

# KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI

priredio  
Đorđe Ignjatović





*Biblioteka*

CRIMEN

19

*Ova tematska monografija nastala je  
kao rezultat rada na Projektu br. 179051  
„Kaznena reakcija u Srbiji kao ključni element pravne države“  
koji finansira Ministarstvo nauke Republike Srbije*

© Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2011.

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

# KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI

*Tematska monografija*

*Urednik*

Đorđe Ignjatović

*Recenzenti*

Prof dr Ljupčo Arnaudovski

Prof. dr Gorazd Meško

dr Jovan Ćirić

Beograd, 2011.



## SADRŽAJ

PREDGOVOR .....	7
<i>Zoran Stojanović</i> ODREĐIVANJE OPŠTEG POJMA KRIVIČNOG DELA U SRPSKOJ NAUCI KRIVIČNOG PRAVA.....	11
<i>Dorđe Ignjatović</i> NOVINE U PRAVU IZVRŠENJA KRIVIČNIH SANKCIJA SRBIJE .....	35
<i>Milan Škulić</i> OSNOVI UPOREDNOG KRIVIČNOG PROCESNOG PRAVA I OSNOVNI PROBLEMI REFORME KRIVIČNOG POSTUPKA SRBIJE.....	54
<i>Milovan M. Mitrović</i> KAMPANJSKA PRIVATIZACIJA U SRBIJI – UDRUŽENI PLJAČKAŠKI PODUH VAT .....	126
<i>Boris Begović</i> DEMOKRATIJA I KRIMINAL: EKONOMSKA ANALIZA.....	139
<i>Dorđe Đorđević</i> ZABRANA PRISUSTVOVANJA ODREĐENIM SPORTSKIM PRIREDBAMA.....	158
<i>Nataša Delić</i> KRIVIČNOPRAVNI ASPEKT ZLOUPOTREBE OPOJNIH DROGA – ZAKONODAVSTVO, TEORIJSKI STAVOVI I SUDSKA PRAKSA.....	167
<i>Igor Vuković</i> ISPROVOCIRANI NAPADI I DRUGA OGRANIČENJA NUŽNE ODBRANE .....	193
<i>Biljana Simeunović-Patić</i> NEREAGOVANJE OČEVIDACA ZLOČINA: STRAH, APATIJA, DIFUZIJA ODGOVORNOSTI I (ILI) KONFORMIRANJE.....	210
<i>Ljubinka Kovačević</i> CILJ I SMISAO RADNOPRAVNE ZAŠTITE „UZBUNJIVAČA“ .....	221

---

<i>Vanja Bajović</i> „IZGUBLJENI U PREVODU“ – ILI GREŠKE U ZVANIČNOM PREVODU RIMSKOG STATUTA .....	238
<i>Ivan Đokić</i> OBJEKTIVNA ODGOVORNOST U ENGLESKOM KRIVIČNOM PRAVU ...	255
<i>Natalija Lukić</i> NASILJE MEĐU PARTNERIMA – ANALIZA KARAKTERISTIKA I UZROKA .....	269
<i>Ivana Marković</i> PRISTANAK POVREĐENOG U KRIVIČNOM PRAVU.....	282
<i>Miloš Čavić</i> UTICAJ KULTUROLOŠKIH FAKTORA NA KRIMINALITET.....	297
CONTENTS .....	309



## PREDGOVOR

Tematska monografija *Kaznena reakcija u Srbiji* plod je rada istraživača angažovanih na istoimenom višegodišnjem Projektu koji finansira Ministarstvo prosvete (ranije Ministarstvo nauke Srbije). Kaznena reakcija u našoj Republici tema je koja decenijama čeka naučno preispitivanje i to sa nekoliko stanovišta: kakva su normativna rešenja u pozitivnom kaznenom zakonodavstvu i postoji li potreba njihovog menjanja? Ako je odgovor na prethodno pitanje potvrđan, u kom pravcu bi te promene trebalo da se kreću? Drugi krug pitanja vezan je za uporednopravni pogled i svodi se na razmatranje primenivosti rešenja iz pravnih sistema drugih zemalja u našim uslovima. Najzad, trebalo bi proučiti koliko su pravni propisi u ovoj oblasti zaživeli u praksi i koje efekte proizvode. Petnaest tekstova sabranih u ovoj knjizi trebalo bi da pruže bar neke odgovore na gore navedena pitanja.

Prvi od njih, autora profesora Zorana Stojanovića, govori o načinima određivanja opšteg pojma krivičnog dela kao centralne kategorije u (materijalnom) krivičnom pravu. Ukazuje sa na dva modela kaznene pravde od kojih je nemački do sada vršio odlučujući uticaj na način na koji se ovaj pojam određuje kod nas; drugi model, anglosaksonski, poslednjih decenija sve više služi kao uzor krivičnom zakonodavstvu u kontinentalnom delu Evrope. Od toga za koji od ovih modela će se u vremenu koje dolazi opredeliti naš krivični zakonodavac, zavisice ne samo dalji razvoj krivičnog zakonodavstva u Srbiji, nego i mnogi aspekti kontrole kriminaliteta.

Kritičkom analizom novih rešenja u pravu izvršenja krivičnih sankcija bavi se dr Đorđe Ignjatović koji konstatuje da izuzetnu dinamiku noveliranja propisa u ovoj oblasti ne prati i podizanje kvaliteta novih rešenja i njihova primenjivost u praksi. Neki od prigovora posledica su nedostatka opšte strategije kontrole kriminaliteta i težnje nosilaca javnih funkcija za sticanjem poena u javnosti argumentima iz arsenala „kaznenog populizma“. Ipak, najveći broj prigovora specifični su za ovu granu prava (pritisci da se u zakone koji regulišu izvršenje krivičnih sankcija unesu odredbe kojima tu nije mesto, nizak pravnotehnički nivo propisa i niz drugih).

Rad profesora Milana Škulića, koji se – i to ne samo po obimu, nego i sadržinski – približava monografskom delu, sastoji se iz dve celine. U prvom u kome se koristi uporednopravni metod, detaljno se analizira uticaj dva osnovna modela krivičnog postupka koja na evropskim prostorima postepeno počinju da se prožimaju; drugi deo reda posvećen je u potpunosti kritici Nacrta Zakonika o krivičnom postupku iz 2010. Ona se odnosi kako na konceptualna pitanja (jedno od glavnih je odnos prema načelu istine), tako i na konkretna rešenja primenjena u Nacrtu. Budući da je u vreme pisanja ovog Predgovora Nacrt ZKP u skupštinskoj proceduri, biće interesantno pratiti da li će i kakve posledice njegovo očekivano usvajanje imati u praksi.

Kampanjskom privatizacijom i njenim uticajem na kretanje kriminaliteta u Srbiji bavi se tekst profesora Milovana Mitrovića. Osnovna tvrdnja autora je da je privatizacija, onakva kakva je izvršena u Republici centralni generator sistemske korupcije i organizovanog kriminaliteta. Takođe, on zapaža da kod nas možemo zapaziti tri „društvena korena i oblika“ kriminaliteta: sistemski, tranzicioni i anomički. Ukazuje i na metodološki model sociološke analize korupcije u procesu privatizacije, a trebalo bi je započeti proučavanjem karakterističnih slučajeva spornih privatizacija.

Jedan drugi istraživač, profesor Boris Begović svoje višegodišnje bavljenje (kod nas nedovoljno proučenim) odnosom ekonomskih činilaca i kriminaliteta nastavlja radom u kome daje ekonomsku analizu odnosa demokratije i kriminaliteta. Uprkos rezervama metodološke prirode koje, po autoru, otežavaju donošenje validnih sudova, on izvodi jedan vrlo intrigantan zaključak o modelima kaznene reakcije u demokratskim i autoritarnim režimima (najjednostavnije rečeno, prvi su okrenuti umanjenju negativnih posledica najtežih zločina, drugi – punjenju budžeta).

Profesor Đorđe Đorđević u svom prilogu pažnju usmerava na niz spornih i normativno nedovoljno razrađenih pitanja koja se odnose na novu meru bezbednosti koja je u naše krivično zakonodavstvo uvedena Novelom Krivičnog zakonika iz 2009. Radi se zabrani prisustvovanja određenim sportskim priredbama. Uz ocenu da se njeno uvođenje i u krivično pravo (do navedenih izmena KZ, ona je bila predviđena samo u oblasti prekršajne odgovornosti) može smatrati korisnom inovacijom, autor izražava i bojazan da se ona u praksi može kompromitovati zbog njene faktičke neprimenjivosti u ovom trenutku.

*Krivičnopravni aspekt zloupotrebe opojnih droga* naslov je rada profesora Nataše Delić. U njemu se tumačenje zakonskih odredaba i brižljivo proučavanje prakse sudova koriste u cilju analize tri dela iz grupe krivičnih dela protiv zdravlja ljudi: neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga; neovlašćeno držanje opojnih droga; i omogućavanje uživanja opojnih droga. Kada se radi o ovoj poslednjoj, u radu se primećuje da je možda došao trenutak da se izraz „uživanje“ kada se radi o opojnim drogama zameni mnogo pogodnijim – „zloupotreba“.

Tekst docenta Igora Vukovića bavi se temom koja, pored krivičnopravnog, ima i viktimološki značaj: o isprovociranom napadu i srodnim situacijama koje iz socijalno etičkih razloga ograničavaju pravo na nužnu odbranu (u pitanju su neskrivljeni napadi i bliski lični odnosi). Docent Biljana Simeunović– Patić objašnjava razloge zbog kojih se svedoci čak i brutalnih kriminalnih dela uzdržavaju od involviranja u događaje i ne preduzimaju ništa da pomognu žrtvi u takvim situacijama. Uz to, ukazuje se i to šta preduzeti da se nikada više ne ponovi u literaturi toliko puta navođeni „slučaj Kitty Genovese“.

Prilog koji u monografiji sledi napisala je asistent Ljubinka Kovačević i njegova tematika je na granici radnog i krivičnog prava. Bavi se radnopravnom zaštitom lica koja se odluče da javnost upoznaju sa nezakonitim ponašanjem poslodavaca („uzbunjivači“ ili popularnije „duvači u pištaljku“). Asistent Vanja Bajović ukazuje na nedopustivo nizak nivo profesionalizma prevodilaca jednog od najvažnijih propisa iz oblasti međunarodnog krivičnog prava – Rimskog statuta Međunarodnog krivič-

nog suda. Asistent Ivan Đokić piše o striktnoj odgovornosti u engleskom krivičnom pravu, koju nikako ne bi trebalo izjednačavati sa objektivnom odgovornošću.

Asistent Natalija Lukić podelila je svoj rad o nasilju među partnerima u dva dela: u prvom prikazuje stavove o karakteristikama i uzrocima ovakvog ponašanja koji se mogu naći u literaturi, a u drugom analizira praksu sudova u Beogradu i Šapcu. Ivana Marković, saradnik u nastavi, bavi se značajem pristanka povređenog u krivičnom pravu, koji – pod određenim uslovima – može biti osnov isključenja protivpravnosti dela, kao i pretpostavljenim pristankom kao osnovom isključenja protivpravnosti koji se nalazi između krajnje nužde i pristanka povređenog.

Petnaesti prilog u knjizi napisao je Miloš Čavić, student četvrte godine Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. To je njegov prerađeni rad sa kojim je osvojio prvu nagradu na konkursu mladih kriminologa koji svake druge godine raspisuje Kriminološka sekcija Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu. Uticaj kulturnih činilaca na kriminalitet obrađen je iz dve dimenzije: kroz „delikte zloupotrebe moći“ i potkulturu hakera čija samosvojnost je podstakla autora da je prouči.

Priređivač ove tematske monografije njenu štampanu verziju sa zadovoljstvom prepušta sudu čitalaca uveren da će bogatstvo tematike i način obrade problema vezanih za kaznenu reakciju u Srbiji zasnovan na kritičnosti i iskrenom nastojanju da se stvari učine boljim podstaći dijalog i – zašto ne i – polemiku o pitanjima o kojima se piše u knjizi. To je, po njegovom mišljenju, najbolji put da dođemo do rešenja koja će unaprediti ovu osetljivu oblast. Radovi su, napomenimo još i to, objavljeni bez značajnijeg upliva urednika u stavove autora, čak i kada se on ne slaže sa njima. Ostaje mi da se nadam da će i ova, devetnaesta knjiga u Ediciji CRIMEN u naučnoj i stručnoj javnosti izazvati isto onakvo interesovanje koje su pobudile do sada u njoj publikovane knjige.

U Beogradu,  
septembra 2011.

UREDNIK



Zoran Stojanović\*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

## ODREĐIVANJE OPŠTEG POJMA KRIVIČNOG DELA U SRPSKOJ NAUCI KRIVIČNOG PRAVA

**Apstrakt:** U radu se analiziraju shvatanja opšteg pojma krivičnog dela u srpskoj nauci krivičnog prava. Daje se i sumaran pregled tih shvatanja do 2000. godine. Posle toga, a naročito posle stupanja na snagu KZ Srbije, došlo je do značajnih promena u shvatanju pojma krivičnog dela. Iako to nisu novine koje bi bile nepoznate u inostranoj teoriji krivičnog prava, ipak to za srpsku nauku krivičnog prava predstavlja značajan korak napred ne samo u obradi problematike opšteg pojma krivičnog dela, već i u obradi opšteg dela krivičnog prava u celini. Prilikom razmatranja pitanja strukture i sadržaja pojedinih konstitutivnih elemenata opšteg pojma krivičnog dela, naglasak se stavlja na, u odnosu na ona koja pola veka skoro da nisu dovođena u pitanje, nova, promenjena shvatanja. Takođe, ukazuje se i na moguće pravce daljeg razvoja pojma krivičnog dela. Autor zauzima stav da iako ne bi bilo opravdano težiti za nekim sasvim novim i originalnim shvatanjem opšteg pojma krivičnog dela, sada vladajuće shvatanje zahteva da se pojedina pitanja razrade i bolje objasne, a u nekim slučajevima i da se prihvate nešto drugačija shvatanja u pogledu pojedinih konstitutivnih elemenata pojma krivičnog dela i njihovog međusobnog odnosa. Na kraju rada se ukazuje upravo na ta pitanja i probleme, kao i na njihova moguća rešenja.

**Ključne reči:** nauka krivičnog prava, opšti pojam krivičnog dela, radnja, predviđenost u zakonu, protivpravnost, krivica.

### 1. UVODNE NAPOMENE

Struktura opšteg pojma krivičnog dela u značajnoj meri određuje i fizionomiju čitavog krivičnog prava. Od toga šta će se smatrati konstitutivnim elementima pojma krivičnog dela, kao i od toga kako će se shvatiti njihova sadržina, zavisi i kako će se postaviti sistem opšteg dela. Tako, poznato je da je neunošenje subjektivnog elementa u taj pojam od strane Živanovića vodio tzv. triparticiji kao sistemu opšteg dela što je, opet, uticalo i na drugačije postavljanje niza instituta opšteg dela. Iako je to shvatanje u našoj teoriji krivičnog prava odavno s pravom odbačeno, ono je imalo veliki značaj za razvoj srpske krivičnopravne dogmatike. Između ostalog, i zbog toga što se učvrstilo shvatanje o prvorazrednom značaju opšteg pojma krivičnog dela kao i sistema opšteg dela krivičnog prava. To ipak ne znači da je u Srbiji i Jugoslaviji vođena plodna diskusija u teoriji o ovom pojmu. Dok se u stranoj, pre svega nemačkoj nauci krivičnog prava učenje o pojmu krivičnog dela menjalo i razvijalo, u srpskoj teoriji u toku druge polovine XX veka vladajuće shvatanje opšteg pojma krivičnog dela nije doživelo nikakve promene, pa je do nedavno bio prihvaćen klasičan pojam krivičnog dela. Pod uticajem marksističkog pristupa isticano je

---

\* redovni profesor, [profstojanovic@gmail.com](mailto:profstojanovic@gmail.com)

i da određivanje pojma krivičnog dela samo formalnim elementima nije dovoljno, pa je pojam krivičnog dela određivan u formalno-materijalnom smislu tako što se u njega unosila i društvena opasnost kao obavezan elemenat. Do novih shvatanja u nauci krivičnog prava dolazi na kraju dvadesetog veka. Od tih shvatanja polazi i Krivični zakonik Srbije koji donosi više novina u pogledu određivanja opšteg pojma krivičnog dela. U njemu je dosledno sprovedeno objektivno-subjektivno shvatanje opšteg pojma krivičnog dela bez unošenja materijalnog elementa. Drugačiji način određivanja opšteg pojma krivičnog dela (član 14), za posledicu je imalo i više novih rešenja koja se odnose na pojedine institute opšteg dela. To je bilo podstrek i teoriji da se u većoj meri bavi ovim pitanjem.<sup>1</sup>

## 2. OPŠTI POJAM KRIVIČNOG DELA – OSVRT NA RAZVOJ U SRPSKOJ KRIVIČNOPRAVNOJ TEORIJI

U starijoj srpskoj teoriji krivičnog prava nije se previše pridavalo značaja pitanjima opšteg pojma krivičnog dela, niti uopšte sistemu opšteg dela krivičnog prava.<sup>2</sup> Tek početkom dvadesetog veka raste interes za određivanjem opšteg pojma krivičnog dela. Naročito sa pojavom ideje o tome da se krivično delo shvati samo u objektivnom smislu, oživele su rasprave o tom važnom pitanju.<sup>3</sup> Objektivno shvatanje krivičnog dela, dosledno sprovedeno kroz ceo sistem krivičnog prava (triparticija), naišlo je i na interes i određena reagovanja i u inostranoj literaturi.<sup>4</sup>

- 
- 1 Između ostalih, vid. rad N. Delić, Opšti pojam krivičnog dela u Krivičnom zakoniku Srbije. U: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*, III deo, Beograd, 2009, str. 223–243. Vid. i nap. 18.
  - 2 U vezi sa pojmom krivičnog dela raspravljalo se samo pitanje deobe krivičnog dela, pri čemu se polazilo i od srpskog Krivičnog zakonika iz 1860. godine koji je poznao trodeobu na zločine, prestupe i istupe, a u manjoj meri je ukazivano i na materijalni pojam krivičnog dela. Takođe, iz malobrojnih (ali vrlo obimnih) radova iz tog perioda nazire se stav da krivično delo čine krivično nepravo i krivica Ур. Ђ. Ценић, Ђ.: *Објаснењъ Казнителногъ законика за Княжество Србию*, У Београду, 1865, G. Milovanović, *Krivično pravo*, predavanja, litografisana skripta, Beograd, 1889 i J. Avakumović, *Teorija kaznenog prava*, Beograd, 1887.
  - 3 Tvorac ove koncepcije koja je predstavljala originalan pristup, kao što je poznato, jeste Toma Živanović. Prvi put je svoju ideju o objektivnom pojmu krivičnog dela izložio u radu: T. Givanovitsch, *De l'element subject, „moral“ dans la notion du delit*, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, (*Revue pénale Suisse*), 1909, p. 257 ff. Kasnije je svoju ideju dosledno sproveo u svim svojim radovima i stvorio sistem krivičnog prava koji je on nazvao tripartitnim, jer je osim krivičnog dela i kazne, u taj sistem uneo i pojam krivca kao treći osnovni i najviši krivičnopравни pojam.
  - 4 Ne samo originalnost Živanovićeve koncepcije, nego i činjenica da je svoje radove objavljivao na nemačkom, francuskom i italijanskom jeziku, privukla je pažnju tadašnjih teoretičara. Neki od njih su dovodili u sumnju originalnost Živanovićeve koncepcije (E. Ferri je tvrdio da je Živanović pravno dogmatski uobličio ideju italijanske pozitivne škole o krivcu kao samostalnom entitetu), drugi su je kritikovali (C. Stoops na primer), dok su treći davali podršku Živanoviću (W. Mittermaier), ili samo ukazivali na njegovo shvatanje (F. v. Liszt). Pregled stavova navedenih autora povodom triparticije sa svojim komentarima daje sam Živanović. Vgl. T. Živanović, *Osnovni problemi krivičnog prava (revizija tradicionalne, bipartiitne nauke; konstrukcija nove, trodeobne nauke)*, Beograd, 1930, str. 207–216. Ova knjiga ali bez pomenutog pregleda, izašla je i na

Pokušavajući da reši određene pravno-dogmatske probleme, Živanović je došao na ideju da krivica nije konstitutivni elemenat pojma krivičnog dela. Iako bez krivice nema kazne, krivicu i sve što je subjektivno Živanović ne smešta u krivično delo, već u pojam krivca koji on, pored krivičnog dela (shvaćenog isključivo objektivno) i kazne (kao drugog osnovnog pojma), izdvaja kao treći osnovni krivičnopravni pojam (triparticija). Objektivno krivično nepravo je, prema tom shvatanju, bilo dovoljno za postojanje krivičnog dela, dok je krivica shvaćena subjektivno u skladu sa psihološkom teorijom (zajedno sa drugim subjektivnim elementima) činila pojam krivca. S obzirom da je za primenu kazne zahtevano postojanje krivičnog dela (shvaćenog objektivno) i krivca (shvaćenog subjektivno), ovaj sistem ipak nije vodio značajno drugačijim rešenjima od onoga koji je krivicu unosio u pojam krivičnog dela. On je omogućavao lakše rešavanje nekih problema u krivičnom pravu (npr. odgovornost saučesnika u delu izvršioca koji je neuračunljiv), ali je zato stvorio neke druge probleme (čak i u slučaju preduzimanja nesvesne i nevoljne radnje krivično delo je postojalo, mada ne i krivac). U prilog ovom svom shvatanju Živanović navodi argumente pravno-dogmatskog i pravno-filozofskog, odnosno logičkog karaktera. Međutim, njegovo shvatanje, iako je izvršilo veliki uticaj na srpsku nauku krivičnog prava, ipak nije postalo vladajuće shvatanje.

Što se tiče perioda koji obuhvata 1945–2000. godinu može se konstatovati da prilikom određivanja pojma krivičnog dela u srpskoj i jugoslovenskoj teoriji sve vreme dominira klasični pojam krivičnog dela (von Liszt i Beling) uz dodavanje i posebno naglašavanje značaja društvene opasnosti kao samostalnog elementa u pojmu krivičnog dela. U toku više od pola veka skoro da nije bilo autora čije se shvatanje o pojmu krivičnog dela značajnije razlikovalo. Kao izuzetak treba navesti shvatanje Atanackovića. Prema ovom autoru, koji polazi od određenih finalističkih i normativističkih shvatanja, krivica uopšte nije elemenat krivičnog dela. Međutim, za razliku od Živanovića, on krivično delo shvata objektivno-subjektivno unoseći u biće krivičnog dela njegove subjektivne elemente. Krivicu, ne umanjujući njen značaj, vidi van pojma krivičnog dela isključivo kao prekor zbog učinjenog krivičnog dela koji se zasniva na ličnom stavu učinioca prema vrednostima koje je povredio, a da za taj prekor psihički odnos učinioca prema delu nema nikakav značaj. Ukoliko je učinilac prema zaštićenim vrednostima postupao sa manje obzira, utoliko je njegova krivica veća, i obrnuto.<sup>5</sup>

Bilo je opšteusvojeno i to da nije opravdano pojam krivičnog dela određivati samo u formalnom smislu. Materijalni pojam krivičnog dela u odnosu na formalni

---

francuskom: *Les problèmes fondamentaux du Droit criminel (revision de la Science traditionnelle, bipartite; construction de la Science nouvelle, tripartite)*, Paris, 1929.

5 Vid. D. Atanacković, Neki problemi u vezi sa objektivno-subjektivnim shvatanjem krivičnog dela, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1–3, 1991, S. 33–34. Isti autor ističe da je normativno shvatanje krivice „jedino u stanju da objasni pravi razlog prekora koje današnje društvo čini prema učiniocu krivičnog dela“. Up. D. Atanacković, *Kriterijumi odmeravanja kazne*, Beograd, 1975, str. 139. Teško je objasniti činjenicu da je ovo jedini autor koji je bio naglašeno finalistički i normativistički orijentisan. Možda jedan od razloga (ali ne presudan) treba videti u činjenici da se u udžbenicima koji su decenijama bili korišćeni na pravnim fakultetima u Srbiji i Jugoslaviji zauzimao naglašeno odbojan i kritički stav prema finalizmu i normativizmu, tako da je kod brojnih generacija pravnika stvoren negativan stav prema ovom pristupu.



stavljao se u prvi plan.<sup>6</sup> Poznato je, međutim, da se materijalni pojam može odrediti na različite načine. Kako prirodno-pravne, tako i neke savremene teorije bile su malo uspešne u težnji da postave prihvatljiv materijalni pojam krivičnog dela.<sup>7</sup> Pod uticajem ideologije došlo je u drugoj polovini dvadesetog veka u srpskoj i jugoslovenskoj teoriji do simplifikacije materijalnog aspekta krivičnog dela, tako što se u društvenoj opasnosti videla suština svakog ponašanja koje je proglašeno krivičnim delom.<sup>8</sup> Iza shvatanja po kome je društvena opasnost primarni, osnovni elemenat opšteg pojma krivičnog dela, te da „pravna forma dela“, iako deo opšteg pojma krivičnog dela „ima jedno dopunsko, podređeno značenje“, jasno se prepoznaje određena ideološka orijentacija.<sup>9</sup>

Polazeći od toga da je krivično delo pre svega delo čoveka kao fizička pojava u realnosti, formalni elementi oko kojih je postojala saglasnost da ih treba uneti u opšti pojam krivičnog dela bili su protivpravnost i određenost u zakonu. Postojala je i saglasnost oko toga da kao obavezni elemenat treba uneti i jedan subjektivni elemenat, a to je krivica (vinost) koja se u srpskoj teoriji, prema vladajućem shvatanju, shvatala kao psihički odnos učinioca prema delu. Ipak, čisto objektivno shvatanje T. Živanovića, iako kritikovano, nije bilo potpuno napušteno. Mada je malo onih koji su ga u teorijskim radovima eksplicitno zastupali, čini se da ga je značajan deo sudske prakse prihvatao. Tome je u prilog išlo i zakonsko razdvajanje krivičnog dela (koje je moglo biti shvaćeno u objektivnom smislu) i krivične odgovornosti (koja je obuhvatala uračunljivost i umišljaj i nehat kao oblike krivice). U stvari, to je predstavljalo simplifikaciju koja je odgovarala sudskoj praksi, koja je za osuđujuću presudu i izricanje kazne zahtevala da se utvrdi postojanje krivičnog neprava (koje se shvatalo kao krivično delo u objektivnom smislu) i krivice (koja se shvatala kao krivična odgovornost), što je imalo uporišta i u pozitivno-pravnom rešenju koje je za krivičnu odgovornost zahtevalo postojanje uračunljivosti i umišljaja, odnosno nehata.

U srpskoj i jugoslovenskoj teoriji krivičnog prava u periodu 1945–2000. godine bilo je uobičajeno da se opšti pojam krivičnog dela određuje kao delo učinjeno sa krivicom koje je društveno opasno, protivpravno i u zakonu određeno kao krivično delo.<sup>10</sup> Postojala je saglasnost oko toga da u pojam krivičnog dela ulaze najmanje tri elementa: radnja čoveka (sa prouzrokovanom posledicom), protivpravnost i krivica (umesto krivice, koristio se termin „vinost“). Većina autora u pojam krivičnog dela unosi i predviđenost dela u zakonu, kao i društvenu opasnost. U vezi sa tim, neki autori unose u pojam krivičnog dela i protivpravnost i društvenu opasnost kao dve

6 Up. A. Stajić u *Komentarju Krivičnog zakona SFRJ*, Beograd, 1978 (redakcija N. Srzentić), str. 36–40.

7 Vid. Z. Stojanović, *Granice, mogućnosti i legitimnost krivičnopravne zaštite*, Beograd, 1987, str. 4–5.

8 Govorilo se o tome da vlast pripada radnom narodu koji čini većinu u društvu, pa da stoga i ono što se označi kao društveno opasno delo zaista narušava ili ugrožava dobra društva uzetog u celi ni. Up. N. Srzentić, A. Stajić, *Krivično pravo Federativne Narodne Republike Jugoslavije*, Beograd, 1957, str. 166.

9 A. Mihajlovski, *O pojmu krivičnog dela*, Beograd, 1984, str. 111–112.

10 Vid. na primer N. Srzentić, A. Stajić, *Krivično pravo FNRJ*, Beograd, 1961, str. 104.



strane istog elementa.<sup>11</sup> U pogledu društvene opasnosti, iako je taj elemenat naglašavan u krivičnom pravu tadašnjih socijalističkih zemalja, on je odavno bio poznat u teoriji krivičnog prava i drugih zemalja, ali nije unosen u pojam krivičnog dela. Društvena štetnost se shvatala ili kao materijalna strana protivpravnosti (von Liszt), ili kako se obično kaže, zakonodavni motiv inkriminisanja.

Ranije jugoslovensko krivično zakonodavstvo sadržalo je (nepotpunu) materijalno-formalnu definiciju opšteg pojma krivičnog dela. Prema njoj se krivičnim delom smatralo društveno opasno delo koje je zakonom određeno kao krivično delo i čija su obeležja određena zakonom (član 8. stav 1. KZ SRJ, odnosno KZ SFRJ). Protivpravnost se nije spominjala kao obavezan elemenat krivičnog dela, a ni krivica nije bila uneta u pojam krivičnog dela. Na prvo mesto se stavljao elemenat društvene opasnosti, što je i u teoriji podržavano.<sup>12</sup> Teorija je, osim elemenata iz zakonske definicije, u opšti pojam unosila i protivpravnost i krivicu, tako da su obaveznim elementima koji ulaze u opšti pojam krivičnog dela, prema vladajućem shvatanju, smatrani: 1) delo čoveka; 2) društvena opasnost; 3) protivpravnost; 4) određenost u zakonu; 5) krivica (vinost).

Određenost u zakonu ograničava širok krug protivpravnih ponašanja na ona protivpravna ponašanja koja su proglašena krivičnim delom.<sup>13</sup> To znači da je odnos ova dva elementa bio određivan na suprotan način u odnosu na mišljenje koje je danas prihvaćeno. Ukazivalo se i na to da je ovaj elemenat u tesnoj vezi sa načelom zakonitosti u krivičnom pravu i oko njega je u teoriji u tom smislu uglavnom postojala saglasnost. Međutim, njegovoj obradi nije bila posvećena odgovarajuća pažnja i nije bio dovođen u vezu sa bićem krivičnog dela. U pogledu odnosa sa društvenom opasnošću, i pored toga što se društvenoj opasnosti pridavao veliki značaj, nije bilo mišljenja da u slučaju kolizije sa elementom određenosti u zakonu prednost treba dati materijalnom elementu.<sup>14</sup>

- 11 Tako J. Tahović ističe da su društvena opasnost i protivpravnost „dve karakteristike jednog istog opšteg i osnovnog elementa krivičnog dela“ (*Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 1956, str. 34). Isto J. Tahović, *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd, 1961. Takođe i M. Radovanović, *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd, 1966, str. 105–108.
- 12 Retki su bili oni koji su se izjasnili protiv unošenja društvene opasnosti u zakonski pojam krivičnog dela polazeći od toga da društvena opasnost može biti kriminalnopolitički kriterijum za određivanje koja ponašanja će biti propisana kao krivična dela, a ne konstitutivni elemenat u opštem pojmu krivičnog dela. Tako Z. Stojanović, Pojam i osnovi isključenja krivičnog dela. U: *Mogući pravci razvoja jugoslovenskog kaznenog zakonodavstva*, Beograd, 1999, str. 32–33. Govoreći o zakonskoj definiciji opšteg pojma krivičnog dela, Lazarević u pogledu unošenja materijalnog elementa tj. društvene opasnosti ističe da je on preuzet iz sovjetskog krivičnog prava, da je više političko-ideološke nego pravne prirode, kao i da je veoma relativne sadržine. Up. Lj. Lazarević, Perspektive jugoslovenskog krivičnog zakonodavstva, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 1–3/1996, str. 349. Međutim, isti autor kasnije kritikuje odredbu člana 14 KZ zato što ona više ne sadrži materijalni elemenat jer je, po njegovom mišljenju, „krivično delo van svake sumnje društveno opasno“. Up. Lj. Lazarević, *Komentar Krivičnog zakonika Republika Srbije*, Beograd, 2006, str. 38.
- 13 Tako Srzentić – Stajić, ali ipak ukazujući i na to da taj odnos može postojati i u suprotnom smeru u slučaju postojanja nekog od osnova isključenja protivpravnosti. Up. N. Srzentić, A. Stajić, *Krivično pravo FNRR*, Beograd, 1957, str. 185, 187.
- 14 To se ne bi moglo reći samo za jedan kratak period posle Drugog svetskog rata kada se, pod uticajem sovjetskog prava, insistiralo na „socijalističkom krivičnom pravu“. U oficijelnom obra-

Protivpravnost se obično shvatala kao protivnost nekoj pravnoj normi, odnosno kršenje nekog pravnog propisa ljudskom radnjom. Da bi neko delo bilo krivično delo mora biti protivpravno. Međutim, mesto protivpravnosti i njen odnos sa predviđenošću u zakonu nije bilo jasno određeno. Većina autora je zastupala stav da je osnovna razlika između ova dva elementa u tome što je pojam protivpravnosti širi od predviđenosti u zakonu. Protivpravnost se nije svodila na osnove isključenja protivpravnosti, mada se uviđala i isticala činjenica da ima dela koja su u zakonu predviđena kao krivično delo a da nisu protivpravna. Bilo je i mišljenja da pored društvene opasnosti i određenosti u zakonu, protivpravnosti nema mesta u opštem pojmu krivičnog dela.<sup>15</sup>

Krivica se uglavnom shvatala kao određeni psihički odnos učinioca prema svom delu. Krivica čini subjektivnu stranu krivičnog dela koja se ispoljava kroz umišljaj i nehat kao njene oblike. Takav način određivanja pojma krivice polazio je od stare psihološke teorije krivice. Dugo vremena, normativne teorije krivice nisu naišle na skoro nikakav odjek u srpskoj teoriji krivičnog prava. Smatralo se da svođenje krivice na socijalno-etički prekor koji se zbog učinjenog dela upućuje učiniocu krivičnog dela, predstavlja jednu potpuno nepreciznu, pa čak i za primenu, opasnu kategoriju. Što se tiče mešovite, psihološko-normativne teorije, bilo je nekoliko njenih zastupnika u srpskoj teoriji.<sup>16</sup>

Već je rečeno da je društvena opasnost izričito unošena u opšti pojam krivičnog dela kako od strane zakonodavca, tako i od strane teoretičara. Iako u praksi od strane sudova nije bila utvrđivana društvena opasnost ponašanja koje je proglašeno krivičnim delom, to je činjeno u primeni instituta neznatne društvene opasnosti. Putem tog instituta se isključivalo postojanje krivičnog dela u slučajevima kada bi sud procenio da učinjeno delo, iako određeno u zakonu kao krivično delo, protivpravno i učinjeno sa krivicom, nije krivično delo jer ne sadrži dovoljnu količinu društvene opasnosti. Mada je taj institut imao i korisnu funkciju rešavanja problema bagatelnog kriminaliteta, on je izazivao dileme u pogledu svoje pravne prirode, a u sudskoj praksi je bilo slučajeva da je primenjivan i kod težih krivičnih dela. Iako ga KZ Srbije, u skladu sa drugačijim shvatanjem pojma krivičnog dela drugačije postavlja (delo malog značaja), njegova sudbina je neizvesna s obzirom na to da prihvatanje načela oportuniteta krivičnog gonjenja u savremenom krivičnom procesnom pravu Srbije čini taj institut uglavnom nepotrebnim.

---

zloženju Krivičnog zakonika iz 1947. godine (donet je samo njegov opšti deo) između ostalog, se kaže: „Kad naš zakonik prihvata materijalnu koncepciju krivičnog dela (društvenu opasnost kao suštinu krivičnog dela) onda on ...time odbacuje i staro načelo krivičnog prava „nullum crimen, nulla poena sine lege“ Up. *Komentar Opšteg dela Krivičnog zakonika* (pod opštom redakcijom Moše Pijade), Beograd, 1948, str. 21, 25.

15 Tako A. Stajić, *op. cit.*, str. 39.

16 Na začetke psihološko-normativne teorije krivice nailazi se u srpskoj krivičnopravnoj literaturi već nekoliko godina posle pojave tog shvatanja u nemačkoj literaturi. Tako Topalović, iako to shvatanje ne razrađuje i pretežno polazi od psihološke teorije, ipak govori o tome da za krivicu nije dovoljan psihički odnos učinioca prema posledici, već to što „on može da bude prekoren od strane društva“. Up. Ž. Topalović, *Granične međe umišljaja i nehata*, Beograd, 1911, str. 100. Ovo shvatanje, za razliku od inostrane teorije, nije u srpskoj teoriji u dvadesetom veku naišlo na ozbiljnije prihvatanje. Vid. nap. 5.

Najzad, do promena u shvatanju opšteg pojma krivičnog dela dolazi 2000. godine kada se prelazi na neoklasični pojam. Pojam krivičnog dela koji je prihvaćen u KZ Srbije<sup>17</sup> prvi put je u srpskoj krivičnopravnoj nauci zastupan u našem udžbeniku.<sup>18</sup> Njegovo prihvatanje je dovelo do više novina kako u sistemu opšteg dela, tako i u zakonskom regulisanju pojedinih instituta opšteg dela (npr. pravna zabluda). S obzirom da je to postalo rešenje u pozitivnom pravu, stanje u srpskoj teoriji krivičnog prava se za nekoliko godina promenilo, tako da se može konstatovati da je to postalo vladajuće shvatanje.<sup>19</sup>

Novi opšti pojam koji se razlikovao od do tada vladajućeg shvatanja, nije značio potpun raskid sa njim. Radikalno drugačiji pristup ovoj problematici stvorio bi probleme kako na didaktičkom planu, tako i u primeni krivičnog prava, a pitanje je i na kakav bi prijem naišao od strane većine pravnika koji su bili skloni onome što se decenijama zastupalo u srpskoj i jugoslovenskoj teoriji. Izvesna ograničenja u tom pogledu, postavljalo je i rešenje koje je sadržalo tadašnje krivično zakonodavstvo.

### 3. STRUKTURA OPŠTEG POJMA KRIVIČNOG DELA

Dok je savremena nemačka dogmatika došla u fazu postfinalističkog shvatanja opšteg pojma krivičnog dela u smislu funkcionalizma i normativizma, u Srbiji je do nedavno bilo vladajuće klasično kauzalno učenje o pojmu krivičnog dela. Preuzimanje klasičnog pojma krivičnog dela u srpskoj i jugoslovenskoj krivičnopravnoj literaturi, pod uticajem starije nemačke dogmatike, sa aspekta primene krivičnog prava ne bi se nužno moralo oceniti negativnim. Naime, za klasični pojam krivičnog dela može se reći da je zastareo, ali da ima i neke prednosti, naročito jednostavnost, jasnost i preglednost. Međutim, taj klasičan pojam u našoj nauci krivičnog prava i zakonodavstvu nije bio prihvaćen u svom čistom obliku, već su na njega bile „nakalemljene“ neke specifičnosti socijalističkog krivičnog prava kao što su društvena opasnost i krivična odgovornost u užem (subjektivnom) smislu što je stvorilo ne samo teorijske, nego i praktične probleme. Takvo jedno hibridno rešenje nosilo je

17 Krivični zakonik Srbije je donet 2005. godine, a stupio je na snagu 1.1.2006 („Službeni glasnik RS“, br. 85 /05). Isti pojam krivičnog dela usvojen je i u KZ Crne Gore koji je donet 2003. godine. Interesantno je da je crnogorski zakonodavac pokazao kolebanje kada je u pitanju društvena opasnost kao element opšteg pojma krivičnog dela. Iako odredba Predloga KZ CG kojom se propisuje opšti pojam krivičnog dela nije sadržala i društvenu opasnost, ona je prilikom usvajanja amandmanom bila uneta, da bi Zakonom o izmenama i dopunama iz 2006. godina bila brisana.

18 Z. Stojanović, *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd, 2000. To shvatanje je u potpunosti uneto u KZ Srbije.

