene mera prinude, i za to se, između ostalog nalazi osnov u čl. 15. Evropske konvencije – odstupanje u vanrednim okolnostima (doba rata ili druga javna opasnost koja pretili opstanku nacije).⁴⁸ Smatramo ipak, da se kod krivičnog dela iz čl. 391a KZ ne radi o opasnosti koja pretili opstanku nacije, pa se na planu mera procesne prinude (npr. određivanja pritvora) primenjuju opšta pravila Zakonika o krivičnom postupku na osnovu okolnosti konkretnog slučaja.

Jedan od najčešće korišćenih primera u američkoj pravnoj literaturi za ograničavanje slobode govora je slučaj *Brandenburg v. Ohio* iz 1969. godine.⁴⁹ „Brandenburški test” prilikom utvrđivanja šta jeste a šta nije „opasan govor” (u smislu krivičnog dela iz čl. 391a KZ to bi se odnosilo na sadržaj koji se iznosi ili pronosi, neposredno ili posredno, verbalno ili drugim radnjama) navodi dva kriterijuma koja moraju biti ispunjena: da je govor *usmeren* na stvaranje ili *podsticanje* nezakonja (nasilja, terorističkih akata) i da je *verovatno* da može dovesti do toga u jednom trenutku.⁵⁰

U principu, iako ovo krivično delo sužava domet ustanovljenih ljudskih prava, njegova pravna osnovanost nije problematična s obzirom na značaj vrednosti

45 Z. Stojanović /2011/: Preventivna funkcija krivičnog prava, *Crimen II*, n°1, p. 15.

46 Doneta u Rimu 1950. godine. Zakon o potvrđivanju je objavljen u „Službenom listu SCG – Međunarodni ugovori”, br. 9/2003, 5/2005 i „Službenom glasniku RS – Međunarodni ugovori”, br. 12/2010. Zakon o ratifikaciji Protokola br. 14 je objavljen u „Službenom listu SCG – Međunarodni ugovori”, br. 5/2005 i 7/2005.

47 C. Michaelsen /2008/: *op. cit.*, p. 111.

48 Pažnju javnosti Ujedinjenog kraljevstva izazvao je slučaj „*Belmarsh Detainees*” u kom je dovedena u pitanje primena odredaba Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001 – ATCSA kojima je dat primat u odnosu na pravila Evropske konvencije prilikom određivanja pritvora licima koja su označena kao teroristi, a u vezi sa principom srazmerne upotrebe procesne prinude. Više o tome: C. Michaelsen /2008/: *ibid.*, pp. 119–120.

49 Predmet ovog slučaja je odgovor na pitanje kada prvi amandman štiti zagovaranje ideja i akcija, a kada ne, pa se u tom smislu govori o „zaštićenom” i „nezaštićenom” govoru. Vid. npr. L. Kendrick /2005/: *op. cit.*, pp. 1974–1975.

50 S. Lynd /1975/: *Brandenburg v. Ohio: A Speech Test for all Seasons?*, *The University of Chicago Law Review*, 43:151, pp. 190–191.

koje se njime štite. Međutim, *Husak* terorizam svrstava među ona krivična dela koja se „umnožavaju” radi smanjivanja rizika (što ide u prilog stavu da prevencija sve više naginje bezbednosnom pravu), nazivajući te kategorije „prevencijom rizika”.⁵¹ Propisivanje takvih, „udaljenih” krivičnih dela u načelu bi trebalo izbegavati i to ne samo sa stanovišta poštovanja ljudskih prava, već i sa aspekta bazičnih postulata krivičnog prava (*ultima ratio* karakter, princip srazmernosti i sl.). Ali s obzirom na povećan rizik koji preti od terorističkih dela, mišljenja smo da određena prava (na iznošenje i prijem ideja) treba „žrtvovati” i u stadijumu postojanja verovatnog, mogućeg rizika od nastanka ozbiljnijih povreda dobra koja su zaštićena krivičnim pravom.⁵² Sa druge strane, ono što može biti sporno je mogućnost zloupotrebe postignutog konsenzusa koja se ogleda u realnim efektima navedene regulative. Centralno pitanje je da li se za krivično delo kažnjava zbog stvarnog rizika ili da se olakša osuda onih koje je zakonodavac označio „rizičnim” tako što postojanje konkretnog propisa daje legitimitet za eventualno prikriivanje nekih drugih radnji i odluka državnih organa? Ako se krivično pravo koristi za identifikaciju i onesposobljavanje terorista u ranim fazama, ono ostvaruje svoju svrhu. Ako se koristi za obračun sa neistomišljenicima, za šta je svako delo koje ima prizvuk verbalnih delikata i propagande pogodno, jasno je da se radi o zloupotrebi.⁵³

4. ULOGA INTERNETA U PODSTICANJU NA TERORIZAM

Kriterijum *javnog* podsticanja najbolje se može sagledati kroz prizmu „onli-ne” života u kom se obavlja razmena informacija i ideja koje predstavljaju objekt izvršenja krivičnog dela iz čl. 391a KZ. S pravom se kaže da je internet „eho komora” pomoću koje uverenja i mišljenja sa kriminalnim potencijalom lako mogu pronaći adresate.⁵⁴ O mogućnostima koje pruža ova platforma možda najbolje govori misao: „Nisam siguran da znam šta je internet. Nisam siguran i da iko zna” (*Costigan*).⁵⁵

Ako neko na društvenoj mreži veliča terorističke akte određene grupe nuđenjem odgovarajućih materijala kao dokaza za svoje tvrdnje/stavove, pri tom to čini tako da bude dostupno svim korisnicima (javni profil, pisanje komentara na stranici koje imaju mnogo članova i sl.), onda krivično delo javno podsticanje postoji bar na nivou osnova sumnje koji omogućavaju preduzimanje radnji u predistražnom postupku pa i sprovođenje istrage. Međutim, ne bi bilo opravdano poistovetiti teroriste (koji su identifikovani kao takvi) i njihove pristalice (simpatizere) za koje se samo pretpostavlja da ostvaruju neke aktivnosti u vezi sa vršenjem terorizma, a

51 D. Husak /2008/: *Overcriminalization – The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, New York, p. 38.

52 L. Kendrick /2017/: Are Speech Rights for Speakers?, *Virginia Law Review*, Vol. 103, n°8, p. 1784.

53 G. Matić /2016/: *Politički delikti – atentat i pobuna*, Beograd, p. 40.

54 T. Prodan /2015/: Internet, terorizam i protuterizam, *National Security and the Future*, 1 (16), p. 99.

55 U: G. Ramsay /2008/: Conceptualising Online Terrorism, *Perspectives on Terrorism*, Vol. 2, n°7, p. 3.

da objektivno nisu ušli u zonu kažnjivosti (npr. to što je neko „lajkovao post“ na društvenoj mreži ne znači *prima facie* da odobrava teorijska dela u smislu radnje izvršenja).⁵⁶ Ovo naročito vredi zbog činjenice da na internetu ima mnogo „priče“ a malo konstruktivnog građanskog diskursa. Pri tome, koliko netolerancije na internetu treba tolerisati, stvar je odmeravanja odnosa između ekstremističkih tendencija, slobode izražavanja i opasnosti za društvo.⁵⁷

Ono što može biti zabrinjavajuće je što se sve više ukazuje na poistovećivanje slobode govora sa pravom posedovanja koje je dato nekolicini moćnih pojedinaca.⁵⁸ Oni koji su „jednakiji“ od drugih mogu suvereno da koriste date mehanizme i sajber-prostor bez bojazni od sankcije, naročito u sledstvu toga da su npr. i Fejsbuk i Tviter u privatnom vlasništvu.⁵⁹ Iako velike kompanije imaju timove koji se bave sprečavanjem objavljivanja lascivnog sadržaja, u navodima tužbe koju je podneo R. Gonzalez protiv Tvitera, Gugla i Fejsbuka zbog smrti njegove kćerke u napadu Islamske države (ISIS) na Pariz novembra 2015. godine, tvrdi se da su optuženi svesno omogućili objavljivanje materijala i tako dali podršku ovim napadima.⁶⁰ Nedugo nakon ovog događaja, tokom 2016. godine, Fejsbuk, Majkrosoft, Tviter i Jutjub su se obavezali na poštovanje Kodeksa za sprečavanje govora mržnje na internetu donetog od strane Evropske komisije. Treba naglasiti da samo uklanjanje sadržaja nije uvek dovoljno da otkloni rizik od vršenja nepoželjnih aktivnosti bilo da je u pitanju govor mržnje ili teroristički akti. Uz to, ako nije reč o podsticanjima na najočiglednije povrede, treba imati u vidu i razlike u pravnim rešenjima različitih država (iako u pogledu čl. 391a KZ postoji manja ili veća saglasnost među državama o tome kada su ostvareni elementi ovog krivičnog dela). Jedan od problema u vezi sa vršenjem krivičnih dela putem interneta odnosi se na proces dokazivanja pošto sajber-teroristi mogu vešto sakriti identitet.⁶¹

Internet predstavlja glavni izvor informacija za teoriste i sredstvo širenja ideja.⁶² Zbog toga bi ovaj beskonačni prostor trebalo koliko je to moguće kontrolisati ne samo pravnim, već i odgovarajućim računarskim mehanizmima.

56 Vid. više u: G. Ramsay /2008/: *ibid.*, pp. 6–7.

57 A. Guiora /2018/: *Inciting Terrorism on the Internet: The Limits of Tolerating Intolerance*, – in: *SJ Quinney College of Law, University of Utah, Utah Law Digital Commons* (A. Bayefsky and L. Blank, eds.), p. 2.

58 L. M. Seidman /2018/: *Can Free Speech be Progressive?*, *Columbia Law Review*, Vol. 118, n°7, p. 2232.

59 A. Guiora /2018/: *op. cit.*, p. 11. Da se radi o ozbiljnom problemu svedoči i skandal koji je pogodio Fejsbuk tokom 2018. godine kada je jedna kompanija prikupila podatke 87 miliona korisnika ove društvene mreže. <https://www.itvesti.info/2018/04/cambridge-analytica-imala-je-podatke-o.html>, 25. mart 2019. godine.