19 U savremenoj srpskoj literaturi (posle utvrđivanja Predloga novog KZ 2004. godine) javljaju se radovi u kojima se učenje o pojmu krivičnog dela aktuelizuje i imaju u vidu i novija shvatanja, kako ono iz KZ, tako i ona u savremenoj stranoj literaturi. Vid. I. Vuković, *Važne novine u određenju opšteg pojma krivičnog dela u Predlogu KZ Srbije*. U: *Kazneno zakonodavstvo: Progresivna ili regresivna rešenja*, Beograd, 2005, str. 97–111. Takođe i N. Delić, *Nova rešenja opštih instituta u Krivičnom zakoniku Srbije*, Beograd, 2009, kao i D. Drakić, *Neuračunljivost*, Novi Sad, 2007. U manjini su ostali oni autori koji prema njemu imaju kritički stav i koji prednost daju ranijem shvatanju (Lj. Lazarević, *Kritički osvrt na neka rešenja u Krivičnom zakoniku Srbije, Pravni život*, Beograd, br. 9, 2006, str. 7 i dalje).

u sebi određene protivrečnosti jer se zasnivalo na dva različita pristupa krivičnom pravu, odnosno iza njegovih pojedinih elemenata stajala je različita kriminalno-politička, pa i politička pozadina. Dok društvena opasnost i krivična odgovornost (u subjektivnom smislu, tj. bez krivičnog dela) nisu proistekle iz postulata pravne države već su, naprotiv, za cilj imale relativizovanje tih postulata (npr. u pogledu načela zakonitosti), klasični pojam krivičnog dela strogo je vodio računa o načelu zakonitosti i drugim postulatima liberalne pravne države. Možda bi se mogao braniti stav da potrebe primene krivičnog prava nisu neizostavno diktirale promene u shvatanju opšteg pojma krivičnog dela. U prilog tom stavu bi se moglo navesti tvrđenje da teorijski različiti pristupi mogu dati ista rešenja u primeni. Postoji mišljenje da su rezultati u pogledu uobičajenih, svakodnevnih slučajeva isti bez obzira na prihvaćeni sistem, te se zbog toga pledira za toleranciju u pogledu eventualnih prigovora da je neki sistem pogrešan.<sup>20</sup> Iako je ovo tvrđenje u osnovi tačno, upravo kod slučajeva koji nisu uobičajeni, koji su sporni, jedan ili drugi sistem često vodi drugačijim rešenjima. Takođe, zadatak je nauke krivičnog prava (kao uostalom i nauke uopšte) da stalno radi i traga za novim, boljim rešenjima.<sup>21</sup>

Zato je postojala potreba da se u srpskoj teoriji i zakonodavstvu drugačije odredi opšti pojam krivičnog dela. Ta potreba se, pre svega, javila u pogledu tri ključne stvari. Prvo, nije opravdano unositi i materijalni element u taj pojam. Materijalni pojam krivičnog dela je složena problematika koja se ne može obuhvatiti samo jednim elementom, a može biti i u koliziji sa pravnim, formalnim pojmom krivičnog dela. Drugo, veoma je važno odrediti redosled pojedinih elemenata u opštem pojmu krivičnog dela i postaviti ih kao stepene koji nisu proizvoljni jer od toga zavisi i primena krivičnog prava. Najzad, sam sadržaj pojedinih elemenata bilo je potrebno odrediti na drugačiji način imajući u vidu neka savremena shvatanja o njima. Osim insistiranja na značaju krivice kao elementa u pojmu krivičnog dela, u oblasti krivice uneto je i niz drugih novina. Tako, pošlo se od psihološko-normativnog shvatanja krivice, a napušten je i subjektivni pojam krivične odgovornosti koji je unosio konfuziju u sistem opšteg dela. Takođe, na umišljaj i nehat se ne gleda više samo kao na oblike krivice već im se pripisuje dvostruka funkcija (ukazuje se da to mogu biti i subjektivni elementi u biću krivičnog dela) bez prihvatanja finalne teorije.

Pre svega, trebalo bi poći od toga da se ovde radi o pravnom pojmu, o pojmu koji čini deo nauke krivičnog prava, a istovremeno služi i primeni krivičnog prava. Iz toga proizlazi da on mora da sadrži samo formalne elemente. To naročito važi za pozitivno-pravnu normu kojom se propisuje opšti pojam krivičnog dela. Ovo, pre svega, zbog poštovanja načela pravne sigurnosti i načela zakonitosti. Unošenje materijalnog elementa u pojam krivičnog dela (ako se ne bi sveo na puku deklaraciju, što opet nema svrhe) omogućava prodor arbitrarnosti u primeni krivičnog prava, tj. omogućava da se prednost da materijalnom nad formalnim elementima. Pitanjem

20 Up. W. Naucke, *Strafrecht, Eine Einführung*, 8. Auflage, 1998, p. 258.

21 Nije zadatak nauke krivičnog prava da bude u službi sudske prakse i primene prava, već da u krajnjoj liniji teži iznalaženju ispravnog prava, a pitanje ispravnog sistema nema sumnje predstavlja, kao što primećuje Roxin, rad na iznalaženju ispravnog prava. Up. Roxin, *Strafrecht, AT*, Band I, 4. Auflage, München, 2006, p. 221.

suštine krivičnog dela i njegove sadržine ne bi trebalo da se bavi krivičnopravna dogmatika, osim eventualnog određivanja mesta materijalnog pojma u sistemu opšteg dela.<sup>22</sup> Stav da nije opravdano uneti materijalni elemenat postaje još čvršći, ako se imaju u vidu skromni rezultati nastojanja teorije da odredi materijalni pojam krivičnog dela.

Opšti pojam krivičnog dela treba odrediti na način koji će ne samo dati zadovoljavajuće rešenje na teorijskom planu, već tako da kao polazni opšti osnov predstavlja doprinos ispravnijem rešavanju konkretnih slučajeva u primeni krivičnog prava. Imajući u vidu i tu funkciju koju bi trebalo da vrši opšti pojam krivičnog dela, a polazeći kako od ranijih shvatanja u srpskoj nauci krivičnog prava, tako i od shvatanja u savremenoj inostranoj krivičnopravnoj teoriji (pre svega nemačkoj), opšti pojam krivičnog dela smo definisali kao *radnju koja je u zakonu predviđena kao krivično delo, koja je protivpravna i koja je skrivljena*.<sup>23</sup> Struktura ovog pojma obuhvata četiri elementa: 1) radnju, 2) predviđenost krivičnog dela u zakonu, 3) protivpravnost i 4) krivicu.<sup>24</sup>

U odredbi o opštem pojmu novog KZ, sa manjom modifikacijom (umesto radnje koristi se delo) preuzeto je navedeno shvatanje. Ako se srpski zakonodavac već odlučio da definiše opšti pojam krivičnog dela (što mnogi strani krivični zakoni ne čine),<sup>25</sup> onda to mora biti definicija koja je upotrebljiva i za primenu krivičnog prava. U tom pogledu odredba člana 14. stav 1. KZ koja sadrži pojam krivičnog dela predstavlja normu koja je od značaja i za primenu krivičnog prava. Prema toj odredbi *krivično delo je ono delo koje je zakonom predviđeno kao krivično delo, koje je protivpravno i koje je skrivljeno*.

### 3.1. Međusobni odnos elemenata opšteg pojma krivičnog dela

Elementi krivičnog dela, iako se mogu razmatrati zasebno, tesno su međusobno povezani tako da predstavljaju jednu celinu. Kao što kaže Roxin, deliktna radnja je uvek nedeljivo jedinstvo, a elementi pojma krivičnog dela izražavaju samo različ-

22 Materijalnim pojmom krivičnog dela može i treba da se bavi ne krivičnopravna dogmatika, već kriminalna politika i filozofija krivičnog prava. Svakako, materijalni pojam krivičnog dela može biti predmet interesovanja i drugih nauka, kako krivičnih (pre svega bi tu došla u obzir. kriminologija) tako i nekrivičnih (npr. sociologija ili psihologija).

23 Z. Stojanović, *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd, 2000, str. 107.

24 Došlo je i do promene terminološkog karaktera. Koristi se termin „krivica“ umesto termina „vinost“. Termin krivica bolje izražava i njenu suštinsku stranu, tj. socijalno etički prekor, dok je termin „vinost“ vrednosno neutralan. Uostalom, zbog krivice koja ni u jednoj drugoj grani prava nije od takvog značaja kao u ovoj pravnoj oblasti, i samo to pravo se ne naziva kaznenim pravom kao u većini stranih pravnih sistema, već „krivičnim pravom“, a kazneno delo „krivičnim delom“.

25 Prilikom izrade nacрта KZ nije bilo ozbiljnijeg zalaganja za to da se ovaj pojam izostavi, verovatno i zbog zakonodavne tradicije u ovom pogledu. Činjenica je da se radi o prevashodno teorijskom problemu u pogledu kojeg je moguće zastupati različita stanovišta, ali odredba KZ Srbije o opštem pojmu krivičnog dela ne bi trebalo da bude prepreka daljem razvoju tog pojma i učenja o krivičnom delu. Štaviše, može se konstatovati da je u proteklih skoro šest godina od dana usvajanja srpskog KZ i unošenja novog pojma krivičnog dela u zakonsku odredbu, došlo do toga da je u teoriji oživela rasprava o ovom važnom pitanju. Vid. npr. rad naveden u nap. 1.

te momente događaja koji vrednovani sa različitih aspekata postaju krivičnopravno značajni.<sup>26</sup> Ne može se prihvatiti njihovo suprotstavljanje u smislu podela na formalne i materijalne, normativne i realne, subjektivne i objektivne elemente. Te podele su relativne i govore samo o tome koji aspekt je kod nekog elementa dominirajući. Nema osnova ni za oštro suprotstavljanje između tzv. realističkog i normativnog shvatanja pojma krivičnog dela. Krivično delo je i povreda norme, ali i realni fenomen. Bez normativnog, krivično delo se ne bi razlikovalo od drugih ponašanja. Bez realnog, ono ne bi moglo ni da postoji. Te dve dimenzije se međusobno prepliću i često jedna na drugu utiču. Nije opravdan stav da jedna drugu isključuju kao što to smatra deo starije strane doktrine, kao i do nedavno vladajuće shvatanje u srpskoj teoriji.<sup>27</sup>

Kao što je rečeno, postoji prožimanje između četiri elemenata i oni se ne mogu u potpunosti jedan od drugog odvojiti. Tako radnja, kao predpravni osnov krivičnog dela na koju se drugi elementi odnose i govore o tome kakva ona mora biti da bi predstavljala krivično delo, stoji u tesnoj vezi sa predviđenošću u zakonu i krivicom. Zakonskim opisom se predviđa radnja izvršenja, tj. ona ulazi u taj opis i pojavljuje se i u okviru tog elementa. Radnja ima i subjektivni sadržaj (radnja mora biti voljna), pa tako makar svojim malim delom ulazi i u sferu koju obuhvata krivica. Dalje, između predviđenosti u zakonu i protivpravnosti postoji izrazito prožimanje. Oblici krivice (umišljaj i nehat) su na jednom apstraktnom nivou već delimično sadržani u zakonskom opisu krivičnog dela. Na nivou predviđenosti u zakonu vrši se podela na umišljajna i nehatna krivična dela kao dva različita tipa krivičnih dela. Takođe, krivica nije samo subjektivni element, ona sadrži i normativnu dimenziju koja se delimično proteže i do predviđenosti u zakonu.

Pitanje redosleda pojedinih elemenata u opštem pojmu krivičnog dela jeste jedno od ključnih pitanja njihovog međusobnog odnosa. Ono nije samo teorijskog karaktera. Četiri obavezna elementa u pojmu krivičnog dela istovremeno predstavljaju i četiri stepena, ili nivoa kroz koje se mora proći da bi se moglo konstatovati da je učinjeno krivično delo. Prilikom primene krivičnog prava uvek se počinje sa radnjom a završava sa krivicom. Ne samo da je to shvatanje vladajuće u inostranoj krivičnopravnoj teoriji, nego ono polazi i od prirode i sadržaja pojedinih konstitutivnih elemenata opšteg pojma krivičnog dela. Teško je, stoga, objasniti činjenicu da je ranija krivičnopravna teorija u Srbiji potpuno ignorisala ovo pitanje.

Prvo se utvrđuje da li neka radnja ispunjava uslove koji se zahtevaju za radnju krivičnog dela. Na tom prvom nivou, po pravilu, samo manji deo radnji neće ispuniti minimalne uslove koji se postavljaju za radnju krivičnog dela. Međutim, već na sledećem nivou ili stepenu, prilikom utvrđivanja da li su ispunjena bitna obeležja zakonskog opisa određenog krivičnog dela, dolazi do značajnog sužavanja kruga radnji putem kojih su ostvareni svi zakonski uslovi za postojanje određenog krivičnog dela. Ostvarenost svih obeležja predviđenih u zakonskom opisu određenog krivičnog dela još ne znači postojanje krivičnog dela, pa čak ni krivičnog neprava. Za takvo ponašanje, iako postoje ne samo jake indicije za to, već je time po pravilu

26 Vgl. C. Roxin, *Strafrecht, AT, Band I*, 4. Auflage, München, 2006, p. 231.

27 Vid. Srzentić, Stajić, Lazarević, *Krivično pravo Jugoslavije*, Beograd, 1996, str. 132–133.



njegova protivpravnost konstituisana, još se ne može definitivno konstatovati da predstavlja krivično nepravo. Do utvrđivanja protivpravnosti dolazi na sledećem nivou. Utvrđuje se, u stvari, nije li isključena protivpravnost nekog ponašanja koje ispunjava sva zakonska obeležja nekog krivičnog dela. Tek ukoliko ne postoji neki od osnova koji isključuju protivpravnost, može se konstatovati da je učinjeno krivično nepravo. Najzad, za postojanje krivičnog dela, potrebno je utvrditi i krivicu učinioca. To je poslednji nivo na kome se donosi konačna odluka o tome da li je u konkretnom slučaju učinjeno krivično delo. Ovaj redosled ne isključuje mogućnost ponovnog vraćanja na neki prethodni nivo. Štaviše, to će biti opravdano u onim slučajevima kada se javi neko sporno pitanje, gde je potrebno imati uvid u krivično delo kao celinu i u pitanje ostvarenosti sva četiri elementa u konkretnom slučaju. To omogućava korišćenje i jednog sintetičkog pristupa i ocenu celokupnog događaja kao krivičnog dela. Ipak, to ne znači da se rešavanje da li je neki od elemenata ostvaren odlaže i „izmešta“ na sledeći nivo. Da bi se utvrđivalo postojanje svakog narednog elementa, mora postojati uverenje o tome da je prethodni element ostvaren, s tim što se donošenje odluke o postojanju krivičnog dela može ostaviti za kraj kada se stekne konačno uverenje o tome da su sva četiri elementa ostvarena.

### 3.2. Osvrt na elemente opšteg pojma krivičnog dela

#### 3.2.1. Radnja

Radnja se može ispoljiti u vrlo različitim oblicima: počev od jednog prostog telesnog pokreta, pa do vrlo složenih događaja i procesa. Neki od njih sadrže samo minimum volje koji se manifestuje u nekom telesnom pokretu, dok drugi podrazumevaju složeno ponašanje subjekta koje u sebi obuhvata različite aspekte ostvarivanja njegove ličnosti i koje je usmereno na ostvarivanje određenog cilja. Svi ti oblici radnje moraju se obuhvatiti jednim pojmom radnje. Pojam radnje ne sme da sadrži ono što je sadržano u drugim elementima u pojmu krivičnog dela. Iako se stav o tome da se radnja nalazi izvan elementa predviđenosti u zakonu u nemačkoj dogmatici kritikuje i sve češće zastupa shvatanje koje odbacuje potrebu unošenja radnje u pojam krivičnog dela,<sup>28</sup> on je ipak opravdan.<sup>29</sup> Radnja u pojmu krivičnog dela ima trostruku funkciju, odnosno ima ulogu osnovnog, povezujućeg i razgraničavajućeg elementa u tom pojmu.<sup>30</sup> Od te tri funkcije, naročito sa praktičnog aspekta posmatrajući, najvažnija je razgraničavajuća funkcija. Naime, iz pojma radnje se moraju isključiti događaji i radnje koji ne mogu predstavljati radnju krivičnog dela,

28 Pored toga što se dovodi u pitanje mogućnost određivanja jednog takvog pojma, tvrdi se da utvrđivanje da li ljudska radnja uopšte postoji može biti integrisano u utvrđivanje ostvarenja predviđenosti u zakonu te radnje. Ističe se da se sve više probija mišljenje da pojmu radnje u strukturi krivičnog dela ne pripada funkcija najviše kategorije, već da on samo ukazuje na nužnu pretpostavku da kažnjivo može biti samo ono ponašanje kojim učinilac može upravljati svojom voljom. Up. H. Otto, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 6. Auflage, Berlin, 2000, p. 50 ff.

29 Argumente za taj stav vid. kod Roxina, *op. cit.*, p. 255–256.

30 Vid. C. Roxin, *op. cit.*, p. 238–239. Takođe i Z. Stojanović, *Krivično pravo, Opšti deo*, 17. izdanje, Beograd, 2010, str. 90.

odnosno ona je element koji već na prvom nivou mora da izvrši razgraničenje u odnosu na ono što je krivičnopravno irelevantno (npr. misli, radnje u nesvesnom stanju i dr). Krivični zakonik (član 21), što je već bilo nesporno u teoriji i praksi, u vezi sa razgraničavajućom funkcijom radnje izričito predviđa da nema radnje krivičnog dela onda kada je ona preduzeta pod uticajem neodoljive sile (vis absoluta).

Funkciju razgraničenja između radnji koje potencijalno mogu biti radnja krivičnog dela i onih koje to ne mogu biti, uspešno obavljaju kako stara naturalistička i kauzalna teorija radnje (koja je u sudskoj praksi u Srbiji i dalje vladajuća), tako i neke novije teorije (finalna, personalna, socijalna). To može i socijalno-personalna teorija radnje. Iako se personalno i socijalno shvatanje pojma radnje, u nemačkoj krivičnopravnoj teoriji oštro suprotstavljaju jedno drugom,<sup>31</sup> opravdano je da se prihvati jedna kompromisna, mešovita teorija koja bi obuhvatila socijalnu i personalnu komponentu.<sup>32</sup> S obzirom na to da ljudska radnja, osim u vrlo retkim slučajevima ispunjava uslove da (potencijalno) bude radnja krivičnog dela, u nemačkoj teoriji je prošireno shvatanje da radnju ne treba unositi kao obavezan elemenat u pojam krivičnog dela, pa se zbog toga u novije vreme usvaja trostepena struktura krivičnog dela.<sup>33</sup> Naprotiv, u našem se krivičnom pravu i dalje pridaje veliki značaj radnji krivičnog dela, pa se i radnja unosi kao prvi elemenat. Iz toga proizlazi i četvorostepena struktura krivičnog dela.

KZ u opšti pojam krivičnog dela ne unosi radnju, već širi pojam „delo“ koje obuhvata i posledicu, kao i uzročnu vezu. Međutim, s obzirom na to da postoje delatnosna krivična dela, delo ne obuhvata uvek i posledicu (kao i uzročnu vezu), pa se stoga delo kod takvih krivičnih dela svodi na radnju. Takođe, korišćenjem pojma „delo“ umesto radnja ušlo se i u elemenat predviđenosti u zakonu. Zato je bilo bolje i nešto preciznije da je KZ u opšti pojam uneo radnju, jer nju mora imati svako krivično delo, ali je napravljen ustupak duboko uvreženom (pogrešnom) shvatanju da svaka radnja krivičnog dela mora imati svoju posledicu (tu se meša posledica u užem, striktnom smislu kao obeležje bića krivičnog dela i posledica u širem smislu kao štetno dejstvo na zaštitnom objektu).

U pogledu toga da pojam radnje obuhvata i propuštanje postoji opšta saglasnost. Sve teorije o pojmu radnje obuhvataju i propuštanje, odnosno nečinjenje. Međutim, problemi ovde nastaju na planu predviđenosti u zakonu. Postavlja se pitanje kako biće krivičnog dela činjenja može da se primeni i na nečinjenje, tj. kako nečinjenje izjednačiti sa činjenjem (neprava krivična dela nečinjenja). Taj problem se rešava primenom teorije o dužnostima garanta. Međutim, do danas je ostalo nejasno i sporno kada postoje i na čemu se zasnivaju dužnosti garanta da preduzme određeno činjenje.<sup>34</sup> Takva ocena stoji naročito za krivičnopravnu teoriju i praksi u

31 Poznato je da je Roxin tvorac personalnog pojma radnje koju shvata kao ispoljavanje ličnosti (Persönlichkeitsäußerung). Up. *op. cit.*, p. 256–271. Socijalni pojam radnje u nemačkoj teoriji zastupa više autora (npr. H.-H. Jescheck, Th. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 5. Auflage, Berlin, 1996, pp. 222–226).

32 O tome više vid. Z. Stojanović, *ibid.*, 91–93.

33 Up. K. Köhl, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, München, 2000, pp. 9, 11, 12.

34 Jedan od najnovijih pokušaja u nemačkoj literaturi upravljen je na davanje skice sistema dužnosti koje proizlaze iz obaveza garanta. Međutim, radi se samo o obrisima tog sistema, odnosno skici



Srbiji u kojoj je problematici nepravih krivičnih dela nečinjenja poklonjeno nedovoljno pažnje. Iako KZ sadrži opštu odredbu o krivičnim delima nečinjenja kojom se (član 15) vrši razgraničenje između pravih (stav 1) i nepravih (stav 2) krivičnih dela nečinjenja, teško je naći dovoljno ubedljive pravno-dogmatske argumente za stav da se i propuštanjem dužnog činjenja može ostvariti radnja izvršenja krivičnog dela činjenja.

### 3.2.2. Predviđenost u zakonu

Da bi neka radnja bila krivično delo, ona mora biti u zakonu predviđena kao krivično delo. Taj element pojma krivičnog dela znatno sužava krug radnji koje se mogu smatrati krivičnim delom. Predviđenost u zakonu neke radnje, odnosno ljudskog ponašanja kao krivičnog dela u stvari znači ostvarenje bitnih elemenata zakonskog opisa nekog krivičnog dela. Otuda se element predviđenosti u zakonu pre svega vezuje za pojam bića krivičnog dela. Predviđenost u zakonu osim ostvarenosti bitnih elemenata bića krivičnog dela (kako objektivnih, tako i subjektivnih) obuhvata i uslove kažnjivosti. Ostvarenost elemenata bića krivičnog dela i uslova kažnjivosti (zakonskog opisa krivičnog dela) omogućava da se pređe u fazu utvrđivanja protivpravnosti, a na kraju i postojanja krivice.

Danas je u srpskoj teoriji preovladalo shvatanje da predviđenost u zakonu obuhvata i subjektivne elemente, i to ne samo one posebne kao što su namera i pobuda što je i ranije priznavano, nego i umišljaj i nehat koji su istovremeno i oblici krivice. Time se i bez prihvatanja finalističkog shvatanja opšteg pojma krivičnog dela ipak otišlo korak dalje od neoklasičnog pojma i to u pravcu subjektivizacije bića krivičnog dela i normativizacije krivice. Međutim, koji elementi umišljaja i nehata pripadaju nepravu a koji krivici, danas je sporno. Razjašnjenje tog pitanja ostavljeno je i zavisi od daljeg razvoja krivičnopravne dogmatike. Zakonodavac je izbegao da se izjasni po ovom pitanju. Dok se iz odredbe KZ za postojanje krivice (član 22) zahteva umišljaj (odnosno nehat), na osnovu sistematskog i teleološkog tumačenja KZ može se zaključiti da su elementi umišljaja i nehata sadržani i u samom nepravu, odnosno biću krivičnog dela. Uopšteno rečeno, radi se o odnosu vrednovanja (umišljajna, odnosno nehatna krivica) i vrednovanog (umišljajno ili nehatno nepravu).<sup>35</sup>

Predviđenost u zakonu ima i svoju suštinsku, materijalnu stranu kod koje je centralno pitanje zašto je određeno ponašanje predviđeno u zakonu kao krivično delo, odnosno koje je to njegovo svojstvo zbog kojeg ono zaslužuje da bude predviđeno kao krivično delo. To je njegova društvena štetnost. Za razliku od shvatanja u ranijoj teoriji koje društvenu opasnost ističe kao samostalan element u opštem

---

kojoj nedostaje preciznost i koja je malo podobna da bude primenjena u praksi. Up. M. Pawlik, *Das dunkelste Kapitel in der Dogmatik des Allgemeinen Teils. Bemerkungen zur Lehre von den Garantienpflichten*. In: *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für C. Roxin zum 80. Geburtstag*, Band 1, Berlin-New York, 2011, pp. 931–945.

35 Roxin kritikujući normativno shvatanje krivice ističe da je sasvim pogrešno smatrati da eliminisanje umišljaja iz krivice i njegovo smeštanje u biće krivičnog dela na planu krivice (odnosno odgovornosti kako je on shvata) vodi na planu krivice jednom čisto vrednosnom sudu. Up. C. Roxin. *op. cit.*, pp. 858–859.

pojmu krivičnog dela, ili ga posmatra kao materijalnu stranu protivpravnosti, društvenu opasnost (ili štetnost) treba posmatrati kao materijalnu stranu predviđenosti u zakonu.

### 3.2.3. Protivpravnost

Određenost ljudskog ponašanja u krivičnom zakonu kao krivičnog dela, po pravilu, znači i njegovu protivpravnost. Ukoliko neko ponašanje sadrži sve elemente propisane u zakonskom opisu bića krivičnog dela, samim tim je ono i protivpravno. Protivpravnosti u krivičnom pravu nema bez predviđenosti dela u zakonu kao krivičnog dela. Samo one radnje koje su obuhvaćene bićem krivičnog dela, mogu biti krivično nepravo.<sup>36</sup> Razlog za unošenje protivpravnosti kao konstitutivnog elementa u opšti pojam krivičnog dela jesu osnovi isključenja protivpravnosti, pa bi se elemenat protivpravnosti u tom pojmu mogao odrediti u negativnom smislu kao odsustvo osnova koji isključuje protivpravnost.

Postoje ponašanja koja ostvaruju sve bitne elemente nekog krivičnog dela a nisu protivpravna, ali nije moguće obrnuto: nema protivpravnosti u krivičnom pravu bez ostvarenosti bitnih elemenata bića nekog krivičnog dela. Ako neko ponašanje ispunjava sva obeležja bića krivičnog dela, ono će biti protivpravno ukoliko ne postoji nijedan osnov isključenja protivpravnosti.<sup>37</sup> Pitanje protivpravnosti se u tom slučaju svodi na negativnu konstataciju da ne postoje osnovi koji isključuju protivpravnost. Prilikom primene prava, ta se konstatacija pretpostavlja, a samo u slučaju ukoliko određene okolnosti ukazuju na postojanje nekog od osnova koji isključuje protivpravnost, on se mora utvrđivati.

Postoje situacije kada su ispunjena sva zakonom propisana obeležja nekog krivičnog dela, ali ono ne postoji jer mu nedostaje protivpravnost, tj. postoji neki od osnova isključenja protivpravnosti. KZ i izričito sadrži odredbu u tom smislu (član 14. stav 2).

Teorija krivičnog prava u Srbiji se nije posebno bavila sistematikom osnova isključenja protivpravnosti.<sup>38</sup> Uglavnom se polazi od formalnog kriterijuma, pa se opšti osnovi isključenja protivpravnosti dele u dve kategorije prema tome da li su propisani krivičnim zakonikom, ili nisu. Pokušaj da se podela vrši prema određenim materijalnim kriterijumima neminovno se suočava sa vrlo ozbiljnim teškoćama. Jedino što se čini nespornim jeste to da su osnovi isključenja protivpravnosti heterogeni, te da njihovo vezivanje samo za jedan materijalni kriterijum ne bi bilo prihvatljivo. Čak i podela na opšte i posebne osnove isključenja protivpravnosti s obzirom na to da li se jedan osnov u načelu može primeniti u odnosu na bilo koje krivično delo, ili samo pak u odnosu na određeno krivično delo, može biti sporna.

36 Tako C. Roxin, *op. cit.*, p. 224.

37 Danas je to nesporno i spada u osnovna znanja iz krivičnog prava koja se od studenata zahtevaju. Up. npr. U. Kindhäuser, *Strafrecht, AT*, 3. Auflage, Baden-Baden, 2008, p. 55. Isto se može reći i za Srbiju. Up. Z. Stojanović, *Krivično pravo, Opšti deo*, 17. izdanje, Beograd, 2010, str. 122–123.

38 Međutim, ni nemačkoj teoriji krivičnog prava, kao što konstatuje Roxin, „nije uspelo da do sada dođe do jednog plodonosnog sistematizovanja osnova isključenja protivpravnosti“. Up. C. Roxin, *op. cit.*, p. 615.

Naime, i primena osnova koji se u KZ Srbije predviđaju kao opšti osnovi ako se ima u vidu njihova priroda pa i uslovi koji se propisuju za njihovu primenu osetno je sužena, tj. oni se ne mogu primeniti u odnosu na sva krivična dela. To ipak ne dovodi u pitanje njihov opšti karakter, ali se postavlja pitanje kada se jedan osnov isključenja protivpravnosti može smatrati posebnim osnovom. Jedino se kao posebni osnovi mogu označiti oni osnovi koji su izričito propisani u posebnom delu KZ samo kod određenih krivičnih dela.<sup>39</sup> Ova podela je naročito sporna kod osnova koji nisu predviđeni u KZ.

### 3.2.4. Krivica

Pripisati određeno delo nekome u krivicu istovremeno znači i to da mu se pripisuje odgovornost za to delo. Krivičnopravno je odgovoran onaj učinilac koji je izvršio radnju koja je u zakonu predviđena kao krivično delo, koja je protivpravna i koja mu se može pripisati u krivicu. S obzirom na to da je za postojanje odgovornosti u krivičnom pravu neophodno ostvarenje svih konstitutivnih elemenata krivičnog dela, uključujući i krivicu, nameće se pitanje odnosa pojma krivične odgovornosti i pojma krivice. Raspravljajući ovaj pitanje ima i određenu tradiciju u srpskoj nauci krivičnog prava. Postojala su dva shvatanja krivične odgovornosti. Jedno, objektivno-subjektivno, polazilo je od toga da krivična odgovornost obuhvata kako objektivne elemente krivičnog dela, tako i krivicu kao subjektivni element, dok je drugo subjektivno shvatanje (od kojeg je polazila i odredba KZ SFRJ, odnosno KZ SRJ) ovaj pojam, u stvari, izjednačavalo sa krivicom shvaćenoj u smislu psihološke teorije.<sup>40</sup> To drugo shvatanje, krivičnu odgovornost koristi kao genusni pojam koji označava oblike krivice (umišljaj i nehat) i uračunljivost. Međutim, pojam krivične odgovornosti, ako se shvati isključivo subjektivno, suviše je u krivičnopravnoj dogmatici i dovodi do konfuzije u sistemu opšteg dela.

Krivica je element u opštem pojmu krivičnog dela, a odgovornost je pre svega konstatacija, tj. sud o tome da neko ispunjava uslove za krivičnopravnu odgovornost. Krivična odgovornost je posledica vršenja krivičnog dela, kao što je građanskopravna odgovornost posledica vršenja građanskopravnog delikta. Krivično delo je osnov krivične odgovornosti. Krivična odgovornost je termin koji ukazuje na to da je neko učinio krivično delo i da je za njega odgovoran. Ono suštinsko se rešava na nivou postojanja konstitutivnih elemenata krivičnog dela. Postojanje svih tih

39 Kod posebnih osnova isključenja protivpravnosti, međutim, postoji problem da li su oni uopšte osnovi isključenja protivpravnosti ili kao deo inkriminacije kojom se ona sužava spadaju u predviđenost u zakonu. Na primer, da li u slučaju da je ostvarena radnja krivičnog dela uvrede krivično delo ne postoji ukoliko je to učinjeno u okviru ozbiljne kritike u naučnom, književnom ili umetničkom delu...itd. (član 170. stav 4. KZ) zbog toga što biće krivičnog dela uvrede ne obuhvata i te situacije, ili ono ne postoji zato što je isključena protivpravnost iako su ostvarena bitna obeležja krivičnog dela? Ili, da li kod krivičnog dela obljube nad detetom iz člana 180. KZ odredba stava 4. sadrži poseban osnov isključenja protivpravnosti, ili lični osnov isključenja kažnjivosti?

40 Vid. M. Radovanović, *op. cit.*, str. 185–187. Ovaj autor se opredeljuje za objektivno-subjektivni pojam krivične odgovornosti shvatajući je kao „zajedničku oznaku i skup potrebnih uslova za primenu krivične sankcije prema učiniocu krivičnog dela“.

konstitutivnih elemenata istovremeno znači i postojanje krivične odgovornosti koja je osnov za primenu krivičnih sankcija, pre svega kazne.

Prema Krivičnom zakoniku, krivica postoji ako je učinilac bio uračunljiv i postupao sa umišljajem, a bio je svestan ili je bio dužan i mogao biti svestan da je njegovo delo zabranjeno. Krivica može postojati i onda kada je učinilac postupao iz nehata ako to zakon izričito predviđa (član 22). Novo u tom rešenju jeste i to što se kao konstitutivni element krivice javlja i (potencijalna) svest o protivpravnosti. Ta svest ne mora uvek postojati, dovoljno je da je postojala dužnost i mogućnost da se takva svest ima. Strukturu krivice, prema tome, čine tri komponente: 1) uračunljivost, 2) umišljaj ili nehat i 3) svest (ili dužnost i mogućnost svesti) o protivpravnosti. Utvrđivanje ostvarenosti krivice kao obaveznog elementa opšteg pojma krivičnog dela u konkretnom slučaju ima svoj pozitivni i negativni aspekt. To podrazumeva utvrđivanje postojanja umišljaja (ili nehata kod nehatnih delikata), i odsustvo osnova koji isključuje krivicu (neuračunljivost i nepostojanje mogućnosti i dužnosti svesti o protivpravnosti). Odredba člana 14. stav 2. KZ ne govori samo o osnovima isključenja protivpravnosti, već i o osnovima isključenja krivice. Odsustvo, tj. nepostojanje osnova isključenja krivice nije potrebno utvrđivati, ono se pretpostavlja. Naprotiv, njihovo postojanje da bi isključilo krivicu, mora se utvrditi.

Postojanje krivice je neophodna pretpostavka za izricanje kazne. Načelo *nulla poena sine culpa* predstavlja jedno od osnovnih načela srpskog krivičnog prava (član 2. KZ). Međutim, postojanje krivice je neophodno i za primenu ostalih krivičnih sankcija jer one podrazumevaju da je učinjeno krivično delo. Izuzetak su samo određene mere bezbednosti za čiju primenu je dovoljno da je učinjeno protivpravno delo koje je u zakonu predviđeno kao krivično delo. Krivica se može stepenovati, što ima određene implikacije na planu odmeravanja kazne (član 54. KZ), izbora krivične sankcije (čl. 66, 77. KZ), kao i primene nekih drugih instituta.

Bez krivice (odnosa učinioaca prema delu koji je osnov da mu se ono pripiše, odnosno stavi na teret), ne može postojati krivično delo. I dalje se umišljaj i nehat smatraju oblicima krivice, ali uz prihvatanje da su oni istovremeno i elementi u biću krivičnog dela (dvostruka funkcija umišljaja i nehata). To shvatanje je više rezultat kompromisa između starog i novog pristupa opštem pojmu krivičnog dela, nego uticaj inostrane dogmatike u kojoj to shvatanje nije vladajuće. Pri tome, nije jasno razgraničeno koji elementi umišljaja i nehata (ili aspekti) se nalaze u biću krivičnog dela, a šta opet predstavlja stepene krivice, odnosno koji su njihovi aspekti relevantni za utvrđivanje krivice. U tom pogledu ne bi bilo opravdano izjednačiti umišljaj i nehat. U odnosu na nehatna krivična dela u srpskoj krivičnopravnoj literaturi bilo je usamljeno mišljenje da je već u biću krivičnog dela objektivna komponenta nehata (pre svega kod nesvesnog nehata) sadržana u svom apstraktnom obliku, odnosno da se iz bića krivičnog dela može zaključiti „šta se sa aspekta krivičnopravne norme kojom se propisuje nehatno krivično delo očekuje od prosečnog građanina, odnosno koja je to dužna pažnja potrebna da bi se izbeglo vršenje krivičnog dela“.<sup>41</sup>

41 Tako Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2006, str. 119 (vid. i str. 67). Kada je u pitanju nehatno krivično delo, tek u najnovijoj srpskoj krivičnopravnoj teoriji pojavljuju se radovi u kojima se ovo pitanje detaljno razmatra. Tako Vuković zaključuje da se objektivna povreda dužne pažnje utvrđuje na nivou nepravda nehatnog delikta, dok je na planu krivice neop-

Do preciznih kriterijuma za razgraničenje je teško doći i zbog toga što su krivica i nepravo (odnosno biće krivičnog dela) još čvršće povezani preko umišljaja i nehata, nego preko objektivnih elemenata bića krivičnog dela. Tu postoji čvrsta međusobna veza, utoliko što se na nivou krivice ponovo, i sa drugih aspekata, ocenjuje subjektivno nepravo, odnosno subjektivni elementi bića krivičnog dela koja postoje kod učinioca konkretnog krivičnog dela. Pri tome se i sam predmet vrednovanja proširuje jer se ima kompletna slika o celom događaju, kao i o njegovom vrednovanju na prethodna tri stepena.

Krivica se shvata kao *odnos*<sup>42</sup> učinioca prema delu zbog kojeg mu se može uputiti prekor. Uvažavanje i normativnog elementa nije vodilo odustajanju od psihološke teorije koja je dugo bila vladajuća u Srbiji. Reč je o mešovitom, kompromisnom shvatanju koje ne odbacuje prirodni sadržaj krivice, tj. polazi od njenog psihološkog sadržaja, ali taj pojam dopunjava i normativnim elementima. Krivica predstavlja jedinstvo realnog, subjektivnog, psihičkog supstrata i suda o njemu. To je sud o ne vrednosti dela kojim učinilac krši krivičnopravnu normu i sud o njegovom odnosu prema toj normi i dobru koje ta norma štiti. I Krivični zakonik Srbije se zasniva na psihološko-normativnom shvatanju krivice iako, i dalje, u prvi plan stavlja psihološke elemente krivice.<sup>43</sup> To predstavlja korak napred u shvatanju krivice u srpskoj nauci krivičnog prava i krivičnom zakonodavstvu, ali i dalje mnoga pitanja vezana za ovaj elemenat opšteg pojma krivičnog dela ostaju sporna i nedovoljno razjašnjena.<sup>44</sup>

#### 4. ZAKLJUČAK

U nauci krivičnog prava u Srbiji u poslednjoj deceniji došlo je do značajnih promena u shvatanju opšteg pojma krivičnog dela. U pogledu ovog važnog pitanja može se konstatovati da postoji saglasnost teorije i zakonodavca. Krivični zakonik

---

hodno nehat individualizovati kako bi se učinilac prekoreo zbog neispunjenja generalnih zahteva brižljivosti. Up. I. Vuković, Struktura nehatnog krivičnog dela, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 3–4, 2008, str. 269.

- 42 Taj odnos se u KZ Srbije i teoriji i dalje prvenstveno shvata u smislu psihičkog odnosa, ali se on nužno ne iscrpljuje u tome, niti se on mora svesti na umišljaj i nehat. Uostalom, nesvesni nehat se zasniva više na normativnim nego na psihičkim elementima.
- 43 Jedna od prepreka da se i u ranijem zakonodavstvu prihvati mešovita, psihološko-normativna teorija krivice bilo je rešenje prema kojem ni neotklonjiva pravna zabluda nije isključivala krivicu. To je prevaziđeno i danas neprihvatljivo rešenje na koje se u savremenim evropskim krivičnim zakonodavstvima sve ređe nailazi jer predstavlja ne samo povredu principa *nulla poena sine culpa*, već i principa pravne države. Zato je u Italiji Ustavni sud 1988. godine proglasio neustavnom deo odredbe člana 5. italijanskog KZ prema kojoj ni neotklonjiva pravna zabluda ne isključuje krivicu. Up. *Codice penale e leggi complementari*, XXIX edizione, Napoli, 2007, p. 48. Usvajanjem nove koncepcije u pogledu pravne zablude, Krivični zakonik rešava taj problem. Neotklonjiva pravna zabluda isključuje krivicu, a time i krivično delo (član 29. stav 1).
- 44 Ta konstatacija i ocena stoji i u pogledu nemačke teorije, iako je u njoj u poslednjih sto godina poklonjena velika pažnja krivici kao elementu krivičnog dela. Brojnim shvatanjima krivice se može uputiti prigovor da ili krivicu svode samo na neke aspekte, odnosno fragmente, ili pak da su neprecizna i nejasna i stoga nepodobna za primenu u okviru krivičnog prava. Pregled starijih i savremenih teorija krivice vid. kod A. Wulff, *Die Existenziale Schuld. Der fundamentalontologische Schuldbegriff Martin Heideggers und seine Bedeutung für das Strafrecht*, Berlin, 2008, pp. 14–34.