60 Vid. N. Softness /2016/: *Terrorist Communications: Are Facebook, Twitter, and Google Responsible for the Islamic State's Actions?*, *Journal of International Affairs*, Vol. 70, n°1, The Cyber Issue, p. 202.

61 O dokazivanju kompjuterskog kriminala, više u: V. Bajović /2015/: *Krivično pravo i internet – (ne)mogućnost suzbijanja kompjuterskog kriminala klasičnim krivičnopravnim mehanizmima* – in: – *Kaznena reakcija u Srbiji* V deo, (Đ. Ignjatović, ed.), p. 244. i dalje.

62 T. Prodan /2015/: *op. cit.*, p. 138.

ZAKLJUČAK

Pojam „propaganda” ima pomalo negativan prizvuk i katkad može izazvati strepnju od „rasejavanja” širokih mogućnosti za zloupotrebu. Međutim, inkriminisanje „terorističke propagande” je usklađeno sa relevantnim međunarodnim konvencijama i okvirnim odlukama, pa u načelu nisu opravdani neki prigovori da se ovim krivičnim delom povređuje pravo na slobodu izražavanja. Uostalom, u krivičnom pravu važi princip pretežnog interesa, pa je zakonodavac propisivanjem ovog kažnjivog ponašanja nedvosmisleno dao prednost zaštiti od mogućih terorističkih dela. Iako preventivno krivično pravo danas poprima nešto drugačiji oblik i gravitira bezbednosnom pravu kojim se društvo štiti ne od napada na određeno dobro kao takvih, već od rizika da do njih dođe, opasnost koju terorizam nosi za društvo opravdava kažnjavanje za dela koja su sa njim povezana i u ranijim stadijumima. Prevencija se tako može shvatiti kao razumna, odnosno srazmerna represija.

Ovakva krivična dela su po svojoj prirodi podložna uplitanju vlasti u uređivanje kaznene politike (specifična i delom neodređena radnja izvršenja, značaj dobara koja se štite, visoke zaprećene kazne, pa čak i relikti ondašnje neprijateljske propagande itd.). Preterano korišćenje krivičnog prava nekada izaziva osećaj nesigurnosti što se može sagledati sa dva aspekta: *normativnog* – koliko *smo* sigurni i *sociološkog* – koliko se *osećamo* sigurno?⁶³ Iako postoji bojazan da se širokim tumačenjem čl. 391a KZ mogu ugroziti osnovna ljudska prava ili ove odredbe iskoristiti za obračunavanje sa političkim neistomišljenicima,⁶⁴ u našem pravu još uvek nema dovoljno formiranih predmeta niti započetih postupaka⁶⁵ da bi se potvrdila ili opovrgla ova teza.⁶⁶

Srpski zakonodavac je propisivanjem ovog krivičnog dela našao meru da odgovori na zahteve međunarodne zajednice. Iako postoje neke neodređenosti u pogledu obeležja bića (šta se smatra idejama, da li je odobravanje terorističkih dela radnja izvršenja, koji je značaj izostavljanja namere u zakonskom opisu čl. 391a KZ i sl.), deluje da bi svako dodatno preciziranje ovih odredaba, paradoksalno, ugrozilo *lex stricta* segment načela zakonitosti. Značaj globalne mreže – interneta naročito dolazi do izražaja u kažnjavanju za javno podsticanje, pa je neophodno i takav „moderni” element imati u vidu prilikom primene pravila krivičnog prava (jer neka delovanja čini rizičnijim) i krivičnog procesnog prava (na polju dokazivanja). Ovakvo

63 V. Tadros /2008/: *op. cit.*, p. 949.

64 D. Kolarić /2013/: *op. cit.*, pp. 68–69.

65 Baš u vreme završavanja ovog članka, javno je objavljena prva (i prema raspoloživim informacijama) jedina presuda za krivično delo javno podsticanje na izvršenje terorističkih dela. Ona je značajna zbog toga što sada na konkretnom primeru možemo da vidimo da li određenim teorijskim dilemama (od kojih su neke izložene i u ovom radu) ima mesta u praktičnom postupanju. Iako njena analiza nije bila predmet rada, na prvi pogled deluje da su organi pravosuđa bez većih teškoća rešili ovu krivičnu stvar.

66 O mogućim načinima sprečavanja ovih zloupotreba putem uslovljenog gonjenja ili posebnih zakonskih odredaba vid. u: D. Kolarić /2013/: *ibid.*, p. 69.

Kod nekih govornika možda zaista postoji strah od slobodnog iznošenja sopstvenog mišljenja zbog efekata koji njihov govor može proizvesti na planu odgovornosti. Tako: L. Kendrick /2014/: *op. cit.*, p. 1281, fn. 101.

ponašanje ima smisla kategorizovati kao delikt – prepreke jer krivično delo postoji nezavisno od toga da li je do terorizma došlo, a kontrola informacija/ideja kojom se sprečava njihova upotreba u terorističke svrhe je u osnovi ista kao npr. kontrola držanja i nošenja oružja u cilju zaštite javnog reda i mira.⁶⁷

Čini se da je s obzirom na osnovno pitanje – uspostavljanje faktičke i pravne ravnoteže između ljudskih prava i bezbednosti društva u svetlu javnog podsticanja na izvršenje terorističkih dela, ovaj rad umereno zaključiti rečima *Valtazara Bogišića*: „Ni svojim se pravom služiti ne mož, tek drugom na štetu il dosadu”.

LITERATURA

- Ashworth A. and Horder J. /2013/: *Principles of Criminal Law (7th edn)*, Oxford University Press, Chapter 2. Criminalization.
- Bajović V. /2015/: Krivično pravo i internet – (ne)mogućnost suzbijanja kompjuterskog kriminala klasičnim krivičnopravnim mehanizmima – in: – *Kaznena reakcija u Srbiji V deo*, (Đ. Ignjatović, ed.).
- Bavcon Lj. /1989/: Kritički pogled na sistem i sadržinu kaznenopravne zaštite države i njenog ustavnog poretka u SFRJ, *Misao, reč, kazna – verbalni politički delikt*, Beograd.
- Berger B. /2011/: The Abiding Presence of Conscience: Criminal Justice against the Law and the Modern Constitutional Imagination, *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 61, n°4.
- Bodrožić I. /2018/: Opravdanost izučavanja terorizma kao kategorije krivičnog prava, *Kultura polisa*, god. XV, n°37.
- Cassese A. /2006/: The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 4, Issue 5.
- Crane J. /2010/: Defining the Unspeakable: Incitement in Halakhah and Anglo-American Jurisprudence, *Journal of Law and Religion*, Vol. 25, n° 2.
- Coenen D. /2017/: Freedom of Speech and the Criminal Law, *Boston University Law Review*, Vol. 97: 1533.
- Delić N. /2014a/: Criminal Offences of Terrorism in the Criminal Code of Serbia after the Amendment of 212 – in: *Kaznena reakcija u Srbiji IV deo*, (Đ. Ignjatović, ed.).
- Delić N. /2014b/: *Nova rešenja u Posebnom delu Krivičnog zakonika Srbije*, Beograd.
- Đokić I. /2016/: *Opšti pojam krivičnog dela u anglo-američkom pravu*, Beograd.
- Ginkel, van B. /2011/: *Incitement to Terrorism: A Matter of Prevention or Repression?*, International Centre for Counter-Terrorism – The Hague.
- Gordon G. /2008/: From Incitement to Indictment? Prosecuting Iran’s President for Advocating Israel’s Destruction and Piecing Together Incitement Law’s Emerging Analytical Framework, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 98, n°3
- Guiora A. /2018/: Inciting Terrorism on the Internet: The Limits of Tolerating Intolerance, – in: *SJ Quinney College of Law, University of Utah, Utah Law Digital Commons* (A. Bayefsky and L. Blank, eds.).

67 J. Hodgson and V. Tadros /2009/: *op. cit.*, p. 989. Uz to, paralela napravljena sa krivičnim delima iz grupe protiv javnog reda i mira može se dovesti u vezu sa rešenjima nekih stranih prava koja kažnjavanjem javnog pozivanja na vršenje krivičnih dela štite upravo ovaj zaštitni objekt. I. Vučković /2016/: *op. cit.*, p. 321.

- Hirsch H. J. /2005/: Internacionalizacija kaznenog prava i kaznenopravne znanosti, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, vol. 12, br. 1.
- Husak D. /2008/: *Overcriminalization – The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, New York.
- Hodgson J. and Tadros V. /2009/: How to Make a Terrorist Out of Nothing, *The Modern Law Review*, Vol. 72, n°6.
- Kendrick L. /2005/: A Test for Criminally Instructional Speech, *Virginia Law Review*, Vol. 91, n°8.
- Kendrick L. /2014/: Free Speech and Guilty Minds, *Columbia Law Review*, Vol. 114: 1255.
- Kendrick L. /2017/: Are Speech Rights for Speakers?, *Virginia Law Review*, Vol. 103, n°8.
- Kolarić D. /2013/: Nova koncepcija krivičnih dela terorizma u Krivičnom zakoniku Republike Srbije, *Crimen IV*, n°1.
- Kolarić D. /2014/: Javno podsticanje na terorizam i praksa Evropskog suda za ljudska prava – balans između politike i evropskih pravnih tekovina, *Srpska politička misao*, n°1, god. 21. vol. 43.
- Larson J. and Whitton A. /1964/: *Propaganda towards Disarmament in the War od Words*, Chapter: State Responsibility for Private Propaganda.
- Lynd S. /1975/: *Brandenburg v. Ohio: A Speech Test for all Seasons?*, *The University of Chicago Law Review*, 43:151.
- Matić G. /2016/: *Politički delikti – atentat i pobuna*, Beograd.
- Mitrović M. /2013/: Društvena javnost, javno mnjenje i organizovani kriminalitet u Srbiji – in: *Kaznena reakcija u Srbiji III deo*, (Đ. Ignjatović, ed.).
- Michaelson C. /2008/: *Fresh Perspectives on the „War on Terror“*, Chapter: The Proportionality Principle in the Context of Anti-Terrorism Laws: An Inquiry into the Boundaries between Human Rights Law and Public Policy.
- Prodan T. /2015/: Internet, terorizam i protuterorizam, *National Security and the Future*, 1 (16).
- Ramsay G. /2008/: Conceptualising Online Terrorism, *Perspectives on Terrorism*, Vol. 2, n°7.
- Ramsay P. /2010/: Overcriminalization as Vulnerable Citizenship, *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, Vol. 13, n°2
- Rediker E. /2015/: The Incitement of Terrorism on the Internet: Legal Standards, Enforcement, and the Role of the European Union, *Michigan Journal of International Law*, vol. 36: 321.
- Seidman L. M. /2018/: Can Free Speech be Progressive?, *Columbia Law Review*, Vol. 118, n°7.
- Softness N. /2016/: Terrorist Communications: Are Facebook, Twitter, and Google Responsible for the Islamic State's Actions?, *Journal of International Affairs*, Vol. 70, n°1, The Cyber Issue.
- Stojanović Z. /2011/: Preventivna funkcija krivičnog prava, *Crimen II*, n°1.
- Stojanović Z. /2013/: Da li je Srbiji potrebna reforma krivičnog zakonodavstva?, *Crimen*, IV, n°2.
- Stojanović Z. i Kolarić D. /2014/: *Krivičnopravno suzbijanje organizovanog kriminaliteta, terorizma i korupcije*, Beograd.
- Stojanović Z. /2018/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd.
- Tadros V. /2008/: Crimes and Security, *The Modern Law Review*, Vol. 71, n°6.

- Vračar S. /1989/: Neosnovanost inkriminacije kritičkog mišljenja, *Misao, reč, kazna – verbalni politički delikt*, Beograd.
- Vujaklija M. /2009/: *Leksikon stranih reči i izraza*, Beograd.
- Vuković I. /2016/: Podstrekavanje i javno pozivanje na vršenje krivičnog dela, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, n°2–3.
- Vuković I. /2018/: *Uzročnost i objektivno uračunavanje u krivičnom pravu*, Beograd.

ZAKONI I OSTALI IZVORI

- Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda* („Sl. list SCG – Međunarodni ugovori”, br. 9/2003, 5/2005 i „Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori”, br. 12/2010).
- Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju terorizma iz 2005. godine (Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism – CETS No. 196)* i zakon o njenom potvrđivanju „Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori”, br. 19/2009).
- Krivični zakonik Republike Srbije – KZ („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).
- Okvirna odluka Saveta Evropske unije o borbi protiv terorizma 2002/475 JHA (Council Framework Decision 2002/475 JHA on combating terrorism)*.
- Odluka 2008/919 JHA o izmeni i dopuni Okvirne odluke (Council Framework Decision 2008/919 JHA amending Framework Decision 2002/475 JHA on combating terrorism)*.
- Zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima („Sl. glasnik RS”, br. 20/2009).
- Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala, terorizma i korupcije („Sl. glasnik RS”, br. 94/2016 i 87/2018 – dr. zakon).
- *** Pravila EU o krivičnim delima terorizma i odgovarajuće kazne, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l33168&from=EN>, 23. mart 2019. godine.

Jovana Banović

Faculty of Law, University of Belgrade

PUBLIC INSTIGATION OF TERRORIST ACTS (ART. 391A CC) – BETWEEN THE FREEDOM OF AN INDIVIDUAL AND SECURE SOCIETY

SUMMARY

In this Article, the Author analyses positive provisions of the criminal offence Public Instigation of Terrorist acts (art. 391a CC) through some theoretical issues such as, on the one hand, freedom of expression and, on the other hand, prevention of the risk of the most dangerous attacks on the values that are protected by the criminal law in a modern society – terrorist acts. In the First chapter, we set the rules of the Criminal Code of Serbia in the international frame concluding that Serbia has implemented it the most. The Second chapter explains some ambiguity of the elements of criminal offence through the redaction of the article 391a CC. In the first place, there is the question of indirect incitement – could

it be the act of perpetrator in the sense of this article; the issue of meaning what the „idea” is; or interpretation of the terms of „apologia” and „glorification”. In addition, if the „causality” between the perpetrator’s act and the consequence (which is an abstract danger) exists in this criminal offence and what can/shall we prove on the subjective plan (only direct intent or eventual intent also). In the Third chapter we note this conduct in the sphere of „preventive criminal law” and other basic principles – *ultima ratio*, proportionality etc. The main question is where are the boundaries between some of the fundamental rights and criminal law reactions on dangerous behavior. In the Fourth chapter we present some aspects of Internet which is the biggest field for the public incitement of terrorist acts (especially on social medias) and thus, some difficulties in the proving process. In the end, the author mentions the only lawful verdict for this criminal offence in Serbia which is not enough to explain if the article 391a CC could be used for dealing with the political opponents or *fraus legis*, that is one of the serious objections against prescribing this type of conduct. It is concluded that „preventive criminal law” even with the elements of „security law” could achieve their lawful *ratio legis* through the „preventive repression” of the article 391a CC.

Key words: public instigation, terrorism, individual rights, prevention, internet.

SLIČNOSTI I RAZLIKE IZMEĐU PREKRŠAJA I KRIVIČNOG DELA U SRPSKOM PRAVU

Apstrakt: Poslednjih godina domaće pravo karakteriše tendencija usaglašavanja zakonskih odredbi prekršajnog i krivičnog prava. Autor najpre analizira razlike koje su se, sa aspekta zakonskog određenja njihovih opštih pojmova, zadržale u odnosu ove dve vrste delikata, da bi kasnije ukazao na problematiku razgraničenja prekršaja i krivičnog dela kao dve forme ponašanja, kroz pokušaj da se ustanovi kriterijum koji bi „prethodio” kvalifikaciji takvog ponašanja od strane zakonodavca. Sledi ukazivanje na pojedine specifičnosti koje se tiču prekršajnog postupka. Paznju posvećujemo i problemima koji mogu nastati usled vođenja prekršajnog i krivičnog postupka za forme ponašanja koje proizlaze iz istog životnog događaja, dovodeći ovaj procesni problem u vezu sa materijom sticaja prekršaja i krivičnih dela.

Ključne reči: prekršaj, krivično delo, društvena opasnost, sticaj, *ne bis in idem*.

UVOD

Iako u našem pravnom sistemu prekršaji predstavljaju posebnu vrstu delikata, obično se prekršajno pravo označava kao deo kaznenog prava u širem smislu¹, koje čine još krivična dela i privredni prestupi. Kako privredni prestupi predstavljaju specifikum našeg pravnog poretka, kojima se štiti zakonitost u oblasti privrednog i finansijskog poslovanja (čl. 1 Zakona o privrednim prestupima²), njihovo razgraničenje od preostala dva oblika kaznenih delikata (pa makar i načelno) ne predstavlja ozbiljniji problem. Sa druge strane, naučna misao posvetila je veliku pažnju nalaženju adekvatnih kriterijuma razlikovanja prekršaja i krivičnih dela. Naročito se ova problematika aktuelizovala nakon što je Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP) u nekoliko svojih odluka zauzeo stanovište da suđenje istom licu za prekršaj i krivično delo povodom istog životnog događaja može predstavljati povredu načela *ne bis in idem*.

Cilj ovog rada jeste analiza odnosa između ove dve vrste delikata kroz prizmu dva kriterijuma. Prvi se odnosi na pitanje razgraničenja krivičnih dela i prekršaja kao dve vrste delikata kaznenog prava (materijalni kriterijum). Drugi segment analize tiče se razlika koje se mogu uočiti na proceduralnom planu (formalni kriterijum).

* saradnik u nastavi, ivana.radisavljevic@ius.bg.ac.rs

1 Z. Stojanović /2017/: *Krivično pravo*, Beograd, p. 8–9.

2 „Sl. list SFRJ”, br. 4/77, 36/77 – ispr., 14/85, 10/86 (prečišćen tekst), 74/87, 57/89 i 3/90 i „Sl. list SRJ”, br. 27/92, 16/93, 31/93, 41/93, 50/93, 24/94, 28/96 i 64/2001 i „Sl. glasnik RS”, br. 101/2005 – dr. zakon.

1. MATERIJALNI KRITERIJUMI RAZLIKOVANJA PREKRŠAJA I KRIVIČNOG DELA

Prvi aspekt razlikovanja prekršaja i krivičnih dela podrazumeva pronalaženje suštinskih, materijalnih kriterijuma koji bi nam pomogli da efikasno razdvojimo ove dve vrste ponašanja koje označavamo deliktima kaznenog prava. Takva se razlika može posmatrati iz dva ugla: iz ugla zakonske regulacije (pitanje kako je sam zakonodavac razgraničio ove dve vrste ponašanja), kao i iz ugla ove dve vrste ponašanja kao životnih događaja – koji to realni supstrat čini jedno ponašanje prekršajem, nezavisno od toga kako je zakonodavac ovo ponašanje možda kvalifikovao. Drugim rečima, pokušaćemo da, u smislu ovog ugla posmatranja, utvrdimo postoji li neki kriterijum koji prethodi predviđenosti dela u zakonu kao prekršaja ili krivičnog dela, koji pisci zakona koriste prilikom „kategorizacije” delikata.