Srbije polazi od konzistentne koncepcije opšteg pojma krivičnog dela. Taj pojam je ne samo eksplicitno sadržan u odredbi KZ, već je i dosledno sproveden u njegovom opštem delu. Reč je ne samo o savremenijem shvatanju od onoga koje je postojalo u ranijem zakonodavstvu i teoriji, već i o tome da ono otklanja neke suštinske nedostatke i nedoslednosti. To rešenje ima u vidu i primenu krivičnog prava. Postavljanje četiri elementa u opštem pojmu krivičnog dela kao četiri stepena koje karakteriše progresivnost prilikom njihovog utvrđivanja u konkretnom slučaju, treba da doprinese i boljoj i ispravnijoj primeni krivičnog prava. Teorija i praksa u Srbiji već daju dalji doprinos razradi ovako postavljenog opšteg pojma krivičnog dela i njegovih elemenata.

Ostaje više pitanja i problema u vezi sa opštim pojmom krivičnog dela koji čekaju na svoje rešavanje, odnosno bliža objašnjenja u nauci. Moguće je (a možda i opravdano) da se izvrše određene modifikacije sada vladajućeg shvatanja koje usvaja i KZ Srbije, a da se ipak ostane u njegovim okvirima. Tako, moglo bi se razmišljati o tome da se sa četvorostepenog pređe na trostepeno određivanje tog pojma, tj. bez unošenja radnje u taj pojam (kao i u novijoj nemačkoj krivičnopravnoj dogmatici).<sup>45</sup> Time bi se rešio i problem neopravdanog širenja pojma radnje i na posledicu i uzročnost do čega je u KZ došlo zbog usvajanja termina „delo“.

Odnos predviđenosti u zakonu i protivpravnosti, zbog njihovog poklapanja u većini slučajeva, nameće pitanje opravdanosti zadržavanja oba elementa u opštem pojmu krivičnog dela. Iako teorija o negativnim obeležjima bića krivičnog dela nije sasvim ubedljiva, činjenica jeste da je neko delo koje je u zakonu određeno kao krivično delo istovremeno i protivpravno, osim ako ne postoji neki osnov isključenja protivpravnosti.

Dalje, ako se ostane pri kompromisnom shvatanju o dvostrukoj funkciji umišljaja i nehata, ima mesta za dalje preciziranje u kom obliku su umišljaj i nehat obuhvaćeni elementom predviđenosti u zakonu, a šta ostaje u okviru krivice. I za napuštanje shvatanja o dvostrukoj funkciji umišljaja i nehata postojali bi određeni argumenti. Umišljaj i nehat mogu se shvatiti, kao što je to slučaj sa vladajućim shvatanjem u savremenom nemačkom krivičnom pravu, samo kao subjektivni elementi bića krivičnog dela, a ne i kao oblici krivice. To bi, naravno, otvorilo i pitanje da li bi to značilo priklanjanje čisto normativnom shvatanju pojma krivice.<sup>46</sup>

I sama krivica zahteva dalja preciziranja naročito u pogledu svog normativnog sadržaja koji je nedovoljno precizan i određen. Tu su i neka posebna pitanja, kao na primer ono koje se tiče sadržaja krivice kod maloletnih učinilaca krivičnih dela,<sup>47</sup> ili kod primene mera bezbednosti. Naravno, teorija nije vezana zakonskom

45 N. Delić nastoji da u pogledu ovog pitanja zauzme kompromisni stav tvrdeći da je opšti pojam koji sadrži četiri konstitutivna elementa „u osnovi trostepen jer se radnja po pravilu pretpostavlja“, tako da u svom radu iako analizira četiri konstitutivna elementa pojma krivičnog dela, govori o trostepenosti. Up. N. Delić, *op. cit.*, str. 224.

46 Vid. nap. 31.

47 D. Drakić eksplicitno zastupajući stav da i krivično delo maloletnog učinioca mora obuhvatiti krivicu kao obavezan elemenat, tj. da se ni vaspitne mere ne mogu izreći ukoliko nije učinjeno krivično delo koje podrazumeva i krivicu maloletnog učinioca, ukazuje na to da krivica kod



definicijom opšteg pojma krivičnog dela, tako da se može zastupati i neko sasvim drugačije shvatanje opšteg pojma krivičnog dela. To je moguće, ali je pitanje u kojoj je meri to nužno i opravdano. Težnja da se pruži sasvim originalan doprinos ovoj problematici bi se relativno lako mogla realizovati, ali ne bez posledica po čitavo krivično pravo. Upravo to treba imati na umu: bitno drugačije shvatanje pojma krivičnog dela zahtevalo bi i bitno drugačije krivično pravo. Bitno drugačije krivično pravo ne mora *a priori* biti nešto što je neprihvatljivo, ali opredeljivanje, makar i implicitno za tako nešto, zahtevalo bi mnogo šira razmatranja i sagledavanja pre svega osnovnih funkcija i mogućnosti krivičnog prava. Da li bi to drugačije krivično pravo koje bi bilo posledica drugačijeg pristupa prilikom određivanja opšteg pojma krivičnog dela bilo u skladu sa danas vladajućim shvatanjima, principima i standardima na kojima se krivično pravo zasniva? Moguće je i da neko rešenje opšteg pojma krivičnog dela sasvim zadovoljava, pa i da bude bolje u pravno-dogmatskom smislu, a da ipak dovede do neprihvatljivih posledica po krivično pravo ako se ono posmatra šire sa pravno-filozofskih i kriminalno-političkih aspekata. Zato to ipak predstavlja značajan ograničavajući faktor prilikom određivanja opšteg pojma krivičnog dela.

Osim toga što KZ Srbije polazi od savremenije krivičnopravne dogmatike, on je time krenuo ka, za sada još udaljenom cilju, a to je prihvatanje jedne, bar u obrisima, jedinstvene evropske krivičnopravne dogmatike. Sa novijim razvojem teorije o opštem pojmu krivičnog dela povezane su i težnje približavanja jednoj jedinstvenoj evropskoj krivičnopravnoj dogmatici.<sup>48</sup> Određene razlike i drugačija gledanja moraju postojati, kao što uostalom postoje i u okviru krivičnopravne dogmatike jedne iste zemlje. Međutim, upravo zbog olakšavanja komuniciranja i vođenja naučne diskusije, poželjno je u krivičnopravnoj dogmatici težiti tome da dođe do izvesnog ujednačavanja i postavljanja određenih okvira u kojima bi se ta diskusija odvijala (što podrazumeva ujednačavanje kategorijalnog aparata, termina, osnovnih pojmova i dr). Nauka krivičnog prava ne sme da ima granice i treba da teži univerzalnosti.<sup>49</sup>

maloletnih učinilaca sadrži ista tri elementa kao i kod punoletnih učinioaca krivičnih dela, ali da se kada je u pitanju uračunljivost kao elemenat krivice javljaju značajne razlike i specifičnosti. Up. D. Drakić, *O krivičnoj odgovornosti maloletnika*, Novi Sad, 2010, str. 77–90. I u nemačkoj literaturi vladajuće shvatanje polazi od toga da je kategorija krivice opravdana i nužna i u maloletničkom krivičnom pravu. Izuzimajući određena teorijska shvatanja krivice (Jakobsovo npr) koja su nespojiva sa idejom vaspitanja u maloletničkom krivičnom pravu, krivica u osnovi ima istu funkciju kao i u krivičnom pravu za punoletne učinioce (uz određene modifikacije njenog sadržaja koje su uslovljene specifičnostima maloletnih učinilaca), a kod kažnjavanja maloletnika ima i funkciju postavljanja gornje granice kazne. O tome više vid. Ch. Jäger, *Jugend zwischen Schuld und Verantwortung. Was kann eine strafzweckorientierte Schuld- und Verantwortungslehre zum Verständnis des Jugendstrafrechts beitragen?*, GA, 6/2003, pp. 469–481.

48 Tako K. Kühl koji ocenjuje da su zbog postojanja višedecenijskih bliskih naučnih veza sa zemljama u kojima se govori nemački jezik, kao i u zemljama jugoistočne Evrope izgledi za to dobri; ali da li će i u odnosu na francusku pravnu teoriju i britanski pravni sistem uspeti da se postigne značajan napredak, ostaje da se pričekava. In: Lackner/Kühl, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 26. Auflage, München, 2007, p. 62.

49 Voluminozna spomenica – liber amicorum – povodom 80. rođendana prof. Clausa Roxina u dva toma (u kojoj je objavljen i ovaj rad na nemačkom jeziku u drugačijoj verziji), upravo ima naslov

Težnja ka jedinstvenoj dogmatici ne mora nužno da znači i težnju ka jedinstvenom zakonodavstvu. Ostavljajući po strani pitanje koliko je to danas u Evropi uopšte moguće, u ovom momentu ne bi ni bilo poželjno i opravdano da se slede tendencije koji su došle do izražaja u krivičnom zakonodavstvu većine evropskih zemalja. Te su tendencije sa aspekta pravnodržavnog krivičnog zakonodavstva neprihvatljive i više odgovaraju totalitarnom nego demokratskom tipu društva. Pre svega, radi se o izraženom krivičnopravnom ekspanzionizmu, širenju i zaoštavanju krivičnopravne represije. I učinak Evropske Unije na planu materijalnog prava nije nešto što, bar za sada, može da impresionira i da bude uzor pojedinim nacionalnim krivičnim zakonodavstvima, pa ne zaslužuje ni podršku krivičnopravne teorije.<sup>50</sup>

Kada se radi o krivičnopravnoj dogmatici, polazeći naravno od dostignuća domaće krivičnopravne teorije, treba pratiti i uzimati u obzir naučne radove i rezultate krivičnopravne nauke one evropske zemlje u kojoj je ona najrazvijenija.<sup>51</sup> To je u Srbiji pretežno i do sada bio slučaj. Činjenica da se KZ opredelio za određivanje pojma krivičnog dela koje i dalje manje–više ostaje u okvirima neoklasičnog pojma, ne bi trebalo da bude smetnja da se učenje o pojmu krivičnog dela dalje razvija u srpskoj nauci krivičnog prava. Međutim, zapaža se nastojanje SAD da šire svoj uticaj na oblikovanje krivičnog prava i u zemljama koje pripadaju evropskom kontinentalnom pravnom krugu.<sup>52</sup> Neopterećeno složenim dogmatskim pitanjima, a rukovođeno pre svega praktičnim razlozima, angloameričko shvatanje krivičnog dela kao spoja fizičkog (actus reus) i subjektivnog elementa (mens rea) i inače može da ima plodno tlo u sudskoj praksi u Srbiji. Mada prihvatanje nekih instituta i shvatanja anglosaksonskog krivičnog prava u praksi i zakonodavstvu ne mora nužno da znači i uticaj na nauku, ipak tu postoji značajna veza. Da li će krivičnopravna dogmatika u Srbiji i dalje biti pod značajnim uticajem nemačke dogmatike, ili će stvari krenuti pragmatičnijim putem, ostaje da se vidi.

„Krivično pravo kao scientia universalis“ (*Strafrecht als Scientia Universalis*, 2011, Berlin-New York).

- 50 Te podrške ni u stranoj literaturi za sada nema. Naprotiv, dominiraju izrazito kritički tonovi. Tako, Zimmermann nakon detaljne kritičke analize najnovijih okvirnih odluka i direktiva EU u oblasti krivičnog prava u kojoj ukazuje na ozbiljne nedostatke i propuste, zaključuje da kriminalna politika EU pokazuje tehničke, koncepcijske i strukturalne deficite. Up. F. Zimmermann, Tendenzen der Strafrechtlichtsangleichung in der EU – dargestellt anhand der Bestrebungen zur Bekämpfung von Terrorismus, Rassismus und illegaler Beschäftigung, *ZIS*, 1/2009, p. 10. Vid. i Ch. Mylonopoulos, Internationalisierung des Strafrechts und Strafrechtsdogmatik. Legitimationsdefizit und Anarchie als Hauptcharakteristika der Strafrechtsnormen mit internationalem Einschlag, *ZStW*, Heft 1, 2009, pp. 78–93.
- 51 Predstavlja izvestan paradoks to što je, čini se, nemačka krivičnopravna nauka više uticala na neka strana zakonodavstva nego na svoje sopstveno. Dok nema sumnje da je ona najrazvijenija u Evropi (a moglo bi se tvrditi i u svetu), kada se ocenjuje nemačko krivično zakonodavstvo, nema dovoljno argumenata da se tvrdi da je ono znatno bolje od krivičnih zakonodavstava drugih evropskih zemalja.
- 52 To se može primetiti i u Srbiji. U nekim oblastima kao što je krivično procesno pravo, odgovornost pravnih lica za krivična dela, organizovani kriminalitet, konfiskacija imovine, taj uticaj je već ostvaren. Da zainteresovanost SAD u tom pogledu postoji, pokazuje i to što su sednicama komisije koju je formirao ministar pravde u cilju pripreme Nacrta zakona o izmenama i dopunama KZ iz 2009. godine, prisustvovali službenici ambasade SAD u Beogradu.



## LITERATURA

- Atanacković, D.*: Kriterijumi odmeravanja kazne, Beograd, 1975
- Atanacković, D.*: Neki problemi u vezi sa objektivno-subjektivnim shvatanjem krivičnog dela, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1–3, 1991
- Avakumović, J.*: Teorija kaznenog prava, Beograd, 1887
- Ценић, Ђ.*: Объясненъ Казнителногъ законика за Княжество Србию, У Београду, 1865
- Codice penale e leggi complementari*, XXIX edizione, Napoli, 2007
- Delić, N.*: Opšti pojam krivičnog dela u Krivičnom zakoniku Srbije. U: Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, III deo, Beograd, 2009
- Drakić, D.*: O krivičnoj odgovornosti maloletnika, Novi Sad, 2010
- Givanovitsch, T.*: De l'element subjectif, „moral“ dans la notion du delit, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, (Revue pénale Suisse), 1909
- Jäger, Ch.*: Jugend zwischen Schuld und Verantwortung. Was kann eine strafzweckorientierte Schuld- und Verantwortungslehre zum Verständnis des Jugendstrafrechts beitragen?, *GA*, 6/2003
- Jescheck, H.-H., Weigend, Th.*: Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Auflage, Berlin, 1996
- Kindhäuser, U.*: Strafrecht, AT, 3. Auflage, Baden-Baden, 2008
- Kühl, K.*: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, München, 2000
- Komentar Opšteg dela Krivičnog zakonika* (pod opštom redakcijom Moše Pijade), Beograd, 1948
- Komentar Krivičnog zakona SFRJ* (redakcija N. Srzentić), Beograd, 1978
- Lackner, K.-Kühl, K.*: *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 26. Auflage, München, 2007
- Lazarević, Lj.*: Perspektive jugoslovenskog krivičnog zakonodavstva, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 1–3/1996
- Lazarević, Lj.*: Kritički osvrt na neka rešenja u Krivičnom zakoniku Srbije, *Pravni život*, Beograd, br. 9, 2006
- Lazarević, Lj.*: Komentar Krivičnog zakonika Republika Srbije, Beograd, 2006
- Mihajlovski, A.*: O pojmu krivičnog dela, Beograd, 1984
- Milovanović, G.*: Krivično pravo, predavanja, litografisana skripta, Beograd, 1889
- Mylonopoulos, Ch.*: Internationalisierung des Strafrechts und Strafrechtsdogmatik. Legitimationsdefizit und Anarchie als Hauptcharakteristika der Strafrechtsnormen mit internationalem Einschlag, *ZStW*, Heft 1, 2009
- Naucke, W.*: Strafrecht, Eine Eiführung, 8. Auflage, 1998
- Pawlik, M.*: Das dunkelste Kapitel in der Dogmatik des Allgemeinen Teils. Bemerkungen zur Lehre von den Garantienpflichten. In: Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für C. Roxin zum 80. Geburtstag, Band 1, Berlin-New York, 2011
- Radovanović, M.*: Krivično pravo, Opšti deo, Beograd, 1966
- Roxin, C.*: Strafrecht, AT, Band I, 4. Auflage, München, 2006
- Otto, H.*: Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 6. Auflage, Berlin, 2000
- Srzentić, N., Stajić, A.*: Krivično pravo Federativne Narodne Republike Jugoslavije, Beograd, 1957
- Srzentić, N., Stajić, A.*: Krivično pravo Federativne Narodne Republike Jugoslavije, Beograd, 1961

- Stojanović, Z.: *Granice, mogućnosti i legitimnost krivičnopravne zaštite*, Beograd, 1987
- Stojanović, Z.: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2006
- Stojanović, Z.: *Krivično pravo, Opšti deo*, 17. izdanje, Beograd, 2010
- Tahović, J.: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 1956
- Tahović, J.: *Krivično pravo, Opšti deo*, Beograd, 1961.
- Topalović, Ž.: *Granične međe umišljaja i nehata*, Beograd, 1911
- Vuković, I.: *Važne novine u određenju opšteg pojma krivičnog dela u Predlogu KZ Srbije. U: Kazneno zakonodavstvo: Progresivna ili regresivna rešenja*, Beograd, 2005
- Vuković, I.: *Struktura nehatnog krivičnog dela*, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 3–4, 2008
- Zimmermann, F.: *Tendenzen der Strafrechtlichtsangleichung in der EU – dargestellt anhand der Bestrebungen zur Bekämpfung von Terrorismus, Rassismus und illegaler Beschäftigung*, ZIS, 1/2009
- Živanović, T.: *Osnovni problemi krivičnog prava (revizija tradicionalne, bipartitne nauke; konstrukcija nove, trodeobne nauke)*, Beograd, 1930
- Wulff, A.: *Die Existenziale Schuld. Der fundamentalontologische Schuldbegriff Martin Heideggers und seine Bedeutung für das Strafrecht*, Berlin, 2008

Zoran Stojanović

Juristische Fakultät, Universität Belgrad

## DER VERBRECHENSBEGRIFF IN DER SERBISCHEN STRAFRECHTSLEHRE

### ZUSAMMENFASSUNG

In der vorliegenden Arbeit wird analysiert, wie in der serbischen Strafrechtslehre der Verbrechensbegriff bestimmt wird. In der Einleitung wird die Bedeutung dieses Begriffes hervorgehoben; wobei insbesondere seine Elemente und ihr Inhalt wichtig sind, und zwar für das gesamte Strafrecht. Dabei wird die im weiteren Text näher beschriebene Entwicklung in der serbischen Dogmatik angesprochen, in der die von Toma Živanović vertretene Dreiteilung der Verbrechenselemente (Verbrechen, Verbrecher, Strafe; man bemerke das Weglassen des subjektiven Elementes aus dem Verbrechensbegriff), obwohl nicht gesetzlich verankert, doch großen Einfluß auf die serbische Strafrechtspraxis und teilweise auf die Lehre hatte. Weiterhin wird einführend auf die relative Statik der wissenschaftlichen Diskussionen zu dieser Frage in Serbien in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts hingewiesen. Zu dieser Zeit wurde allgemein der klassische Verbrechensbegriff vertreten; ergänzt durch ein materielles Element (die Sozialgefährlichkeit), welches so manches Problem für Wissenschaft, und noch mehr, für die Praxis schuf, was am Ende des 20. Jahrhunderts zu einer immer noch andauernden Umwandlung der serbischen Strafrechtswissenschaft führte.

Im zweiten Teil des Artikels wird zur Entwicklung des Verbrechensbegriffes in der serbischen Strafrechtswissenschaft näher Bezug genommen. Nach weiteren Erklärungen zu Živanovics Dreiteiligkeit, folgt eine Beschreibung der Lage der serbischen und jugoslawischen Strafrechtstheorie von 1945 bis 2000. Damals war nämlich der klassische Verbrechensbegriff,

samt der Sozialgefährlichkeit als materiellem Element, vorherrschend. Der Autor kritisiert hier die Unbestimmtheit des materiellen Elementes, das aus ideologischen Gründen sogar weiter vereinfacht und zur Essenz jedes strafbaren Verhaltens erklärt wurde, obwohl vorher nicht einmal sein Inhalt bestimmt werden konnte. Die Kritik scheint hier besonders angebracht, wenn man bedenkt, das dieses materielle Element sogar Vorrang gegenüber dem formellen genoß, was Tür und Tor für Rechtsunsicherheit im serbischen und jugoslawischen Strafrecht öffnete. Die (unvollständige) materiell-formelle Definition ergänzend wurde eine Straftat üblicherweise als eine schuldhaft vorgenommene, sozial gefährliche, rechtswidrige und im Gesetz als solche vorgeschriebene Tat definiert. Nach Erläuterungen zu den einzelnen Elementen und ihrem Verhältnis zueinander, wendet sich der Autor dem seit dem Jahre 2000 dominierenden neoklassischen Verbrechensbegriff, wobei es zu keinem radikalen Bruch mit der bis dahin h. M. kam, da es sonst zu Problemen im Bereich der Didaktik und Rechtsanwendung gekommen wäre.

Im dritten, zentralen Abschnitt seiner Arbeit widmet sich der Autor dem Verbrechenaufbau gemäß geltendem Recht, bzw. seinen einzelnen Elementen. Nach dem Abwiegen der Vor- und Nachteile der bis dato herrschenden klassisch-kausalen Verbrechenslehre, zeigt er, warum es eines neuen Verbrechensbegriffes bedurfte. Zunächst einmal wird das Weglassen eines materiellen Elementes begrüßt, da dieses so vielschichtig und nicht mit einem einzigen Begriff erfassbar ist, und zudem leicht mit dem rechtlichen, formalen Verbrechensbegriff in Kollision geraten kann. Desweiteren schien es sehr wichtig, die Reihenfolge der einzelnen Elemente festzulegen und diese als nicht beliebig veränderbare Stufen zu verstehen, da davon auch die konkrete Rechtsanwendung abhängt. Schließlich war es auch nötig, die Inhalte der einzelnen Elemente mit Rücksicht auf aktuelle Tendenzen anders zu definieren. Es wird betont, dass die Schuld, die jetzt aus psychologisch-normativer Sicht erklärt wird, Bestandteil des Deliktbegriffes ist. Gleichzeitig wird von der Strafverantwortlichkeit abgesehen, die oftmals Verwirrung in den Aufbau des Allgemeinen Teils brachte. Vorsatz und Fahrlässigkeit erhalten nun eine doppelte Funktion: sie sind nicht nur Formen der Schuld, sondern auch subjektive Elemente des Tatbestandes.

Der vierteilige Verbrechenaufbau spiegelt sich in der Legaldefinition wieder, die wie folgt lautet: Die Straftat ist eine Tat, die tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft ist (§ 14 StGB). Davon ausgehend, nimmt der Autor im weiteren Unterabschnitt Stellung zum Verhältnis der jeweiligen Elemente und begründet, warum eine scharfe Trennung, insbesondere vom sog. realistischen und normativen Ansatz, falsch erscheint. Vielmehr gibt es eine Wechselwirkung zwischen ihnen, so dass sie sich nicht vollständig voneinander lösen lassen. Theoretisch und rechtsanwendungsrelevant ist deshalb auch ihre Reihenfolge, deren vier Stufen durchlaufen werden müssen um am Ende sagen zu können, ob eine Straftat vorliegt.

Der nächste Unterabschnitt der Arbeit durchleuchtet die vier Elemente dann eingehender. Der erwähnten Reihenfolge entsprechend werden zuerst die verschiedenen Auffassungen von der Handlung, sowie ihre dreifache Funktion als Grundelement, Verbindungselement und Grenzelement dargestellt. Hier wird auch der Unterschied zwischen „Tat“ (aus der Legaldefinition) und „Handlung“ (als präziserer Begriff übernommen) erklärt. Nach der Tatbestandsmäßigkeit und der nun hier, als ihre materielle Seite, verorteten Sozialgefährlichkeit, wird zur Rechtswidrigkeit übergegangen, wobei auf eine ungenügende Systematisierung der Rechtfertigungsgründe in der serbischen Strafrechtswissenschaft hingewiesen wird. Der letzte Unterabschnitt des dritten Teils befasst sich mit der wichtigen Frage der Schuld als Element im Verbrechenaufbau, die von den Neuregelungen im StGB besonders erfasst wurde. Der Autor erklärt einleitend die für die frühere jugoslawische Strafgesetzgebung typische Unterscheidung von Schuld und Strafverantwortlichkeit und ihr eigentliches Verhältnis, in dem die Schuld Element im Verbrechensbegriff ist, während Verantwortlichkeit vor allem eine

Feststellung, eine Wertung darüber ist, dass jemand die Bedingungen für die strafrechtliche Verantwortung erfüllt. Als neue Komponente der Schuld, neben der Zurechnungsfähigkeit und Vorsatz oder Fahrlässigkeit, muß nun auch das Unrechtsbewußtsein (aktuelles oder potentielles) vorhanden sein, was sich wiederum auf die strafrechtliche Bedeutung des Verbotsirrtums reflektiert. Desweiteren äußert sich der Autor zu der Doppelstellung von Vorsatz und Fahrlässigkeit und auch zur psychologisch-normativen Schuldlehre, von welcher das neue StGB ausgeht.

In den Schlußfolgerungen wird zusammenfassend auf die Vorteile der im neuen StGB enthaltenen, moderneren Lösungen eingegangen. Dabei sollte eventuellen Modifikationen nicht vollkommen abgeschworen werden, wie z.B. im Hinblick auf einen dreiteiligen Verbrechenaufbau, die Doppelstellung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, weitere normative Präzisierungen des Schuldbegriffes, usw. Trotzdem sollten diese eventuellen Neuerungen nicht zu einem gänzlich neuen Verbrechenbegriff führen, da dieser auch ein gänzlich neues Strafrecht voraussetzen müsste. Abschließend nimmt der Autor noch Stellung zu aktuellen Trends im Hinblick auf eine einheitliche europäische Strafrechtsdogmatik (die nicht unbedingt mit einer einheitlichen europäischen Strafgesetzgebung gekoppelt sein müsste), und zum wachsenden Einfluß der USA im europäisch-kontinentalen (Straf)Rechtsraum.

**Schlüsselwörter:** Strafrechtslehre, Verbrechenbegriff, Handlung, Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld.

*Dorđe Ignjatović\**

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

## NOVINE U PRAVU IZVRŠENJA KRIVIČNIH SANKCIJA SRBIJE

**Apstrakt:** U radu su razmotrena rešenja u tri zakona u oblasti prava izvršenja krivičnih sankcija i ukazano na to kakav je njihov uticaj na ovu granu prava. Od posebnog je značaja ratifikacija sporazuma između Republike Srbije i (stalnog) Međunarodnog krivičnog suda o izvršenju kazni tog suda kojim je Srbija ušla u red država u čijim kaznenim ustanovama će moći da izdržavaju kaznu lišenja slobode lica osuđena od ovog nadnacionalnog pravosudnog organa. Jedna od posledica akta ratifikacije mogla bi da bude i normativna stabilizacija u ovoj oblasti u kojoj se zakonske odredbe menjaju kao na pokretnoj traci. Na kraju, dat je i kritički osvrt na naš kazneni sistem i trendove koji se u njemu mogu zapaziti poslednjih godina.

**Ključne reči:** krivično izvršno pravo, sistematika zakona, pravna sigurnost, međunarodna saradnja.

### UVOD

Oblast krivičnog izvršnog prava jedna je od najdinamičnijih pravnih grana u Srbiji. U samo nekoliko godina doneti su: novi Zakon o izvršenju krivičnih sankcija (ZIKS, 2005, izmenjen i dopunjen 2009); Zakon o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica (ZMUKD, 2005); Zakon o izvršenju kazne zatvora za dela organizovanog kriminaliteta (ZIKZOK, 2009); Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična dela (ZOPL, 2009).

Većina ovih zakona doneta je isključivo u cilju regulisanja materije izvršenja krivičnih sankcija, dok dva – ZMUKD i ZOPL uz ostale norme koje regulišu druga pitanja vezana za dve specifične kategorije subjekta koji se pojavljuju pred organima pravosuđa (maloletnici i pravna lica) sadrže i odredbe o izvršenju krivičnih sankcija koje su im izrečene.

Kao što je o tome već pisano u našoj literaturi, navedena zakonodavna aktivnost dovela je do mnoštva problema, od kojih se osnovni sastoji u narušavanju jedinstvenog režima izvršenja krivičnih sankcija koji je, bar normativno, decenijama bio građen na načelima usklađenim sa međunarodnim standardima sadržanim u konvencijama usvojenim u Ujedinjenim nacijama i Savetu Evrope.

Pored toga, mnoštvo rešenja sadržanih u navedenim zakonima bilo je kritikovano kako u pogledu konceptualnih polazišta, tako i sa stanovišta konkretnih rešenja, njihove pravnotehničke obrade i protivurečnosti /Ignjatović, 2010/. Zbog toga su tri zakona usvojena poslednjih meseci privukla pažnju retkih stručnjaka koji se

---

\* redovni profesor, [ignjat@ius.bg.ac.rs](mailto:ignjat@ius.bg.ac.rs)

u Republici bave kritičkom analizom rešenja usvojenih u ovoj oblasti. Radi se o sledećim propisima:

- Zakon o izmenama i dopunama Zakona o izvršenju krivičnih sankcija (Zid-ZIKS – Sl. glasnik 31/11, maj 2011);
- Zakon o izmenama i dopunama Zakona o izvršenju kazne zatvora za dela organizovanog kriminal(itet)a (ZidZIKZOK – Sl. glasnik 101/10, decembar 2010); i
- Zakon o potvrđivanju sporazuma između Republike Srbije i Međunarodnog krivičnog suda o izvršenju kazni međunarodnog krivičnog suda (ZPSR-SMKS) Sl. glasnik, Međunarodni ugovori 3/11, maj 2011).

U daljem izlaganju biće ukazano na najznačajnija rešenja sadržana u navedenim zakonima i analizirano da li i na koji način utiču na sistem izvršenja krivičnih sankcija u Republici.

## 1. Novine u Zakonu o izvršenju krivičnih sankcija

### *Odeljenja u zavodima*

Do sada je u članu 16 ZIKS bila sadržana odredba kako u zavodima mogu postojati otvorena, poluotvorena i zatvorena odeljenja. U čl. 1 ZidZIKS kao novi tip dodaju se „zatvorena odeljenja sa pojačanim nadzorom“.

Tako smo pored (u nauci inače nepoznate) podele ustanova sa stanovišta stepena obezbeđenja na otvorene, poluotvorene, zatvorene i „zatvorene sa posebnim obezbeđenjem“ sada dobili i „odeljenja sa pojačanim nadzorom“. U ZidZIKS nije navedeno u čemu se ogleda specifičnost režima u novouvedenim odeljenjima. /1/

#### *Služba obezbeđenja*

U čl. 20 posvećenom poslovima i zadacima službe obezbeđenja, dodat je stav 3 u kome se navodi da ova služba „može biti opremljena službenim psima koji se koriste za pronalaženje opojnih droga ili psihoaktivnih supstanci i eksplozivnih sredstava ili naprava“.

Ostavimo prvu primedbu koja se može staviti stilizaciji ovog stava u kome se službenim psima daje status „opreme“, veći problem je što se njome preudicira da psi moraju pripadati službi za obezbeđenje. Uopšte nije jasno zašto kazneni zavodi ne bi, u cilju nalaženja supstanci, sredstava odn. naprava, mogli koristiti službene pse koje već poseduju policija i carina. To rešenje bilo bi i racionalnije i ekonomičnije. /2/

Zbog navedenog, formulacija stava 3 čl. 20 trebalo bi da glasi:

Pripadnici službe obezbeđenja mogu u cilju pronalaženja opojnih droga ili psihoaktivnih supstanci, kao i eksplozivnih sredstava ili naprava koristiti službene pse.

Druga izmena odredaba koje se odnose na službu obezbeđenja uneta je u član 21 u kome su dodati stavovi 4 i 5 kojima je uvedena mogućnost da pripadnik službe obezbeđenja može u svrhu lične bezbednosti nositi službeno oružje i van radnog

vremena. Uslov za to je odobrenje direktora Uprave za izvršenje krivičnih sankcija (st. 4).

Pripadnik službe obezbeđenja kome je dato ovakvo odobrenje dužan je da službeno oružje van radnog vremena nosi na bezbedan način i da preduzme sve sigurnosne mere kako bi se sprečila zloupotreba oružja ili njegov dolazak u posed neovlašćenog lica (st. 5).

Pre svega, navedeno rešenje ima puno opravdanja i može se napraviti analogija sa sličnim odredbama o policiji. Jedino ostaje dilema da li je stav 5. uopšte potreban (i to u Zakonu o izvršenju krivičnih sankcija)? /3/

### *Upućivanje osuđenih u zavode*

ZidZIKS se vraća na rešenje koje je u čl. 37 sadržao Zakon donet 2005. Novina je samo to da se direktor Uprave o molbi osuđenog da se odstupi od rasporednog akta ministra pravde /4/ izjašnjava rešenjem (st. 2) protiv koga je dozvoljena žalba ministru pravde u roku od tri dana od prijema rešenja. Žalba ne odlaže izvršenje rešenja (st. 3).

Ova novina ima puno opravdanje jer uvodi dvostepenost u odlučivanju koja, načelno govoreći, doprinosi boljoj zaštiti prava osuđenih lica.

### *Prijem osuđenog*

U članu 60 stav 1 ZIKS u kome je navedeno da se po stupanju osuđenog u zavod najpre utvrđuje njegov identitet i zatim se obavlja lekarski pregled i otvara zdravstveni karton, sada je dodato da se nakon navedenih postupaka osuđenom određuje matični broj u zavodu. Taj broj zavisi od redosleda dolaska osuđenog u ustanovu tokom kalendarske godine.

Ova novina predstavlja razradu načela vođenja evidencija koji je sadržan u članu 10 ZIKS (v. Glavu I – Osnovne odredbe tog Zakona).

### *Razvrstavanje osuđenog*

U članu 63 ZIKS dodati su stavovi 7 i 8 kojima je (kao i kod upućivanja osuđenog u zavod) uvedeno pravo žalbe i mogućnost dvostepenog odlučivanja. Naime, odluka o programu postupanja i naknadnom razvrstavanju (reklaman) mora se osuđenom dostaviti u roku od tri dana od donošenja, a on na nju u roku od tri dana od dana prijema može uložiti žalbu direktoru Uprave.

### *Rad i prava na osnovu rada*

Kako je već naglašeno, jedna od najradikalnijih izmena u materiji krivičnog izvršnog prava izvršena je Novelom ZIKS iz 2009. kojom je ukinuto višedecenjsko rešenje po kome je rad osuđenika bio njihovo pravo, ali i obaveza. /5/ Umesto takvog rešenja, usvojeno je ono po kome je „rad osuđenog sastavni deo programa postupanja“ (odredba stava 2 po kojoj je svrha osuđeničkog rada da on stekne, održi i poveća svoje radne sposobnosti, radne navike i stručno znanje, zadržana je).



Ni do danas nije potpuno jasno zašto je jedno racionalno i korisno (ne samo za državu, nego i za same osuđeničke) rešenje napušteno. Podsetimo, rad osuđenika uveden je u moderno doba kako bi se život u kaznionicama približio životu na slobodi kao predohrana razvoju duševnih bolesti u sistemu izolacije, a dokoličenju i razvratu u sistemu zajedničkog izdržavanja kazni. /Rothman, 1998:102/ Podsetimo samo da su ideolozi sistema samica u početku zabranjivali osuđenički rad kako bi se tim licima boravak u kaznionicama otežao. U napred navedenom radu /Ignjatović, 2010:168/, ukazivali smo da jedna od mogućih posledica navedenog rešenja može biti porast zahvatanja u budžet i vraćanje na afere sa liferacijama koje nisu potresale samo Kraljevinu Jugoslaviju. /6/

Sada je članom 7 ZidZIKS u članu 86 Zakona dodat stav 3 koji naglašava da je „U okviru izvršenja programa postupanja, osuđeni obavezan da izvršava radne zadatke i obaveze“. Tek sada je nastala zbrka. O kojim radnim zadacima i obavezama je reč? Ako su u pitanju one koje se odnose na održavanje higijene odn. druge tekuće poslove u zavodu, one su već (u trajanju od najviše dva sata dnevno) predviđene u članu 91 stav 3 Zakona. Ostaju nedoumice, kao i dilema zašto nije prihvaćen predlog da se svi radno sposobni osuđenici obavežu da svojim radnim angažovanjem pokriju deo troškova izdržavanja kazne. To bi, čini se, bilo čistije i racionalnije rešenje.

### *Posebna prava osuđenog*

U članu 115 koji se odnosi na ono što Zakon pogrešno naziva „posebnim pravima osuđenog“ (umesto „pogodnosti“) /v. Ignjatović, 2010a:141/ uneta je novina kojom je otvorena mogućnost da se protiv odluke upravnika zavoda o oduzimanju „posebnih prava“ može izjaviti žalba direktoru Uprave u roku od tri dana od dana prijema odluke. Kao i u drugim sličnim u Zakonu navedenim slučajevima, žalba ne odlaže izvršenje odluke.

### *Premeštaj osuđenog*

Do novog ZidZIKS, direktor Uprave je na molbu osuđenog ili na predlog upravnika zavoda mogao (kada za to postoje opravdani razlozi) premestiti lice koje izdržava kaznu zatvora iz jednog zavoda u drugi. Prema novom rešenju iz stava 1. člana 116 Zakona, osuđeno lice nema pravo da se sa ovakvim predlogom obraća direktoru Uprave. Pravo da inicira takvu odluku direktora sada ima samo upravnik zavoda.

Novina je i u preciziranju ranije dosta neodređene kategorije „opravdani razlozi“ u kojima je moguće da do premeštaja dođe. Kao takvi navedeni su samo „sprovođenja programa postupanja i zbog održavanja reda i bezbednosti u zavodu“.

Odredbe o premeštaju osuđenog lica od strane direktora Uprave po službenoj dužnosti (a iz razloga bezbednosti) i o pravu osuđenog na žalbu ministru pravde protiv odluke direktora Uprave o premeštanju ostale su nepromenjene.



Kao posledica ukidanja mogućnosti da se osuđeni molbom za premeštaj obrati direktoru Uprave, brisan je u članu 117 stav 2 koji je onemogućavao to lice na održavanju kazne zatvora da novu molbu iste sadržine preda u roku od šest meseci od dana donošenja odluke po ranijoj molbi.

### *Usamljenje*

Kod ove posebne mere za održavanje reda i bezbednosti u zavodu, u članu 140 stav 7 precizirano je da osuđeni kome je izrečena ova mera ima pravo žalbe direktoru Uprave.

### *Teži disciplinski prestupi*

U članu 145 uz nabrojanih 21 dodaju se još dva teža disciplinska prestupa: a) nedolično, nasilničko ili uvredljivo ponašanje prema zaposlenom (tačka 20a); i b) protivpravno prisvajanje tuđih pokretnih stvari (tačka 20b).

Kada se radi o novonavedenom težem disciplinskom prestupu iz tačke 20a trebalo bi ukazati na dve stvari:

- pre svega, nije jasno šta se podrazumeva pod „nasilničkom ponašanjem prema zaposlenom“? Očigledno, nije reč o primeni sile jer je ona obuhvaćena tačkom 5. („nasilje prema drugom licu“). A ako se misli na radnje slične onima koje su sadržane u biću krivičnog dela Nasilničko ponašanje iz člana 344. KZ Republike Srbije („grubo vređanje ili zlostavljanje drugog, vršenje nasilja prema drugom, izazivanje tuče ili drsko i bezobzirno ponašanje“) /Stojanović, 2007:729/ čini se da je većina ovih dela već obuhvaćena radnjama predviđenim u deliktima svrstanim u ostale teže disciplinske prestupe;
- drugo, kada se radi o „uvredljivom ponašanju prema zaposlenom“ biće interesantno kako će se već više puta najavljena dekriminalizacija krivičnih dela uvrede (i klevete) odraziti na ovu odredbu. Jer, većina ponašanja predviđenih kao teži disciplinski prestupi su i inače inkriminisana kao krivična dela u našem pravu (bekstvo lica lišenih slobode, učestvovanje u grupi koja izvrši krivično delo, ilegalno kockanje, posedovanje narkotika i posredovanje u njihovom nabavljanju, nevršenje radne obaveze, krađa...). Zbog toga, ostaje nam da vidimo da li će posle (očekivane) dekriminalizacije krivičnog dela uvrede doći do izmena u ovoj odredbi najnovije Novele ZIKS. /8/

### *Disciplinski postupak*

U članu 156 kojim se reguliše nadležnost i pokretanje disciplinskog postupka, u stavu 3 produženo je vreme u kome se podnosi predlog za pokretanje postupka. Do ove Novele ZIKS to je bilo 24 sata od saznanja za učinjeni prestup. Sada to vreme iznosi 48 sati.