1.1. Razlike koje proizlaze iz zakonskih odredbi

Sa pravnotehničkog aspekta, najveći broj krivičnih dela predviđen je posebnim delom Krivičnog zakonika³ (u daljem tekstu: KZ), dok se izvestan broj nalazi u tzv. sporednom krivičnom zakonodavstvu koje čine posebni propisi. Zakon o prekršajima⁴ (u daljem tekstu: ZOP) reguliše samo opšte prekršajno pravo, dok je posebno prekršajno pravo rasuto u velikom broju pojedinačnih zakona i podzakonskih akata. Ti posebni propisi sadrže upravo pravila ponašanja čije nepoštovanje znači i izvršeni prekršaj, dok KZ takva pravila ne propisuje⁵.

Prema nekadašnjem zakonodavnom rešenju, prekršaji su bili definisani kao povrede javnog poretka utvrđene zakonom ili drugim propisima za koje su propisane kazne i zaštitne mere⁶. Osnovna razlika između prekršaja i krivičnog dela tada se formalno videla i iz definicije ove dve vrste delikata – prekršaji su predstavljali povredu javnog poretka, dok su krivična dela služila zaštiti društvenih vrednosti⁷.

Danas su se, međutim, definicija prekršaja umnogome približila definiciji krivičnog dela. Član 2 ZOP definiše prekršaj kao protivpravno delo koje je zakonom ili drugim propisom nadležnog organa određeno kao prekršaj i za koje je propisana prekršajna sankcija. Kao što se vidi, naše pravo usvaja tzv. formalno – objektivni pojam prekršaja⁸. Krivični zakonik u čl. 14 st. 1 definiše krivično delo kao radnju koja je u zakonu predviđena kao krivično delo, koja je protivpravna i koja je skrivljena. Zakonski pojam krivičnog dela obuhvata, dakle i subjektivno obeležje – krivicu, koja nije sadržana u opštem pojmu prekršaja. Nasurot tome, za izricanje prekr-

3 „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.

4 „Sl. glasnik RS”, br. 65/2013, 13/2016 i 98/2016 – odluka US.

5 N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević /1980/: *Krivično pravo*, Beograd, p. 6–7. Autori ističu da pitanje kako se treba ponašati da bi se izbeglo kršenje norme proističe iz odredaba krivičnog prava, a ređe iz nekog drugog propisa koji bi datu oblast života neposredno regulisao.

6 Član 7 Zakona o prekršajima („Službeni glasnik SRS”, br. 44/89, „Službeni glasnik RS”, br. 21/90, 11/92, 6/93, 20/93, 53/93, 67/93, 28/94, 16/97, 37/97, 36/98, 44/98, 65/2001, 55/2004).

7 N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević: *Ibid.*, p. 12.

8 N. Delić, V. Bajović /2018/: *Priručnik za prekršajno pravo*, Beograd, p. 13.

šajne sankcije neophodno je utvrditi postojanje prekršajne odgovornosti, koja kod fizičkog lica podrazumeva da se isti može učiniocu „pripisati u krivicu”. Prekršajna krivica sadrži iste elemente kao i krivica u krivičnom pravu (uračunljivost, umišljaj i nehat i svest o protivpravnosti). Postavlja se pitanje da li ovaj teorijski zaokret (ili bolje rečeno, povratak na ranije zastupane teorijske koncepcije prekršaja) razdvajanja pojmova prekršaja i prekršajne odgovornosti⁹ ima neke praktične implikacije. Iako nije element opšteg pojma prekršaja, krivica učinioca prekršaja koji je fizičko lice¹⁰ nužno se mora razmatrati u prekršajnom postupku i njeno odsustvo znači izostanak sankcije. Drugim rečima, iako postoji konceptualna razlika, ona se u primeni gubi: bilo da govorimo o nepostojanju krivičnog dela usled nedostatka krivice kao elementa opšteg pojma, bilo da je reč o odsustvu prekršajne odgovornosti, rezultat je isti – donosi se oslobađajuća presuda.

Zadržimo se sada na sankcijama koje se mogu izreći učiniocu prekršaja i učiniocu krivičnog dela. Na odredbe koje regulišu vrste sankcija čitaoce samo upućujemo¹¹, a na ovom mestu ćemo napomenuti da između njih postoji приметna sličnost, kao i da su, načelno, prekršajne sankcije lakše. Međutim, odredbe kojima se reguliše svrha prekršajnih i krivičnih sankcija razlikuju se. Član 5 st. 2 ZOP predviđa da je svrha propisivanja, izricanja i primene prekršajnih sankcija da građani poštuju pravni sistem i da se u buduće ne čine prekršaji, dok čl. 4 st. 2 KZ kaže da je opšta svrha propisivanja i izricanja krivičnih sankcija suzbijanje dela kojima se povređuju ili ugrožavaju vrednosti zaštićene krivičnim zakonodavstvom. Iako se u oba slučaja radi o generalnoj prevenciji, ne možemo da ne primetimo da sintagma „poštovanje pravnog sistema” neodoljivo podseća na starije definicije opšteg pojma prekršaja, one koje u njemu vide ponašanje kojim se povređuje poredak. Ovo nas može navesti na zaključak da prekršaji ipak služe tome da zaštite poredak kao celinu i kao jednu datost koja postoji u određenom vremenskom periodu, budući da se pravni poredak menja i oblikuje kako bi išao u korak sa razvojem društva i njegovim potrebama. Sa druge strane, termin „vrednosti” koji koristi KZ može upućivati na to da se radi o kategoriji koja u izvesnom smislu nadživljuje pravni poredak jedne zemlje¹².

Zakonodavne intervencije u oblasti prekršajnog prava koje su se desile poslednjih godina pokazuju trend približavanja ove dve vrste delikata¹³. Iako se ova tendencija opravdava argumentima teorijskog i praktičnog karaktera¹⁴, možemo po-

9 Ranije je nauka krivičnog prava na sličan način razdvajala pojam krivičnog dela i krivične odgovornosti. U tom smislu, krivična odgovornost shvatana je kao „skup subjektivnih uslova koji karakterišu učinioca krivičnog dela kao uračunljivog i vinog učinioca” (N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević: *op. cit.*, p. 207).

10 Odgovornost pravnog lica za prekršaj postojaće ako je prekršaj učinjen radnjom ili propuštanjem dužnog nadzora organa upravljanja ili odgovornog lica ili radnjom drugog lica koje je u vreme izvršenja prekršaja bilo ovlašćeno da postupa u ime pravnog lica. Ova odgovornost se može označiti kao izvedena objektivna (N. Delić, V. Bajović: *op. cit.*, p. 62).

11 U KZ to su odredbe članova 42–90, a u ZOP odredbe članova 32–67.

12 Ovakvo razlikovanje karakteristično je za teorije koje razliku između prekršaja i krivičnog dela vide u objektu zaštite. O tome detaljnije vid. M. Đorđević, A. Mihajlovski /1987/: *Delikti kaznenog prava*, Beograd, p. 196–200.

13 O tome detaljnije vid. Đ. Đorđević /2015/: Problemi međusobnog usaglašavanja odredaba prekršajnog i krivičnog prava – in: *Kaznena reakcija u Srbiji* (Đ. Ignjatović, ed.), Beograd, pp. 143–153.

14 I. Vuković /2018/: *Prekršajno pravo*, Beograd, p. 18.

staviti pitanje da li će, ukoliko se ovaj trend nastaviti, ostati vidljive razlike između pojma prekršaja i krivičnog dela sa aspekta zakonodavnog regulisanja. Kao što smo prethodno objasnili, opšti pojam prekršaja i krivičnog dela gotovo su identični, a mnogi opšti instituti krivičnog prava, poput nužne odbrane, krajnje nužde, zablude i drugih, dobili su svoje mesto i u odredbama prekršajnog zakonodavstva. Zaključujemo da kao jedini precizan kriterijum razlikovanja trenutno ostaje vrsta i težina sankcije koje se za ova dela mogu izreći¹⁵, iako istina, i među njima postoji velika sličnost.

1.2. Razlike koje „prethode” zakonskim odredbama

Pozabavimo se sada razlikom između ove dve vrste delikata kao dva životna događaja. Nauka kaznenog prava davala je različite odgovore na pitanje koji to supstrat nedostaje prekršajima i sprečava da oni budu proglašeni krivičnim delima; odgovor je tražen u različitim objektima zaštite, u društvenoj opasnosti, protivpravnosti i mnogim drugim kriterijumima¹⁶. Od novijih stanovišta pomenućemo ono koje smatra da prekršajima nedostaje etička zanovanost prekora, zbog čega nema mogućnosti da se učinocu uputi socijalno – etički prekor¹⁷.

Ako pođemo od osnovnih ideja koje postavljaju teorije države i prava – da je pravo nastalo nakon nastanka društva upravo kako bi omogućilo normalno funkcionisanje i opstanak jedne zajednice, možemo reći da sva ponašanja za čije preduzimanje su propisane određene sankcije postaju nedozvoljena zato što postoji interes zajednice kao celine da se takve radnje ne preduzimaju. Drugim rečima, radi se o ponašanjima za koja postoji jak interes da se u najvećoj mogućoj meri suzbiju i iskorene. Forme ponašanja o kojima govorimo se najjednostavnije među sobom razlikuju prema tome koliko bi za delo mogla biti zainteresovana zajednica u kojoj je izvršeno (npr. društvo je uvek više zainteresovano za sankcionisanje vozača koji je, nepridržavajući se saobraćajnih propisa usmrtio pešaka na pešačkom prelazu, nego vozača koji tokom vožnje nije vezao sigurnosni pojas). Ako uzmemo u obzir prethodno rečeno – možemo reći da je na supstancionalnom planu najlakše uočiti razliku između ove dve forme ponašanja na planu njihove „ozbiljnosti”¹⁸. Drugim rečima, onim nedozvoljenim ponašanjima koja bivaju okarakterisana kao prekršaji nedostaje „ozbiljnost”, zbog čega ih zakonodavac smešta u zonu prekršaja, a ne krivičnih dela. Ozbiljnost bismo drugačije mogli okarakterisati kao društvenu opa-

15 Aćimović smatra da su upravo sankcije jedini precizni kriterijum razlikovanja, budući da je i razlikovanje ove dve vrste delikata poteklo od potrebe da se oni različito sankcionišu. Zato zaključuje da se putem njih može objasniti i sama priroda ove dve vrste ponašanja (M. Aćimović /1986/: Kazne i ostale sankcije u krivičnom i prekršajnom pravu, XXIV savetovanje Saveza udruženja za krivično pravo i kriminologiju Jugoslavije, pp. 30–31).