Takođe, dodat je novi stav 4. koji se odnosi na situaciju u kojoj je disciplinski prestup izvršen u nedelju ili u dane državnih praznika. U takvom slučaju, predlog za pokretanje disciplinskog postupka podnosi se prvog narednog radnog dana. /8/

### *Zastarevanje disciplinskih prestupa*

Odredba po kojoj se disciplinska mera ne može izreći, niti se izrečena mera ne može izvršiti (član 160 ZIKS) ukoliko je od učinjenog disciplinskog prestupa proteklo više od šest meseci, sada je izmenjena tako da je rok posle koga nastupa zastarelost udvostručen (12 meseci).

Teško je naći racionalno objašnjenje ovakvog rešenja. Pre svega, ukoliko se učinilac disciplinskog delikta nalazi na izdržavanju kazne, nema nikakve potrebe za ovim produženjem roka. Ovde se osnovano možemo zapitati kako je moguće da zavodska administracija za pola godine nije uspeła da otkrije dela predviđena kao disciplinski prestupi. Još manje ovo rešenje ima logike ukoliko je učinilac u međuvremenu izdržao kaznu, a postupak za disciplinski delikt nije pokrenut. Postavlja se pitanje ko će posle skoro godinu dana sankcionisati njegovo delo i kojom merom (ukor, ograničenja „posebnih prava“ ili upućivanje u samicu –!?). Jedina situacija u kojoj bi produženje roka imalo smisla može biti ona u kojoj je osuđeni otpušten sa izdržavanja kazne zatvora na osnovu datog uslovnog otpusta. Ali i u tom slučaju, rok za zastarelost ne bi mogao biti duži od vremena kušnje u kome se ovakva odluka može opozvati.

### *Materijalna odgovornost osuđenog*

U članu 164 u kome se reguliše ovaj oblik odgovornosti u stavu 2. navedeno je da u slučajevima do 15.000 dinara (do sada 10.000) o naknadi štete odlučuje prvo-stepeni disciplinski organ, a preko te sume zavod u parničnom postupku ostvaruje svoje pravo da naknadi štetu od osuđenika – štetnika.

### *Otpuštanje osuđenog*

U novom članu 272a navodi se da je zavod dužan da otpusti osuđenog najkasnije dvadeset četiri sata od prijema pravnosnažne odluke o uslovnom otpustu.

U slučaju da je sud u gore navedenoj odluci uslovno otpuštenog obavezao da ispunji obaveze predviđene krivičnopravnim odredbama uz elektronski nadzor, u novom članu se naglašava ko je („organizaciona jedinica u sastavu Uprave koja je nadležna za tretman i alternativne sankcije“, i to preko poverenika) zadužen da utvrđuje i prati program izvršenja uslovnog otpusta. /9/

Najzad, u stavu 3 novog člana navedeno je da bliži propis o izvršenju obaveza osuđenog predviđenih krivičnopravnim odredbama uz primenu elektronskog nadzora donosi ministar pravde.

### *Izvršenje kazne kućnog zatvaranja*

U ZIKS je Novelom iz 2011. posle Glave III (Izvršenje kazne zatvora) uneta nova Glava IIIa koja nosi naziv „**Izvršenje kazne zatvora bez napuštanja prostorija u kojima osuđeni stanuje**“. /10/ U daljem tekstu ćemo radi jednostavnosti izražavanja za lice kome se kazna zatvora izvršava u prostorijama u kojima stanuje koristiti izraz „lice osuđeno na kućno zatvaranje“.

### *a. Nadležnost*

Pre svega, u članu 174a sada je predviđeno da u slučajevima kada sud donese odluku kojom se određuje da se kazna zatvora izvršava bez napuštanja prostorije u kojoj osuđeni stanuje, odluka o tome dostavlja se organizacionoj jedinici Uprave nadležnoj za tretman i alternativne sankcije (OJUNTAS), koja, preko svog poverenika, utvrđuje i prati program izvršenja kazne zatvora. Poverenika rešenjem određuje direktor Uprave u roku od osam dana od dana prijema presude.

### *b. Napuštanje prostorije po molbi*

Osuđeni na kućno zatvaranje ne sme napuštati prostorije u kojima stanuje. Samo izuzetno, na molbu osuđenog, odluku o dozvoljavanju takvog napuštanja donosi direktor Uprave i to u slučajevima koji su predviđeni u članu 174b stav 2:

1. zbog pružanja osuđenom ili članu njegovog porodičnog domaćinstva nužne medicinske pomoći (ako je za takav zahvat neophodno napuštanje prostorija);
2. radi redovnog odlaska na posao (ukoliko krivično delo nije u vezi sa radom);
3. radi pohađanja nastave tokom redovnog školovanja;
4. zbog polaganja ispita;
5. zbog teške, akutne ili hronične bolesti; radi odlaska na redovne zdravstvene preglede;
6. zbog svog venčanja ili smrti bliskog lica; /11/
7. zbog obaveze staranja prema članovima uže porodice predviđene zakonom, u slučaju da tu obavezu ne može da obavlja drugo lice;
8. zbog sezonskih poljoprivrednih radova, ukoliko se osuđeni bavi poljoprivredom kao stalnom delatnošću;
9. zbog boravka van prostorije u kojoj stanuje u trajanju do četiri sata dnevno, u skladu sa programom izvršenja kazne.

Molbu osuđeni podnosi preko rukovodioca OJUNTAS, koji uz molbu, dostavlja direktoru Uprave i mišljenje o njenoj osnovanosti.

### *c. Napuštanje prostorije u izuzetnim situacijama*

Osuđeni može prostorije u kojima stanuje napustiti i bez podnošenja molbe, ukoliko nije u mogućnosti da je podnese zbog potrebe pružanja hitne medicinske pomoći njemu ili članu porodičnog domaćinstva kome pripada.

U takvoj situaciji, osuđeni ili član njegovog porodičnog domaćinstva dužni su da u najkraćem roku obaveste poverenika i dostave mu izveštaj zdravstvene ustanove o stanju zdravlja lica kome je hitna medicinska pomoć ukazana. Poverenik o tome odmah obaveštava rukovodioca OJUNTAS.

Ako je osuđeni zadržan na daljem lečenju, po pribavljenom izveštaju zdravstvene ustanove, a na predlog rukovodioca OJUNTAS, direktor Uprave u najkraćem roku donosi odluku o dozvoljavanju napuštanja prostorija u kojima osuđeni stanuje (član 174v ZIKS).

#### *d. Opozivanje odluke o dozvoljavanju napuštanja prostorija*

U članu 174g navedeno je da direktor Uprave za izvršenje krivičnih sankcija opoziva odluku kojom je dozvolio osuđenom da napusti prostorije u kojima stanuje iz sledećih razloga:

- i) ako više ne postoje razlozi iz člana 174b ZIKS;
- ii) ako se naknadno utvrdi da su netačni podaci navedeni u molbi osuđenog koji su poslužili kao osnov za donošenje ranije odluke;
- iii) ako osuđeni zloupotrebi dodeljenu dozvolu napuštanja prostorije.

Protiv ovakve odluke, osuđeni može izjaviti žalbu ministru pravde u roku od tri dana od dana prijema odluke. Žalba ne odlaže izvršenje odluke.

#### *e. Samovoljno napuštanje prostorija*

Ukoliko osuđeni samovoljno napusti prostorije u kojima stanuje u trajanju od 12 časova ili dva puta u trajanju do šest časova, OJUNTAS o tome – bez odlaganja – obaveštava sud i policiju.

Isti postupak predviđen je i u drugim slučajevima obaveza osuđenog odnosno o okolnostima koje onemogućavaju izvršenje kazne (član 174d).

#### *f. Elektronski nadzor*

Kada sud uz meru iz 174a odredi prema osuđenom i primenu mere elektronskog nadzora, taj nadzor sprovodi OJUNTAS u saradnji sa policijom. U članu 174đ navodi se da uređaj za lociranje osuđenog (odašiljač sa pratećom opremom) /12/ instalira stručno lice, koje pri tome daje osuđenom detaljna uputstva o načinu rada uređaja. /13/ OJUNTAS rukuje i uređajem kojim se daljinski prati kretanje osuđenog i njegova lokacija u prostoru.

U stavu 3. u članu 174đ (kojim se reguliše elektronski nadzor nad osuđenim koji se nalazi u režimu kućnog zatvaranja) nalazi se potpuno nerazumljiva odredba po kojoj „način izvršenja kazne zatvora bez napuštanja prostorija u kojima osuđeni stanuje bliže se uređuje aktom koji donosi ministar nadležan za pravosuđe“. Otkuda ova konstatacija baš ovde, to nije moguće utvrditi. Pre svega, pošto je cela Glava IIIa posvećena izvršenju ovakvih kazni zatvora, ona je trebalo da se nađe na njenom kraju. Da je ovo poslednji član u njoj, moglo bi se prihvatiti objašnjenje da se radi o omašci i da je to trebalo da bude poslednji član u Glavi IIIa. Ali, kako će se videti, ovom članu sledi još jedan, tako da je na ovaj način tek stvorena konfuzija: na izvršenje kazne iz tog (drugog) člana kao da se ne primenjuju pravila akta koji donosi ministar pravde. Ostaje da se zapitamo: a koja se onda primenjuju?

#### *g. Promena modaliteta izvršenja kazne zatvora*

Najavljeni član ZIKS je 174e u kome je propisano da osuđeni, javni tužilac i direktor Uprave mogu i posle pravnosnažnosti presude, kao i u toku izdržavanja kazne, podneti predlog da se osuđenom kome je izrečena kazna zatvora do jedne godine kazna izvrši bez napuštanja prostorija u kojima stanuje. /14/ O tom predlogu odlučuje predsednik suda koji je doneo prvostepenu presudu.

Dalje postupanje po predlogu, zavisi od toga ko ga je podneo: ukoliko je to učinio osuđeni ili direktor Uprave, pre donošenja odluke sud će pribaviti mišljenje javnog tužioca, a ako je predlog podneo javni tužilac, sud će obezbediti saglasnost osuđenog. Protiv odluke o navedenom predlogu osuđeni i javni tužilac mogu izjaviti žalbu u roku od tri dana od dana dostavljanja odluke. O žalbi na odluku predsednika prvostepenog suda odlučuje predsednik apelacionog suda.

U odluci kojom se usvaja predlog iz stava 1 ovog člana, sud će odrediti da li će se uz kućno zatvaranje primeniti i elektronski nadzor. Pre donošenja te odluke sud će voditi računa o tehničkim mogućnostima izvršenja kazne, kao i o drugim okolnostima od značaja za njeno izvršenje.

### *Izbor poverenika*

U Glavu VII (Izvršenje uslovne osude sa zaštitnim nadzorom) unet je nov član 191a kojim je predviđeno da „bliži propis o izboru i načinu rada poverenika nadležnih za izvršenje kazne rada u javnom interesu, uslovnu osudu sa zaštitnim nadzorom, izvršenje kazne zatvora bez napuštanja prostorija u kojima osuđeni stanuje, uslovni otpust uz ispunjenje obaveza predviđenih krivičnopravnim odredbama sa elektronskim nadzorom i kontrolu primene elektronskog nadzora prema okrivljenom donosi ministar nadležan za pravosuđe“.

I ovde su predlagači zakona imali problema sa sistematizacijom zbog čega se opravdano postavlja pitanje: ako se poverenik nadležan za izvršenje više krivičnih sankcija i mera predviđenih u ZIKS pominje u više glava tog Zakona pre (Glava V, VII) i posle (Glava XIIa), zašto se odredba o tome kojim propisom se bliže uređuje njihov rad nalazi baš ovde? /15/

### *Postupak odlaganja izvršenja kazne*

U članu 224 (koji reguliše postupak odlaganja izvršenja kazne), unet je novi stav 2 u kome se konstatuje da predsednik prvostepenog suda kome je dostavljena molba za odlaganje, kada uz nju nisu priloženi dokazi, nalaže osuđenom (Novela upotrebljava izraz „kažnjenom“) licu da ih dostavi u roku od osam dana i upozorava ga da će u suprotnom molbu odbaciti.

### *Elektronsko nadziranje okrivljenih*

Novelom je u ZIKS, posle Glave XII (Primena mere pritvora) uneta nova Glava XIIa koja nosi naziv **Primena elektronskog nadzora prema okrivljenom**. U članovima 250a i 250b regulisana je nadležnost i postupak vršenja ovakvog nadziranja.

Kada sud odredi da primenu elektronskog nadzora prema okrivljenom obavlja Uprava za izvršenje krivičnih sankcija, njena OJUNTAS (preko poverenika) kontroliše poštovanje ograničenja koje je odredio sud svojom odlukom. OJUNTAS u tome saraduje sa policijom, Bezbednosno-informativnom agencijom i drugim državnim organima.

Oprema za elektronski nadzor aktivira se odmah posle dostavljanja odluke suda kojom se ova mera uvodi prema okrivljenom.

Član 250b predviđa da će OJUNTAS o kršenju ograničenja koja je sud odredio okrivljenom bez odlaganja izvestiti sud i policiju, a sud će obavestiti i o drugim okolnostima značajnim za primenu elektronskog nadzora.

Najzad, naglašava se i da „bliži propis o primeni elektronskog nadzora prema okrivljenom donosi ministar nadležan za pravosuđe“. Ova odredba člana 250b stav 3 trebala bi ubuduće da na pravnim fakultetima posluži kao primer kako ne treba pisati pravne norme. U samo jednoj rečenici napravljene su čak tri greške. Pored one, već pomenute, koja je ostala iz vremena samoupravnog socijalizma /16/ po kojoj se ministar pravde naziva „ministar nadležan za pravosuđe“, postoje još dve krupne greške:

- do Novele ZIKS iz 2011. nismo znali da propisi mogu biti „bliži“ i „dalji“ (od čega?). U više članova ZidZIKS (v. čl. 16 i čl. 18) upotrebljava se ovaj izraz, što jasno govori da oni koji su formulisali ovaj član iz nekog razloga izbegavaju da jasno saopšte kako se radi o propisima kojima se detaljnije ili potpunije uređuju neka pitanja ili postupci.
- najzad, korišćenje singulara („okrivljenom“) može navesti na zaključak da nadležni ministar donosi pravila o primeni elektronskog nadzora prema svakom okrivljenom ponaosob. Bilo je mnogo jednostavnije upotrebiti izraz „okrivljenih“ ili „okrivljenih lica“ nego objašnjavati da individualizacija u izvršenju krivičnih sankcija nije u Srbiji otišla dotle da se pravila o sprovođenju ovakve mere donose za svakog okrivljenog prema kome se mera sprovodi.

### *Radni odnosi*

Budući da smo u ranijim tekstovima ukazivali na izlišnost unošenja odredaba o radnim odnosima zaposlenih u Upravi u ZIKS, ovde ćemo dati samo nekoliko napomena:

- od ukupno 29 članova kojima se menjaju odredbe ZIKS (dva člana ZidZIKS sadrže prelazne i završne odredbe), čak osam je posvećeno regulisanju ove materije. Glava XIV sa 19 članova u kojima se regulišu uslovi i način zasnivanja radnog odnosa, pripravnički staž, zvanja i stručno usavršavanje i nagrađivanje zaposlenih može kod čitaoca stvoriti utisak da je ZIKS donet radi regulisanja statusa zaposlenih u Upravi, a ne radi uređenja materije izvršenja krivičnih sankcija;
- budući da je ZIKS propis čiji tekst mora biti dostupan svim osuđenim licima, ponovo se treba zapitati od kakvog su značaja za njih i ostale građane odredbe iz Glave XIV kojima se na primer reguliše da članovima komisije za stručni ispit pripada naknada (čl. 259 ZIKS); da se direktoru Uprave i zaposlenima radni staž može računati u uvećanom trajanju (čl. 263); kolika je otpremnina kod odlaska zaposlenih u penziju; da zaposleni za izuzetno zalaganje na radu mogu dobiti do 30% od osnovne plate primljene za mesec pre nagrađivanja (čl. 268); /17/

- navedeno nikako ne znači da materija koja je pod pritiskom zaposlenih u Upravi nepotrebno uneta u ZIKS ne treba da bude deo drugih zakona kojima se regulišu radni odnosi zaposlenih u državnim organima, na koju inače upućuje član 252 ZIKS;
- za kraj, još jedna konstatacija: budući da je (kako ćemo u nastavku rada videti) Srbija potvrdila Sporazum sa Međunarodnim krivičnim sudom o izvršenju kazni, to će značiti da će naš ZIKS i u tom pogledu biti podvrgnut razmatranju pravnikar iz zemalja koje u svojim zakonima iz ove oblasti nemaju ovakve odredbe. Njima će trebati dodatno objašnjavati otkuda one u Zakonu. /18/

### *Komisija za kontrolu izvršenja krivičnih sankcija*

ZIKS je u Delu šestom (Prava na osnovu rada i nadzor nad radom zavoda) i pre Novele iz 2011. u Glavi XV predvideo dva oblika nadzora: interni koji vrši Uprava i eksterni. U članu 278 (Skupštinska kontrola) bilo je predviđeno da će Narodna skupština Republike Srbije u cilju kontrole izvršenja krivičnih sankcija formirati, na predlog odbora za pravosuđe i upravu, petočlanu komisiju sastavljenu od lica koja poznaju probleme izvršenja krivičnih sankcija, a nisu zaposlena u Upravi.

Komisija je nezavisna u radu i Uprava je dužna da joj obezbedi sve podatke od značaja za njen rad. Ona ima sva ovlašćenja koja imaju ovlašćena lica iz članova 270 i 271 ZIKS (da nadziru primenu propisa i stručni rad u izvršenju krivičnih sankcija; da angažuju u tu svrhu naučne i stručne ustanove i pojedince; da sa osuđenim razgovaraju bez prisustva zaposlenih u zavodu; da od upravnika zavoda traže – i on je dužan – da im omogući nesmetan rad i stavi na raspolaganje sve potrebne podatke).

Komisija podnosi izveštaj o stanju izvršenja krivičnih sankcija predviđenih u ZIKS najmanje jednom godišnje i dostavlja ga Narodnoj skupštini i ministru pravde.

Uvođenje skupštinske komisije za kontrolu izvršenja krivičnih sankcija bilo je u ZIKS novo rešenje koje je nudilo dobar mehanizam za sprečavanje nezakonitog i nestručnog postupanja prema osuđenima. Zamišljena kao telo od Skupštine izabranih eksperata, ona je trebalo da doprinese da se ova po ljudska prava osetljiva materija podvrgne nadzoru nepristrasnih pojedinaca.

I onda se dogodilo nešto što najbolje pokazuje koliko je državi zaista stalo da se materija izvršenja krivičnih sankcija podvrgne stvarnoj kontroli. Više od pola decenije (podsetimo se, ZIKS je donet 2005, a stupio je na snagu 01. januara 2006. godine) skupštinska komisija predviđena u članu 278 ZIKS uopšte nije formirana /19/ da bi u Noveli iz 2011. (sa obrazloženjem da u prethodnom periodu nisu postojali uslovi za njeno formiranje) odjednom ponovo bila regulisana ova materija tako što se Komisija od ekspertskog tela pretvara u političko. Naime, sada se, njeni članovi biraju iz reda narodnih poslanika (izostavljen je i raniji zahtev da članovi „poznaju probleme izvršenja krivičnih sankcija“). Tako je eksterni nadzor i kontrola rada prebačena na teren političkog nadmetanja i odnosa moći u Skupštini. /20/



U tu svrhu je uneta i nova odredba u stavu 7 po kojoj „Uprava podnosi Komisiji izveštaj o radu i stanju u oblasti izvršenja krivičnih sankcija kad to Komisija traži, a najmanje jednom godišnje“. Uprava će, dakle, podnositi telu sastavljenom od laika svoj izveštaj /21/ koji će onda biti predmet političkog nadmudrivanja – ko je za, a ko protiv „našeg papira“. Jer, kakav to izveštaj (predviđen i dalje u stavu 8) Komisija može podneti Narodnoj skupštini ako je sastavljena od poslanika koji ne moraju poznavati materiju izvršenja.

Da zaključimo: Novelom ZIKS iz 2011. vrlo vešto je ukinuta ranijim (nikada primenjenim) odredbama istog člana Zakona na normativnom planu predviđena eksterna kontrola Uprave za izvršenje krivičnih sankcija. Materija izvršenja ostala je tako prepuštena samovrednovanju, sa svim posledicama koje iz toga mogu proizaći. A one su najvidljivije kroz stanje u našim kaznenim ustanovama o kome podaci samo povremeno (na primer u izveštajima Zaštitnika prava građana) /22/ izađu u javnost.

## 2. Novine u Zakonu o izvršenju kazne zatvora za dela organizovanog kriminaliteta

S obzirom kakav je zahvat u sistem izvršenja krivičnih sankcija izvršen Zakonom o izvršenju kazne zatvora za krivična dela organizovanog kriminaliteta (ZIKZOK) i na suštinske primedbe koje su na neka konceptualna pitanja i konkretna rešenja u tom Zakonu primenjena, moglo se očekivati da će, kada se već posle nekoliko meseci pristupilo njegovom noveliranju, bar neka od tih pitanja biti preispitana.

To se, međutim, nije dogodilo. Najveće dostignuće izmena su odredbe o tome kako se zaposleni u Upravi mogu uz njihovu saglasnost ili bez nje uputiti na rad u Posebno odeljenje (član 2 ZidZIKZOK), kako se evidentiraju, ko ih prikuplja i kome se (Agenciji za borbu protiv korupcije) dostavljaju podaci o imovnom stanju zaposlenih i bezbednosne provere tih lica.

Da ne bismo ponavljali argumentaciju protiv unošenja ovakvih odredaba o Zakon koji reguliše izvršenje kazne zatvora za najteža krivična dela, teško je oteti se utisku da je ova izmena primer kako se stvara utisak zakonodavne aktivnosti koja to u stvari nije. /23/ Osim ako se dokaže da je „radikalna izmena“ ovog Zakona odredba člana 5 ZidZIKZOK po kojoj „o sprovođenju osuđenog Posebno odeljenje obaveštava direktora Uprave, policiju, Bezbednosno-informativnu agenciju u javnog tužioca“.

## 3. Zakon o potvrđivanju sporazuma Republike Srbije (RS) i Međunarodnog krivičnog suda (MKS) o izvršenju kazni

Predmet sporazuma su pitanja koja se odnose na ili nastaju iz izvršenja kazni koje je izrekao Sud, a sprovode se u zavodima za izvršenje krivičnih sankcija Srbije. Za probleme kojima se bavi ovaj tekst od najvećeg značaja su sledeće odredbe Sporazuma:

- zatvorska kazna izrečena od MKS obavezujuća je za Srbiju, koja nema nikakvo pravo da je preinačuje (član 4 stav 1 Sporazuma);
- nadzor nad izvršenjem zatvorskih sankcija ima Predsedništvo Suda (član 5);
- uslovi izdržavanja kazne biće uređeni u skladu sa propisima Srbije i biće u skladu sa široko prihvaćenim standardima međunarodnih sporazuma koji se odnose na postupanje sa zatvorenima. Ni u čemu ti uslovi ne smeju biti bolji ili gori od onih koji se primenjuju /24/ prema osuđenima za slična dela u Srbiji;
- Srbija je u obavezi da obavesti Predsedništvo Suda o svim okolnostima, uključujući primenu bilo kog od uslova koji su dogovoreni u trenutku kada je izrazila spremnost da se uvrsti u krug država koje primaju osuđena lica, ako takve izmene utiču na uslove u kojima se kazna zatvora izdržava i na njeno trajanje. Predsedništvo suda će najmanje 45 dana ranije biti obavешteno o bilo kojoj takvoj izmeni koja je izvesna ili predvidiva. Tokom tog perioda, Srbija ne sme preduzimati bilo kakve mere koje bi ugrozile njene obaveze. Ako se Predsedništvo ne složi sa tim okolnostima, obavestiće Srbiju o tome i prebaciti osuđenog u drugu državu.

Biće interesantno kako će se ove odredbe odraziti na praksu beskrajnog menjanja propisa krivičnog izvršnog prava čiji smo svedoci poslednjih godina. Da li će, posle dolaska prvog osuđenog kome je kaznu zatvora izrekao MKS doći do „zakonodavne stabilizacije“ u ovoj oblasti ili će se ovi propisi i dalje menjati skoro svake godine, ostaje da se vidi.

## ZAKLJUČAK

Promene izvršene novijim propisima iz materije izvršnog krivičnog prava, mogu se – kao i one pre njih okarakterisati sa nekoliko konstatacija. Pre svega, jasno je da u ovoj oblasti nema koncepcije koja bi trebalo da bude zasnovana na opštem pogledu na materiju izvršenja i njeno mesto u krivičnoj oblasti. Delom, ovakva situacija se može pravdati i odsustvom opšte vizije krivičnopravne reakcije u našim uslovima. Jer, neke od (takođe brojnih) izmena u oblasti materijalnog i krivičnog procesnog prava izvršenih poslednjih godina traže i odgovarajuća rešenja u oblasti izvršenja krivičnih sankcija.

Drugo, znatan deo izvršenih izmena u skladu je sa opšteizraženim talasom zaoštavanja kaznene reakcije koja kao orijentacija dominira u glavama onih koji utiču na noveliranje kaznenog zakonodavstva. Opšti trend jačanja represije koji je u našoj sredini politički probitačan („narod“ voli da čuje parole tipa „sa kriminalom ćemo se obračunati po svaku cenu“, „objavili smo rat kriminalcima“ ili „odgovor države će biti jeziv“ i slične iz arsenala onoga što se u nauci naziva „kazneni populizam“) pokazuje da, kao i obično, oni koji donose odluke u sferi kaznene politike boluju od dve uobičajene bolesti. Pored u kriminologiji već dobro poznate i u ranijim radovima ovog autora pominjane „shizofrenije zločina“ (koja se najjednostavnije svodi na dvoiličan odnos – kada se radi o drugima, na zločine

odgovoriti po principu „uzvratiti što jače“, a kada mi – ili „naši“ odn. „mangupi u sopstvenim redovima“ – kršimo norme krivičnog prava, onda se radi o „nesrećnom sticaju okolnosti“, „nestašnim mladim ljudima“, „sitnim incidentima kojima nepotrebno daje publicitet“) /25/, ovde se ispoljava i nešto što bi se moglo nazvati „*normativna arogancija*“. Radi se o pojavi da se aktuelni vlastodršci u većini država zanose iluzijom kako krivične norme koje često zaoštravaju preko svake mere nikada neće primeniti na njih. /26/ Ova logika pokazala se pogrešnom ne samo u toku istorije, nego i u najnovijim događajima u kojima su mnogi od onih koji su pretendovali da vladaju doživotno osetili svu brutalnost normi na čije su donošenje lično uticali.

Treće, u ovoj oblasti se sistematski izbegava eksterna kontrola rada organa zaduženih za izvršenje krivičnih sankcija. Najnovijim rešenjem je (inače ni pet godina od donošenja Zakona o izvršenju krivičnih sankcija nije formirana) parlamentarna komisija sastavljena od eksperata, zamenjena komisijom poslanika koji uopšte ne moraju imati bilo kakva znanja iz ove oblasti.

Četvrto, izmene u našem krivičnom izvršnom pravu dobrim delom se odnose na odredbe kojima inače i nije mesto u propisima ovog tipa. Ako se nastavi započeti trend, jednog dana Zakon o izvršenju krivičnih sankcija pretvoriće se u „Zakon o položaju i pravima lica angažovanih u izvršenju krivičnih sankcija“ u kome će u nekoliko sporednih odredaba biti regulisana sama materija izvršenja. Tada će valjda biti jasno da je „vrag odneo šalu“. /27/

Peto, pravnotehnički nivo propisa iz oblasti izvršnog krivičnog prava je nedopustivo nizak, što je pokazano i na primeru najnovijih izmena koje su komentarisane u ovom tekstu. Ovakve stvari koje bi se mogle razumeti kod naroda koji su tek stvorili državu, ali ne i u zemlji koja je još pre veka i po imala svoj Kaznitelni zakonik /v. Vuković, 2010:286/

Na kraju, ostaje nada da će doći vreme kada će oni koji u ovoj oblasti odlučuju shvatiti da krivično izvršno pravo nije polje na kome se neiskusni i neobučeni uče pisanju zakona, u kojoj se može eksperimentisati i voditi logikom „nije važno šta u zakonu piše, mi ćemo i dalje po starom“. Naš penitencijani sistem je u pravom smislu te reči „bure baruta“ koje može u svakom trenutku eksplodirati. Pretrpane ustanove u kojima često nema elementarnih uslova za život kompromitujuća su slika za koju nisu odgovorni oni koji rade u kaznenim ustanovama. Oni ne snose krivicu što je društvu nametnuta politika zatvaranja kao osnovnog odgovora na kriminalitet. Kazna lišenja slobode u Srbiji nije krajnje sredstvo (*ultima ratio*), nego pravilo. Zbog toga je stopa osuđenih lica u Republici za nekoliko godina utrostručena. Javno se hvalimo da gradimo nove kaznionice iako će svi koji se bave kriminološkim naukama posvedočiti da većina onih koji se u njima nalaze i nisu „pravi pacijenti“ ovakvih ustanova. /28/ Ovakvo stanje imaćemo sve dok trenutno dominantnu ideju „prepunjavanja kaznionica“ ne zamenimo idejom njihovog pražnjenja. /29/ A to će se dogoditi kada sadašnju retoriku „rata protiv kriminala“ zameni promišljena i racionalna politika njegove kontrole.

## NAPOMENE

- 1/ Možda su pisci izmena i dopuna ZIKS podrazumevali da i za ovakva odeljenja važi „pojašnjenje“ dato za „zatvorene ustanove sa posebnim obezbeđenjem“ iz čl. 16 ZIKS – „U zavodima zatvorenog tipa sa posebnim obezbeđenjem postoje posebne prepreke za sprečavanje bekstva i posebna pažnja se posvećuje postupanju sa osuđenima“ (podvlačenje – Đ. I.). Pored nepotrebnog ponavljanja iste reči (3 puta) u jednoj rečenici, ova odredba može da posluži kao primer kako se u i pravnom propisu o nečemu može govoriti a da se ništa ne kaže /v. Ignjatović, 2010a:128/.
- 2/ Treba li podsećati da podaci o budžetskim izdacima za pravosuđe u svim državama govore da su po sredstvima koji se za njih izdvajaju, kaznene ustanove na drugom mestu (odmah posle policije). A radi se o ogromnim sredstvima koje društvo mora da izdvaja kako bi zaštitilo građane od zločina. Ovo je i razlog zašto Davies, Croall i Tyrer /2010:27/ tvrde da je od devedesetih godina XX veka ključno pitanje koje britansku vladu zanima na planu kontrole kriminaliteta odnos cena – efektivnost.
- 3/ Njegove odredbe pomalo podsećaju na uputstva koja proizvođači u nekim zemljama stavljaju na svoje proizvode u nameri da otklone svaku odgovornost od neuobičajenih postupaka kupaca sa stvarima – npr. upozorenje da se televizori ne izlažu hemijskom čišćenju i pranju u veš mašinama (!?!), da materija kojom su punjene preparirane životinje nije za jelo (!?) i slična. U našem slučaju, opravdano je zapitati se zar je licima koja su inače obučena za primenu i čuvanje vatrenog oružja u obavljanju svakodnevnih radnih zadataka potrebno u ZIKS docirati kako da se prema tim sredstvima odnose izvan ustanove? Bilo je mnogo elegantnije u odredbama o disciplinskoj odgovornosti zaposlenih navesti nenamensko korišćenje i nebrizljiv odnos prema za korišćenje van zavoda poverenom vatrenom oružju kao disciplinske prekršaje.
- 4/ Zadržana je rogovatna jezička konstrukcija „ministra nadležnog za pravosuđe“ na čiju nepodobnost smo već ukazivali. Jedino opravdanje ovakve terminologije može biti da će u budućoj preraspodeli nadležnosti u Vladi Srbije resor pravosuđa („pravde“) možda preći u nadležnost nekog drugog ministra (policije, privrede ili kakvog trećeg).
- 5/ ZIKS iz 2005. u članu 86. stav 1. (kao i ZIKS iz 1997 u čl. 76.) sadržao je odredbu po kojoj radno sposoban osuđenik ima pravo i obavezu da radi.
- 6/ Ovo drugo se, bar do sada nije dogodilo (ili još nije otkriveno), a što se prvog problema tiče, evo zgodne teme za istraživače iz ove oblasti koji imaju i određena znanja iz ekonomije. Imaće uskoro priliku da provere hipotezu da li su, zahvaljujući navedenom zakonskom rešenju, troškovi za izvršenje krivičnih sankcija porasli.
- 7/ Već duže vremena „strani eksperti“ u državama stvorenim na tlu bivše SFRJ vrše pritisak na krivične zakonodavce da dekriminalizuju krivična dela uvrede i klevete. Interesantno je da tako nešto ne pomišljaju da predlože u svojim državama. Što je još intrigantnije, zemlje koje se smatraju najuticajnijim u oblasti krivičnog prava i ne razmatraju mogućnost da preduzmu ovakav korak. Kao da čekaju šta će se dogoditi posle eksperimenta koji se sugeriše drugima. U takvoj situaciji, a naročito u državama u kojima su mediji u rukama stranaca, može se ubrzo dogoditi da sredstva masovne komunikacije blate svakoga ko ne odgovara njihovim vlasnicima, utičući na neprihvatljiv način na javni život u tim sredinama.
- 8/ Čini se da je uneti stav 4. suvišan jer opšti pravni princip koji se tiče rokova glasi da se oni, ukoliko padaju u neradne dane računaju prvog narednog radnog dana. Pravni sistem treba posmatrati kao celinu, pa je nepotrebno u svakom zakonu ponavljati opšta pravila koja važe za sve grane prava.
- 9/ Kao što će se u daljem tekstu videti, ovo preciziranje je sasvim suvišno jer je u novoj Glavi III već navedeno ko je nadležan za izvršenje mere elektronskog nadzora. Zato je bilo dovoljno samo navesti u kom je članu određena nadležnost za sprovođenje ove mere. Ovakav propust ukazuje na mogućnost da su pojedine delove noveliranog teksta ZIKS radile različite komisije (!?!), ili da predlagači još nisu ovladali ni najjednostavnijom tehnikom pisanja pravnih akata.
- 10/ Normama sadržanim u novoj Glavi IIIa zamenjuju se i preciziraju odredbe koje su do sada bile sadržane u članu 37 ZIKS. Pisci Novele su u tom pogledu očigledno imali u vidu preporuku datu u literaturi /Ignjatović, 2010a:135/ da se odredbe o izvršenju kućnog zatvaranja izdvoje iz ranijeg

člana 37 ZIKS. Međutim, problem je nastao sa sistematikom. Prema stanju stvari koje je nastalo posle Novele, modalitet izvršenja kazne lišenja slobode koja se izdržava u kućnim uslovima nije kazna zatvora jer se nalazi posle Glave III (Izvršenje kazne zatvora) i time je stavljena u istu ravan kao izvršenje novčane kazne (Glava IV) i drugih krivičnih sankcija iz glava V-VIII). Logika je nalagala da se Glava III podeli u dva odeljka – ono o izvršenju kazne u zavodskim uslovima i drugo o kućnom zatvaranju.

- 11/ U kakvoj su vezi sopstveno venčanje i smrt bliskog lica, da bi bili smešteni u istu ravan, znaju samo predlagači teksta Novele (!?!). Ali, da se pozabavimo mnogo ozbiljnijim propustom: nije teško primetiti da je izraz „blisko lice“ nedovoljno određen i pruža mogućnost za stavljanje osuđenih u nejednak položaj. A svaka arbitrarnost u ovako osetljivim situacijama, stvara mogućnost zloupotrebe – bar tome nas uči iskustvo.
- 12/ U našoj javnosti sklonoj apсурdnim nazivima uređaj je već odomaćen pod pogrešnim nazivom „narukvica“ iako se po pravilu stavlja na nogu. No, ako će to doprineti javnom prihvatanju ovakvog alterniranja kazne zatvora, ovaj jezički nonsens ne bi trebalo da predstavlja poseban problem.
- 13/ ZIKS u stav 2. ovog člana unosi i potpuno nepotrebnu konstataciju da je uređaj „neškodljiv po zdravlje“. Ova odredba je suvišna pre svega, jer je reč o alternativni kazne zatvora koja osuđenom pruža mogućnost da izbegne izdržavanje kazne u zavodskim uslovima, što je za njega izuzetna privilegija. Drugo, ona se ne može sprovesti protivno volji osuđenog koji u svakom trenutku može prekinuti njeno izvršenje radnjama koje dovode do opoziva ove mere. Najzad zakonodavac na ovaj način ulazi bez razloga u nedovoljno istraženu oblast uticaja zračenja bežičnih elektronskih sredstava komunikacije i nadzora, što od njega niko ne očekuje.
- 14/ Odnosno, u kojima je pre upućivanja u zavod stanovao.
- 15/ Kakav je pravnotehnički nivo pisanja ovog Zakona, dobro je da njegovi autori nisu pribegli još gore rešenju – da u svim navedenim glavama svaki put ponovi ovu istu odredbu.
- 16/ Tada su seljaci odn. paori u zvaničnim dokumentima označavani kao „individualni poljoprivredni proizvođači“, čistačice kao „izvršioци poslova na održavanju higijene“, a preduzeća kao „organizacije udruženog rada“. To je bilo vreme „samopravnih interesnih zajednica“, „koordinacionih tela na nivou regiona“ i sličnih naziva.
- 17/ Možemo samo pretpostaviti kako bi cinici protumačili poruku koja se osuđenim licima šalje odredbom člana 262 po kojoj Uprava osigurava živote zaposlenih i snosi troškove sahrane zaposlenog koji bi izgubio život u vršenju ili povodom vršenja službe, a porodici pripada jednokratna pomoć u visini od 12 mesečnih plata (!?!).
- 18/ Naše krivično zakonodavstvo (i ne samo krivično) u poslednjoj deceniji po pravilu prepisuje odredbe iz jedne od bivših republika SFRJ. Kada je već tako, interesantno je što se u ovom pogledu pisci Novele nisu ugledali na njihov Zakon o izvršavanju kazne zatvora (v. službeno glasilo Hrvatske Narodne novine 182/99) koji – kao i nemački istoimeni Zakon – ne sadrži ni jednu odredbu o radnim odnosima zaposlenih u ovoj službi.
- 19/ Za nauk onima koji su uobičajili da u svojim radovima kao ukras samo navode norme zakona drugih država, bez analize da su one samo „prazna slova na papiru“ (e. *law in books*) ili se zaista primenjuju (*law in practice* – v. Jovičić, 2006), njihovim mentorima i recenzentima iskreno preporučujemo da ne prihvate ovakvu primenu „uporedno-pravnog metoda“. Zamislimo samo u kakvoj su zabludi šest godina bili takvi „stručnjaci“ koji su navodili i komentarisali član 278 ZIKS kao dokaz o postojanju eksterne kontrole u izvršenju krivičnih sankcija u Srbiji.
- 20/ Umesto da argumenti članova Komisije deluju autoritetom struke, oni će se svesti na nadmetanje „pozicije“ i „opozicije“ u kome će biti bitnije ko je nego šta je rekao. Na ovu konstataciju ne utiče ni stav 5. izmenjenog člana 278 koji predviđa da Komisija u svom radu može angažovati stručnjake iz odgovarajuće oblasti, koji obavljaju zadatke za koje su angažovani uz prisustvo člana Komisije i imaju prava člana Komisije. Pre svega, ko će biti angažovan i za koje zadatke, zavisice od političke odluke. Drugo, čak i ono što mu se da u zadatak, ekspert će moći da izvrši samo u prisustvu člana Komisije (podsetimo, logika ranijeg rešenja bila je da su članovi Komisije eksperti koji su nezavisni u svom radu).

- 21/ Poznato je kako se takvi izveštaji pišu već decenijama: po modelu poruke proletera sa Ljubinog groba Drugu Vrhovnom: i pored mnoštva problema, nadčovečanskim naporima zaposlenih u Upravi, svi problemi će na kraju biti rešeni. Tako to po pravilu biva kada organi uprave sami ocenjuju sopstveni rad.
- 22/ V. najnoviji Izveštaj zaštitnika građana za 2010. godinu na internet adresi: [http://www.ombudsman.rs/attachments/1306\\_Redovan%20godisnji%20izvestaj%20za%202010.pdf](http://www.ombudsman.rs/attachments/1306_Redovan%20godisnji%20izvestaj%20za%202010.pdf).
- 23/ Postao je manir da se u javnosti kao dokaz uspešnosti zakonodavne aktivnosti u Republici ističe podatak o broju zakona koji su usvojeni u proteklom periodu. Ako ZidZIKZOK ulazi u taj broj, onda je bar jasno koji se utisak želi stvoriti.
- 24/ Da li slučajem ili neznanjem prevodilaca treba objasniti omašku u prevodu kojom je engleski izraz „available“ (koji je dostupan, koji važi za) preveden kao „trpljenje“, pa je tako ispalo da ti uslovi ne treba da se razlikuju „od onih koje trpe zatvorenici ... u Srbiji“ (podvlačenje Đ. I.). Ovo može ličiti na poznati slučaj iz američke penološke prakse kada je osuđenica kojoj je u toku izvršenja krivične sankcije lišenja slobode sa elektronskim nadzorom došlo do narušenja zdravlja zbog teškog oštećenja kože ispod elektronskog odašiljača upitana zašto nije ranije prijavila komplikacije, odgovorila: „mislila sam da takve posledice predstavljaju normalnu patnju koja prati izvršenje kazne“. Iz toga mnogi autori zaključuju da su u američkom društvu pojmovi patnja i izvršenje kazne nerazdvojni. Možda je vreme da se zapitamo: koliko je stanje kod nas različito od onog u SAD.
- 25/ Pojam „shizofrenija zločina“ u kriminološku literaturu uneo je Roger Burke /2007/ –v. Ignjatović /2011:88/
- 26/ U tome oni veoma podsećaju na policajce koji su navikli da prema uhapšenima primenjuju torturu. Njima ni na kraj pameti ne pada da se i oni mogu naći u položaju lica koja zlostavljaju.
- 27/ Autor, istine radi, priznaje da kao član radne grupe za pisanje ZIKS iz 1997. nije uspeo da spreči unošenje odredaba ovog tipa u Zakon (u Delu VI – Prava na osnovu rada i nadzor nad radom zavoda, one su bile sadržane u 18 članova /328–345/ u Glavi XV). Argumentacija predstavnika Ministarstva pravde da „zaposleni u ustanovama to traže“ bila je jača od zalaganja nekoliko članova komisije protiv. Uzalud smo, uz sve ostale razloge, ukazivali da bi, kada bi se rukovodili argumentacijom „oni to traže“, svi osuđenici trenutno bili pomilovani, studenti dobijali diplome pri samom ulasku na fakultete, a profesori bili oslobođeni „bar“ predavanja i ispita.
- 28/ Najveću odgovornost za takvo stanje Blomberg i Lucken /2000:186/ svaljuju na medije i političare koji lako manipulišu plimom osećaja nesigurnosti koji kod građana izazivaju teški zločini kojima se svesno daje ogroman publicitet.
- 29/ Samo naivni mogu verovati da je kampanja medijskog kompromitovanja jedne (kako se u svetu pokazalo) racionalne i veoma delotvorne alternative klasičnoj kazni zatora kakva je kućno zatvaranje (uz elektronski nadzor) koja je pokrenuta izricanjem ove mere jednoj poznatoj ličnosti slučajna. Istina, treba napomenuti da sličnih pojava ima i u drugim zemljama. U odrednici „Kućno zatvaranje“ autor *Rečnika američke penologije* Vergil Williams /1996:120/ naglašava da se u medijima (za koje ne treba sumnjati pod čijim su uticajem) mera često diskredituje na dva načina: namernim povlađivanjem ljudskoj zavisti koju izaziva pisanje o poznatim i dobro stojećim prestupnicima kojima je ona izrečena i slučajevima kada lice prema kome je određeno kućno zatvaranje ponovo izvrši novo krivično delo.

## LITERATURA

- Burke R. /2007/: Moral Ambiguity, the Shizophrenia of Crime and Community Justice, *British Journal of Community Justice*, n<sup>o</sup> 1
- Blomberg T. and Lucken K. /2000/: *American Penology –A History of Control*, New York
- Davies M., Croall H. and Tryer J. /2010/: *Criminal Justice*, Harlow
- Ignjatović Đ. /2010/: Kritička analiza stanja i tendencija u krivičnom izvršnom pravu Srbije, *Crimen – časopis za krivične nauke*, n<sup>o</sup> 2.



- Ignjatović Đ. /2010a/: *Pravo izvršenja krivičnih sankcija* (4. izdanje), Beograd
- Ignjatović Đ. /2011/: *Kriminologija*, Beograd
- Jovičić M. /2006/: *Izabrani spisi*, vol. VI, Beograd
- Rothman D. /1998/: Perfecting the prison –in: *The Oxford History of the Prison – The Practice of Punishment in Western Society* (Morris N. and Rothman D. eds), Oxford
- Stojanović Z. /2007/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd
- Williams V. /1996/: *Dictionary of American Penology*, Westport
- Vuković I. /2010/: 150 godina od donošenja Krivičnog zakonika Kneževine Srbije, *Crimen*, n<sup>o</sup> 2

*Đorđe Ignjatović*

Faculty of Law, University in Belgrade

## INNOVATIONS IN SERBIAN PENAL SANCTIONS EXECUTION LAW

### SUMMARY

In this paper author analyzes innovations in Serbian Penal Sanctions Execution Law, which has been largely modified in recent years. After analysis of normative solutions enacted in past months, author makes several conclusions. First of all, it is clear that not only in this field of Serbian law but generally in whole sphere of penal reaction does not exist concept. That is the reason of frequent changes in substantial and procedural Criminal Law which on the other side lead to necessary modification of Penal Sanctions Execution Law.

Second, changes in the system of execution in large part reflect the general tendency of intensifying punitive reaction encouraged by the authorities and media they control. Requests for harsher punishment are result of insisting on the „penal populism“ and „schizophrenic attitude toward crime“ (Burke), but also of what author characterizes as „normative arrogance“ (a false belief of rulers that retributive norms for which adoption they plead for, can never be applied to them).

Third, in this area external control of the authorities responsible for the enforcement of criminal sanctions is systematically being avoided. In the latest innovation, parliamentary commission consisted of experts (not formed even after five years of enactment of Penal Sanctions Execution Law) has been replaced by commission consisted of legates who do not have to know anything from this field of law.

Fourth, it is absurd that a larger number of changes in laws enacted in this area does not refer to the basic subject of regulation in the law of execution of penal sanctions. Law on Execution of Penal Sanctions (and the Law on Execution of Imprisonment for Organized Crime) contain a large number of provisions which regulate the status and rights of employees in the Administration for Penal Sanctions Execution. Considering the fact that these provisions are subject to frequent changes, author advocates for their regulation in other laws. Fifth, technical level of legal regulations in this field of law is unacceptably low.

Finally, author concludes that the field of criminal sanctions is the weakest link in the chain of authorities responsible for crime control in Serbia. Legal provisions and employees in the Administration are not primarily responsible for overcrowding of penal institutions



and poor conditions in which convicts serve their sentences. The above situation is the result of punitive and retributive approach in which the sentence of imprisonment is viewed not as the last mean (in Latin *ultima ratio*) but as the primary measure of response to crime. So instead the idea of discharging, in Serbia dominates the idea of charging penal institutions. Because of that, the rate of prisoners has increased three times in past decade and it will continue to grow until, instead of declaration of war to crime, we design an appropriate strategy for crime control.

**Key words:** penal sanctions execution law, systematic of law, legal security, international cooperation.

## OSNOVI UPOREDNOG KRIVIČNOG PROCESNOG PRAVA I OSNOVNI PROBLEMI REFORME KRIVIČNOG POSTUPKA SRBIJE

**Apstrakt:** U radu se objašnjavaju osnove uporednog krivičnog procesnog prava kao naučne discipline čiji je značaj izrazito porastao poslednjih godina, u kontekstu reformi krivičnih postupaka u mnogim državama, kada je veoma korisno upoznavanje sa komparativnim iskustvima. Autor analizira osnovne crte dva velika svetska krivičnoprocesna sistema – evropsko-kontinentalnog i angloaksonskog adverzijalnog modela. Kao ilustracija jednog tipičnog adverzijalnog tipa krivičnog postupka, u radu je prikazan krivični postupak SAD. Na uporednopravno orijentisan deo rada, nadovezuje se deo koji je posvećen kritičkoj analizi Nacrta novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije iz 2010. godine. Nakon analize čitavog niza odredbi, autor argumentovano zaključuje da se radi o veoma lošem tekstu, čije su osnovne slabosti, ne samo istinsko obilje izuzetno nekvalitetnih normativnih rešenja u pravno-tehničkom smislu, već izrazito naopako i štetno promovisanje jedne potpuno promenjene osnovne koncepcije našeg budućeg krivičnog postupka, što se svodi na striktno eliminisanje delovanja načela istine u krivičnom postupku, uvođenje javno-tužilačke istrage na pogrešnim osnovama i uz elemente tzv. paralelne istrage, kao i potpuno adverzijalnu konstrukciju buduće krivične procedure. Radi se o ekstremno krupnim odstupanjima od sada važećeg krivičnog procesnog prava Srbije, što široko otvara „vrata“ za dalje drastično narušavanje pravne države i ozbiljnu kompromitaciju našeg pravnog sistema, ali i za teško ugrožavanje ljudskih prava i sloboda, jer nije sporno da u adverzijalnom krivičnom postupku u srpskim uslovima i shodno rešenjima veoma lošeg Nacrta ZKP-a iz 2010. godine, ne može biti ni govora o pravoj ravnopravnosti stranaka, već će u praksi, položaj većine okrivljenih biti drastično i dramatično pogoršan.

**Ključne reči:** krivično procesno pravo, uporedno pravo, krivični postupak SAD, Nacrt Zakonika o krivičnom postupku Srbije.

### 1. UVODNA RAZMATRANJA

Konstatacija o savremenom svetu kao „globalnom selu“ je već skoro postala isprazna floskula ali je činjenica da je danas svet na neki način zaista „smanjen“, što se ogleda i u izvesnoj „harmonizaciji“ normativnih rešenja u brojnim pravnim oblastima. Kada je reč o krivičnom postupku, još uvek se u uporednopravnom smislu mnogo razlikuju osnovna krivičnoprocesna rešenja, koja su prisutna u različitim državama, ali je ipak nesporno da mnogi zakonski mehanizmi pokazuju i određene manje ili više izražene sličnosti, što se zasniva kako na uticaju jednih krivičnoprocesnih sistema na druge, tako i na prihvaćenoj tradiciji u konkretnim pravnim sistemima, određenim istorijskim razlozima i brojnim drugim faktorima.

---

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

Savremene države koje se mogu smatrati *pravnim državama*, danas prihvataju određene standarde koji se tiču zaštite osnovnih ljudskih prava u krivičnom postupku, tako da su ti najviši standardi, poput onih koji su propisani u nekoliko važnih odredbi Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, prisutni u svim krivičnoprocesnim zakonodavstvima evropskih država, tj. kada su u pitanju države članice Saveta Evrope, ali naravno, ne uvek u istim pravno-tehničkim modalitetima. Bez obzira na brojne razlike između različitih uporednopravnih krivičnoprocesnih sistema, moguće je da se oni grupišu na određeni način, kao i da se izdvoje neki od osnovnih parametara za uporednopravnu analizu pojedinih krivičnoprocesnih mehanizama i instituta u različitim državama.

U teoriji se ističe da se dva elementa mogu identifikovati kao osnovni kada se radi o komparativnoj pravnoj nauci: prvo, time se omogućava „pogled preko granice“ na sopstveni pravni sistem i drugo, na taj se način mogu porediti dva ili više pravnih sistema, a pored toga, značajnu funkciju inostrano pravo ima i u interpretaciji sopstvenih zakona, što je posebno značajno, kada se radi o državama koje su svoje zakone o krivičnom postupku kreirale odgovarajućim preuzimanjem modela drugih država, kao što je to na primer, slučaj sa Turskom, koja je preuzela ZKP Nemačke ili Albanijom, čiji je ZKP preuzet od Italije.<sup>1</sup>

Uporedno krivično procesno pravo bi detaljnije objašnjeno zahtevalo da to bude u jednoj značajnijoj monografskoj formi, što naravno, uveliko prevazilazi osnovne zahteve i nužne limite pisanja teksta u zborniku radova, pa će stoga ovaj rad biti posvećen samo relativno sumarnom razmatranju nekih (naj)osnovni(ji)h problema te naučne oblasti, pri čemu ćemo se primarno fokusirati na nekoliko konkretnih pitanja:

- 1) definisanje dva velika pozitivnopravna sistema, uz označenje osnovnih distinktivnih crta kojima se oni razlikuju jedan od drugoga i uz navođenje nekih elemenata koji su kod njih relativno slični;
- 2) prezentiranje i sumarnu analizu konkretnih zakonskih rešenja prisutnih u stranom pravu, uz poklanjanje posebne pažnje: a) krivičnom postupku SAD, jer se radi o najočiglednijem opozitu našem pozitivnom krivičnoprocesnom sistemu, pa je on, a naročito u kontekstu najavljene „brutalne“, odnosno drastične „adverzijalizacije“ našeg krivičnog postupka, sada naročito interesantan, te b) analizi istrage u nemačkom Zakoniku o krivičnom postupku, koja je državno-tužilačka, iako krivični postupak u Nemačkoj nije adverzijalan, a konstrukcija glavnog pretresa je relativno slična glavnom pretresu u našem pozitivnom ZKP-u, uz naravno, delovanje načela istine u krivičnom postupku, čime nastojimo da demistifikujemo kod nas često plasiranu grubu dezinformaciju da tužilački koncept istrage navodno nameće čisto adverzijalnu konstrukciju glavnog pretresa;<sup>2</sup>

1 Više o tome: G. Lažetić-Bužarovska, G. Kalajđžijev, B. Misoski i D. Ilić, *Komparativno kazneno pravo*, „Akademik doel“, Skoplje, 2011, str. 13.

2 Koliko je pogrešno takvo shvatanje, ilustruje i činjenica, koju ćemo detaljnije objasniti u daljem tekstu, da je istraga u onim krivičnim postupcima koji se smatraju najklasičnijim adverzijalno

- 3) objašnjenje nekih najupadljivijih, od inače mnogobrojnih teških anomalija Nacrta Zakonika o krivičnom postupku Srbije iz 2010. godine, što ima veliki značaj ne samo u opštem smislu, kao vid javne rasprave o ovom ekstremno lošem normativnom tekstu (uz pokušaj da se kako tako u samom „finišu“ „rađanja“ tog zakonskog „monstruma“, popravi ono što se popraviti može), već i sa stanovišta razmatranja uticaja uporednopravnih modela, jer je ovaj izuzetno loš Nacrt konceptualno ustrojen prema komparativnim uzorima koji do sada uglavnom nisu u bitnijoj meri korišćeni u našoj pravnoj tradiciji.<sup>3</sup>

## 2. OSNOVNE CRTE UPOREDNOG KRIVIČNOG PROCESNOG PRAVA

U dva velika pozitivnopravna krivičnoprocesna sistema spadaju: 1) kontinentalno-evropski krivičnoprocesni sistem i 2) anglosaksonski ili adverzijalni krivičnoprocesni sistem.

Ponekad se uprošćeno, a što je posebno karakteristično za autore iz anglosaksonskih pravnih područja, kontinentalno-evropski sistem označava kao inkvizitorski, a anglosaksonski kao akuzatorski, ali takvo terminološko određenje u osnovi nije korektno, jer iako kontinentalno-evropski sistem sadrži određene inkvizitorske elemente, on u stvari predstavlja jedan mešoviti sistem, kao što ni brojni anglosaksonski sistemi više nisu čisto akuzatorskog tipa.

Većina država kontinentalne Evrope ima mešovite krivične postupke, sa izuzetkom Italije, koja je nakon poslednje reforme svog krivičnog procesnog zakonodavstva, krivični postupak uredila pretežno na adverzijalnim osnovama,<sup>4</sup> a u relativno novije vreme tako je postupljeno u nekoliko država nastalih na teritoriji nekadašnje Jugoslavije. Obrnuto, većina država koje pripadaju tzv. engleskom govornom području, gde su najkarakterističniji Velika Britanija, odnosno pre svega Engleska i Vels, kao i SAD, imaju tipične adverzijalne krivične postupke.<sup>5</sup>

---

konstruisanim krivičnim procedurama (kao što je to slučaj u SAD, Velikoj Britaniji i Kanadi), primarno u nadležnosti policije, a ne državnog tužioca.

- 3 U našoj krivičnopravnoj teoriji se inače, uz ilustraciju ZID KZ-a iz 2009. godine i uz napomenu da je sličan pristup uočen i prilikom izmena i dopuna KZ-a Srbije iz 2003. godine, argumentovano primećuje da je Srbija „izgleda postala specifična po nekvalitetnim normama“. Više o tome: Z. Stojanović, Krivičnopravni ekspanzionizam i zakonodavstvo Srbije, u zborniku: Đ. Ignjatović (priređivač), *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, IV deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010, str. 46.
- 4 Više o tome: H. H. Kühne, *Strafprozessrecht – eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht*, 6. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, „C.F.Müller Verlag“, Heidelberg, 2003, str. 612–629. Citirani autor (str. 612), konstatuje: „Italijanski ZKP (*Codice Procedura Penale* – CPP) od 1889. godine je nakon dve reforme sprovedene 1913. godine i 1930, zahvaljujući jednom potpuno novom izdanju iz 1989. godine, dobio potpuno drugačiju strukturu, tako što je inkvizicioni proces romanističke orijentacije, zamenjen stranačkim postupkom, uz približavanje zemljama common law sistema.“
- 5 Više o tome: Milan Škulić, *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011, str. 8–9.

Za kontinentalno-evropske krivične postupke je karakteristično da u istrazi postoje prilično jaki inkvizitorski elementi, ali uz dosledno poštovanje prava na odbranu i u toj fazi krivičnog postupka. U ovom tipu postupka su osnovne krivičnoprocesne funkcije strogo odvojene, ali javni (državni) tužilac ipak nije prava, odnosno tipična stranka, jer je on, kao državni organ, dužan da osim stranačkih interesa utemeljenih na funkciji optužbe, štiti i opšte interese, a pre svega interes koji proizlazi iz načela istine, pa shodno tome, na primer, on mora osim dokaza koji terete okrivljenog, prikupljati i dokaze u prilog njegovoj odbrani, odnosno mora ih imati u vidu. Pored toga, sam sud je dokazno izuzetno aktivan, on po pravilu sam izvodi sve dokaze tokom suđenja, uz davanje manje ili veće dokazne uloge i samim strankama, a nije ograničen dokaznim predlozima stranaka, već ima pravo i dužnost sopstvene dokazne inicijative. Naš krivični postupak, slično kao i na primer, krivični postupci Nemačke i Francuske, ali i niza drugih evropskih država, pripada ovom tipu postupka.

Za anglosaksonske, odnosno adverzijalne (stranačke) tipove postupka je karakteristično da je sud u dokaznom smislu veoma pasivan, tako da je izvođenje dokaza u osnovi prepušteno strankama, dok se sud pretežno fokusira na procenu koja je stranka u „dokaznom dvoboju“ pred njim bila uspešnija.<sup>6</sup> Suđenje počinje prezentiranjem dokaza optužbe, na koje odbrana u određenim procesnim formama odgovara, odnosno ima priliku da daje odgovor, da bi se potom, izvodili dokazi odbrane, uz mogućnost da na njih odgovara tužilac, dok sud ima veoma ograničene mogućnosti tokom izvođenja dokaza. Saslušanje, odnosno ispitivanje svedoka, kao i veštaka, odnosno tzv. stručnih svedoka (*witness experts*), tokom suđenja je stranačkog karaktera, tako da određenog svedoka prvo saslušava stranka koja ga je pozvala (*examination-in-chief*), a zatim protivstranka (*cross-examination* – unakrsno saslušanje), a potom dolazi do ponovnog saslušanja svedoka od straneke koja ga je pozvala (*re-examination*). U suštini su tipični adverzijalni krivični postupci veoma slični parničnom postupku, odnosno građanskom postupku uopšte.<sup>7</sup>

6 Izraz dokazni *dvoboj* ovde ima svoje puno opravdanje, jer ne samo da se radi o ilustrativnoj metafori primarne dokazne uloge stranaka, već on odlično odražava i određene istorijske konotacije nastanka adverzijalnog postupka, pa se tako na primer, u američkoj teoriji iznosi: „Naš pravosudni sistem se naziva adverzijalnim, jer se dve strane (optužba i odbrana), otvoreno suprotstavljaju pred sudom, slično kao što su to praktikovali vitezovi u suđenju kroz borbu u srednjovekovnoj Engleskoj.“ Više o tome: E. E. Peoples, *Basic Criminal Procedures*, 3<sup>rd</sup> Edition, Pearson – Prentice Hall, New Jersey, 2007, str. 92. Radi se o onome što se kod nas, tj. u okviru pravnoistorijskih razmatranja, često označava kao jedna varijanta „Božijeg suda“, jer bi pravo dobijao onaj ko bi snagom svog oružja (što podrazumeva i da je u prilog njegovoj pobjedi delovala i „Božija promisao“), obezbedio trijumf svojih argumenata u određenoj pravnoj stvari, koja se mogla ticati i optužbe za krivično delo.

7 Ovde treba imati u vidu da se i neki parnični postupci (naročito u Evropi), vode tako da je njihov cilj utvrđivanje istine, što onda znači da je sud u takvim parnicama dokazno veoma aktivan, te se oficijelno i bez predloga stranaka, odnosno nezavisno od (ne)postojanja konkretne stranačke dokazne inicijative, bavi utvrđivanjem činjenica koje su od značaja za potpuno i tačno utvrđivanje činjeničnog stanja, odnosno drugim rečima, činjenica koje doprinose ustanovljavanju istine. To je na primer, slučaj sa parničnim sporovima koji se tiču starateljskog prava nad maloletnom decom, odnosno onih parničnih postupaka čiji je predmet uopšte, zaštita određenih prava maloletnih lica.

Savremeno krivičnoprocesno pravo se inače, karakteriše i sve izrazitijom konvergencijom elemenata iz dva velika svetska krivičnoprocesna sistema, što je posledica kako opštih globalističkih tendencija, tako i svesti o potrebi ugrađivanja u pojedine pravne sisteme onih elemenata koji su potencijalno efikasni i korisni, nezavisno od toga da li potiču iz jednog ili drugog velikog krivičnoprocesnog sistema. Tako na primer, danas mnogi kontinentalno-evropski krivični postupci sadrže i neke elemente adverzijalnih postupaka, za šta je svakako najtipičniji institut okončanja postupka na temelju sporazuma tužioca i okrivljenog o priznanju krivice (*plea bargain*, odnosno *deal*), što je dovelo i do tvrdnji nekih autora o postojanju svojevrsne zaraze ovim krivičnoprocesnim institutom u evropskim zemljama (*plea bargaining infection*).

Obrnuto i mnogi adverzijalni krivični postupci prihvataju neka rešenja iz kontinentalno-evropskih procedura, a posebno u vezi davanja većih ovlašćenja javnom (državnom) tužiocu. Ovakva konvergencija, iako svakako opravdana, ipak ima svoje granice, koje se u bitnoj meri moraju zasnivati i na prisutnoj *pravnoj tradiciji* određene države. Nije jednostavno, a po pravilu, nije ni opravdano, da se jednom pravnom sistemu koji već ustaljeno pripada određenom velikom tipu krivičnog postupka, veštački kaleme dominirajući elementi iz drugog takvog tipa, jer to može dovesti do ogromnih praktičnih problema, a pre svega, do nesnalazjenja subjekata postupka u novom krivičnoprocesnom ambijentu, a što onda, po logici stvari, dovodi do nefikasnog ili nepravičnog, odnosno i neefikasnog i nepravičnog krivičnog postupka.

Kod nas se ponekad, *sasvim pogrešno zaključuje* da je jedno od bitnih obeležja anglosaksonskih krivičnih postupaka tužilački karakter istrage, jer se (državno)tužilačka istraga potpuno pogrešno poistovećuje sa nesudskom istragom.

Istraga je u većini anglosaksonskih postupaka poverena policiji. Naime, u adverzijalnim sistemima istraga nije sudskog karaktera, ali ona po pravilu, nije ni u nadležnosti državnog tužioca, već nju vodi policija i sasvim je neformalna, osim što izuzetno, neke radnje (na primer, saslušanje osumnjičenog od strane policije, posebne dokazne radnje), imaju i određenu formu.

Celovitim krivičnim postupkom se u SAD praktično smatra jedino suđenje, bilo da se radi o porotnom suđenju koje je u praksi sada već veoma retko, bilo da je u pitanju samo postupak sveden na izricanje kazne, kada postoji priznanje okrivljenog, do koga može doći kako na osnovu sporazuma, odnosno „nagodbe“ sa državnim tužiocem, tako i bez sporazuma.

Sve radnje koje u SAD prethode krivičnom suđenju se ne smatraju sastavnim i suštinskim delom krivičnog postupka, iako je veliki broj tih radnji zakonski regulisan ili u odnosu na njih postoje precedentne odluke sudova, a tu je od najvećeg značaja regulativa koja se odnosi na: hapšenje, bagatelna krivična dela, slučaj kada žrtva ne želi krivični progono, učešće i same žrtve u izvršenju krivičnog dela, pojavljivanje pred sudom, učešće velike porote u preliminarnom saslušanju, itd.<sup>8</sup>

Kriminalistička istraga je u većini država anglosaksonskog pravnog sistema *neformalnog karaktera* i uglavnom se svodi na prikupljanje materijalnih dokaza,

8 G. Clack (Edt), *Outline of the U.S. Legal System, Bureau of International Information Programs*, Washington, 2004, str. 96–99.

prvenstveno na mestu događaja, što vrši policija, odnosno forenzički stručnjaci.<sup>9</sup> Državni tužilac nema skoro nikakvu ulogu u takvoj policijskoj istrazi, a jedino u nekim situacijama može da daje određene savete policiji. Takođe, državni tužilac može odlučiti da se primene određene specijalne istražne tehnike, a u nekim situacijama je za to potrebna odluka sudije.

U stvari, u SAD, a posebno u Kanadi, se načelno smatra da ako bi državni tužilac uzeo bilo kakvo aktivno učešće u istrazi, to bi ga dezavuisalo kada je u pitanju njegova uloga u eventualno kasnije pokrenutom krivičnom postupku pred sudom, tj. onda kada državni tužilac ima svojstvo stranke i aktivno izvodi dokaze pred sudom, odnosno porotom. Uloga suda pre samog suđenja je takođe minimalna, osim što jedino sud može izdati nalog za pretres, a kada se radi o odlučivanju u vezi jemstva, tada je istraga praktično po pravilu, već završena ili je već uveliko prikupljen raspoloživi dokazni materijal.

Pored ovoga, zagovornici prethodno objašnjenog pogrešnog stava da je državno-tužilačka istraga obeležje adverzijalnih krivičnoprocesnih sistema, predviđaju da i mnogi evropski krivični postupci, odnosno krivičnoprocesni izvori prava, s jedne strane, regulišu istragu koja nije sudskog karaktera, dok s druge strane, uopšte nemaju adverzijalnu konstrukciju krivičnog postupka,<sup>10</sup> već je organizacija glavnog pretresa u principu slična onoj koju ustanovljava naš pozitivni ZKP. To znači da u tim krivičnim postupcima, iako je istraga poverena državnom tužiocu, glavnu ulogu u samom suđenju do kojeg dolazi nakon što je istraga završena, ima sud, koji se pri tom, u vođenju krivičnog postupka tradicionalno rukovodi načelom istine, kao osnovnim ciljem krivične procedure, koji je nužno povezan sa potrebom pravičnog rešavanja krivičnog predmeta povodom kojeg se vodi krivični postupak. Tipičan je primer Nemačka.<sup>11</sup>

Istražni postupak u Nemačkoj treba da omogući odlučivanje državnog tužioca o tome da li će podići optužnicu, a njegova je svrha da se izbegne vođenje glavnog pretresa onda kada se radi o nedovoljno utemeljenoj sumnji.<sup>12</sup> U postupku istrage „gospodari“ državni tužilac, a policija ima „pravo prvog zahvata“, ali i pored toga, državni tužilac ostaje „gospodar postupka“.<sup>13</sup>

Sudija za istragu u Nemačkoj ima u istrazi sledeće nadležnosti:<sup>14</sup> 1) odlučuje pritvoru i nekim posebnim istražnim merama, kao što je na primer, angažovanje

9 J. Bennet (Ed.), *Crime Investigation*, „Parragon“, London, 2007, str. 9.

10 To znači da u tim krivičnim postupcima (kao na primer, u Nemačkoj), izvođenje dokaza nije stranačka, ili nije samo stranačka aktivnost.

11 Kod nas se tokom nekih javnih rasprava o novom Zakoniku o krivičnom postupku iz 2006. godine, čak ponekad potpuno pogrešno iznosilo da je istraga u Nemačkoj bila do relativno skorijeg datuma (druga polovina 20. veka) sudska (vodio je navodno istražni sudija), a da je potom, postala državno-tužilačka, te se čak na nekim skupovima navodilo da u Nemačkoj postoje istraživanja koja dovode u pitanje efikasnost državno-tužilačke istrage u odnosu na sudsku. Takve konstatacije *nikako ne mogu biti tačne*, jer je u Nemačkoj istragu vodi državni tužilac od poslednjih decenija 19. veka.

12 C. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 25. Auflage, „Verlag C.H.Beck“, München, 1998, str. 305–306.

13 K. Volk, *Grundkurs StPO*, 4. Auflage, „Verlag C.H.Beck“, München, 2005, str. 33.

14 Izraz „sudija za istragu“ je prevod nemačke reči „Ermittlungsrichter“, dok bi termin „Untersuchungsrichter“, mogao da se prevede kao „istražni sudija“, jer taj sudija zaista nešto istražuje, tj.



prikrivenog islednika itd.; 2) državni tužilac može angažovati sudiju za istragu kada on to smatra potrebnim, pri čemu je nezavisnost sudije ovde ograničena, tako da on jedino može proveriti da li je državni tužilac ovlašćen da ga angažuje, ali ne i da li je to svrsishodno, što znači da je u takvom slučaju (hitne sudske radnje)<sup>15</sup> sudija za istragu vezan sopstvenom kompetencijom državnog tužioca;<sup>16</sup> 3) nadležnost sudije za istragu se završava sa podizanjem optužnice, kada o krivičnoj stvari odlučuje stvarno nadležni sud.<sup>17</sup>

Kada je reč o tzv. radnjama prvog zahvata u nemačkom krivičnom postupku, odnosno u istrazi, prema odredbama § 161a StPO, policija ne samo da može preduzeti takve radnje, već je dužna da uvek kada postoji određena već „početna sumnja“ da je učinjeno krivično delo, samostalno, dakle bez zahteva državnog tužioca istraži stvari i preduzme sve odgovarajuće mere koje su potrebne da se krivično delo razjasni.<sup>18</sup> Ovo ovlašćenje i dužnost kriminalističke policije se u nemačkoj teoriji dovodi u vezu sa načelom legaliteta, shodno kome svi državni organi, kao policijski službenici, nisu samo pomoćni službenici državnog tužilaštva, pa tako, kriminalistička policija ima zadatak da samostalno i na svoju inicijativu preduzima mere u odnosu na krivično gonjenje.<sup>19</sup>

Dakle, istraga u Nemačkoj je poverena državnom tužiocu, a glavni pretres nije adverzijalnog karaktera, već on u velikoj meri liči na glavni pretres kakav u Srbiji postoji već decenijama i kako je on ustrojen i prema pozitivnom Zakoniku o krivičnom postupku Srbije. Za glavni pretres se u Nemačkoj ističe da je „najviša tačka celokupnog krivičnog postupka“, a njegovo uvođenje je bilo suština ukidanja inkvizitorskog postupka prilikom reforme krivičnog postupka u prvoj polovini 19. veka, s tim što je to danas u izvesnoj meri relativizovano, „jer se jedan veliki deo krivičnog

vodi istragu. Međutim, u čisto jezičkom smislu (a pre svega, sa stanovišta našeg jezika), potpuno je svedjedno da li se kaže „sudija za istragu“ ili „istražni sudija“, što je uostalom, uz razloge poštovanja naše krivičnoprocesne tradicije i bio osnovni razlog da se u ZKP-u iz 2006. godine koristi izraz „istražni sudija“, iako istraga po tom Zakoniku spada u nadležnost javnog tužioca.

- 15 Citirani autor (*K. Volk*), navodi sledeći primer: „Državni tužilac zahteva da sudija sasluša određenog svedoka, a sudija ne može to odbiti sa obrazloženjem da je za takvo saslušanje i sam sudija nadležan (§ 161a StPO). Često je svrsishodno imati u rukama na glavnom pretresu zapisnik o saslušanju svedoka koje je obavio sudija, jer je teže da se u skladu sa § 251 stav 1 čitaju zapisnici sastavljeni od „drugih“ državnih organa, što znači i od strane samog državnog tužioca.“
- 16 Ovde treba podsetiti da se ponekad u paušalnim kritikama Zakonika o krivičnom postupku iz 2006. godine isticalo i da koncepcija istrage koja je u njemu zastupljena nije dovoljno „tužilačka“, ne samo zato što se njegovim odredbama omogućavalo podnošenje žalbe protiv rešenja o sprovođenju istrage koje je doneo javni tužilac, a o kojoj bi rešavao istražni sudija, već i stoga što je bilo omogućeno da i istražni sudija na zahtev javnog tužioca, vrši određene dokazne radnje u istrazi koju vodi javni tužilac. Međutim, prema odredbama ZKP-a iz 2006. godine, istražni sudija nije bio dužan da apriorno postupi po zahtevu javnog tužioca, već je imao mogućnost da izrazi svoje neslaganje, a što bi onda dovelo do odlučivanja vanraspravnog veća. S druge strane, nikome u Nemačkoj ne pada na pamet da istragu koja se vodi u toj državi označava kao mešovitu, samo zato što sudija za istragu ne može da odbije zahtev državnog tužioca u pogledu saslušanja određenih svedoka, već je *dužan* da postupi po njemu.

17 *K. Volk, op. cit.*, str. 33.

18 G. Pfeiffer (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, „Verlag C.H.Beck“, München, 2003, str. 998.

19 *Ibidem*.

postupka odvija bez glavnog pretresa“, isto kao što istraga i potvrđivanje optužnice u određenoj meri deluju prejudicirajuće na ishod glavnog pretresa.<sup>20</sup> Ne samo da istraga može biti državno-tužilačka, a da glavni pretres nije konstruisan adverzijalno, već da naprotiv, osnovnu dokaznu ulogu na glavnom pretresu ima sud (kao što je to slučaj u Nemačkoj), već bi to u stvari, u skladu sa evropsko-kontinentalnom tradicijom bilo i najlogičnije, a naročito u kontekstu prethodnog objašnjenja da određene nove sumarne procesne forme sve češće dovode do izostavljanja glavnog pretresa. Naime, i onda kada se predmet krivičnog postupka rešava bez održavanja glavnog pretresa (poput na primer, postupka za izdavanje kaznenog naloga u Nemačkoj), važno je da i u toj prethodnoj fazi, istraga državnog tužioca bude maksimalno nepristrasna (što je primarno moguće kada u postupku važi načelo istine, a državni tužilac je oficijelno u obavezi da tokom istrage s jednakom pažnjom prikuplja, kako one dokaze koji idu u prilog optužbi, tako i one koji koriste odbrani), što je posebno važno i zbog mogućeg „prejudicirajućeg“ delovanja ishoda istrage na dalji tok postupka, te da pri tom sud ima dovoljno aktivnu ulogu, jer samo sudu pripada „pravo kažnjavanja“ (*ius puniendi*), odnosno pravo krivičnog sankcionisanja. Slične su karakteristike glavnog pretresa i u Austriji, u skladu sa novim Zakonikom o krivičnom postupku ove države, a i u Nemačkoj i u Austriji se krivični postupak odvija u skladu sa načelom istine,<sup>21</sup> ili kako se to uobičajeno konstatuje – „načelom materijalne istine“.

Iz svega prethodno izloženog, te ilustrovanog primerima iz uporednog krivičnog procesno prava, jasno proizlazi da nema nikakvih objektivnih razloga da se koncepcija istrage, apriorno dovodi u vezu sa normativnom organizacijom glavnog pretresa, tako da poveravanje istrage državnom tužiocu, ni u kom slučaju ne podrazumeva da se tada glavni pretres mora konstruisati na adverzijalnim osnovama.

### 3. KRIVIČNI POSTUPAK U SAD

Iako je „kolevka“ anglosaksonskog prava Engleska,<sup>22</sup> danas se tipičnim savremenim predstavnikom tog velikog pravnog sistema smatraju SAD.<sup>23</sup> Krivično pravo SAD još uvek izvire iz prilično *heterogenih izvora*: 1) većina krivičnopravnih odredbi je propisana zakonima (statutima) država, kao i zakonima (statutima) koji

20 C. Roxin und B. Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 26. Auflage, „Verlag C.H.Beck“, München, 2009, str. 313.

21 Više o tome: S. Seiler, *Strafprozessrecht*, 10. überarbeitete Auflage, „Facultas.wuv“, Wien, 2009, str. 31–32.

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

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

se donose na saveznom nivou; 2) krivično pravo je delom sadržano u trgovinskoj, sanitarnoj, zdravstvenoj, finansijskoj i poreskoj regulativi, koja se usvaja kako na saveznom, tako i na nivou država, odnosno regulatornih agencija;<sup>24</sup> 3) jedan deo krivičnog prava izvire i neposredno iz Ustava SAD; te 4) krivično pravo se danas u retkim prilikama u nekim od država SAD stvara i kao *common law*, što je inače, po uzoru na takvo pravo Engleske, bio prvi i najraniji izvor krivičnog prava u SAD, a svodi se na svojevrsno običajno pravo, odnosno obuhvata pravo i inkriminacije koje svojim odlukama stvaraju same sudije (*judge-made crimes*).<sup>25</sup>

Kada je reč o pravilima krivičnog postupka, ona su veoma slična u svim američkim državama i u tom su pogledu razlike daleko manje nego kada se radi o materijalnom krivičnom pravu. Dva su suštinska obeležja krivičnog postupka SAD:

- 1) Krivični postupak je konstruisan striktno **adverzijalno**, odnosno stranački, tako da se suštinski svodi na svojevrsan dokazni „dvojoj“, odnosno procesni „duel“ stranaka pred porotom koju sačinjavaju obični građani i koja odlučuje o suštinskom pitanju krivične procedure, tj. o tome da li je dokazana krivica, uz pri tom, veoma pasivnu ulogu suda koji je pretežno fokusiran samo na vođenje računa o poštovanju procesnih pravila od strane stranaka, te na izricanje konkretne krivične sankcije, ukoliko porota utvrdi postojanje krivice.
- 2) U krivičnom postupku je ogroman značaj sporazuma o priznanju krivice, odnosno tzv. **ispregovaranog priznanja krivice (plea bargaining)**, tako da se na takav način okončava daleko najveći broj započetih krivičnih postupaka, iako se formalno radi o izuzetku u odnosu na porotno suđenje koje bi moralo da bude pravilo i koje je inače predviđeno i Ustavom SAD u smislu da svaki građanin koji je optužen da je učinio krivično delo, ima pravo da se o toj optužbi nakon pravično vođenog krivičnog postupka izjasni porota koju sačinjavaju drugi građani, a bez učešća sudija profesionalaca u odnosu na izvođenje zaključka o (ne)dokazanosti optužbe.

Iz ova dva prethodno objašnjena, osnovna i suštinska obeležja krivičnog postupka SAD, odnosno povezano sa njima, proizlaze i neke druge bitne karakteristike američkog krivičnoprocesnog sistema, kao što su:

- 1) skoro potpuna *neformalnost krivične istrage*, koja se ne smatra delom krivične procedure, niti se sprovodi na osnovu neke posebne odluke, što znači da se istraga svodi na faktičko razjašnjavanje krivičnog dela vršenjem svih potrebnih radnji od strane policije, a bez donošenja formalne odluke (poput „zaključka“, „naredbe“, „rešenja“ i sl.), koja bi formalno označavala za-

24 Kada je reč o ovim aktima, tu se uglavnom radi o propisivanju određenih delikata, povezanih sa osnovnom materijom koju takvi opšti (najčešće podzakonski akti), regulišu, slično kao što je to slučaj sa tzv. sporednim krivičnim zakonodavstvom kod nas, pri čemu ovde posebno treba imati u vidu da se u takvim aktima u SAD uglavnom ne propisuju krivična dela kao najteža vrsta delikata, već relativno sitniji delikti, koji se svode na određene prekršaje.