16 Za pregled ovih stavova vid. M. Đorđević, A. Mihajlovski: *op. cit.*, p. 196–218 i T. Delibašić /2015/: Pitanje razgraničenja i paralelnih postupaka za krivično delo i prekršaj sa aspekta načela ne bis in idem, *Pravni život* № 9, pp. 790–796.

17 Z. Stojanović /2012/: Značaj pojma prekršajne odgovornosti za krivično pravo, *Revija za kriminologiju i krivično pravo* № 1–2, pp. 27.

18 F. Remington /1952/: Legal Concepts of Misdemeanor and Felony, *Y.B.* № 65, pp. 67.

snost. Ona danas ne predstavlja element opšteg pojma prekršaja niti krivičnog dela, ali se posmatra kao „zakonodavni motiv inkriminisanja”¹⁹, i često se u radovima navodi kao kriterijum razlikovanja ove dve forme ponašanja²⁰.

Ukoliko prihvatimo ovo stanovište, dobili bismo naizgled jasan kriterijum razlikovanja – forme ponašanja koje nazivamo prekršajima manje su društveno opasne od onih formi koje zovemo krivičnim delima, zbog čega se za krivična dela propisuju i strože sankcije. Ali ova preciznost samo je prividna. Ukoliko bismo dobili mogućnost da čitavoj populaciji postavimo pitanje da li smatraju da ubistvo deteta treba da bude propisano kao krivično delo uz veoma strogu sankciju, verovatno bismo od gotovo svakoga dobili identičan potvrđan odgovor. Opravdanost postojanja određenih krivičnih dela (koja se vrlo često označavaju kao *mala in se*) je takoreći nesporna – sva ona nose u sebi stepen „društvene opasnosti” koji je dovoljan i nužan da bismo ih okarakterisali kao najtežu vrstu delikta. Ako bismo istom krugu ispitanika postavili pitanje da li smatraju da je ribolov u vreme lovostaja²¹ dovoljno „opasan” da bude krivično delo, naišli bismo na različita mišljenja. Dakle, kod „graničnih” formi ponašanja, onih za koje postoji načelna dilema da li treba da budu propisani kao prekršaji ili krivična dela, dobili bismo oprečne odgovore u pogledu toga u koju ih kategoriju treba smestiti, upravo zbog činjenice da će se različito vrednovati njihova društvena opasnost.

Problem može biti i činjenica da društvena opasnost određenog ponašanja ima i vremensku i kulturološku dimenziju – njen intenzitet procenjuju donosioci propisa, sa aspekta istorijskog momenta u kojem se takvo vrednovanje vrši. Zato će kategorizacija zabranjenih ponašanja, a pre svega onih koja su po svojoj prirodi „na granici” uvek da zavisi od volje tvorca propisa, koja opet jeste (ili barem trebalo da bude) pod uticajem trenutnih potreba jedne zajednice.

Možemo se opravdano zapitati da li je uopšte moguće pronaći kriterijum razlikovanja koji bi prethodio predviđenosti u zakonu ponašanja kao prekršaja ili krivičnog dela. Društvena opasnost najčešće se navodi kao odlučujući kriterijum. Istina je da ona može poslužiti kao koristan kriterijum, ali vidimo da nam ona kod graničnog ponašanja ne kazuje puno, upravo zbog svoje dvostruke relativnosti – njena procena zavisi i od onoga ko vrednovanje vrši, ali i od toga kada ga vrši.

2. FORMALNI KRITERIJUMI RAZLIKOVANJA PREKRŠAJA I KRIVIČNOG DELA

Formalni kriterijum razlikovanja prekršaja i krivičnog dela podrazumeva ukazivanje na razlike koje postoje na proceduralnom planu. Ovo razmatranje sistematičnije zovemo u dve manje celine.

19 Z. Stojanović /2017/: *op. cit.*, p. 131.

20 Vid. npr: M. Buha /2017/: *Pravne poteškoće u razgraničavanju krivičnog djela od prekršajnog djela, Crimen (VIII) № 1, pp. 68, T. Delibašić: op. cit.*, pp. 791.

21 Radi se o krivičnom delu Nedozvoljeni ribolov iz čl. 277 st. 1 KZ.

2.1. Razlike koje se odnose na pravila prekršajnog i krivičnog postupka

Iako se pravila krivične procedure nalaze u posebnom propisu – Zakoniku o krivičnom postupku²² (u daljem tekstu: ZKP), dok se odredbe koje regulišu prekršajni postupak nalaze u ZOP (deo drugi ZOP), čl. 99 ZOP sadrži pravilo da se, u slučaju da drugačije nije propisano, na prekršajni postupak shodno primenjuju odredbe ZKP. Ovo ukazuje na bliskost između dve vrste postupaka, ali i na to da se u prekršajnom postupku moraju ostvariti sve garantije iz korpusa prava na pravično suđenje koje se inače jemče u krivičnom postupku²³.

I letimičan pogled na sadržinu ZOP i ZKP ukazuje na sličnost između ove dve procedure. Naravno, prekršajni postupak sadrži brojna specifična različita rešenja (jedno od njih je i mogućnost da novčanu kaznu izrekne organ uprave, dok novčanu kaznu kao vrstu krivične sankcije može izreći samo sud), ali to ne umanjuje načelan stav da se prekršajno i krivično pravo približavaju jedno drugome i na proceduralnom planu. Zbog toga neki autori navode da se prekršajni postupak „u suštini i pretvorio u mali krivični postupak“²⁴.

Jedna od osnovnih zamerki koja se upućuje krivičnom postupku je da je spor i neefikasan, čemu, između ostalog, doprinose određena rešenja ZKP, ali i neki činioci faktičke prirode²⁵. Ipak, ne sme se izgubiti iz vida da jedan od razloga koji donekle doprinosi ovoj neefikasnosti jeste i to što se u krivičnom postupku moraju obezbediti garantije koje u nekim drugim vrstama postupaka ne srećemo (npr. saslušanje okrivljenog je u krivičnom postupku obavezno, dok se saslušanje stranaka u parničnom postupku sprovodi samo ukoliko je to i pored drugih izvedenih dokaza potrebno radi utvrđivanja bitnih činjenica). Sa druge strane, prekršajni postupak, čini se, insistira više na načelu efikasnosti²⁶, što se može lako zaključiti iz pojedinih odredaba (npr. mogućnost donošenja odluke bez saslušanja okrivljenog).

Važan element razlikovanja prekršaja i krivičnih dela u proceduralnom smislu jeste i pitanje nastupanja rehabilitacije, odnosno mogućnost da se izvrši brisanje osude iz evidencija koje vode nadležni organi. Pitanje uslova i rokova pod kojim se nekom licu može izbrisati osuda iz kaznene evidencije regulisano je u KZ, dok je postupak u kome se to vrši regulisan odredbama ZKP. Sa druge strane, rehabilitacija za izvršeni prekršaj je u potpunosti smeštena u procesni deo ZOP (zbog čega smo se i mi odlučili da pitanje razmatramo na ovom mestu). Dok pitanje nastupanja zakonske rehabilitacije za krivična dela zavisi od vrste i težine izrečene krivične sankcije, ZOP jedino pravi razliku između opomene koja se briše u roku od godinu dana od pravnosnažnosti odluke kojom je izrečena, dok se sve ostale izrečene sankcije

22 „Sl. glasnik RS”, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014.

23 N. Delić, V. Bajović: *op. cit.*, p. 148.

24 M. Tugar /2011/: *Državna reakcija u sankcionisanju učinilaca prekršaja: sadašnje stanje i moguća rešenja, Kriminal i državna reakcija: fenomenologija, mogućnosti, perspektive*, pp. 378.

25 O tome detaljnije vid: S. Bejatović /2015/: *Efikasnost krivičnog postupka kao međunarodni pravni standard i reforma krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije (norma i praksa)*, *NBP: nauka, bezbednost, policija* № 2, pp. 27–53.

26 D. Drakić, I. Milić /2018/: *Utvrđivanje istine u prekršajnom postupku – utvrđivanje prekršajne odgovornosti*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* № 1, pp. 124.

brišu u roku od četiri godine od dana pravnosnažnosti ukoliko lice ne izvrši novi prekršaj. Ovakvo rešenje problematično je sa aspekta novčane kazne – naime, ZOP predviđa duže rokove nastupanja rehabilitacije u slučaju izrečene novčane kazne nego KZ, za šta je teško pronaći racionalno opravdanje²⁷.

Iako se prekršajni postupak u određenim segmentima poklapa sa krivičnim, još uvek ga karakterišu određene specifičnosti. Sa jedne strane, razumljivo je insistiranje na efikasnosti postupka, ako se ima u vidu činjenica da je broj prekršajnih postupaka koji se vode na godišnjem nivou ogroman (neki autori ističu da ta brojka dostiže više stotina hiljada²⁸). Ipak, da li određene pojednostavljene forme postupanja koje srećemo u prekršajnom postupku omogućavaju da se ostvare sva prava koja se u kaznenom tipu postupka moraju osigurati okrivljenom posebno je pitanje. Iako je pravo na suđenje u razumnom roku svakako važan element prava na pravično suđenje, ono nikad ne sme ići na uštrb osnovnih garantija koje se moraju poštovati²⁹.