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

- počinjanje istrage, u kojoj inače, dominira policija, uz mogućnost izvesne instruktivne uloge državnog tužioca, što nije pravilo, već je rezervisano samo za neke veoma specifične situacije, koje nisu preterano česte u praksi;<sup>26</sup>
- 2) *izrazita dokazna limitiranost krivične istrage*, što se svodi na nemogućnost da se bilo koji iskaz dat u istrazi koristi u samom formalnom krivičnom postupku, osim kada se radi o iskazu koji je policiji dao osumnjičeni i pod uslovom da su striktno ispoštovana sva njegova prava koja su elementi prava na odbranu od optužbe da je učinio krivično delo, gde je posebno važno da su mu pre uzimanja izjave oficijelno i na jasan način date sve potrebne pouke i obaveštenja (tzv. Miranda pravilo);<sup>27</sup>
  - 3) *načelna orijentisanost krivične istrage na materijalne dokaze*, što proizlazi iz pravila da se materijalni dokazi koji su pribavljeni u istrazi, mogu koristiti i na suđenju ako dođe do podizanja optužbe, ali samo pod uslovom da su pribavljeni na zakonit način, pri čemu se striktno primenjuje i poznata dokazna koncepcija o isključenju kako dokaza koji su sami po sebi pravno nevaljani, tako i onih koji bi inače, kao takvi, tj. sami po sebi bili pravno valjani, ali se do njih došlo na pravno nevaljan način – „plodovi otrovnog drveta“ – „the fruits of the poisonous tree doctrine“;
  - 4) veoma ograničeno postojanje i praktično funkcionisanje redovnih pravnih lekova – *žalba protiv presude je u SAD praktično izuzetak* i u praksi je veoma retka, a može se uložiti jedino u odnosu na izrazita kršenja procesnih pravila, odnosno povrede prava, ali žalbeni sud pri tom nije dužan da meritorno odlučuje o svakoj uloženoj žalbi, već samo ako preliminarno oceni da bi po-

26 Američka policijska istraga ne liči mnogo na našu sadašnju istragu, niti mnogo podseća na javno-tužilačku istragu, kako je ona koncipirana u Nacrtu Zakonika o krivičnom postupku iz 2010. godine, već je ona po nizu elemenata najbližija našem sadašnjem *prekrivičnom postupku*. To verovatno predstavlja i značajan razlog nerazumevanja nekih stranih eksperata poreklom iz SAD (koji su između ostalog, učestvovali i u radu Radne grupe za izradu Nacrta ZKP-a iz 2010. godine) i država koje imaju sličan krivičnoprocesni sistem, prave uloge i funkcije sadašnje istrage koju vrši istražni sudija prema pozitivnom ZKP-u Srbije, jer ta istraga suštinski i nema preterano veliki *istraživački karakter*, već je neka vrsta „sudskog filtera“ u odnosu na radnje koje su prethodno vršene u prekrivičnom postupku i dokaze pribavljene pre formalnog pokretanja krivičnog postupka.

Kao što ćemo to objasniti u daljem tekstu, prekrivični postupak je suštinski tipičan „istraživački procesni stadijum“, a kako u njemu dominira policija, u odnosu na koju formalno rukovodeću ulogu ima javni tužilac, moglo bi se zaključiti da *Srbija već dugo ima „policijsko-tužilačku istragu“*. Kada se u pogledu istog krivičnog dela, u narednoj procesnoj fazi (koja je za razliku od prekrivičnog postupka i formalno sastavni segment konstrukcije krivičnog postupka), pokrene istraga, tada se u tom procesnom stadijumu *de facto* više i ne vrše, bar ne u bitnijoj meri, neke posebne *istražne funkcije* u smislu da se nešto novo razjašnjava i istražuje, već se faktički samo ostvaruje sudska kontrola prethodnih policijskih radnji, te dokazno osnažuju informacije koje su se u određenom obliku, prethodno već posedovale na temelju rezultata samog prekrivičnog postupak.

27 To znači da, kada je reč o tzv. ličnim izvorima dokaza, odnosno *iskazima kao dokazima*, a koji potiču iz istrage, tj. dati su nesudskim organima (pre svega policiji), kao dokaz se jedino može koristiti iskaz osumnjičenog, pod uslovom da su poštovana sva ustavna pravila koja se tiču elemenata prava osumnjičenog na odbranu, što se prvenstveno tiče poznatog *Miranda upozorenja*.

vreda prava mogla postojati i da odlučivanje u odnosu na konkretno pitanje ima značaja i za razvoj buduće prakse.

- 5) Načelno *nedefinisanje utvrđivanja istine kao cilja krivične procedure* – iz ad-verzijalne prirode postupka proizlazi i da se u krivičnom postupku suštinski utvrđuje samo koja je stranka uspješnija u izvođenju dokaza u svoju korist (*ko je trijumfovao u dokaznom duelu*), a ne i koji su oni zaista postojeći činjenični elementi krivičnog dela koje je predmet krivičnog postupka, iz čega i proizlazi ogroman formalni i faktički značaj priznanja optuženog i uopšte njegovog stava u odnosu na optužbu i tužilačku verziju događaja, jer ako sam optuženi validno prizna optužbu, drugi se dokazi neće izvoditi, isto kao što se sud sam neće upuštati u bilo kakvo dokazivanje u odnosu na činjenice koje same stranke ne smatraju spornim, bez obzira što to nekada može biti i dubiozno ili čak u nekim ekstremnijim situacijama može biti i sasvim očigledno da takav „usaglašeni stav“ stranaka ne odgovara onome što je zaista istinito u konkretnom slučaju.

### 3.1. Izvori krivičnog procesnog prava u SAD

Kao što je prethodno objašnjeno, izvori krivičnog prava SAD uopšte, tj. kako materijalnog, tako i procesnog, su veoma *heterogeni*, što kada je reč o materijalnom krivičnom pravu, predstavlja posledicu drugačijeg značaja načela zakonitosti u anglosaksonoskom pravu (čiji su danas najdominantniji predstavnik SAD), u odnosu na ovaj princip u evropskokontinentalnom krivičnom pravu.

Deo važnih krivičnoprocesnih pravila, a pre svega, onih koja predstavljaju elemente prava na odbranu u krivičnom postupku, sadržan je u Ustavu SAD, dok su druga osnovna pravila formulisana u zakonima, kako na nivou država članica SAD, tako i nekim federalnim propisima, a pored toga, određena pravila proizlaze iz ustaljenih običaja i stečene „tradicije“, odnosno zasnivaju se na formalnom dejstvu prethodno već donetih sudskih odluka, koje imaju, odnosno stiču precedentno značenje, te postaju svojevrsni izvor prava.

### 3.2. Hapšenje osumnjičenog

U osnovi se smatra da je hapšenje, odnosno lišenje slobode osumnjičenog, primarna manifestacija prvog suštinskog kontakta između „države“ i osumnjičenog. Radi se u stvari, o kontaktu osumnjičenog u pogledu kojeg postoji osnov za lišenje slobode, sa nekim od nadležnih državnih organa, gde je od primarnog značaja klasična kriminalistička (istražna) policija, ali ponekad i neki drugi subjekti, kao što su „šerifi“, „maršali“, odnosno pripadnici drugih sličnih bezbednosnih i kriminalističkih službi, kao što su to na primer, neki specijalizovani organi, poput DEA, FBI itd.

U američkom sistemu postoje *dve osnovne vrste hapšenja osumnjičenog*: 1) sa nalogom i 2) bez naloga. Nalog za hapšenje izdaje magistrat, odnosno sud, na zahtev tužioca a u retkim situacijama i po zahtevu drugih lica (na primer, žrtve krivičnog dela), onda kada se oceni da postoji verovatni razlog za hapšenje. Hapšenje bez naloga je moguće kada se radi o krivičnom delu koje je flagrantno učinjeno,

odnosno kada je policijski službenik u prilici da neposredno stekne uverenje da je konkretno lice učinilo krivično delo, što predstavlja faktičko pitanje, pri čemu u praksi policajci poseduju prilično široka diskreciona ovlašćenja. Takvo svoje uverenje konkretni policajac koji je obavio hapšenje, mora kasnije da pred sudom potvrdi svojom izjavom koju daje pod zakletvom. U praksi se u SAD oko 95 % hapšenja realizuje bez naloga.<sup>28</sup>

### 3.3. Slučajevi uzdržavanja policije u odnosu na mogućnost hapšenja osumnjičenog

U određenim situacijama policijski službenik u SAD neće konkretnog osumnjičenog lišiti slobode, bez obzira što je inače, stekao uverenje da se radi o učiniocu krivičnog dela. Radi se o sledećim situacijama: 1) trivijalna krivična dela, 2) stav žrtve u odnosu na potencijalno krivično gonjenje, te 3) neki slučajevi tzv. konsenzualnih krivičnih dela.

Kada se radi o trivijalnom krivičnom delu, odnosno o tzv. bagatelnom deliktu, policajac u skladu sa „pravilom službe“ (*police manual*), može odlučiti da osumnjičenog ne lišava slobode, već da ga samo opomene, što je u praksi slučaj kada se radi o saobraćajnim deliktima, prekršajima učinjenim od strane maloletnika, pijanstvu, kockanju, kao i drugim „lakšim“ deliktima. U stvari, ovde se radi o kombinaciji tzv. diverzionog postupanja, što je slično mogućnostima koje u evropskom kontinentalnom krivičnom postupku postoje u određenim situacijama kada javni (državni) tužilac krivično ne goni iz razloga (ne)celestivnosti i slučajevima kada će određeni postupak svakako biti pokrenut u odnosu na osumnjičenog, ali kako se radi o lakom deliktu, to ne podrazumeva da osumnjičeni mora biti lišen slobode. Treba imati u vidu da je u velikom broju slučajeva ovde reč o deliktima, tj. činjenjima ili nečinjenjima koja sa stanovišta našeg zakonodavstva (a slično je i u većini drugih evropskih država) ili uopšte nisu bilo kakvi delikti, odnosno protivpravna ponašanja, ili se radi o izvesnoj „blagoj formi“ delikata, tj. o prekršajima, a ne o krivičnim delima.

Policija po pravilu, ne lišava slobode osumnjičenog, onda kada se radi o određenoj kategoriji krivičnog dela i kada pri tom sama žrtva takvog krivičnog dela ne želi krivično gonjenje osumnjičenog, odnosno efektivno ne saraduje sa policijom u cilju omogućavanja krivičnog gonjenja, tj. radi obezbeđenja dokaza koji bi poslužili kao osnova za pokretanje krivičnog postupka, što je na primer, slučaj kada se radi o sitnijim imovinskim krivičnim delima u pogledu kojih je već došlo do naknade štete žrtvi. U stvari, ovde je u pitanju osobeni „prethodni“ oportunitet krivičnog gonjenja, zasnovan kao i onda kada se državni tužilac rukovodi oportunitetom, što se svodi na njegovu diskreционu ocenu, na nemogućnosti da se krivično delo dokaže, ukoliko bi došlo do suđenja, jer žrtva čiji je iskaz je u takvom slučaju ključni dokaz, unapred pokazuje nameru da ne svedoči ili da i ako bi svedočila, svojim iskazom ne tereti osumnjičenog. Pored toga, u praksi se policija uzdržava od hapšenja kada se

28 G. Clack (Ed.), *Outline of the U.S. Legal System, Bureau of International Information Programs United States Department of State*, Washington, 2004, str. 97.



radi o specifičnoj situaciji koja se odlikuje „kontinuiranim odnosom između učinioca i žrtve“, poput komšijskih i sličnih relacija, kao i kada su u pitanju supružnici, s tim da se u novije vreme naročita pažnja obraća na nasilje u porodici, kada se od policije očekuje da reaguje na adekvatan način.<sup>29</sup>

Policija često ne hapsi osumnjičenog i u nekim situacijama kada se radi o konsensualnim krivičnim delima,<sup>30</sup> tj. onda kada je u pitanju umešanost i same žrtve u krivično delo, naročito kada su u pitanju neke vrste krivičnih dela.

### 3.4. „Miranda upozorenje“

Od 1966. godine, tj. nakon odluke Vrhovnog suda SAD u čuvenom slučaju „Miranda“,<sup>31</sup> policija je dužna da osumnjičenom koji je uhapšen, pre saslušanja, odnosno ispitivanja, uputi tzv. „Miranda upozorenje“, koje se svodi na sledeći tekst:

*Vi ste uhapšeni. Pre nego što vam se postavi bilo koje pitanje, morate da razumete koja su vaša prava.*

*Imate pravo da ćutite. Niste dužni u bilo kojem trenutku da nam bilo šta izjavite, niti da odgovarate na bilo koje pitanje. Sve što kažete, može da pred sudom bude upotrebljeno protiv vas.*

*Imate pravo da razgovarate sa advokatom radi dobijanja saveta pre nego što vas saslušamo i imate pravo da vaš advokat bude prisutan tokom saslušanja.*

*Ukoliko ne možete da priuštite advokata, a želite da ga imate, advokat će vam biti obezbeđen.*

*Ako želite da sada odgovarate na pitanja bez prisustva advokata, vi ćete i tada imati pravo da u bilo kojem trenutku prekinete svoje saslušanje. Vi takođe imate pravo da u bilo kojem trenutku prekinete saslušanje, dok ne razgovarate sa advokatom.*

Istorijat nastanka *Miranda upozorenja* je neposredno povezan sa ulogom Vrhovnog suda u pravnom sistemu SAD, te njegovim velikim značajem u interpretiranju pravnih normi uopšte, a naročito odredbi američkog Ustava. Do odluke u slučaju *Miranda*, u praksi se smatralo da su prava osumnjičenih koji su lišeni slobode od strane policije, te koje policija ispituje, odnosno saslušava, isključivo vezana za pravnu regulativu država, a da se federalna pravila definisana Ustavom SAD, tiču jedino postupaka koji se vode na saveznom nivou, tako da je pre te odluke, osnovni kriterijum za ocenu da li je priznanje osumnjičenog dato policiji, prihvatljivo u sudskom postupku bilo isključivo povezano sa time da li je ono dato *slobodno i dobrovoljno*.<sup>32</sup>

U nekim prethodnim značajnim slučajevima i sam Vrhovni sud SAD je odbijao da se bavi problematikom dokaznog standarda koji se ticao policijskog ispitivanja

29 *Ibid.*, str. 97–98.

30 To naravno, ne znači da se tako postupa kada je reč o svakom konsensualnom krivičnom delu, odnosno bilo kojem krivičnom delu „bez žrtve“, kao kada se na primer, radi o korupcijskim krivičnim delima, ili krivičnim delima koja se odnose na prodaju i kupovinu (kupoprodaju) droge. Tu se, po pravilu, radi o teškim krivičnim delima i nije od značaja što je „žrtva“ involvirana u delikt, odnosno što se u stvari izvršenjem takvog krivičnog dela praktično *ne stvara žrtva*.

31 *Miranda v. Arizona*, 436 US. 499, 56 L.Ed. 2<sup>nd</sup> 694, 86 S.Ct. 1602 (1966).

32 Više o tome: E. E. Peoples, *op. cit.*, str. 87.



osumnjičenih,<sup>33</sup> da bi izvestan preokret nastao u jednoj odluci koji je vremenski prethodila slučaju Miranda.<sup>34</sup> Tada je Vrhovni sud SAD konačno odlučio da osumnjičeni mora imati ustavne garancije propisane Šestim amandmanom na Ustav SAD, gde se posebno zaključilo da onda kada osumnjičeni tokom ispitivanja zahteva da razgovara sa braniocem, ispitivanje se mora prekinuti da bi mu se to omogućilo, ali je pri tom odluka Vrhovnog suda SAD još uvek bila prilično nedorečena, jer se od policije nije zahtevalo da osumnjičenog obavesti o pravu da razgovara sa braniocem.<sup>35</sup>

Ernesto Miranda, 23-trogodišnjak meksičkog porekla je 13. marta 1963. godine bio uhapšen u svojoj kući, te odveden u policijsku stanicu u Feniksu, gde je izveden radi prepoznavanja,<sup>36</sup> pri čemu je odmah identifikovan od strane žene koja je bila oteta i silovana, da bi zatim bio odveden u prostoriju za ispitivanje, gde je od strane policije ispitivan dva sata, nakon čega je priznao izvršenje oba krivična dela, što je potvrdio i svojim potpisom na izjavi.<sup>37</sup>

Odlučujući po žalbi u slučaju *Miranda*, Vrhovni sud SAD je utvrdio da optužba ne može da koristi izjavu osumnjičenog, bilo u oslobađajućem, bilo u osuđujućem smislu, kada ona potiče od lica lišenog slobode, tj. osumnjičenog, ukoliko: 1) osumnjičeni pre nego što je ispitivan, nije bio upozoren na svoje pravo da ništa ne izjavi; 2) osumnjičenom nije obezbeđeno da tokom celog postupka ispitivanja može da se pozove na svoje pravo neizjavljivanja; 3) osumnjičeni pre ispitivanja nije upozoren da svaka njegova izjava može biti upotrebljena kao dokaz protiv njega; te 4) nije ispoštovano pravo osumnjičenog da njegovom ispitivanju može prisustvovati njegov branilac.

Vrhovni sud SAD je zaključio da sa svim pravima koja mu se garantuju Ustavom, osumnjičeni mora biti efektivno upoznat, tako da dajući izjavu postupka dobrovoljno, svesno i sa razumevanjem, pri čemu ako bilo šta u nekoj fazi postupanja sa osumnjičenim ukazuje na bilo koji način da on želi da se konsultuje sa braniocem, to pravo mu se ne sme uskratiti, isto kao što ukoliko osumnjičeni na bilo koji način pokazuje da ne želi da bude ispitivan, policija ga ne sme ispitivati.<sup>38</sup>

Sam Ernesto Miranda nije preterano profitirao od toga što je njegovo priznanje zahvaljujući odluci Vrhovnog suda SAD isključeno kao dokaz, jer iako je njegova žalba usvojena, njemu je bilo ponovo suđeno za isto krivično delo,<sup>39</sup> tako da je on ponovo osuđen na istovetnu kaznu kao i prvi put, tj. dva puta od po dvadeset do trideset godina zatvora.<sup>40</sup> Ernesto Miranda, koji je zahvaljujući odluci Vrhovnog suda

33 *McNabb v. United States* (1943), *Mallory v. United States* (1957).

34 *Escobedo v. Illinois* (1964).

35 Više o tome: E. E. Peoples, *op. cit.*, str. 87–88.

36 Radilo se o klasičnom postupku izbornog prepoznavanja lica (*placed in lineup*), slično kao što je to propisano i pravilima našeg Zakonika o krivičnom postupku.

37 Više o tome: E. E. Peoples, *op. cit.*, str. 90.

38 *Ibid.*, str. 91.

39 U SAD važi načelo *ne bis in idem* (*prohibition of double jeopardy*), ali u ovom slučaju se moglo ponovo suditi uz obavezu da se u ponovljenom krivičnom postupku ne koristi konkretan pravno nevaljan dokaz, slično kao što se u našem krivičnom postupku postupa kada se žalbenom postupku ukine prvostepena presuda i predmet vrati prvostepenom sudu radi ponovnog suđenja.

40 Radi se o dve kazne (relativno određenog trajanja, prema sistemu koji važi u nekim državama SAD), koje su izrečene kumulativno, kao što se i inače, u SAD po pravilu, izriču kazne za kri-

SAD i na njoj nastalom „gvozdenom pravilu“,<sup>41</sup> postao svetski poznat, je u aprilu 1975. godine pušten na uslovni otpust, ali je vrlo brzo zlosrećno nastradao.<sup>42</sup>

### 3.5. *Pojavljivanje uhapšenog pred pravosudnim službenikom*

Osumnjičeni se, odmah nakon što ga je policija uhapsila, „bukira“ u policijskoj stanici, što se svodi na saslušanje, odnosno ispitivanje od strane policije, uz obavezno sastavljanje zapisnika, te uzimanje otisaka prstiju od osumnjičenog i njegovo fotografisanje.

Nakon sprovedenih policijskih radnji (tzv. bukiranje), osumnjičeni koji je lišen slobode se mora *bez bilo kakvog neopravdanog odlaganja*, sprovesti odgovarajućem pravosudnom organu. U pitanju je „niži nivo sudskog službenika“, koji može formalno da bude u svojstvu: 1) sudije, 2) magistrata ili 3) komisionara.<sup>43</sup> Vrhovni sud SAD je 1991. godine svojom odlukom utvrdio da maksimalni rok zadržavanja uhapšenog od strane policije, a do njegovog sprovođenja radi sudskog saslušanja koje bi poslužilo za ocenu opravdanosti hapšenja, iznosi najduže 48 časova.

Izvođenjem pred sud osumnjičenog kojeg je policija prethodno lišila slobode, ostvaruju se sledeći osnovni ciljevi:

- 1) Na taj se način omogućava osumnjičenom da bude upoznat sa svim pravima kojima raspolaže, gde je od posebnog značaja skup informacija koje on dobija u okviru Miranda upozorenja, a u nekim državama SAD je propisano da pre sudskog saslušanja, osumnjičeni mora dobiti pouke koje se odnose na druga ustavna prava koja spadaju u elemente prava na odbranu u krivičnom postupku (*Bill of Rights*), gde na primer, spada pravo na brzo suđenje, kao i pravo na suočavanje sa tzv. neprijateljskim svedocima.
- 2) Time se omogućava da pravosudni službenik (sudija, magistrat ili komisionar), kome je uhapšeni osumnjičeni priveden, bude u prilici da donese odluku o puštanju osumnjičenog na slobodu uz davanje jemstva, odnosno o odbijanju da se osumnjičeni pusti na slobodu uz jemstvo, ako se radi o krivičnom delu u pogledu kojeg se ne može dati jemstvo, što je pre svega slučaj, sa krivičnim delima zaprećenim smrtnom kaznom (*capital punishment cases*), kao i ukoliko se oceni da postoje jaki dokazi u prilog postojanja krivice osumnjičenog, a istovremeno postoji opasnost da će on pobeći, bez obzira na jemstvo.

---

vična dela učinjena u sticaju (što u ovom slučaju znači od četrdeset do šezdeset godina), za dva krivična dela o kojima se radilo u ovom slučaju, tj. za otmicu i za silovanje.

41 Inače, za ovo pravilo se u američkoj teoriji (*ibid.*, str. 90) konstatuje da „često frustrira policiju, odnosno organe krivičnog gonjenja“, a da je pri tom, „ono često bilo pogrešno shvatanje.“

42 Ernesto Miranda je jedne večeri u februaru 1976. godine, u lokalnom baru došao u sukob sa mladim Meksikancem, koji je ilegalno boravio u SAD i koji je Mirandu do smrti izbo nožem. Jedan od policajaca koji su stigli na mesto ubistva je prepoznao „čuvenog“ Ernesta Mirandu, u čijim su džepovima pronašli nekoliko kartica sa odštampanim *Miranda upozorenjem*, a koje je sam Miranda prodavao u blizini palate pravde u Marikopi. Ironijom sudbine jedan policajac je tada, opkoračujući leš Ernesta Mirande, osumnjičenom za njegovo ubistvo, pročitao prava sa jedne od kartica iz Mirandinog džepa. Navedeno u: *ibid.*, str. 91–92.

43 G. Clack (Ed.), *op. cit.*, str. 98.

- 3) Kada se radi o lakšim slučajevima, osumnjičeni se može već od strane samog pravosudnog službenika (sudija, magistrat ili komisionar), formalno pitati da li se izjašnjava kao kriv, odnosno da li poriče krivicu, pri čemu ako bi se, ukoliko osumnjičeni prizna krivicu, već tada („na licu mesta“), mogla izreći presuda, što predstavlja vid izrazito sumarnog postupka.
- 4) Kada je u pitanju tipično ozbiljnije krivično delo, dužnost je sudskog službenika kome je osumnjičeni lišen slobode priveden, da utvrdi da li osumnjičeni zahteva preliminarno saslušanje i ukoliko on traži da bude preliminarno saslušan, predmet se upućuje pred veliku porotu.

### 3.6. Postupak pred velikom porotom i preliminarni pretres

Pre samog suđenja odvija se, nakon što je lice bilo izvedeno pred pravosudnog službenika (bilo da je reč o sudiji, magistratu ili komisionaru), još jedan prethodni stadijum koji suštinski predstavlja jednu vrstu sudske kontrole optužbe. Radi se o posebnoj vrsti „međupostupka“, čija je funkcija da bude neka vrsta „filtera“ u odnosu na optužbu, tako što se oficijelno proverava da li su ispunjene pretpostavke za ulazak u narednu procesnu fazu. Za razliku od većine evropskih krivičnih postupaka, kao što je to na primer, slučaj u Nemačkoj,<sup>44</sup> tužilac u SAD ne može slučaj neposredno da iznese pred sud koji je vlastan da odlučuje o krivici.<sup>45</sup>

U SAD se, prema pravilima koja važe na federalnom nivou, svim licima koja su optužena za krivično delo, Petim amandmanom na Ustav SAD garantuje da će se njihov slučaj razmotriti od strane velike porote. Međutim, ovo pravo je u praksi ograničeno stavom Vrhovnog suda SAD, koji je utvrdio da ono ipak nije obavezujuće za države članice SAD, tako da u stvari, samo u manje od polovine američkih država zaista postoji velika porota, pri čemu je i u nekim od država u kojima ona funkcioniše, postupak pred ovom porotom propisan samo kada se radi o određenim vrstama krivičnih dela.<sup>46</sup>

44 Kako se ovde radi o citiranom autoru koji je iz Nemačke (P. Hay, *op. cit.*, str. 282), on krivični postupak SAD primarno i upoređuje sa nemačkim krivičnim postupkom, za koji je između ostalog, karakteristično i da isti oblik sudske funkcionalne nadležnosti (samo pretresno veće ili sudija pojedinac), kome se podnosi optužnica, sprovodi odgovarajuću kontrolu optužnice, te onda, ako je optužnica potvrđena, pred istim tim sudom se zatim odvija dalji tok krivičnog postupka, tj. održava glavni pretres.

45 Ulogu „suda koji je vlastan da odlučuje o krivici“ u stvari, u SAD po pravilu ni nema profesionalni sud, već porota koju sačinjavaju obični građani, dok sud, tj. konkretni sudija kada je reč o klasičnom porotnom suđenju ne odlučuje o krivici, već samo vodi računa o poštovanju procesnih pravila tokom izvođenja dokaza, što je povereno strankama, pa tek onda kada porota donese odluku da je krivica dokazana, sudija „stupa na veliku scenu“ i izriče kaznu, u pogledu čega mu određene instrukcije (kao na primer, da li su ste stekli uslovi za tzv. kapitalnu krivičnu sankciju, tj. smrtnu kaznu), može dati i sama porota.

Samo u određenim situacijama sudija profesionalac donosi odluku o postojanju krivice, kao kada se u SAD vode određene vrste sumarnog postupka i po pravilu kada je reč o „sitnijim deliktima“, tj. nekoj vrsti prekršaja, ili kada se odlučuje, na temelju postojanja priznanja krivice, kada u stvari, sudija ni ne utvrđuje krivicu, već samo proverava da li priznanje krivice ima dovoljno kredibiliteta, pa ako je tako, izriče presudu bez izvođenja drugih dokaza.

46 G. Clack (Ed.), *op. cit.*, str. 99.

U onim državama u kojima ne postoji velika porota propisuje se drugačiji oblik proveravanja da li su se stekli uslovi za vođenje daljeg toka postupka, a to je održavanje preliminarnog pretresa, koji se svodi na jedan oblik kontradiktornog postupka koji se odvija samo pred sudijom pojedincem. Nezavisno od forme u kojoj se ovakvo saslušanje odvija (pred velikom porotom ili pred sudijom), njegova svrha je da se utvrdi (ne)postojanje verovatnog razloga da optuženom bude suđeno. Verovatni razlog (*probable cause*) za suđenje, odnosno dalje odvijanje postupka se u stvari svodi na odgovarajući stepen sumnje da je lice učinilo krivično delo u pogledu kojeg bi mu trebalo suditi.

### 3.6.1. Velika porota

Veliku porotu najčešće čine 16 do 23 građana, koji se obično biraju nasumice sa određenih oficijelnih lista, kao što je to na primer, spisak birača na određenom području.<sup>47</sup> Postupak pred velikom porotom nije javnog karaktera, već je naprotiv, javnost isključena i „jednpartijske“ je prirode, s obzirom da je u tom postupku prisutna samo jedna stranka, a to je državni tužilac.<sup>48</sup>

Postupak pred velikom porotom je izrazito rutinskog i pomalo „ekspresnog“ karaktera, što se ogleda i u tome što tipična velika porota na određenom području u istom sastavu obavlja svoju funkciju u vremenskom periodu koji može iznositi od jednog meseca do jedne godine, a tokom tog perioda u prilici je da se pred nju često iznese i više od hiljadu slučajeva.<sup>49</sup> Kao što je prethodno objašnjeno, u postupku pred velikom porotom se pojavljuje samo tužilac, koji pred njom prezentira dokaze na kojima „gradi“, tj. zasniva svoj slučaj. Optuženi, kao i njegov branilac, ne samo da nisu prisutni u ovom postupku, već oni uobičajeno ni „nemaju pojma“ pred kojom konkretnom velikom porotom se odvija postupak.<sup>50</sup>

Ukoliko većina članova velike porote stekne stav da postoji odgovarajući stepen verovatnoće da je optuženi učinio krivično delo, tj. da egzistira tzv. verovatni razlog za suđenje (*probable cause*), što se praktično svodi na sumnju u odgovarajućem stepenu da je optuženi učinio krivično delo, tada se tek donosi formalna optužnica. Obrnuto, ako većina u velikoj poroti odluči da nema verovatnog razloga za suđenje, formalna optužnica se neće ni donositi. S obzirom da tek iz pozitivne odluke velike porote u odnosu na optužbu i proizlazi formulisanje optužnice u njenom formalnom obliku (*indictment* ili *bill*), odlučivanje velike porote se može smatrati nekom vrstom kontrole „optužbe“, ali ne i same „optužnice“, jer nje ni nema sve dok sama velika porota ne odluči da je treba formulisati.

Postupak pred velikom porotom i njena uloga su često izloženi kritikama, pa se tako, ističe da ona uopšte ni ne preispituje niti kontroliše odluke tužioca, već samo

47 U nekim državama SAD kao izuzetak postoje velike porote koje su brojana nešto manje, pri čemu je za donošenje odluke potrebna odgovarajuća kvalifikovana većina glasova. Na primer, velika porota u Teksasu ima 12 članova, a za donošenje odluke je potrebno da 9 porotnika glasaju „za“. Više o tome: J. M. Sheb and J. M. Sherb, *Criminal Law and Procedure*, Fourth Edition, Wadsworth/ Thomson Learning, Stanford, 2002, str. 475.

48 P. Hay, *op. cit.*, str. 283.

49 G. Clack (Ed.), *op. cit.*, str. 100.

50 *Ibidem*.

formalno „pečatira“ njegovu optužnicu, kako bi se postupak nastavio, pri čemu se procenat potvrđenih optužnica kreće oko 99,6 %, što ukazuje da velika porota „maltene nikada ne protivreči odluci tužioca“, što se ilustruje sledećim komentarom Vrhovnog suda Kalifornije:<sup>51</sup> „Tužilac ima punu kontrolu nad postupkom; on poziva svedoke, prezentuje dokaze, služi kao pravni savetnik porotnicima, ukazujući im da li je prekršen zakon i koji je zakon prekršen. Velika porota je nezavisna samo u organizacionom smislu, s obzirom na to da i formalno nije deo tužilaštva. Tužilac je danas slobodan da u svako doba optuži bilo koga za bilo šta i velika porota će uvek potvrditi njegovu odluku.“<sup>52</sup> U SAD se ističe da u istorijskom smislu postoje dva osnovna argumenta u prilog postojanju postupka pred velikom porotom: „S jedne strane, velike porota služi kao kontrola u odnosu na državnog tužioca, kako on ne bi koristio svoju funkciju u cilju uznemiravanja nevinih lica ili iz određenih političkih razloga, tako da ta svojevrsna grupa građana koji nisu povezani sa slučajem, ima priliku da sebe „postavi“ između nekog „neetičkog tužioca“ i optuženog.“<sup>53</sup> S druge strane, velika porota obezbeđuje da državni tužilac mora u svakom slučaju obezbediti dovoljno dokaza za optužbu, a ne da optužuje proizvoljno, te tako problemima i troškovima izlaže kako državu, tako i optuženog.“<sup>54</sup>

### 3.6.2. Preliminarni pretres

U većini država SAD, Velika porota je ukinuta, što je još jedna praktična posledica nastojanja da se krivična procedura učini jednostavnijom, a pre svega ekonomičnijom. Kao što je prethodno već objašnjeno, i u onim američkim državama koje su zadržale institut Velike porote, njeno odlučivanje nije obavezno u svakom slučaju, već je rezervisano samo za određene vrste krivičnih dela, dok se onda, kada se radi o drugim inkriminacijama, umesto saslušanja pred Velikom porotom, primenjuje preliminarni pretres pred sudijom.<sup>55</sup>

51 Hawkins v. Superior Court, 22 Cal. 3<sup>rd</sup> 584, 150 Cal Rptr. 435, 586 P.2d 916, 1978 (preuzeto iz citiranog rada).

52 V. Bajović, *Sporazum o priznanju krivice – uporedno-pravni prikaz*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009, str. 38.

53 Prethodno navedeni procenat saglasnosti velike porote sa stavom tužioca (99,6 %), u velikoj meri dovodi u pitanje ovu konstataciju, mada bi verovatno oni koji zastupaju ovakav stav u odnosu na pozitivnu ulogu velike porote, mogli da istaknu da tako visok stepen usaglašenosti između velike porote i tužioca nije posledica olakog prihvatanja tužilačke verzije od strane velike porote, već da naprotiv, tužilac svestan objektivnosti velike porote, ne iznosi pred nju one slučajeve koji nisu dovoljno dokazno kredibilni, odnosno kompletno potkrepljeni valjanim dokazima, iz kojih onda jasno proizlazi postojanje verovatnog razloga za suđenje. S druge strane i sami citirani autori koji navode istorijske razloge u prilog postojanju velike porote, na neki način implicitno priznaju njeno izuzetno rutinsko postupanje, jer navode da se u relativno kratkom vremenskom periodu pred konkretnom velikom porotom smenjuje ogroman broj slučajeva, što bi praktično impliciralo da ona odlučuje „kao na traci“, a što onda teško može da se doživi kao zaista realna i objektivna kontrola optužbe, tim pre što taj posupak nije kontradiktoran, već je jednostranačkog karaktera.

54 G. Clack (Ed.), *op. cit.*, str. 100.

55 U terminološkom smislu bi se umesto o preliminarnom pretresu (što je izraz koji mi ovde koristimo), moglo govoriti i o *preliminarnom saslušanju* (što bi verovatno bio u izvesnoj meri bukvalniji prevod originalnog izraza – *preliminary hearing*), ali nam se čini da se ovde suštinski ipak ne radi o saslušanju, već o nekoj vrsti „mini suđenja“, ili „predsuđenja“, gde obe stranke imaju u

Svrha preliminarnog pretresa je da se oceni da li postoji verovatni razlog za suđenje licu kojem se stavlja na teret da je učinio krivično delo. Već tokom preliminarnog pretresa ispoljavaju se određeni elementi načela raspravnosti, koje je inače jedna od osnovnih odlika adverzijalnog tipa krivičnog postupka, čiji je tipični predstavnik američka krivična procedura.

Tokom preliminarnog pretresa, tužilac je dužan da pred sudijom (*examining judge*), prezentira svoj slučaj, tako što ga dokazno potkrepljuje, a optuženi ima pravo da unakrsno ispituje svedoke, kao i da iznosi druge dokaze koji idu njemu u prilog. Na izvestan način se ovde radi o nekoj vrsti „suđenja pre suđenja“, odnosno dokaznog postupka koji je svojevrsna „minijatura“ u odnosu na dokazni postupak do kojeg će doći ukoliko se nastavi sa krivičnim postupkom, te on uđe u stadijum klasičnog porotnog suđenja. U praksi odbrana se često odlučuje da se „ne bori“ u ovom procesnom stadijumu, te da svoje argumente sačuva za kasniji tok postupka.

Ukoliko sudija ustanovi da postoji verovatan razlog za održavanje suđenja, što se u stvari svodi na konstataciju postojanja odgovarajućeg stepena sumnje da je optuženi učinio krivično delo za koje se tereti, stvaraju se uslovi za dalji tok postupka, odnosno za održavanje porotnog suđenja. Tužilac je dužan da zajedno sa sudijom sastavi poseban formalni akt (*bill of information*) kojim se precizira optužba i kojom se određuje kada će i gde biti održano suđenje. Ovakav akt predstavlja formalizovano potvrđivanje optužnice, slično odluci koju donosi Velika porota, kada se postupak odvija pred njom.

Obrnuto, ukoliko sudija odbije optužnicu, to predstavlja vid okončanja krivičnog postupka u ovom procesnom stadijumu, ali takva odluka nema dejstvo u smislu delovanja načela *ne bis in idem*, što znači da tužilac može ponovo podneti optužnicu ukoliko dođe do novih dokaza. U stvari, na ovaj način se preliminarni pretres i ispoljava kao posebna vrsta procesnog „filtera“ u odnosu na optužbu, jer time što se odbija optužnica koja nije dokazno dovoljno utemeljena se, s jedne strane, štiti optuženi od bezrazložnog suđenja i svih neprijatnosti i deprivacija koje iz toga za njega svakako proizlaze, ali se tako s druge strane, daje i šansa tužiocu da pribavljanjem novih dokaza i činjenica u prilog svojoj „verziji“ događaja, dokazno osnaži novu i buduću optužbu u odnosu na isti slučaj i eventualno kasnije postigne „pobedu“ u postupku, jer ukoliko bi se obrnuto, ušlo u postupak zahvaljujući optužbi koja je na „staklenim“ nogama, pa onda došlo do odluke porote u prilog odbrani, tada bi načelo *ne bis in idem* onemogućilo ponovno pokretanje postupka

---

određenoj meri pravo kontradiktornog procesnog delovanja, tako što mogu iznositi sopstvene dokaze, te oponirati dokazima suprotne stranke, a sve u cilju da se sudiji pred kojim se odvija ova procesna faza, stave na raspolaganje dokazi na temelju kojih bi mogao odlučiti o osnovanosti optužbe, odnosno o postojanju ili nepostojanju tzv. verovatnog razloga za suđenje licu koje se tereti za krivično delo. Možda bi adekvatan termin mogao biti i „preliminarno ročište“ ili „preliminarna rasprava“, što sa stanovišta uobičajene procesne terminologije u našem pravnom sistemu ipak nije idealno, jer se kod nas „rasprava“ vodi u parničnom postupku, dok je za krivični postupak karakterističan „pretres“, što i predstavlja osnovni razlog koji nas je naveo da ovaj stadijum krivičnog postupka SAD označimo kao *preliminarni pretres*. Adekvatan termin koji odražava suštinu ovog specifičnog vida kontrole optužbe bi možda bio i *preliminarno raspravljavanje*, s obzirom da se radi o fazi postupka koja ima kontradiktorni, tj. raspravni karakter, jer se strankama daje pravo da dokazno oponiraju jedna drugoj.



u pogledu istog krivičnog dela, bez obzira na eventualno pojavljivanje nekih novih „optužujućih“ dokaza.

### 3.7. Ročište za izjašnjavanje optuženog o optužbi

Ukoliko je optužba procesno „opstala“, bilo odlučivanjem velike porote, bilo odlukom sudije nakon održanog preliminarog pretresa, sledeći procesni stadijum (*the arraignment*) se svodi na izvođenje optužbe pred sud, radi izjašnjavanja optuženog o optužbi. Uobičajeno tužilac ili određeni službenik javno čita optužbu pred sudom u postupku kojem prisustuvje optuženi, koji se pri tom informiše o svom ustavnom pravu da ima branioca, kao i da će mu branilac biti određen po službenoj dužnosti, kada je to neophodno, odnosno kada sam ne može da snosi troškove stručne odbrane.<sup>56</sup>

Optuženi u ovoj procesnoj fazi ima na raspolaganju nekoliko opcija u pogledu svog izjašnjavanja u odnosu na optužbu<sup>57</sup>, a uobičajeno se radi o dve dijametralno suprotne izjave: 1) izjavi optuženog kojom *priznaje krivicu*, te 2) izjavi optuženog kojom *osporava svoju krivicu*.

Optuženi se, pored toga, može na posebno obrazložen način izjasniti da nije kriv, tako što bi se pozivao na određene materijalnopravne razloge koji njegovo protivpravno delo pravom definisano kao krivično delo, ne čine krivičnim,<sup>58</sup> zbog postojanja neuračunljivosti, ili bi tvrdio da postoji apsolutna procesna smetnja za njegovo krivično gonjenje u odnosu na konkretno delo za koje se optužuje, kao kada se radi o delovanju načela *ne bis in idem*, što se shodno anglosaksonskoj terminologiji označava kao zabrana ponovnog optuživanja (bukvalno „ugrožavanja“ – *prohibition of double jeopardy*).