2.2. Pitanje paralelnog i/ili uzastopnog vođenja postupka za prekršaj i krivično delo

Postojanje velikog broj prekršajnih delikata u našem pravnom sistemu dovelo je do toga da mnoga krivična dela imaju svoj pandan u nekome od prekršaja³⁰ – možemo čak i reći da su bića određenih prekršaja tendenciozno formulisana tako da predstavljaju lakše oblike krivičnih dela. Nije retkost da isti životni događaj istovremeno sadrži obeležja obe vrste delikata. Zato je važno utvrditi u kojim će situacijama biti opravdano voditi oba postupka, a kada bi prednost trebalo dati jednom od njih. U suprotnom, postoji rizik da nepravilnim postupanjem sudova bude povređeno načelo zabrane dvostrukog suđenja istom licu za isto delo (*ne bis in idem*).

Problem ćemo pokušati da rešimo analizirajući značaj odluke prekršajnog suda za krivični postupak. Zakonodavac je već regulisao značaj odluke krivičnog suda za dalje vođenje prekršajnog postupka. Zakon o prekršajima je u čl. 8 st. 2 propisao da se protiv učinioца prekršaja koji je u krivičnom postupku pravnosnažno oglašen krivim za krivično delo koje obuhvata i obeležja prekršaja ne može za taj prekršaj pokrenuti postupak, a ako je pokrenut ili je u toku, ne može se nastaviti i dovršiti. Dakle, zakonodavac je postavio pravilo po kome krivični postupak koji je ranije okončan uvek ima prednost u odnosu na prekršajni, odnosno, da krivična osuđujuća presuda sprečava prekršajne sudove da nastave sa vođenjem prekršajnog postupka.

Pitanje odnosa ove dve vrste postupaka posebno je dobilo na težini nakon što se ESLJP u nekoliko odluka bavio ovom problematikom, i u jednoj od njih – *Milenko-*

27 N. Delić, V. Bajović: *op. cit.*, p. 421.

28 Z. Pašalić /2011/: Uticaj stope prekršaja na rast stope kriminala u Srbiji, *Kriminal i državna reakcija: fenomenologija, mogućnosti, perspektive*, pp. 358.

29 O „ograničenoj mogućnosti” utvrđivanja istine u prekršajnom postupku, a upravo zbog promovisanja načela efikasnosti vid: D. Draškić, I. Milić: *op. cit.*, pp. 129–133.

30 Interesantno je zapazanje da u situacijama kada se biće prekršaja i krivičnog dela poklapaju „zakonodavstvo jedne države daje na slobodnu volju nadležnim organima da se odrede koji će postupak pokrenuti u konkretnom slučaju”. M. Buha: *op. cit.*, pp. 62.

*vić protiv Srbije*³¹, zaključio da je naša zemlja povredila načelo zabrane dvostrukog suđenja podnosiocu predstavke time što mu je za isti životni događaj sudila u prekršajnom i krivičnom postupku. Momčilo Milenković podneo je ESLJP predstavku br. 50124/13 zbog činjenice da je povodom istog događaja osuđen i pred prekršajnim i krivičnim sudom. Evropski sud za ljudska prava je našao da je na ovaj način došlo do povrede člana 4 Protokola br. 7 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda³², jer je podnosilac predstavke dva puta oglašen krivim za „isto ponašanje i suštinski iste činjenice” (paragraf 48 Presude). Bez značaja bila je činjenica da je jedna osuda potekla iz krivičnog, a druga iz prekršajnog postupka. Prema shvatanju suda, pitanje nacionalne kvalifikacije određenog ponašanja kao krivičnog dela ili prekršaja nije od (odlučujućeg³³) značaja prilikom donošenja odluke da li se radi o povredi principa *ne bis in idem*. Naprotiv, od značaja za ovu ocenu je prvenstveno priroda dela i stepen ozbiljnosti kazne kojoj se učinilac izlaže³⁴.

Pogledajmo kako je naše pravo uredilo ovo pitanje.

Ustav RS³⁵ u čl. 34 st. 4 propisuje 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. Ustav je, dakle, važenje načela *ne bis in idem* proširio i na druge kaznene postupke, a ne samo na krivični³⁶. Međutim, donekle je nejasno da li se zabrana odnosi samo na ponovno vođenje istovrsnog postupka, ili zabranjuje i ponovno gonjenje učinio- ca u nekom drugom sudskom postupku. Formulacija da „niko ne može biti gonjen ili kažnjen za krivično delo” upućuje da su pisci Ustava imali na umu samo zabranu ponovnog vođenja istovrsnog postupka. Drugačije bi bilo da se umesto termina „krivično delo” koristi reč „delo”. U tom slučaju, zabrana bi pokrivala i eventualno vođenje neke druge vrste kaznenog postupka (npr. prekršajnog). Čini nam se da formulacija trenutno ne daje prostora za šire tumačenje.

Krivični zakonik u čl. 63 st. 3 predviđa da se zatvor ili novčana kazna koju je osuđeni izdržao, odnosno platio za prekršaj uračunava u kaznu izrečenu za krivično

- 31 Predstavka br. 50124/13, presuda od 1. marta 2016. godine. Odluka je objavljena u „Sl. glasnik RS”, br. 61/2016, a dostupna je na: <https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Milenkovi%C4%87%20protiv%20Srbije%20%2850124-13%29.pdf>, 10. april 2019.
- 32 Član 4 Protokola 7 propisuje da se nikome ne može 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. Ova odredba pruža zaštitu ne samo od ponovnog kažnjavanja za isto ponašanje, već zabranjuje i dvostruko vođenje postupka povodom istog događaja.
- 33 I ovaj kriterijum se uzima u obzir, ali se ističe da nacionalna kvalifikacija ne može imati odlučujuć značaj prilikom ocene, budući da Konvencija ni na koji način ne ukazuje na to da kvalifikacija nekog ponašanja kao lakšeg (prekršaja) ne isključuje kvalifikaciju tog dela kao „krivičnog” prema kriterijumima ESLJP.
- 34 Ovi kriterijumi ustanovljeni su u slučaju *Engel protiv Holandije*, i poznati su kao „Engel kriterijumi”.
- 35 „Sl. glasnik RS”, br. 98/2006.
- 36 M. Škulić /2017/: Načelo *ne bis in idem* – normativno rešenje i neka sporna pitanja, *Pravni život* № 9, pp. 668.

delo čija obeležja obuhvataju i obeležja prekršaja. Iako je KZ materijalni zakon, ova odredba sadrži pravila koja su po svojoj prirodi proceduralna³⁷ i regulišu upravo značaj prekršajne odluke za krivični postupak. Dakle, prekršajni postupak koji je okončan osuđujućom presudom kojom je okrivljenom izrečena kazna neće sprečiti da se vodi i dovrši krivični postupak; ta činjenica imaće značaj na planu uračunavanja kazne. Budući da ova odredba govori samo o osuđujućoj presudi, u literaturi se iznosi mišljenje da tim pre vođenje krivičnog postupka neće sprečiti ni neka druga odluka kojom se može okončati prekršajni postupak³⁸.

Kao što vidimo, naše pravo sadrži potpuno drugačija rešenja od onih koje ESLJP zastupa u svojim odlukama. Primat se uvek daje krivičnom postupku, a samim tim i krivičnom delu, dok postojanje eventualne odluke prekršajnog suda ne može imati značaj okolnosti koja bi sprečila vođenje krivičnog postupka. Razlog postojanja ovog procesnog rešenja leži u, za naše pravo tradicionalnom razlikovanju prekršaja i krivičnih dela sa aspekta materijalnih kriterijuma. Kao što smo gore objasnili, i pored izvesnog približavanje pojmova prekršaja i krivičnog dela, razlika među njima ostaje – iako izvesne rezerve postoje u pogledu graničnih slučajeva, ipak možemo zaključiti da su prekršaji manje opasna ponašanja, te da nema kriminalno političkog opravdanja svrstati ih u najteže oblike kažnjivih ponašanja. Sa druge strane, praksa ESLJP, čini nam se, u nekim odlukama upravo gubi iz vida tu suštinsku, materijalnu komponentu prekršaja, već njihovu sličnost sa krivičnim delima posmatra samo posredstvom formalnih kriterijuma.

U literaturi se predlažu različita rešenja kako bi se ovaj problem prevazišao. Većina njih se kreće na planu postavljanja određenih procesnih pravila³⁹ kako bi se izbeglo vođenje dva postupka, i samim time i povreda zabrane dvostrukog suđenja, u smislu u kome to pravilo razume ESLJP. Čini nam se da se ovo pitanje ne može rešiti samo primenom proceduralnih pravila. Naprotiv, kao što ćemo pokušati da objasnimo, najpre se ovaj problem mora sagledati kroz prizmu određenih instituta materijalnog prava, a procesne norme treba da nam pomognu da rešenje do koga dođemo uspemo da dosledno sprovedemo i na planu same prekršajne/krivične procedure. Odredbe procesnog karaktera moraju suštinski da se poklapaju sa odredbama materijalnog zakonodavstva, tako što će omogućiti da se u fer i pravičnoj proceduri raspravi pitanje postojanja kažnjivog ponašanja i eventualno utvrdi odgovornost njegovog učinioca.

Evropsko – kontinentalni pravni sistemi (za razliku od anglosaksonskog pravnog sistema) poznaju sticaj dela kao opšti institut kaznenog prava. Tradicionalno se učenje o sticaju izlaže kroz njegovu podelu na idealni i realni, odnosno na pravi⁴⁰ i

37 Procesni karakter imaju i neke druge odredbe KZ, poput onih kojima se regulišu rokovi u kojima oštećeni može pokrenuti parnični postupak (čl. 93 KZ).

38 D. Novoselec, M. Rašo, Z. Burić /2010/: Razgraničenje kažnjivih djela i prekršaja u svjetlu presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Maresti protiv Hrvatske, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* № 2, pp. 787.

39 Detaljnije o ovome vid. V. Bajović /2016/: Slučaj Milenković – ne bis in idem u krivičnom i prekršajnom postupku – in: *Kaznena reakcija u Srbiji* (Đ. Ignjatović, ed.), Beograd, pp. 254–255.