Posebnu vrstu izjave, odnosno formalnog *stava optuženog prema optužbi*, predstavlja njegova izjava koja bi se mogla označiti kao „implicitno priznanje“ ili nekakvo specifično „pasivno priznanje“, a koje se tradicionalno označava terminom iz latinskog jezika – *nollo contendere*. Radi se o izjavi kojom optuženi ne negira činjenice izložene u optužbi, tvrdeći da on nije učinio bilo koje krivično delo ili to može biti izraženo u obliku tvrdnje da optuženi optužnicu ne razume. Ovom izjavom optuženi prihvata da se slučaj ne iznese pred porotu, već da mu sam sudija, bez vođenja daljeg postupka izrekne kaznu.

56 G. Clack (Ed.), *op. cit.*, str. 100.

57 Više o tome: *ibid.*, str. 100–101.

58 Ovde se radi o slučaju kada postoji objektivni segment dela – *actus reus*, ali nisu ispunjeni uslovi postojanja subjektivne komponente krivičnog dela – *mens rea*, pri čemu mi ovde svesno pišemo o „protivpravnom delu koje je pravom utvrđeno kao krivično delo“, a ne o protivpravnom delu koje je zakonom utvrđeno kao krivično delo“ (pri čemu u obe varijante nedostaje krivica kao subjektivni element, pa stoga i nije reč o krivičnom delu), s obzirom na nešto drugačije dejstvo *načela zakonitosti* u anglosaksonskom krivičnom pravu u odnosu na klasično evropsko-kontinentalno krivično pravo. Na primer, u SAD određena krivična dale mogu biti propisana i drugim izvorima prava (mada je to u praksi sve ređe), a ne isključivo onima koji su zakonskog karaktera, odnosno predstavljaju odgovarajuće ekvivalente zakonima (statuti). Više o tome: M. Škulić, Načelo zakonitosti u krivičnom pravu, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, br. 1/10, Beograd, 2010, str. 81–84.



Da bi izjava tipa *nollo contendere* mogla da proizvede objašnjen procesni efekat, potrebno je da nju prihvati sudija, a u nekim situacijama takođe i tužilac, a iz prihvatanja takve izjave optuženog za njega proističu dve osnovne prednosti u odnosu na „obično“ priznanje krivice: 1) time se omogućava da se optuženi „suoči“ sa javnošću, jer je on na takav način izbegao da i formalno, tj. „tehnički“ bude „kriv“ za krivično delo, bez obzira što će i u takvom slučaju on biti kažnjen,<sup>59</sup> te 2) takva izjava se može koristiti samo u konkretnom krivičnom postupku, što znači da optuženi time efektivno izbegava određene posledice u drugim vrstama postupka, kao na primer, u parničnom postupku za naknadu štete zbog prevare ili pronevere.<sup>60</sup>

Izjavu *nollo contendere* treba razlikovati od *Alfordovog priznanja*,<sup>61</sup> koje se sastoji u priznanju krivice optuženog, koji istovremeno tvrdi da je nevin, jer krivično delo nije učinio, što je u SAD moguće, a potpuno neprihvatljivo iz evropske perspektive.<sup>62</sup> Kako je suština krivičnog postupka SAD u *sporu*, onda kada okrivljeni prizna krivicu, samim tim nema spora, pa ni potrebe „da se određuje ko je u pravu“, jer je „pitanje istine u adverzijalnom postupku manje važno“, a „ako se okrivljeni odriče prava na porotno suđenje, ne postoji mogućnost, niti procesni mehanizam koji bi ga naterao da koristi svoja prava, ukoliko on to ne želi.“<sup>63</sup>

Ukoliko optuženi izjavi da nije kriv, sudija zakazuje suđenje i dalji postupak se odvija pred porotom. Obrnuto, ako optuženi prizna krivicu, neće ni doći do porotnog suđenja, već mu sam sudija izriče kaznu, bez bilo kakvog izvođenja dokaza u odnosu na krivično delo koje je optuženi priznao i koje se tada smatra nespornim. Potrebno je da sudija pre toga prihvati priznanje optuženog, što će on učiniti ukoliko oceni da je priznanje dato dobrovoljno i da je optuženi svestan svih implikacija svog priznanja krivičnog dela.

Sudija se ne upušta oficijelno u problematiku ocene dokaznog kredibiliteta priznanja, već je dovoljno da sudija stekne uverenje da je priznanje *dobrovoljno* i da je optuženi *svestan implikacija* svog priznanja. Nije potrebno da postoje bilo kakvi drugi dokazi koji bi kao takvi, dodatno potkrepljivali priznanje. Samo priznanje po sebi omogućava da optuženi bude osuđen, a njegova izjava kojom prizna krivicu se smatra ekvivalentom formalnog oglašavanja krivim (*formal verdict of guilty*), do čega dolazi onda kada dođe do porotnog suđenja, pa porota nakon završenog dokaznog (stranačkog) postupka zaključuje da je optuženi kriv.

59 Ovakva varijanta izjave optuženog je još jedna od osobenosti koja proizlazi iz striktno adverzijalnog karaktera američkog krivičnog postupka i nedelovanja načela istine u tom postupku (jer ako optuženi ne negira činjenice iz optužbe, tj. ne spori ih, zašto bi se onda izvodili dokazi u pogledu njihovog postojanja), mada je prilično čudno da optuženi u ovoj situaciji ne biva oglašen krivim, niti se formalno („tehnički“ kako to objašnjavaju američki autori), tretira kao kriv, a da se ipak, smatra da postoji krivično delo, te da, što je najvažnije, a u stvari „najneobičnije“, optuženi biva i kažnjen za takvo krivično delo. „Neobičnost“ izjave tipa *nollo contendere* je naravno, uočena i u samim SAD, pa stoga ona u većini američkih država nije ni dozvoljena, iako je omogućena saveznom regulativom.

60 Više o tome: G. Clack (Ed.), *op. cit.*, str. 101.

61 North Carolina v. Alford (1970).

62 V. Bajović, *op. cit.*, str. 72.

63 *Ibidem*.

### 3.8. Sporazum o priznanju krivice u SAD

Danas se sporazum o priznanju krivice, ili drugim rečima, „ispregovavano“ ili „dogovoreno“ priznanje krivice optuženog, u svetu uobičajeno smatra najdistinktivnijom osobenošću američkog krivičnog postupka, iako se radi o ustanovi, odnosno procesnom mehanizmu koji ne postoji izvorno u američkoj krivičnoj proceduri.<sup>64</sup> Naime, sve do pedesetih godina 19. veka, klasično porotno suđenje je u SAD uvek bilo pravilo, a *plea bargaining* je faktički uveden u veoma ograničenom vidu, u drugoj polovini 19. veka, da bi tek potom dvadesetih godina 20. veka (što je povezano sa drastičnim porastom stope kriminaliteta tokom perioda tzv. prohibicije),<sup>65</sup> ova ustanova postala široko rasprostranjena širom SAD, ali i tada u potpuno neformalnom vidu, bez ikakve zakonske regulative ili formalnog priznanja u sudskoj praksi, sve dok Vrhovni sud SAD 1970. godine nije svojom odlukom u slučaju „Bredi“,<sup>66</sup> tu već dugo postojeću praksu i formalno ocenio kao saglasnu pravu.<sup>67</sup>

Bukvalan prevod izraza *plea bargaining* označava „cenkanje“, „nagađanje“, „pogađanje“ o priznanju, a sam sporazum o priznanju krivice se u žargonu označava kao „deal“, što se svodi na „pogađanje“ tužioca i okrivljenog, odnosno njegovog branioca, oko ustupaka koji su spremni da pruže u zamenu za protivustupke druge

64 Koreni krivičnog postupka SAD neposredno proizlaze iz klasičnog engleskog *common law* sistema, a on u svom primarnom vidu ne poznaje nikakvo sporazumevanje tužioca i optuženog o priznanju krivice, iako se i u Engleskoj priznanje tretira kao dokaz od vrhunske važnosti (*regina probationem*), zahvaljujući kome se ne moraju izvoditi drugi ili bar ne svi dokazi tokom suđenja, već se postupak, onda kada postoji validno i kredibilno priznanje optuženog, praktično sumarno okončava izricanjem presude.

Međutim u Engleskoj nikada, što znači ni sada u pozitivnom engleskom krivičnom procesnom pravu, nije bilo moguće da se do priznanja dođe zahvaljujući stranačkom pregovaranju. U praksi optuženi relativno često priznaju krivično delo, kada smatraju da su „pritešnjeni“ dokazima (a naročito kada im to savetuje i njihov branilac), ali to apsolutno ne čine na temelju bilo kakvih pregovora sa tužiocem, niti optuženi dobijaju bilo kakve garancije u pogledu kazne koja će uslediti u presudi, koja se donosi na osnovu njihovog priznanja, mada u Engleskoj postoji prilično ustaljena praksa, po kojoj se priznanje optuženog tretira kao značajna olakšavajuća okolnost, na šta po pravilu, i računa većina optuženih koji priznaju krivično delo i time se opredeljuju za relativno sumarno okončanje krivične procedure.

65 Tako se u literaturi primećuje da je u vreme prohibicije došlo do opšteg porasta kriminaliteta u SAD, a da je u isto vreme izvođenje dokaza u krivičnom postupku veoma iskomplikovano, te da su pri tom advokati koji su ranije imali „jednu podređenu ulogu“, kroz uvođenje uspešnijih branilačkih metoda, postali sve važniji, što je dovelo i do toga da su krivični postupci postali sve složeniji i teži, a njihov ishod sve neizvesniji, pa su dužina dokaznog postupka i neizvesnost u pogledu ishoda postupka, generalno uticali na težnju stranaka za predpresnim pregovaranjem. Više o tome: Dielman, „*Guilty Plea*“ und „*Plea bargaing*“ im *Amerikanischen Strafverfahren – Möglichkeiten für das Deutschen Strafprozess?* GA, 1981, str. 558–562. Vidi više o dobu prohibicije u SAD: Đ. Ignjatović i M. Škulić, *Organizovani kriminalitet*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010, str. 33 i M. Škulić, *Organizovani kriminalitet – pojam i krivičnoprocesni aspekti*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2003, str. 74–75.

66 US Supreme Court, *U.S. v. Brady*, 397 U.S. 742, 90 S.ct. 1463 (1970).

67 S. Hubertus Kremer, *Absprachen zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten im Strafprozess – Inaugural-Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn*, Bonn, 1994, str. 229.

strane, pri čemu se sam stranački dogovor ne mora odnositi samo i isključivo na priznanje krivice, već se okrivljeni može obavezati i na ispunjenje drugih „prestacija“, poput svedočenja u krivičnim postupcima protiv drugih okrivljenih.<sup>68</sup>

Kod nas se uobičajeno smatra da je primarni cilj ustanove sporazuma o priznanju krivice rasterećenje suda i neka vrsta „relaksacije“ većine krivičnih postupaka, što se često i u samim SAD navodi kao osnovni *ratio* postojanja *plea bargaining* sistema, ali je interesantan jedan nešto drugačiji pogled iz kontinentalne Evrope (ali i uz pozivanje na ugledne američke autore), na prave razloge za postojanje takvog, danas u SAD široko rasprostranjenog procesnog mehanizma.<sup>69</sup>

Tako se, na primer, u nemačkoj literaturi navodi da rasterećenje krivičnog postupka u stvari, ipak nije osnovni razlog postojanja sporazuma o priznanju krivice (ispregovaranog priznanja, tj. *plea bargaining-a*), već suštinski razlog za postojanje ove ustanove leži u činjenici da kada se radi o mnogim deliktima, normativne mogućnosti koje se u SAD propisima daju za kažnjavanje u pogledu moguće maksimalne kazne, nisu korelativne sa jednom „razumnom proporcionalnošću“,<sup>70</sup> tako da kroz pregovaranje sa tužiocem, optuženi praktično pokušava da donekle ograniči „prostor“ sudiji u pogledu odmeravanja kazne.<sup>71</sup>

Zatim, treba imati u vidu i da odlučivanje porotnika kao običnih građana (laika) tokom samog klasičnog suđenja, nije „vremenski intenzivno“, a da optuženi od-

68 Više o tome. V. Bajović, *op. cit.*, str. 55.

69 Ovi razlozi deluju prilično razložno i ubedljivo, što nas argumentovano navodi na zaključak da od sporazuma o priznanju krivice u našem krivičnoprocesnom sistemu (kako sada, kada je on moguć samo u pogledu krivičnih dela za koja je propisana kazna do 12 godina zatvora, tako i u budućnosti, kada će takav sporazum, shodno Nacrtu ZKP-a, biti moguć za sve vrste krivičnih dela), ni u kom slučaju ne treba očekivati „čuda“, jer se situacija kod nas i već dugo prisutna praksa, a naročito ustaljena kaznena politika, značajno razlikuju od tih faktora u SAD. Ovo ćemo detaljnije objasniti u daljem tekstu – u kontekstu kritičkih razmatranja veoma loših rešenja Nacrta novog ZKP-a, čijim su odredbama, pored ostalog i suviše „olabavljeni“ uslovi za zaključenje sporazuma o priznanju krivice i što je posebno loše, na izvestan način omogućena svojevrsna „trgovina“ sa okrivljenim, jer je uvedena i varijanta koja podrazumeva obavezivanje okrivljenog sa kojim je zaključen takava sporazum, da svedoči u krivičnom postupku.

70 Ne samo što su propisane kazne u SAD (tu je poseban značaj tzv. smernica za određivanje kazni – *Federal Sentencing Guidelines*), izuzetno visoke u poređenju sa tipičnom evropskim zakonodavstvima, već na *veoma strogu kaznenu politiku*, utiče ne samo generalno izrazito punitivna atmosfera u američkoj javnosti i pravosuđu, već i *neka materijalna krivičnopravna pravila*, poput onih koja se odnose na pravilo po kome se kazne uglavnom izriču *kumulativno* za krivična dela u sticaju, te najčešće nepostojanje pravila koja bi se ticala slučajeva prividnog sticaja.

U tom su pogledu od značaja i neka procesna, pa i ustavna pravila. Na primer, načelo *ne bis in idem* (*prohibiton of double jeopardy*), je ustavnog ranga (Peti amandman na Ustav SAD), ali se ono ne odnosi na slučajeve (što nije nimalo retko u praksi), kada je jedno isto krivično delo propisano kako saveznom regulativom, tako i propisima država SAD, što znači da ako na primer; „neko opljačka banku u Nju Džersiju, on time krši kako pravo federacije, tako i pravo države u kojoj je krivično delo učinjeno. To lice može biti legalno krivično gonjeno i osuđeno odlukom suda u Nju Džersiju za to krivično delo, a potom se protiv njega može za isto krivično delo voditi krivični postupak pred sudom na saveznom nivou.“ Više o tome: G. Clack (Ed.), *op. cit.*, str. 106.

71 Više o tome: Th. Weigend, *Strafzumessung durch die Parteien – das Verfahren des Plea bargaining im Amerikanischen Recht*, *ZStV* 94, 1982, str. 200–204.

luku porote često iščekuje sa „velikom neizvesnošću“, pa ga i to motiviše da se na neki način „obezbedi“ zaključenjem sporazuma sa tužiocem.<sup>72</sup>

Konačno, razlog za široko primenjivanje *plea bargaining* mehanizma u SAD proizlazi i iz činjenice da „američki branilac“, suprotno onome što se praktikuje u Evropi („inkvizitorski“ postupak),<sup>73</sup> sam mora da utvrđuje činjenice koje idu u prilog odbrani, odnosno izvodi dokaze u korist odbrane, pa tako na primer, odbrana sama mora da se postara da pronađe „svoje“ svedoke, kao i da samog optuženog pripremi za unakrsno ispitivanje, što je sve, između ostalog, skopčano i sa značajnim gubitkom vremena, te velikim finansijskim izdacima, tako da je u cilju uštede vremena i novca, branilac često spreman na pregovaranje sa tužiocem, a naročito s obzirom na činjenicu da u praksi on zahvaljujući jednom „razumnom“ sporazumu sa tužiocem, može više da postigne za svog klijenta, nego što bi to uspeo kada bi došlo do klasičnog porotnog suđenja.<sup>74</sup>

U američkoj literaturi se navodi da, kako na nivou država, tako i na saveznom nivou, najmanje 90 % svih „krivičnih slučajeva“ nikada ne dospe na suđenje, jer se tužilac i branilac optuženog<sup>75</sup> dogovore o optužbi i „presudi koju će „država“ predložiti sudu“,<sup>76</sup> što se efektivno svodi na obećanje određenog oblika ublažavanja kazne u zamenu za priznanje krivice, a s obzirom na to da se primenom *plea bargaining* mehanizma, „sudbina optuženog virtuelno rešava bez suđenja, uloga sudije je da jednostavno obezbedi ispravnu i zakonitu proceduru“, kao i poštovanje ustavnih prava optuženog.<sup>77</sup>

Postoje tri osnovna tipa *plea bargaining-a*, odnosno sporazumevanja između tužioca i odbrane, prema kriterijumu predmeta njihovog sporazuma, pri čemu se

72 Više o tome: S. Hubertus Kremer, *op. cit.*, str. 235.

73 Atribut „inkvizitorski“ je pod navodnicima (pretežno anglosaksonski autori sasvim rutinski koriste taj atribut, kada njime obeležavaju tipične krivične procedure u kontinentalnoj Evropi), jer savremeni evropsko-kontinentalni krivični postupci nisu naravno, čisto inkvizitorskog karaktera (takvi čisto inkvizitorski postupci se sada posmatraju samo u istorijskom smislu), ali u klasičnim evropsko-kontinentalnim krivičnim procedurama postoje značajni i upadljivi inkvizitorski elementi (što nije nikakva anomalija ovih sistema, već naprotiv, njihova značajna komparativna prednost odnosu na čisto adverzijalno konstruisane krivične procedure), a posebno vezano za delovanje načela istine i postojanje oficijelne dužnosti suda da oficijelno utvrđuje činjenice koje su relevantne za ustanovljavanje potpunog i tačnog činjeničnog stanja, odnosno drugim rečima – *istine* i onda kada za to uopšte ni ne postoji stranačka dokazna inicijativa, dakle po sopstvenoj intenciji samog suda.

74 S. Hubertus Kremer, *op. cit.*, str. 235–236.

75 U citiranom tekstu se govori samo o pregovaranju, odnosno dogovaranju „tužioca i branioca optuženog“, a ne i samog optuženog, s obzirom da, iako bi to formalno bilo moguće, u praksi skoro da nema slučaja da se sam optuženi dogovara sa tužiocem, već to po pravilu, čini njegov branilac. I inače, *adverzijalna konstrukcija postupka*, skoro da podrazumeva obavezno učešće branioca, tj. kvalifikovanog pravnika, odnosno advokata na strani odbrane u postupku, jer optuženi koji je najčešće pravni laik, teško može da „parira“ državnom tužiocu, a u konkretnom slučaju, kada je reč o sistemu *plea bargaining-a*, neuporedivo je jednostavnije kada se u statusu „pregovaračkih strana“, nađu dva kvalifikovana pravnika, tj. državni tužilac i branilac optuženog.

76 Uobičajeno se pod „državom“ u ovakvoj vrsti konstatacije, u SAD podrazumeva njen formalni reprezent u odnosu na krivično gonjenje, a to je državni tužilac.

77 G. Clack (Ed.), *op. cit.*, str. 101.

ti tipovi *moгу i međusobno kombinovati*: 1) redukcija optužbe tako što se tužilac fokusira na lakše krivično delo, odnosno lakši oblik krivičnog dela koje je predmet optužbe, 2) odustanak tužioca od krivičnog gonjenja u pogledu pojedinih krivičnih dela, te 3) postizanje saglasnosti tužioca i odbrane u pogledu kazne čije će se izricanje predložiti sudiji.<sup>78</sup> Uvek kada se postigne bilo koja varijanta sporazuma između tužioca i optuženog, odnosno odbrane uopšte, to podrazumeva da se tužilac obavezuje na određene „ustupke“ odbrani, dok se osnovna obaveza optuženog sastoji u davanju izjave kojom priznaje krivicu.

**Najuobičajenija varijanta *plea bargaining-a*** se svodi na dogovor između tužioca i odbrane u odnosu na krivično delo za koje će tužilac goniti, pa se tako, tužilac obavezuje da krivično goni za neko manje teško krivično delo ili manje težak oblik konkretnog krivičnog dela, što je optuženom u interesu kako u cilju dobijanja manje kazne, tako i radi izbegavanja socijalne stigmatizacije do koje dolazi kada bude osuđen za teže krivično delo i to bude uneto u kaznenu evidenciju. Posebnu podvarijantu ovakvog oblika sporazuma predstavlja obavezivanje tužioca da neće tražiti da se priznato krivično delo unese u kaznenu evidenciju koja se tiče optuženog.

**Druga osnovna varijanta *plea bargaining-a*** predstavlja formu postupanja državnog tužioca po načelu oportuniteta krivičnog gonjenja, jer se ovaj tip sporazuma svodi na pristanak tužioca da radi dobijanja priznanja optuženog za određeno krivično delo/određena krivična dela, odustane od optužbe za drugo krivično delo, odnosno druga krivična dela, ili određene oblike konkretnih krivičnih dela iako bi inače, i za takvo krivično gonjenje postojali potrebni pravni i procesni osnovi. Ova varijanta *plea bargaining-a* ima svoje dve podvarijante. To su: 1) „vertikalna“ varijanta, koja se svodi na pristanak tužioca da krivično ne goni za neko teže krivično delo, već da se fokusira na krivično gonjenje u pogledu određenog lakšeg krivičnog dela, te 2) „horizontalna“ varijanta, koja podrazumeva odustanak od određenog moguće dodatnog krivičnog gonjenja za neko drugo krivično delo, povezano sa osnovnim krivičnom delom u odnosu na koje se optuženi krivično goni.

Posebnu varijantu u okviru drugog osnovnog tipa *plea bargaining-a*, predstavlja sporazum po kojem tužilac u zamenu za dobijanje priznanja pristaje da u postupku protiv višestrukog povratnika, ne zahteva njegovo kažnjavanje kao „učinioca iz navike“. I ovde se u stvari, može dobro uočiti poprilična, odnosno izrazita strogost regularnog američkog krivičnogpravnog sistema, jer je na saveznom nivou, kao i u većini država SAD, pravilo da se učinilac koji po treći put bude osuđen za određeno krivično delo sa elementom nasilja, bude formalno tretiran kao *kriminalac iz navike*, a što onda podrazumeva da mu se *obavezno izriče kazna doživotnog zatvora*.<sup>79</sup> U zamenu za priznanje krivice, od primene ovog pravila se može odustati i to naravno, predstavlja izuzetno snažan motiv učiniocu da pristane na sporazum sa tužiocem.

78 Više o tome: *ibid.*, str. 101–102.

79 Ovo je vid *generalne američke koncepcije*, koja je izuzetno stroga (neko bi rekao i „surova“) i po kojoj je primarna funkcija krivičnogpravnog sistema, pa samim tim i svrha krivičnog sankcionisanja – *zaštita društva*, a ne popravlanje učinilaca, njihova resocijalizacija, odnosno bilo šta slično od proklamovanih ciljeva krivičnih sankcija u većini kontinentalno-evropskih zakonodavstava, što se od strane američkih konzervativaca često doživljava kao svojevrsni „spisak lepih želja“, pa i vid suviše „mekoće“ klasične Evrope.



U okviru drugog osnovnog tipa *plea bargaining-a*, postoji i varijanta koja proizlazi iz načelne krutosti američkog sistema u pogledu sticaja krivičnih dela i pravila po kojima se određuje nadležnost suda. Tako po pravilu, ako učinilac odgovara za više krivičnih dela za koja se goni pred različitim sudovima, postupak se odvija pred više sudova, što podrazumeva i posebno kažnjavanje u svakom od tih postupaka, a što je veoma nepovoljno za optuženog, pa se onda u zamenu za priznanje krivice optuženog, na predlog tužioca, od strane suda može odobriti da se postupak vodi pred jednim sudom, a što onda rezultira ukupno blažim kažnjavanjem optuženog.

Treća osnovna varijanta *plea bargaining-a* podrazumeva saglasnost stranaka u pogledu kazne, što u praksi znači da tužilac pristaje da ako dobije priznanje krivice optuženog, zauzvrat sudu predloži izricanje određene blaže kazne u odnosu na kaznu koju bi inače, predložio u konkretnom slučaju. Ono što je posebno interesantno iz perspektive našeg krivičnoprocesnog sistema je da u SAD tužilac ne može formalno da garantuje optuženom koji je sporazumno priznao krivično delo, da će sudija stranačku usaglašenost u pogledu predložene kazne, zaista ispoštovati. Sudija je formalno slobodan da prihvati priznanje, ako po opštim pravilima oceni da je ono verodostojno, tj. dato dobrovoljno i uz svest o njegovim posledicama, a da potom, kaznu izrekne prema svojoj slobodnoj oceni, nevezano za predlog tužioca.

U praksi se dešava da sudija izrekne veću kaznu od predložene, ali po pravilu, to odstupanje nije enormno. Naime, na saveznom nivou državni tužilac može optuženom obećati da će mu sudija najverovatnije izreći odgovarajuću krivičnu sankciju, uz „punu uverenost da će sudija ispoštovati tužiočevu preporuku“, a ako sudija ne bi tako učinio, to bi onda brzo narušilo kredibilitet konkretnog tužioca, ali bi zahvaljujući tome istovremeno došlo i do masovnog odustajanja drugih optuženih od sporazumevanja sa tužiocem, odnosno oni ne bi pristajali da priznaju krivična dela, a tada bi sudovi vrlo brzo postali preopterećeni, čega su sudije svesne, pa stoga, po pravilu, vrlo spremno prihvataju preporuke tužilaca u pogledu kažnjavanja, onda kada je kazna predmet sporazuma o priznanju krivice.<sup>80</sup>

### 3.9. Porotno suđenje

Šesti Amadnman na Ustav SAD garantuje „optuženom za sve vrste krivičnih dela pravo na brzo i javno suđenje, od strane nepristrasne porote u državi i na području, u kojoj je i gde je krivično delo učinjeno.“ Ova ustavna odredba se u praksi interpretira tako da važi za sva krivična dela koja su zaprećena kaznom od šest meseci zatvora, ili težom kaznom, dok se smatra da u pogledu većine krivičnih dela za koja je propisana kazna manja od šest meseci zatvora, ne postoji pravo na porotno suđenje.<sup>81</sup>

---

Kategorija višestrukih povratnika, odnosno „kriminalaca iz navike“ (a to se formalno prilično lako postaje – dovoljna je treća osuda za krivično delo određene vrste), se tretira kao *nepopravljiva* i kao takva se *trajno izoluje od društva*, što se svodi na izricanje kazne doživotnog zatvora.

80 Više o tome: G. Clack (Ed.), *op. cit.*, str. 102.

81 D. Hall, *Criminal Law and Procedure*, „Lawyers Cooperative Publishing“ & „Delmar Publishing“, New York, 1992, str. 335.

Osim prava na porotno suđenje, optuženi tokom samog suđenja ima i niz prava koja su elementi njegovog prava na odbranu, od kojih su najznačajnije njegovo pravo da ima branioca, koji će mu biti postavljen po službenoj dužnosti, ukoliko sam nema sredstva za njegovo angažovanje, kao i pravo da ne bude svedok protiv samog sebe, što u stvari predstavlja pravo na nesamooptuživanje. Svog prava na porotno suđenje, optuženi se može odreći, ukoliko se opredeli da se postupak vodi samo pred sudijom, a ako to ne učini, „njegovu/njenu sudbinu će odrediti odluka porote, koju na saveznom nivou čini 12 građana, dok su na nivou država moguće porote koje imaju i manje članova.“<sup>82</sup>

Porota ima ulogu „istraživača („pronalazača“) činjenica“, u smislu da ona odlučuje striktno o činjeničnom pitanju koje se tiče „krivice“,<sup>83</sup> odnosno „nevinosti“, što je pravo optuženog, koji pri tom „nema pravo“ da porota odlučuje o bilo kojim drugim pitanjima, kao što bi to bila adekvatna kazna, odnosno odgovarajuća presuda ili problematika primene prava, iako je u nekim državama moguće da porota „preporučiti“ sudiji određenu kaznu, iako za tako nešto ne postoji osnov u saveznom Ustavu.<sup>84</sup>

Pre samog porotnog suđenja, koje je čisto adverzijalnog karaktera, moraju se realizovati sledeće aktivnosti: 1) sprovesti izbor porotnika, te 2) održati prethodno ročište.

### 3.9. 1. Selekcija porotnika

Pre neposrednog započinjanja porotnog suđenja, neophodno je utvrditi konkretan sastav porote. Porotnici svoju funkciju ne obavljaju u odnosu na neodređeni broj slučajeva u odgovarajućem vremenskom periodu (poput na primer, sudija-porotnika u našem krivičnoprocesnom sistemu, a slično je i u drugim evropskim državama koje imaju sistem tzv. prisuditeljstva, kao što to primer radi, slučaj u Nemačkoj), niti se porotnici uopšte biraju za više slučajeva, već se samo za jedno konkretno suđenje biraju konkretni članovi porote.

Porotu sačinjavaju obični građani, a sama selekcija porotnika je svojevrsno „prethodno“ pitanje, za čije su rešavanje obe strane – kako tužilac, tako i odbrana,

82 G. Clack (Ed.), *op. cit.*, str. 106–107.

83 U stvari, *krivica*, kao i njen opozit *nevinost* mogu primarno da se shvate kao materijalne krivičnopravne kategorije, što je naročito upadljivo kada se radi o krivici, kao subjektivnom elementu opšteg pojma krivičnog dela, a što ima svoj ekvivalent i u materijalnom anglosaksonskom krivičnom pravu, u kojem krivično delo ima dva osnovna segmenta; objektivni – *actus reus* i subjektivni – *mens rea*. Međutim, *krivica*, a isto važi i za *nevinost*, mogu da se na izvestan način posmatraju i kao fakticiteti, o čemu se i radi, kada je u pitanju odlučivanje porote, koja u stvari, svojom odlukom izražava svoj stav u pogledu dokazne uspešnosti stranaka tokom suđenja, tako da ukoliko porota odluči da je optuženi kriv, to bi značilo da je tužilac uspeo sa optužbom, a da je odbrana poražena i obrnuto, ako porota konstatuje da optuženi nije kriv (što po logici stvari, znači da je nevin, a što pomalo može da zbuni, jer i inače, tokom krivičnog postupka, važi pretpostavka nevinosti), onda je odbrana postigla uspeh, a optužba je poražena. Porota svojom odlukom samo **formalno konstatuje postojanje ili nepostojanje krivice u faktičkom smislu**, sa stanovišta svoje stečene impresije o (ne)dokazanosti optužbe, te u pogledu (ne)uspešnosti u obaranju pretpostavke nevinosti, a time porota ne ulazi, niti to može formalno da učini, u materijalnopravnu problematiku krivice kao subjektivne komponente krivičnog dela.

84 D. Hall, *op. cit.*, str. 337.



veoma zainteresovane, jer nije sporno da od stanja svesti konkretnih članova porote, njihovih sklonosti, stepena objektivnosti ili obrnuto pristrasnosti, (ne)postojanja eventualnih predrasuda i niza drugih ličnih faktora, zavisi kako će u konkretnoj situaciji, glasati konkretni porotnik. Kako je američko adverzijalno suđenje u izvesnoj meri i svojevrsna „predstava“ ili „sudski show“ za porotu kao specifičnu publiku, vrlo je važno da takva „publika“ bude prijemčiva za stranačku verziju slučaja, pa se stoga, obe stranke trude da u poroti bude što više članova za koje mogu pretpostaviti da će „biti na njihovoj strani“, a da eliminišu one za koje bi mogli posumnjati da im neće biti skloni. Na primer, neko ko je potencijali rasista, sigurno nije podoban porotnik kada se sudi nekom Afroamerikancu ili žena koja je sama bila žrtva silovanja, često ne može biti sasvim objektivna, kada se sudi optuženom za silovanje i sl.

U SAD je *građanska dužnost* svakog građanina, koji inače ispunjava uslove da bude porotnik (na primer, da nije ranije osuđivan za teška krivična dela), da postane porotnik, ukoliko ga „država pozove“. Građanin takvu „ponudu“ ne može bezrazložno odbiti, odnosno ako odbije tu vrstu poziva, samim tim čini poseban delikt i može biti novčano kažnjen. Opravdani razlozi na koje se građanin može pozvati, ako ne može da prihvati dužnost porotnika, bi, na primer, bili neka teška bolest, porodična situacija i sl. Načelno se porotnici u tzv. prvom krugu, kada primarna selekcija može obuhvatati i više od 100 lica (u nekim ekstremnijim slučajevima selekcija je obuhvatala i više stotina građana, pa čak i preko 1000), biraju iz odgovarajućih regularnih rutinski vođenih evidencija građana, poput na primer, spiska birača na određenom području (što je najčešća praksa), pa čak i spiska vozača, odnosno posjednika vozačke dozvole i sl.

Primarno se iz prvog spiska potencijalnih porotnika eliminišu oni koji su već na prvi pogled nepodobni, odnosno za koje je sasvim jasno da postoji velika verovatnoća da budu pristrasni u konkretnom slučaju. Pravilo je da se grupa potencijalnih porotnika okupi u sudu kada se oni javno pitaju o određenim njihovim kvalifikacijama i osobinama koje bi ih mogle učiniti manje ili više podobnim da budu porotnici u konkretnom slučaju, što se svodi na tzv. proces „voir dire“, a moguća su brojna pitanja, poput na primer, uobičajenih pitanja tužioca: „Da li ste državljanin SAD?“, „Da li dobro vladate engleskim jezikom?“, „Da li ste vi ili neko u vašoj porodici osuđeni za neko krivično delo?“, „Da li ste nešto čitali o slučaju ili ste već formirali svoje mišljenje?“<sup>85</sup> U prošlosti je postojala mogućnost da se traži izuzeće potencijalnih porotnika praktično iz bilo kojeg razloga, ali je to nedavno promenjeno odlukom Vrhovnog suda SAD, koji je tumačeći Četrnaesti amandman na Ustav SAD, zaključio da nije dopuštena eliminacija mogućih porotnika, koja bi se zasnivala na određenim diskriminatorским osnovama, kao na primer, zato što se radi o „Afroamerikancu ili o ženi“.<sup>86</sup>

Strankama se omogućava da se upoznaju sa spiskom svih potencijalnih porotnika, a onda im se daje mogućnost da označe i to bez potrebe obrazlaganja, one koje smatraju nepoželjnim, pri čemu to ne mogu činiti neograničeno, već se okrivljenom po saveznom pravilu daje mogućnost da eliminiše deset porotnika, odnosno dva-

85 G. Clack (Ed.), *op. cit.*, str. 107.

86 *Ibidem.*

deset u postupcima za krivična dela za koja je propisana smrtna kazna, dok tužilac može tražiti isključenje šest potencijalnih porotnika, dok je u većini država u ovom pogledu položaj stranaka izjednačen.<sup>87</sup>

Postupak izbora porotnika uz stranačke prigovore u pogledu pojedinih potencijalnih porotnika, može veoma dugo trajati, a završava se kada konačno bude izabrano svih 12 članova porote, koji pred sudijom polažu zakletvu da će nepristrasno doneti odluku. U nekim državama postoje šestočlane porote, isto kao što je u nekim državama SAD moguće da se izaberu i „alternativni porotnici“,<sup>88</sup> koji prisustvuju suđenju i prate njegov tok, ali ne učestvuju u glasanju, odnosno u odlučivanju o (ne)postojanju krivice optuženog, osim ukoliko određeni „originalni“ porotnik iz nekog razloga bude onemogućen da ostane u sastavu porote, kada njega zamenjuje „alternativni“ porotnik.<sup>89</sup>

### 3.9.2. Prethodno ročište

Pre započinjanja samog suđenja, održava se specifična „preliminarna konferencija“, odnosno jedna vrsta „prethodnog“ ili „pripremnog“ sudskog ročišta.

Obe stranke, kao i branilac pred sudijom i porotom daju izjave u pogledu dokaza koje nameravaju da izvedu tokom suđenja, što se ne čini preterano detaljno, već u onoj meri u kojoj je neophodno, jer je osnovni cilj ovakvog ročišta da članovima porote, koji su pravni laici obezbedi uvid u osnovne dokazne intencije obe stranke, te nagovesti koje je značenje i važnost pojedinih dokaza koji će biti izvedeni, što onda omogućava da se porotnici kasnije lakše snađu kada se ti dokazi budu izvodili na suđenju.<sup>90</sup> Po pravilu, u ovom stadijumu prvo izlaže tužilac, a zatim odbrana.

### 3.9.3. Održavanje suđenja pred porotom i izricanje krivične sankcije

Osnovna osobenost samog suđenja u SAD je njegov striktno adverzijalni karakter. Suđenje se suštinski svodi na dokazni „dvoboj“ stranaka pred porotom i sudijom. Stranke same pribavljaju i izvode dokaze, a sudija je dokazno pasivan i njegova je uloga svedena na vođenje računa o poštovanju procesnih pravila u odnosu na način izvođenja dokaza, te se stara o zakonitosti, u smislu da ne dozvoljava izvođenje dokaza koje bi bilo suprotno zakonu, tj. korišćenje određenih pravno nevaljanih dokaza.

Kao i svaki „dvoboj“, i ovaj „stranački duel“ ima dva osnovna segmenta: 1) napad i 2) odbranu, što u stvari, znači da se celokupno porotno suđenje odvija u dva osnovna dela – prvom u kojem se realizuje „napad“ tužioca i drugom, za koji je karakteristično oponiranje odbrane tom tužilačkom napadu. Uobičajeno se u američkoj literaturi govori o „dva slučaja“ na suđenju: 1) tužilačkom slučaju (*The prosecution's case*) i 2) slučaju odbrane (*The case for defense*).

87 Više o tome: V. Bajović, *op. cit.*, str. 41.

88 Radi se o mogućnosti koja je istovetna ustanovi dopunskih, odnosno rezervnih sudija u našem krivičnoprocesnom sistemu.

89 G. Clack (Ed.), *op. cit.*, str. 108.

90 *Ibidem*.

Postupak započinje iznošenjem dokaza tužioca. Generalno postoje dva tipa dokaza – materijalni dokazi i dokazi do kojih se dolazi svedočenjem. U materijalne ili fizičke dokaze (*physical evidences*), spadaju različiti predmeti, poput zrna vatrenog oružja, samo vatreno oružje, otisci prstiju, rezultati balističkih testiranja, analize krvi i urina, uzorak rukopisa, kao i bilo kakvi drugi predmeti i dokumenti. U savremenom krivičnom postupku je i inače sve veći dokazni značaj materijalnih dokaza, a za SAD je karakteristično da je od presudne važnosti da su oni pribavljeni na legalan način, tako da je osnovni zadatak odbrane kada pokušava da oponira materijalnim dokazima, da dovede u pitanje legalnost njihovog pribavljanja, a samo u određenoj meri (s obzirom na današnji prilično visok stepen egzaktnosti kriminalističke tehnike), odbrana može da određene materijalne dokaze (naročito one koji su identifikacionog karaktera, poput otisaka prstiju i DNK analize), pokuša osporiti tako što bi isticala da nisu apsolutno pouzdani i sl.

Kada se radi o iskazima kao dokazima, do njih se dolazi saslušanjem (ispitivanjem) svedoka, koje prvo ispituje ona stranka koja ih je pozvala, tj. „čiji su to svedoci“ („prijateljski svedoci“) i taj vid saslušanja predstavlja primarno iskazivanje svedoka (*examination-in-chief*), a zatim sledi mogućnost oponiranja druge stranke, kada se odvija novo ispitivanje istog svedoka (*cross-examination*), ali sada od druge strane u odnosu na koju je taj svedok tzv. neprijateljski svedok. Konačno, na kraju svedoka ponovo ispituje ona stranka koja ga je i pozvala (*re-examination*). Kada odbrana ispituje svedoka, kojeg je prvo ispitao tužilac, njen cilj je da svedoka diskredituje, kako bi time anulirala njegov iskaz, odnosno procesno-dokazno ga diskvalifikovala (*impeachment of the testimony*), onda kada je on optužujućeg karaktera, što je naravno, tipično, samim tim što se radi o svedoku kojeg je pozvao tužilac. Ispitivanje svedoka u praksi američkih sudnica može biti izuzetno neprijatno i bespoštedno. Branilac „može pokušati da zbuni svedoka, usplahiri ga ili razbesni, prouzrokujući gubljenje samokontrole, te obezbeđujući na takav način konfuzno ili konfliktno svedočenje“, a svedočenje konkretnog svedoka optužbe može biti devalvirano iskazima svedoka odbrane.<sup>91</sup>

Nakon izvođenja dokaza tužioca, na scenu stupa odbrana, a prezentacija dokaza je po „formatu“ i stilu slična dokaznoj prezentaciji koju je prethodno imao tužilac. Na sličan način, kao što je to činio tužilac i branilac primarno ispituje „svoje“ svedoke, koje potom unakrsno ispituje suprotna strana, tj. tužilac, da bi na kraju, branilac imao mogućnost da tzv. reispitivanjem finalizuje ispitivanje „svog“ svedoka.