40 Konstrukciju „pravi sticaj” u ovom radu koristimo kao antonim pojma „prividni sticaj”.

prividni sticaj. Sledstveno navedenoj podeli, a sa aspekta odnosa prekršaja i krivičnog dela, možemo govoriti o nekoliko situacija⁴¹.

Prva će biti kada se prekršaj i krivično delo nalaze u odnosu pravog realnog sticaja⁴²: kada učinilac sa više radnji ostvari obeležja dva različita kaznena delikta⁴³. U ovom slučaju, obeležja prekršaja i obeležja krivičnog dela u svom matematičkom zbiru čine jedan životni događaj. Uzmimo kao primer odnos prekršaja iz čl. 7 st. 1 Zakona o javnom redu i miru⁴⁴ (Svađa, vika i buka na javnom mestu) i krivičnog dela teška telesna povreda iz čl. 121 KZ. Ukoliko povređivanju drugoga prethodi svađa koja narušava red i mir ili stvara uznemirenje građana, u jednom životnom događaju postojeće dva kažnjiva dela koja se ostvaruju različitim radnjama. Ukoliko bismo dozvolili da odluka prekršajnog suda u potpunosti blokira mogućnost vođenja krivičnog postupka, dolazimo do apsurdne situacije da jedan segment životnog događaja postaje za pravo potpuno irelevantan. Apsurd je još veći ako uzmemo u obzir da bi se u ovom slučaju radilo, sa stanovišta kaznenog prava kao celine, o daleko značajnijem elementu događaja⁴⁵. Sa aspekta opravdanosti kaznjavanja, nema sumnje da ne bi bilo pravično da prekršajna odgovornost apsorbuje krivičnopravnu samo zbog činjenice da je prekršajni postupak ranije okončan.

Problem bismo mogli imati i u obrnutoj situaciji – ukoliko okrivljenog osudimo samo za krivično delo, bez uzimanja u obzir da je istom prilikom dovršen i prekršaj. Ponovo bi jedan segment životnog događaja (istina, u ovom slučaju manje značajan) koji norme kaznenog prava negativno vrednuju ostao zanemaren. Mogući „izlaz“ iz ove situacije bilo bi rešenje da sud ovu činjenicu ceni prilikom odmeravanja kazne. Međutim, problem ovakvog rešenja prestavlja činjenica da krivični sud nije nadležan da se bavi pitanjem postojanja prekršaja kao kaznenog delikta, već to spada u nadležnost druge vrste sudskih organa – prekršajni sud je, naime, odvojeni deo sudske vlasti u organizacionom smislu, koji ima svoju vlastitu nadležnost. Krivični sud ne bi smeo ovu činjenicu uzeti u obzir kao otežavajuću okolnost, već bi, eventualno mogao da uzme u obzir to što je prekršajni postupak u jednom momentu bio pokrenut. Međutim, i ovakvo shvatanje trpelo bi ozbiljnije kriticke.

41 I Delibašić prepoznaje značaj razlikovanja slučajeva u kojima krivično delo (ne)sadrži obeležja prekršaja, iako formalno ne govori o sticaju krivičnih dela (upor. T. Delibašić: *op. cit.*, pp. 797).

42 Ukoliko problem realnog sticaja posmatramo isključivo pravno – dogmatski, čini se da ova situacija treba da bude nesporna: ovde ne dolazi do preklapanja elemenata životnih događaja, već svako delo, i prekršajno i krivično ima svoju radnju kao realni fenomen kojom se ostvaruju obeležja bića. Međutim, u praksi se često dešava da sudovi, opisujući životni događaj u odlukama, u njega uključe i elemente koji nisu obeležja bića dela o kome se u postupku raspravlja. Jedan od argumenata ESLJP u odluci *Milenković protiv Srbije* upravo je bila činjenica da je prekršajni sud u presudi pomenuo da je okrivljeni teško telesno povredio oštećenog, zbog čega ESLJP smatra da je ta činjenica bila vrednovana u samom postupku. Čitava ova „zabuna“ nastala je usled toga što ESLJP na autonoman način tumači pojam „isto delo“, uzimajući kao odlučujuće „postojanje bitno istih činjenica“, što se ne može uvek smatrati opravdanim (vid. G. P. Ilić /2017/: *Načelo ne bis in idem* u praksi Evropskog suda za ljudska prava, *Strani pravni život* №3, pp. 31–32).

43 Valja napomenuti da i u ovom slučaju mi razmatramo samo one situacije kada više radnji u svom zbiru predstavlja jedan životni događaj, u smislu vremenske i prostorne povezanosti.

44 „Sl. glasnik RS“, br. 6/2016 i 24/2018.

45 Sa aspekta činjeničnog stanja kao celine dominantnu okolnost činila bi naneta teška telesna povreda, a ne okolnost da je time nastupilo remećenje javnog reda i mira.

Druga situacija postoji kada se radi o idealnom sticaju (kada učinilac jednom radnjom prouzrokuje više različitih delikata). Ovde nam može biti značajna i podela idealnog sticaja na pravi i prividni. Ukoliko se radi o idealnom sticaju koji nije prividan, ne postavlja se pitanje da li okrivljenog treba kazniti za obe forme ponašanja. Ako bi naš učinilac, primera radi, jednom radnjom naneo teške telesne povrede licu A i licu B, nesumnjivo je da bi odgovarao za obe izvršene radnje. Analogno navedenoj situaciji, ne bi postojala povreda načela *ne bis in idem* u situaciji kada se prekršaj i krivično delo nalaze u idealnom sticaju koji nije prividan⁴⁶ (slično kao kod realnog sticaja). Međutim, onda dolazimo do sledećeg problema. Da je zakonodavac remećenje javnog reda i mira normirao kao krivično delo, a ne prekršaj i za njega propisao strožu kaznu, učinilac bi možda bio strože kažnjen zbog primene pravila o odmeravanju kazne za krivična dela učinjena u sticaju, ali u tom slučaju se pitanje povrede načela *ne bis in idem* ne bi postavilo jer bi se sve okončalo u istom postupku. Da je naš zakonodavac smatrao da na isti životni događaj – remećenje javnog reda i mira, treba reagovati krivičnopravnom normom, posledice ovakve osude bi za učinioaca možda bile ozbiljnije – možda bi mu bila izrečena sankcija koja je u svojoj ukupnoj težini stroža od pojedinačnih sankcija koje su mu izrečene u dva odvojena postupka. Jednostavnije rečeno, proizlazi da problem koji je po svojoj prirodi suštinskog karaktera nastaje zbog činjenice koja se tiče organizacije pravosuđa – da je pitanje utvrđivanja odgovornosti za prekršaj stavljeno u nadležnost prekršajnih sudova, a ne krivičnih.

Drugačije rešenje postojaće kod prividnog sticaja. Bez obzira da li jedno delo postoji zbog primene principa specijaliteta, supsidijariteta ili konsumpcije, postojaće samo krivično delo, ne i prekršaj⁴⁷. Međutim, upravo situacija prividnog idealnog sticaja i jeste najproblematičnija. Ona bi značila da organ prekršajnog postupka obustavi dalji rad na predmetu i spise prosledi nadležnom krivičnom sudu, što propisuje odredba čl. 183 st. 2 ZOP. Međutim, šta ako takvo postupanje izostane? Budući da prekršajni postupak u praksi traje kraće od krivičnog, i da će najverovatnije prvi biti okončan, praksa ESLJP govori nam da krivični postupak u tom slučaju mora biti obustavljen⁴⁸. Sa aspekta materijalnih propisa, dolazimo u situaciju da jedno nepravo sadržano u učinjenom prekršaju u potpunosti potiskuje nepravo koje u sebi sadrži krivično delo. Praktično, pravila procedure dovode do potpunog „izigravanja” pravila idealnog sticaja. Slično kao kod realnog sticaja, jedan segment neprava ostaje potpuno izvan mogućnosti zakonodavne intervencije. Istina, ako bismo pokušali da matematički posmatramo celokupnu situaciju, ipak je ovde problem manje ozbiljan, budući da učinilac ostaje nekažnjen samo „za razliku” između prekršaja i krivičnog dela (praktično, za višak sadržaja koji je kvalitativno doprineo transformaciji prekršaja u krivično delo), dok se kod realnog sticaja to dešava u odnosu na krivično delo kao celinu.

46 Detaljnije o tome vid: M. Škilić /2018/: *op. cit.*, pp. 318–319.

47 Kako ističe Lazin, „nemoguće je zamisliti obrnutu situaciju: da prekršaj kao lakša inkriminacija obuhvata i isključuje krivično delo”. Đ. Lazin /1976/: Prividni idealni sticaj krivičnih dela i prekršaja – in: *Zbornik instituta za kriminološka i sociološka istraživanja* (M. Milutinović, ed.), Beograd, pp. 175.

48 U ovom slučaju odbijajućom presudom na osnovu čl. 422 t. 2 ZKP.

Zbog svega navedenog, čini nam se da pitanje značaja odluke prekršajnog suda za krivični postupak nije samo proceduralnog karaktera – ono ima i suštinski značaj, i da bi bilo rešeno na adekvatan način mora se u obzir uzeti i materijalni aspekt razgraničenja ove dve forme ponašanja.

ZAKLJUČNE NAPOMENE

Problematika razlikovanja prekršaja i krivičnog dela ima višestruku dimenziju, koju smo pokušali prikazati koristeći nekoliko kriterijuma. Činjenica da se radi o formama ponašanja koje država želi da sankcioniše nužno nameće potrebu istovrsnih rešenja u određenim segmentima, dok okolnost da ova ponašanja *de facto* jesu dve kategorije delikata uslovljava potrebu da se ta razlika ispolji i na planu zakonodavnih rešenja, kako onih koja se tiču određivanja njihovih pojmova, tako i na planu sudskog postupka.

Međutim, upravo trend „približavanja” ove dve vrste delikata koji se poslednjih godina može uočiti dovodi do brisanja jasnih razlika između prekršaja i krivičnih dela. Budući da se njihovi opšti pojmovi gotovo preklapaju, jedina koliko – toliko jasna granica može se uočiti na planu propisanih sankcija (što ne znači da i u tom aspektu nema preklapanja). Zanimljivo je shvatanje Aćimovića da drugih kriterijuma razlikovanja i nema osim sankcije, te da se ti drugi kriterijumi „ponekad izmišljaju i ozakonjuju”⁴⁹

Pokušali smo da damo odgovor na pitanje da li između krivičnog dela i prekršaja ima takvih razlika koje su suštinskog, materijalnog karaktera, a koje ne zavise od kvalifikacije tih dela kao jedne ili druge forme ponašanja – kriterijuma koji bi prethodio predviđenosti u zakonu. Upravo ovde naišli smo na veliki problem. Za one forme ponašanja za koje postoji načelna dilema da li pripadaju oblasti prekršaja ili krivičnih dela takav kriterijum ne postoji – presudna je uvek reč pisaca zakona i njihovo shvatanje „težine” i značaja nekog ponašanja.

Sa druge strane, određene odluke ESLJP aktuelizovale su pitanje istovremenog ili uzastopnog vođenja prekršajnog i krivičnog postupka, u svetlu moguće povrede načela *ne bis in idem*. Povreda će zaista postojati ukoliko se dela nalaze u odnosu prividnog idelanog sticaja, u kom slučaju prekršajni postupak mora dati primat krivičnom (obrnutu mogućnost smatramo očigledno pogrešnom). Međutim, ako se radi o pravom idealnom ili realnom sticaju, nema smetnje da se oba postupka paralelno vode, budući da činjenice na kojima se temelje optužbe nisu iste.

Iako primena pravila o sticaju prekršaja i krivičnog dela može da reši procesne poteškoće, nismo sigurni da bi ovaj kriterijum trebalo ozakoniti. Budući da ZOP i KZ sticaj regulišu samo sa aspekta odmeravanja sankcije za dela učinjena u sticaju, moralo bi se prethodno pristupiti definisanja sticaja kao opšteg instituta u materijalnom delu ZOP i KZ, što, čini nam se, ne bi bilo jednostavno imajući u vidu da danas u teoriji pitanje sticaja nije nesporno.

Rešenje do koga dolazimo primenom pravila o sticaju prekršaja i krivičnih dela donekle mogu osporiti pojedine oduke ESLJP, a prvenstveno *Milenković protiv Sr-*

49 M. Aćimović: *op. cit.*, pp. 31.

bije, koje restriktivnije gledaju na mogućnost vođenja oba postupka. Možemo pretpostaviti da će one uticati na postupanje sudova, ali možda i dovesti do nekih intervencija zakonodavca na ovom planu. Iako su ova gledišta suda kritikovana, ne sme se zaboraviti da je uloga ESLJP da štiti slobode i prava pojedinaca koja im garantuje Evropska konvencija. Zato i stanovišta koja zauzima pre svega imaju za cilj da štite pojedinca od države, dok se interesi države (pa i za adekvatno kažnjavanje učinilaca) stavljaju u drugi plan⁵⁰.

LITERATURA

- Ćimović, M. /1986/: Kazne i ostale sankcije u krivičnom i prekršajnom pravu, *XXIV savetovanje Saveza udruženja za krivično pravo i kriminologiju Jugoslavije*
- Bajović, V. /2016/: Slučaj Milenković – ne bis in idem u krivičnom i prekršajnom postupku – in: *Kaznena reakcija u Srbiji* (Đ. Ignjatović, ed.), Beograd
- Bejatović, S. /2015/: Efikasnost krivičnog postupka kao međunarodni pravni standard i reforma krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije (norma i praksa), *NBP: nauka, bezbednost, policija* № 2.
- Buha, M. /2017/: Pravne poteškoće u razgraničavanju krivičnog djela od prekršajnog djela, *Crimen (VIII)* № 1.
- Vuković, I. /2018/: *Prekršajno pravo*, 3 izd., Beograd
- Delibašić, T. /2015/: Pitanje razgraničenja i paralelnih postupaka za krivično delo i prekršaj sa aspekta načela ne bis in idem, *Pravni život* № 9.
- Delić, N., Bajović, V. /2018/: *Priručnik za prekršajno pravo*, Beograd
- Drakić, D., Milić, I. /2018/: Utvrđivanje istine u prekršajnom postupku, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* № 1.
- Đorđević, Đ. /2015/: Problemi međusobnog usaglašavanja odredaba prekršajnog i krivičnog prava – in: *Kaznena reakcija u Srbiji* (Đ. Ignjatović, ed.), Beograd
- Đorđević, M., Mihajlovski, A. /1987/: *Delikti kaznenog prava*, Beograd
- Ilić, G. P. /2017/: Načelo ne bis in idem u praksi Evropskog suda za ljudska prava, *Strani pravni život* № 3.
- Lazin, Đ. /1976/: Prividni idealni sticaj krivičnih dela i prekršaja – in: *Zbornik instituta za kriminološka i sociološka istraživanja* (M. Milutinović, ed.), Beograd
- Novosel, D., Rašo, M., Burić, Z. /2010/: Razgraničenje kažnjivih djela i prekršaja u svetlu presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Maresti protiv Hrvatske, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* № 2.
- Pašalić, Z. /2011/: Uticaj prekršaja na rast stope kriminala u Srbiji, *Kriminal i državna reakcija: fenomenologija, mogućnosti, perspektive*
- Remington, F. B. /1952/: Legal Concepts of Misdemeanor and Felony, *Y.B.* № 65.
- Srzić, N., Stajić, A., Lazarević, Lj. /1980/: *Krivično pravo*, 11 izd., Beograd
- Stojanović, Z. /2012/: Značaj pojma prekršajne odgovornosti za prekršajno pravo, *Revija za kriminologiju i krivično pravo* № 1–2.
- Stojanović, Z. /2017/: *Krivično pravo: opšti deo*, 24. izd., Beograd
- Tukar, M. /2011/: Državna reakcija u sankcionisanju učinilaca prekršaja: sadašnje stanje i moguća rešenja, *Kriminal i državna reakcija: fenomenologija, mogućnosti, perspektive*

50 V. Bajović: *op. cit.*, pp. 253.

Škulić, M. /2017/: Načelo ne bis in idem – normativno rešenje i neka sporna pitanja, *Pravni život* № 9.

Škulić, M. /2018/: Privredni prestupi, prekršaji i krivična dela u svetlu načela ne bis in idem, *Bilten sudske prakse Privrednih sudova* № 4.

Ivana Radisavljević

University of Belgrade, Faculty of Law

SIMILARITIES AND DIFFERENCES BETWEEN CRIMINAL ACT AND MISDEMEANOR IN SERBIAN LAW

SUMMARY

Finding adequate criteria for distinguishing criminal offence and misdemeanors is a question that has been debated for very long time. Both types of acts are proclaimed by the legislator as punishable and are regulated in very similar ways. But despite those similarities, there still exist numerous differences between the two acts. Besides the fact that the definition of criminal offence in Criminal code and the definition of misdemeanor in Misdemeanor law may seem different, that difference is lost when the laws are applied. – both of those acts only exist if they are defined by law as an offence, unlawful, and if the defendant is found guilty of committing them. Because of that, author concludes that the main difference is seen in the penalty imposed for the criminal offence and the misdemeanor.

We also point out some similarities and differences in the criminal and misdemeanor procedure, where we conclude that it is not acceptable that the legal rehabilitation for criminal act ensues if the person sentenced to a fine does not commit new criminal offence within the period of three years, whereas in the case of misdemeanor legal rehabilitation ensues within the period of four years.

The decisions of European court of human rights, especially the decision Milenković v. Serbia have raised some important questions in terms of violation of the principle ne bis in idem. Regarding this problem, we analyse the situation that may occur from the fact that certain life event may contain elements of both criminal offence and misdemeanor, and suggested some solutions from the aspect of concurrence of criminal act and misdemeanor.

Key words: misdemeanor, criminal offence, seriousness of the offence, concurrence of acts, ne bis in idem.

KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI

IX deo

Tematska monografija

Biblioteka

CRIMEN

46

Priredio

Prof. dr Đorđe Ignjatović

Izdavač

Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet

u saradnji sa Kriminološkom sekcijom

Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu

Za izdavača

Prof. dr Zoran Mirković

dekan Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

Dizajn korica

Đorđe Ignjatović

Tehnička priprema

dr Natalija Lukić

Jovana Banović

Ivana Radisavljević

Priprema za štampu

Dosije studio, Beograd

Grafičko uređenje

Irena Đaković

Tiraž

100

ISBN 978-86-7630-825-5

Štampa

JP Službeni glasnik, Beograd

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

343.2/.7(497.11)(082)

343.97(497.11)(082)

KAZNENA reakcija u Srbiji : tematska monografija. Deo 9 /
urednik Đorđe Ignjatović. – Beograd : Pravni fakultet Univerziteta,
2019 (Beograd : Službeni glasnik). – IX, 378 str. : table ; 24 cm. –
(Biblioteka Crimen / Pravni fakultet, Beograd ; 46)

"Ova tematska monografija nastala je kao rezultat rada na Projektu
br. 179051 'Kaznena reakcija u Srbiji kao ključni element pravne
države' ..." --> prelim. str. – Tiraž 100. – Str. VII-IX: Predgovor
/ urednik. – Napomene i bibliografske reference uz tekst. –
Bibliografija uz većinu radova. – Summaries.

ISBN 978-86-7630-825-5

1. Игњатовић, Ђорђе, 1952– [уредник] [аутор додатног текста]

а) Кривично законодавство -- Србија -- Зборници б)

Криминалитет -- Србија -- Зборници

COBISS.SR-ID 277320972