Sam optuženi može da bude svedok na suđenju. Jedna od najvažnijih odluka branioca je da se saglasi da optuženi bude ispitan kao svedok, odnosno sam to predloži, što je često skopčano sa rizikom u odnosu na dokazni efekat takvog iskaza, odnosno njegov uticaj na porotu. Kada se optuženi pojavi i kao svedok (primer za jednu vrstu odstupanja od načela monofunkcionalnosti u krivičnom postupku), to onda podrazumeva da ga po klasičnim pravilima prvo ispituje branilac, a potom tužilac, tj. primenjuju se uobičajena pravila unakrsnog ispitivanja svedoka. Optuženi

91 *Ibid.*, str. 108–109.

nije dužan da svedoči, a tužiocu je zabranjeno da na bilo koji način poroti upućuje komentare koji se tiču odbijanja optuženog da se pojavi i kao svedok.<sup>92</sup>

Za adverzijalno suđenje pred porotom je veoma karakteristična sasvim ograničena uloga sudije, koja je „iako veoma važna, relativno pasivna“, tako da sudija ne prezentuje bilo kakve dokaze, odnosno ne izvodi ih, niti uzima učešće u ispitivanju svedoka, već isključivo vodi računa da se u postupku ne pojavljuju nezakoniti dokazi, te da stranke poštuju pravila izvođenja dokaza, pre svega kada se radi o načinu ispitivanja svedoka, pa tako na primer, sudija zabranjuje da se svedoku postavi određena vrsta pitanja, poput pitanja koja se ne tiču predmeta krivičnog postupka.<sup>93</sup> Doduše, u nekim državama SAD sudija može imati i nešto značajniju ulogu, pa tako može postavljati i suštinska pitanja svedocima,<sup>94</sup> te poroti upućivati svoje komentare u odnosu na verodostojnost prezentovanih dokaza, ali je tako nešto u većini država SAD zabranjeno.<sup>95</sup>

Uloga porote je tokom suđenja takođe pasivna, jer je zadatak porotnika da pažljivo prate stranačko izvođenje dokaza, da bi potom mogli izvesti zaključak o postojanju ili nepostojanju krivice. Porotnicima nije zabranjeno da postavljaju pitanja, bilo svedocima, bilo sudiji, ali ne smeju da tokom suđenja daju komentare, niti da prave bilo kakve beleške, što nije zabranjeno ustavom, niti zakonom, već predstavlja uobičajenu praksu, iako ima drugačijih primera poslednjih godina, pa je tako na primer, poznati predsednik Distriktškog suda u Čikagu, sudija John F. Grady, već decenijama dozvoljavao porotnicima u svojoj sudnici da prave beleške, a takvu praksu imaju i najmanje četiri apelaciona suda SAD.<sup>96</sup>

Sudija ima važnu ulogu i kada se radi o davanju odgovarajućih pouka poroti. Sudija je dužan da poroti da određene *instrukcije*, koje se tiču primene prava na utvrđene činjenice, pri čemu sudija mora da „pravni jezik“ prilagodi porotnicima koji su pravni laici, pri čemu posebno obraća pažnju na objašnjenje poroti koja strana snosi teret dokazivanja u odnosu na određene činjenice, te kakvo je značenje uobičajene pravne fraze „izvan razumne sumnje“ (*beyond a reasonable doubt*).<sup>97</sup>

Odluku o krivici donosi porota, a odluka se mora doneti jednoglasno, bez potrebe da se na bilo koji način obrazlaže, već je dovoljna konstatacija da je optuženi – „kriv“ ili „nije kriv“. Ukoliko je porota optuženog oslobodila, time je krivični postupak okončan, a ako je porota ustanovila da je optuženi kriv, sudija stupa na scenu, jer je tada njegov zadatak da izrekne krivičnu sankciju. Po pravilu, sudija za-

92 Griffin v. California (1965).

93 G. Clack (Ed.), *op. cit.*, str. 111.

94 Ovo se u praksi i u tim državama SAD u kojima je to formalno dozvoljeno, relativno retko dešava, što je posledica *generalnog nedelovanja načela istine u američkom krivičnom postupku*, jer sudija i onda kada može imati aktivniju dokaznu ulogu na suđenju, poput mogućnosti da postavlja i suštinska pitanja svedocima, jednostavno nema nikavog posebnog motiva za tako nešto, jer kako je dokazivanje pretežno stranačka aktivnost i kako istina nije proklamovana kao cilj kome se teži u krivičnom postupku, zašto bi se sudija uopšte i upuštao u davanje bilo kakvog sopstvenog doprinosa utvrđivanju činjeničnog stanja ?

95 G. Clack (Ed.), *op. cit.*, str. 111.

96 *Ibidem*.

97 E. F. Peoples, *op. cit.*, str. 178.

hteva od službe za određivanje krivičnih sankcija da mu pribavi podatke koji su relevantni, te dostavi izveštaj o optuženom i krivičnom delu u pogledu činjenica koje su od značaja za izricanje krivične sankcije, odnosno odmeravanje kazne, poput podataka o eventualnom ranijem recidivizmu, finansijskom i zdravstvenom stanju, porodičnoj situaciji itd. Krivična sankcija se izriče na posebnom ročištu, kome prisustvuju stranke i branilac, kao i službenik za određivanje sankcija, koji je podneo izveštaj sudiji u odnosu na relevantne činjenice i na tom ročištu obe stranke mogu da predlažu krivične sankcije i oponiraju jedna drugoj, što je vid delovanja načela kontradiktornosti i u tom procesnom stadijumu, a svoje mišljenje po pravilu, izlaže i službenik za određivanje krivičnih sankcija.

Kada je reč o izboru konkretne krivične sankcije, kao i određivanju mere kazne, tu se u SAD primenjuju prilično ustaljeni i uglavnom relativno „mehanički“ formulisani kriterijumi, u vidu tzv. smernica za određivanje kazni, čija je osnovna funkcija da limitiraju nekada, tj. u istorijskom smislu, veoma široko praktikovanu sudijsku slobodu. Na saveznom nivou su to smernice za određivanje kazni iz 1987. godine,<sup>98</sup> uz posebnu odluku Kongresa SAD kojom se sudijama omogućava da odstupe od smernica kada se radi o naročito olakšavajućim ili naročito otežavajućim okolnostima, pri čemu smernice Kongresa nisu konkretizovane u smislu bilo kakvog nabiranja vrsti takvih okolnosti, ali su određene okolnosti striktno isključene, a to su one koje se tiču rase, pola, nacionalnog porekla, veroispovesti, socijalno-ekonomskog statusa, te zavisnosti od droge ili alkohola.<sup>99</sup> Pored toga, veliki broj država SAD (do 1995. godine njih 22) su ustanovile sopstvene smernice za određivanje kazni, odnosno krivičnih sankcija.

### 3.10. Zaključak o krivičnom postupku SAD, kao i o mogućem uticaju američkih rešenja na reformu krivičnog postupka Srbije

Krivični postupak SAD je tipičan adverzijalni, odnosno stranački orijentisan krivični postupak, što je posledica kako njegovog osnovnog formalnog izvora, a to je englesko krivično procesno pravo, kao tipično anglosaksonsko pravo, tako i u SAD veoma dominantne filozofije *političkog liberalizma*, koja diktira opšte društvene uslove i osnovnu socijalnu koncepciju kojom je generalno obeležen celokupan društveni ambijent SAD, pa i onaj njegov segment koji se tiče pravnog sistema. To je na primer i osnovni razlog za nepostojanje načela istine u krivičnom postupku SAD, te za davanje ogromnog i presudnog značaja priznanju okrivljenog.

Isto kao što za SAD, kada je reč o građanskom pravu po pravilu, nije karakteristično delovanje ustanove *prekomernog oštećenja* (jer ako je neko slobodnom voljom i uz svest o posledicama, potpisao za sebe štetan ugovor, to je samo njegova stvar, a „posle potpisivanja – nema kajanja“), i za američki krivični postupak je karakteristično da ako optuženi dobrovoljno prizna krivično delo i uz punu svest o posledicama takvog priznanja, nije od značaja šta je zaista u pozadini takvog priznanja (a objašnjavali smo u prethodnom tekstu šta sve potencijalno motiviše optuženog

98 *Sentencing Reform Act of 1987.*

99 G. Clack (Ed.), *op. cit.*, str. 116.

na priznanje, ponekad i lažno), niti je od značaja da li postoje i drugi verodostojni dokazi. Zato je priznanje svojevrsna *regina probationem* i zato je ono, već samo po sebi, po pravilu sasvim dovoljno za osudu i bez neophodnosti izvođenja bilo kojih drugih dokaza.

Verovatno i duboko ukorenjeni protestantski koreni SAD imaju bitnog uticaja na davanje presudnog značaja priznanju, jer ono podrazumeva da je sam „učinilac“ sebe na neki način osudio za kršenje ne samo pravnih, već i moralnih, odnosno društvenih normi. Možda i to predstavlja razlog za veliku disproporciju kazni koje slede kada je postojalo priznanje (bilo da je do njega došlo zahvaljujući sporazumu sa tužiocem, bilo da je ono dato u početnoj fazi postupka i bez formalnih pregovora) i kada se u relativno sumarnoj proceduri slučaj samo finalizuje kažnjavanjem i onih kazni do kojih dolazi kada je krivica utvrđena odlukom porote nakon dokaznog „dvoboja“ stranaka na suđenju.

Isto kao što u SAD u ekonomiji i na tržištu načelno dominiraju oni koji su najproduktivniji, najefikasniji, najsnalažljiviji i sl., a propadaju oni koji su neefikasni, nesposobni i sl., i u krivičnom postupku pobeđuje uspešnija stranka, a kada je reč o okrivljenima, oni koji su bogatiji, ponekad mogu biti u boljem položaju, jer sebi mogu sebi da priušte kvalitetniju stručnu odbranu. Naravno i ovde, kako kada je reč o tržištu, tako i u nekim drugim društvenim sferama, pa i u oblasti pravnog sistema i krivičnog postupka, u velikoj meri važi i ona Orvelova konstatacija po kojoj su „sve životinje jednake, a neke su jednakije“. Takođe, ne treba biti licemeran, pa treba priznati da i u krivičnim postupcima koji su mešovitog karaktera, kao što su to tipični kontinentalno-evropski krivični postupci, a naravno i u Srbiji, ekonomski snažniji okrivljeni često bivaju *de facto* favorizovani, jer i tu postoji prostor da se kvalitetnijom stručnom odbranom ipak postigne više, ali je to daleko manje izraženo, nego u SAD i u drugim državama, u kojima je sud dokazno izuzetno pasivan, a stranke prepuštene same sebi u izvođenju dokaza.

Osnovni princip krivičnog postupka SAD je načelo *fair* postupka, koje se primarno shvata kao mehanizam koji obezbeđuje „potpunu“ jednakost „oružja“ stranaka u krivičnom postupku, što se svodi na formalno izjednačavanje stranaka i načelno davanje istih procesnih mogućnosti kako optužbi, tako i odbrani. To se pre svega odnosi na „pravi“ krivični postupak, tj. njegov esencijalni stadijum, odnosno fazu porotnog suđenja, ili eventualno (što je samo uslovno moguće), suđenje pred sudijom pojedincem, dok je istraga u SAD skoro potpuno neformalna i u njoj dominira policija, a osumnjičeni ako uopšte zna da je predmet istrage (što nije uvek slučaj, a po pravilu, on za to saznaje tek kada bude lišen slobode, te policijski saslušan), može, ukoliko za to ima sredstava, da koristi usluge detektivske agencije. Pitanje je koliko prosečan okrivljeni u SAD može biti zaista i faktički „jednak“ državnom tužiocu, bez obzira na formalno posedovanje jednakih „oružja“ i obrnuto, nije sporno da nekada, izuzetno vešta i dobro organizovana odbrana (što je po pravilu skopčano sa mogućnošću okrivljenog da angažuje vrhunske advokate), može faktički ostvariti prednost u odnosu na nekog ne preterano sposobnog državnog tužioca.

U SAD je ogroman značaj sporazuma o priznanju krivice, odnosno *plea bargaining* mehanizma, koji je u nekim svojim varijantama (kao na primer i u Srbiji od



2009. godine), postao svetski široko rasprostranjen, ali kada je reč o Evropi, najčešće u dosta drugačijem obliku, nego što on izvorno postoji u SAD. Sumarne forme danas sve više dominiraju u savremenim krivičnim postupcima, naročito kada se radi o lakšim krivičnim delima, kao i o krivičnim delima koja spadaju u tzv. srednji kriminalitet, pa u kontekstu toga treba svakako koristiti i neka američka iskustva koja se tiču *plea bargaining* mehanizma, ali ni sa tim nikako ne treba preterivati, jer bi bilo besmisleno da u Srbiji klasičan krivični postupak i samo suđenje u užem smislu, a to je glavni pretres, postane izuzetak.

Čisto adverzijalna konstrukcija krivičnog postupka suštinski odgovara samo onim okrivljenima koji su veoma bogati i mogu da plate izuzetno skupe advokatske usluge, odnosno angažuju privatne istražitelje radi prikupljanja dokaza. To ni u SAD nije sporno, a donekle i to predstavlja razlog što je porotno suđenje, koje bi formalno moralo da bude pravilo (jer je reč o ustavnom pravu građana), u praksi skoro postalo izuzetak. U našim uslovima, a naročito zbog velikog siromaštva većine građana, dokazna pasivizacija suda bi bila veoma nepravična za najveći broj okrivljenih.

Adverzijalni postupak u kojem se pojavljuje okrivljeni bez branioca (a obavezna stručna odbrana je u Srbiji propisana samo za teža krivična dela),<sup>100</sup> je u velikoj meri besmislen i u najvećem broju slučajeva izrazito nepravičan.

Treba imati u vidu i da *potpuno adverzijalni krivični postupak suštinski odgovara samo onim sistemima koji imaju porotu*, kao što je to slučaj u SAD (a tako naravno, nije u Srbiji), a gde je potpuno razdvojeno odlučivanje o krivici u činjeničnom smislu i donošenje odluke o krivičnoj sankciji, onda kada je krivica odlukom porote već konstatovana.

Krivični postupak SAD suštinski veoma dobro funkcioniše u samim SAD i on u osnovi sasvim odgovara osnovnoj koncepciji organizacije američkog društva, kao i očekivanjima većine građana. Taj model krivičnog postupka je i dobro uklopljen u celovit pravni sistem, kao njegov važan segment. Duboko je ukorenjen u američkoj tradiciji i realno omogućava prilično efikasan obračun sa kriminalitetom, a naročito u kontekstu uobičajeno veoma stroge politike krivičnog sankcionisanja u SAD.

Međutim, ono što je dobro za jednu zemlju i relativno dobro funkcioniše u toj zemlji, ne mora u svakom slučaju da bude dobro i za neku drugu i drugačiju zemlju, niti se svako strano iskustvo može tako lako i mehanički preneti u drugo i drugačije „podneblje“.<sup>101</sup> Neki elementi tog sistema mogu donekle da posluže kao odgovarajući uporednopravni uzor i evropsko-kontinentalnim državama, pa i Srbiji,

100 U SAD je u praksi praktično skoro nezamislivo i ekstremno retko da se optuženi na suđenju pojavi bez branioca, iako je to formalno moguće, s obzirom na pravo optuženog da „sam sebe predstavlja“. Ustavno je pravo građana u SAD da imaju branioca u krivičnom postupku, a ako sami nemaju sredstva, branioca im mora obezbediti država i bez obzira što nije sporno da su takvi branioci po pravilu, daleko manje kvalitetni, pa i angažovani u korist svog klijenta, time se ipak omogućava formalna jednakost stranaka u jednom tipičnom adverzijalnom krivičnom postupku.

101 Autor ovog teksta je u nekim javnim raspravama i polemikama takvo apriorno i slepo prihvatanje stranih iskustava u oblasti pravnog sistema, te mehaničko prenošenje pravnih instituta i mehanizama iz sasvim drugačijih pravnih „podneblja“ i zemalja bitno drugačije pravne tradicije,



ali tu načelno treba biti veoma oprezan i uzdržan, jer između SAD uopšte, a posebno pravnog sistema, stečenih navika, tradicije, pa i očekivanja građana u toj državi i svih takvih i sličnih faktora u Srbiji, realno postoje ogromne razlike. Stoga bi Srbija u reformi svog krivičnog postupka ipak morala da bude mnogo više oslonjena na sopstvenu tradiciju i iskustva drugih kontinentalnih evropskih zemalja.

#### 4. REFORMISANJE KRIVIČNOG POSTUPKA SRBIJE – DILEME, ZABLUDE I OTUŽNE „IGRE BEZ GRANICA“

Reformisanje krivičnog postupka Srbije sve više dobija grotesknu formu otužnih „igara bez granica“. U SFRJ se primenjivao veoma solidan ZKP, koji je više puta menjan, ali bez modifikacije osnovnih konceptualnih mehanizama, a na temelju tog zakonskog teksta, koji je konceptualno utemeljen na Zakoniku o sudskom krivičnom postupku Kraljevine Jugoslavije, ustrojen je i Zakonik o krivičnom postupku iz 2001. godine, koji je više puta noveliran, a poslednji put prilično obimno u septembru 2009. godine.<sup>102</sup>

U Srbiji je 2006. godine bio usvojen i potpuno novi Zakonik o krivičnom postupku, čija je osnovna odlika bila uvođenje javno-tužilačke istrage, kao i niza procesnih mehanizama usmerenih u pravcu kreiranja uslova za brže odvijanje krivičnog postupka, stvaranje većeg broja alternativa određivanju pritvora itd., a nakon što je u dva navrata odlagana primena tog Zakonika, u pogledu kojeg je njegov startni *vacatio legis*, osim u odnosu na nekoliko važnih odredbi, već bio utvrđen na godinu dana, taj moderni Zakonik je potpuno stavljen van snage, sa obrazloženjem da nisu stvoreni uslovi za njegovu primenu.

Nije sporno da je Zakonik o krivičnom postupku iz 2006. godine, pored čitavog niza dobrih rešenja, sadržavao i neka ne sasvim adekvatna ili nedovoljno dobra normativna rešenja, zbog čega je već bio pripremljen i jedan zakonski predlog o njegovom noveliranju, koji bi ga znatno poboljšao. Međutim, taj ZKP je konceptualno bio veoma dobar i što je posebno važno, on je postigao odličan balans između zahteva za inovacijom tipa istrage i uopšte promenama u krivičnoj proceduri kojima se omogućava brže i efikasnije vođenje krivičnog postupka i potrebe da se očuvaju već tradicionalna i provereno dobra rešenja naše krivične procedure, kao što je to posebno slučaj sa organizacijom glavnog pretresa, te formulisanjem utvrđivanja istine kao cilja krivičnog postupka.

Zakonikom o krivičnom postupku iz 2006. godine je prvi put u Srbiji uvedena javno-tužilačka istraga i to na jedan veoma razuman način, bez štetnih preterivanja, kakvim se već *prima facie* odlikuje naopaki pristup ovome u Nacrtu ZKP-a iz 2010. godine. Istraga se u Zakoniku o krivičnom postupku iz 2006. godine odlikovala davanjem značajnih ovlašćenja i istražnom sudiji u toj istrazi koju on, inače, nije vodio i koja se pokretala odlukom javnog tužioca, a pre svega u odnosu na mogućnost

---

*ilustrovao čuvenim „poduhvatom“ nekada poznatog sovjetskog naučnika Mičurina, koji je pokušao da selekcionise sortu pomorandže, koja bi se mogla gajiti u Sibiru.*

102 Više o tome: S. Bejatović, *Krivično procesno pravo*, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, „Službeni glasnik“, Beograd, 2010. str. 86–87.

odlučivanja o žalbi protiv rešenja o sprovođenju istrage koje donosi javni tužilac, te u pogledu donošenja odluka o merama procesne prinude kao što je pritvor, kao i u odnosu na određene dokazne radnje (tzv. hitne sudske radnje, koje bi se vršile u slučaju postojanja opasnosti da dokazne radnje ne bi mogle da se ponove na glavnom pretresu, zbog na primer, smrti svedoka ili oštećenog i sl.), u pogledu kojih je javni tužilac mogao zahtevati angažman istražnog sudije.

Međutim, ipak ne treba mnogo žaliti što ZKP iz 2006. godine nije u celosti primenjen, jer zaista nisu stvoreni svi potrebni uslovi za njegovu adekvatnu primenu, pre svega zato što javna tužilaštva nisu ni kadrovski, ni tehnički bila spremna da na sebe preuzmu teret vođenja istrage, dok je s druge strane, taj Zakonik bio izložen teškim napadima od strane dela stručne javnosti i posebno advokature, što je po pravilu, činjeno bez jakih argumenata i više u vidu primitivne propagande i paušalnih neobrazloženih ili veoma slabo obrazloženih kritika. Takva atmosfera nije bila pogodna za primenu ovog Zakonika, pa i zbog toga nije loše što do njegove potpune primene nikada nije došlo.

Interesantno je da se kod nas ponekad čuju i sasvim neargumentovane tvrdnje da su neke promene u pozitivnom ZKP-u, koje se, što argumentovano, što neargumentovano kritikuju, proizašle iz korišćenja rešenja sadržanih u Zakoniku o krivičnom postupku iz 2006. godine. To uglavnom nije tačno. Doduše, neka rešenja iz tog Zakonika su korišćena, poput onih veoma pozitivnih, kao što je mogućnost proširenja određenih ograničenja lične slobode kao efikasne zamene za pritvor, kao svakako najrepresivniju meru procesne prinude, mogućnost kombinovanja takvih mera sa jemstvom, itd.

S druge strane, ne treba zaboraviti da su prema odredbama Zakonika iz 2006. postojala *tri vanredna pravna leka*, a da je u stvari i *četvrti* nekada postojeći vanredni pravni lek – zahtev za ispitivanje zakonitosti pravnosnažne presude, bio u najvećem delu sadržan u okviru zahteva za zaštitu zakonitosti, te da je taj, od strane Advokatske komore mnogo napadan Zakonik, što je uglavnom činjeno paušalno i bez jakih argumenata, omogućavao ulaganje žalbe protiv presude drugostepenog suda u čak *četiri slučaja*. Takva je žalba bila moguća, kako iz svih onih razloga koji su i inače (pre poslednjih promena) bili osnov za žalbu u trećem stepenu, tako i *uvek* kada je drugostepeni sud nakon dva ukidanja prvostepene presude, *sam svojom presudom odlučio o predmetu krivičnog postupka*.<sup>103</sup>

Određeni uticaj je ZKP iz 2006. godine ostvario i na Nacrt ZKP iz 2010. godine, poput uvođenja termina „dokazne radnje“, odnosno „posebne dokazne radnje“, kao i u odnosu na sadržaj nekih od tih radnji, u odnosu na mere za obezbeđenje prisustva okrivljenog, u pogledu nekih elemenata sporazuma o priznanju krivice itd., ali je generalno razlika između ova dva teksta veoma velika, a naročito u konceptualnom smislu, u pogledu kojih Nacrt ZKP-a iz 2010. godine sadrži dve kapitalne anomalije koje žestoko kontaminiraju i potpuno upropašćuju celokupan zakonski tekst,

103 Žalba protiv presude drugostepenog suda je novelama iz 2009. godine i drastičnim, te suštinski uglavnom neopravdanim, žestokim redukovanjem žalbenih razloga, praktično „osakaćena“, a isto rešenje sadrži i Nacrt ZKP-a iz 2010. godine.

a to su: 1) devalvacija načela istine i 2) potpuno adverzijalna konstrukcija glavnog pretresa uz minimiziranje uloge krivičnog suda.<sup>104</sup>

Osnovna pitanja reforme krivičnog postupka Srbije su svedena na problematiku tipa istrage i konstrukcije glavnog pretresa, ali i na važno pitanje (ne)postojanja načela istine u krivičnom postupku.

#### 4.1. Cilj reformisanja krivičnog postupka Srbije – da li se teži samo bržem krivičnom postupku, da li smo sigurni šta je to efikasna krivična procedura ili je cilj pravičan krivični postupak?

U praksi se, naročito kada krivični postupak, tj. njegovu konstrukciju i aktuelna zakonska rešenja, ili pak i kada se radi o konkretnim slučajevima (što je inače, naročito opasno), laički ocenjuju određene političke figure, efikasnost poistovećuje sa brzinom krivičnog postupka, a čak ponekad i sa njegovim konačnim ishodom. Tako je, na primer, za neke svaki iole duži krivični postupak automatski neefikasan, dok je druge (što predstavlja primer izrazito naopakog pogleda na cilj krivičnog postupka) osnovni pokazatelj da je krivični postupak neefikasan to što on u nedovoljnoj meri rezultira pravnosnažnim osuđujućim presudama.

Naravno da krivični postupak ne sme da traje predugo, ali se brzina sama po sebi ne sme ni apriorno, mehanički i krajnje uprošćeno poistovećivati sa efikasnim krivičnim postupkom. Nisu isto *brz* i *efikasan* krivični postupak. Brzina postupka je relativna kategorija. Važno je da krivični postupak ne traje više nego što je to objektivno potrebno, a faktička je stvar o kojem se vremenu radi u svakom konkretnom slučaju. Koliko će konkretni postupak trajati, zavisi od niza faktora, poput složenosti dokaznog materijala, broja optuženih, eventualnih promena u sastavu sudskog veća (koje su nekada neizbežne) i čitavog niza drugih elemenata koji određeni slučaj čine manje ili više složenim ili naprotiv, relativno jednostavnim, itd.

Konačno, neko dovoljno ciničan bi mogao vrlo lako formulisati određena krajnje „efikasna“ normativna rešenja kojima bi se krivični postupak učinio maksimalno brzim. Na primer, bilo bi dovoljno da se ukine žalba protiv presude (što bi naravno, bilo i protivustavno)<sup>105</sup> ili čak da se uvede „preki sud“ kao pravilo i sl. Naravno, to

104 Više o tome: M. Škulić, Načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka i načelo istine u krivičnom postupku, *Pravni život*, broj 9, Tom I, Beograd, 2010, str. 587–611.

105 Doduše, „na tragu“ ovakvog rezonovanja je i „osakaćenost“ razloga za žalbu protiv presude drugostepenog suda (što je uvedeno novelama ZKP-a iz 2009. godine) i što su naravno zdušno zadržali i tvorci Nacrta ZKP-a iz 2010. godine. Za razliku od nekada postojećih više razloga za žalbu protiv presude drugostepenog suda, sada je (od novela ZKP-a iz 2009. godine) takav redovni pravni lek moguće uložiti samo ako se radi o slučaju preinačenja na gore u drugostepenom postupku, i to isključivo ukoliko je na gore za okrivljenog (pogoršanje položaja okrivljenog) *promenjena vrsta presude*, tako što je umesto oslobađajuće, donesena osuđujuća presuda. U praksi *ovo može biti prilično nepravično* i suštinski nelogično, ako je na primer, u prvostepenom postupku izrečena mera upozorenja, tj. sudska opomena ili uslovna osuda, a zatim ta sudska odluka od strane drugostepenog suda preinačena u osuđujuću presudu kojom je izrečena безусловna kazna zatvora. Takođe, nije logično ni da se žalba u trećem stepenu ne može uložiti protiv presude drugostepenog suda, koja je donesena nakon što je drugostepeni sud održao pretres, jer je prvostepena presuda već jedanput bila ukinuta. Ovo je nelogično, jer se tu praktično radi o sasvim novoj

nije moguće u demokratskoj pravnoj državi, ali država koja se odlikuje vladavinom prava mora razvijati i svest da brzina postupka, a naročito krivičnog postupka, koji je po definiciji izuzetno značajan za ljudska prava i slobode, sama po sebi nije cilj radi čijeg se ostvarenja mogu i smeju koristiti baš sva sredstva.

#### 4.2. Devaluacija načela istine u Nacrtu novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije

Istina je u Nacrtu novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije implicitno označena kao svojevrsni nepotrebnii luksuz u krivičnom postupku, jer se ne samo utvrđivanje istine, već čak ni težnja ka njoj od strane službenih aktera krivične procedure uopšte ne označava kao cilj krivičnog postupka.

Nacrtom novog Zakonika o krivičnom postupku promovisana je dokazna pasivnost suda. Dokaze bi izvodile stranke, a uloga suda bi se svela na kontrolu ispravnosti dokaznog postupka. Stranke su formalno ravnopravne. Dakle, nasuprot javnom tužiocu koji može računati na kompletnu logističku podršku državnog aparata čiji je deo, biće okrivljeni kome može pomagati branilac. Naravno, ako okrivljeni ima finansijska sredstva da plati njegove usluge, ili ukoliko se radi o slučajevima obavezne stručne odbrane, kada okrivljenom koji nema branioca, njega postavlja sud. Obavezna odbrana je propisana samo za teža krivična dela, tako da većina okrivljenih može, ali ne mora imati branioca. Međutim, bogate okrivljene, poput na primer, onih koji se terete da su „narko-bosovi“, braniće „advokatske zvezde“. Oni će moći da imaju pravne timove, te angažuju privatne detektive za prikupljanje dokaza.

Kakve su šanse okrivljenog koji nema branioca da bude uspešan u dokaznom „dvoboju“ sa javnim tužiocem ? I kada Brazil igra protiv Konga, oba fudbalska tima čine po 11 igrača. Da li to znači da su im jednake šanse za pobedu ? Pa u Srbiji je svega 6,5 % stanovništva fakultetski obrazovano. Kada znamo da je kod nas već decenijama kriminalna politika „ribarska mreža kojom se hvataju male ribe, a koja propušta velike ribe“, zna se i kakav je obrazovni nivo prosečnog okrivljenog. Kako stvari stoje, ipak će, ako ne daj Bože, ovaj Nacrt postane pozitivno krivično procesno pravo, neke stranke biti malo ravnopravnije od drugih.

Tipičan adverzizalni krivični postupak kakav postoji u SAD, *podrazumeva porotu*, sastavljenu od običnih građana, koja odlučuje ko je pobednik dokaznog dvoboja.<sup>106</sup> Tek kada porota sastavljena od običnih građana optuženog oglašava krivim,

---

(ukoliko je u pitanju potpuno drugačije činjenično stanje utvrđeno u drugostepenom postupku) ili makar bitno novoj odluci (kada se samo delimično promeni činjenično stanje izvođenjem dokaza od strane drugostepenog suda na pretresu koji je sam održao), pa bi postojanje mogućnosti za žalbu u trećem stepenu svakako imalo puno opravdanje. Protiv presude drugostepenog suda dozvoljena je žalba sudu koji odlučuje u trećem stepenu samo u jednom slučaju koji se odnosi na odgovarajuću *promenu vrste presude* – ako je drugostepeni sud preinačio prvostepenu presudu kojom je optuženi oslobođen od optužbe i izrekao presudu kojom se optuženi oglašava krivim (član 395 stav 1).

106 Krivični postupak je u SAD ustrojen kao jedna vrsta „dokaznog stranačkog dvoboja“. Tužilac i okrivljeni se sopstvenim argumentima „tuku“ pred porotom sastavljenom od običnih građana, koja ceni ko je bio ubedljiviji. Sam sudija je relativno pasivan. Tek ako porota odluči da je okrivljeni kriv, sudija stupa na scenu izricanjem odgovarajuće kazne. Ako porota odluči da nema

sudija ga kažnjava. Ako ga porota oslobodi, posao sudije je završen. Ali optuženi u tom postupku uvek ima pravo da mu, ako sam nema sredstva, država o svom trošku obezbedi branioca. To u Srbiji nije slučaj. S druge strane, ni u SAD nije sporno da kvalitet odbrane koju realizuju branioci postavljeni po službenoj dužnosti često nije na visokom nivou. Obrnuto, veoma bogati okrivljeni „kupuju“ vrhunske advokatske usluge. Setimo se slučaja O`Džej Simpsona, koji je skoro „krvavih“ ruku optužen za ubistvo supruge i njenog ljubavnika,<sup>107</sup> ali je veštım advokatskim manevrisanjem izbegao osudu, da bi nedavno objavio knjigu pod naslovom „Šta ako sam ubio“, kojom faktički priznaje krivicu.<sup>108</sup> Pored toga, porotno suđenje u SAD je pravi izuzetak, jer se više od 90 % slučajeva sumarno rešava priznanjem krivice, koje je u najvećem broju slučajeva „pogođeno“, tj. formalno ispregovavano između državnog tužioca i odbrane.

U kontinentalnoj Evropi, sud je, po pravilu, suvereni „gospodar“ dokaznog postupka. To je najtipičnije u Nemačkoj i u drugim državama čiji su nam pravni sistemi tradicionalno služili kao uzor. Adverzijalni krivični postupci sada postoje i u nekim kontinentalnim evropskim državama, kao na primer u Republici Srpskoj i uopšte, u nama susednoj BiH. Takav sistem postoji i u Italiji, ali tamo okrivljeni uvek mora imati advokata. Pretvaranje sudija u „stručni žiri“ koji će „bodovati“ uspešnost u dokazivanju tužioca i odbrane suštinski predstavlja potencijalno veoma nezgodan eksperiment. Možda se neke sudije tome raduju, rezonujući po sistemu „muko moja pređi na drugoga“. Oni sada sebe vide kao „neutralne posmatrače“ stranačke „utakmice“. Ali suđenje nije utakmica, ili bar to ne bi trebalo da bude. Sudije ne treba da budu ni gledaoci, niti navijači. Pasivizacija suda može biti i veoma skupo rešenje. Ako bi sud bio tako drastično rasterećen, jer se i istraga poverava javnom tužiocu, onda se može pojaviti problem viška sudija, a manjka javnih tužilaca i sve to neposredno nakon sprovedenog opšteg izbora, tj. reizbora.

Istina, shodno Nacrtu novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije, više nije cilj budućeg krivičnog postupka, već bi u tom postupku, kao i u svakoj klasičnoj građanskoj parnici, „pobeđivala“ stranka koja je uspešnije u dokaznom „duelu“. Istina ni inače nije nekakva „sveta krava“ u savremenom krivičnom postupku. Njoj se u tipičnom evropskom krivičnom postupku teži, ali ne po svaku cenu. Onda kada se istina ne može utvrditi, donosi se odluka u korist okrivljenog. Sada se istini neće čak ni težiti. Sud će jednostavno „vagati“ da li su verovatniji navodi optužbe ili argu-

---

krivice, posao sudije je završen. Ovo je i pravnim laicima poznato iz beletristike i filmova. Ono što mnogi ne znaju jeste da je ovakvo „školsko“ suđenje u SAD *de facto* pravi *izuzetak*. Odvija se u manje od 10 % svih slučajeva. Skoro 90 % slučajeva se okončava na temelju priznanja okrivljenog, kada izostaje porotno suđenje, a sud samo izriče kaznu, uzimajući priznanje kao ozbiljnu olakšavajuću okolnost i rukovodeći se sporazumom tužioca i okrivljenog, ali bez formalne obaveze da izrekne kaznu koju su stranke predložile. Kada bi bilo nešto više suđenja pred porotom, pravosudni sistem SAD bi svakako doživeo kolaps.

107 Z. Erzinclıoglu, *Forensic – the Crime Scene Investigations*, Barnes&Nobles, New York, 2004, str. 19.

108 On je čak kasnije u parničnom postupku (što je u SAD formalno moguće) oglasen krivim za ubistvo svoje bivše supruge i njenog ljubavnika, te mu je izrečena presuda kojom se obavezuje da plati visok novčani iznos naknade štete srođnicima svojih žrtava, što je O`Džej Simpson, zahvaljujući veštım pravnim „driblinzima“ svojih advokata u postupku izvršenja do sada uspeo da izbegne.

menti odbrane, a da li je prava istina na jednoj ili drugoj strani; „pa ko će ga znati“. Svevišnji možda...

#### 4.3. Pitanje istrage kao „pitanje nad pitanjima“ ili „majka svih pitanja“ u reformi krivičnog postupka Srbije

Pitanje istrage se s pravom ili ne, nametnulo kao centralno pitanje reforme našeg krivičnog postupka i ono se uglavnom svodi na dilemu sudska ili tužilačka istraga, odnosno „sudska istraga protiv tužilačke istrage“. Iako autor ovog rada suštinski i načelno daje prednost javno-tužilačkoj istrazi u odnosu na sudsku, nije moguće ne primetiti da je problem karaktera istrage ipak značajno prenaplašen u konceptu reforme krivičnog postupka Srbije. Naime, pre započinjanja rada na reformisanju tipa krivične procedure, u okviru čega bi se promenila i nadležnost za vođenje istrage, bilo bi celishodno istražiti postojeću praksu, te utvrditi koja je faza krivičnog postupka zaista „najspornija“, odnosno šta je to što eventualno u konstrukciji naše pozitivne krivične procedure (uz analizu i svih ostalih relevantnih zakonskih mehanizama), doprinosi da postupak bude relativno spor ili nedovoljno „efikasan“ i sl.<sup>109</sup>

Novi Zakonik o krivičnom postupku iz 2006. godine, kojim je bitno promenjen karakter istrage kao faze krivičnog postupka, se samo delimično primenjivao (neka pravila o zaštiti svedoka, o odlaganju i prekidu glavnog pretresa, te pauzi tokom glavnog pretresa), tako da do njegove celovite primene, pa ni u pogledu istrage u njemu koncipiranoj, nikada nije došlo, što je već objašnjeno u prethodnom tekstu.<sup>110</sup>

Nacrt ZKP iz 2010. godine uvodi javno-tužilačku istragu, ali to čini na jedan veoma čudan način, uz uvođenje elemenata tzv. stranačke istrage, što ne samo da je suštinski nelogično i nepravično, već je u sadašnjem obliku izrazito neefikasno, što će se detaljnije objasniti u daljim izlaganjima.

Čini se da su tvorci Nacrta ZKP-a iz 2010. bili suočeni sa problemom koji su sami sebi nepotrebno stvorili, a koji se svodi na nerazumevanje da s jedne strane,

109 Moralo bi se imati u vidu i da je „efikasnost“ krivičnog postupka suštinski ipak u velikoj meri relativnog karaktera, tako da nije ni sasvim izvesno koji bi to bili osnovni parametri za ocenjivanje da je određena konkretna krivična procedura (ne)efikasna, što smo objasnili u prethodnom tekstu.

110 Interesantno je da se kod nas ponekad čuju i sasvim neargumentovane tvrdnje da su neke promene u pozitivnom ZKP-u, koje su uvedene novelama iz septembra 2009. godine, a koje se, što donekle argumentovano, što sasvim neargumentovano kritikuju, proizašle iz korišćenja rešenja sadržanih u Zakoniku o krivičnom postupku iz 2006. godine. To uglavnom nije tačno. Doduše, neka rešenja iz tog Zakonika su korišćena, poput onih veoma pozitivnih, kao što je mogućnost proširenja određenih ograničenja lične slobode, kao efikasne zamene za pritvor, kao svakako najrepresivniju meru procesne prinude, mogućnost kombinovanja takvih mera sa jemstvom, itd. S druge strane, ne treba zaboraviti da su prema odredbama Zakonika iz 2006. postojala *tri vanredna pravna leka*, a da je u stvari i *četvrti* nekada postojeći vanredni pravni lek – zahtev za ispitivanje zakonitosti pravnosnažne presude, bio u najvećem delu sadržan u okviru zahteva za zaštitu zakonitosti, te da je taj, od strane Advokatske komore mnogo napadan Zakonik, što je uglavnom činjeno paušalno i bez jakih argumenata, omogućavao ulaganje žalbe protiv presude drugostepenog suda u čak *četiri slučaja*. Takva je žalba bila moguća, kako iz svih onih razloga koji su i inače (pre poslednjih promena) bili osnov za žalbu u trećem stepenu, tako i *uvek* kada je drugostepeni sud nakon dva ukidanja prvostepene presude, *sam svojom presudom odlučio o predmetu krivičnog postupka*.



pitanje tipa istrage uopšte nije povezano sa problematikom organizovanja glavnog pretresa, tako da krivični postupak koji se odlukuje tužilačkom istragom uopšte ne mora da ima adverzijalnu konstrukciju glavnog pretresa,<sup>111</sup> dok s druge strane, onda kada je glavni pretres organizovan adverzijalno, to ne podrazumeva da elementi adverzijatarnosti moraju postojati i u istrazi, a naročito ne na način na koji su oni sadržani u ovom Nacrtu.

#### 4.3.1. Osnovni elementi istrage prema Zakoniku o krivičnom postupku iz 2001. godine

Istraga je *stadijum krivičnog postupka* koji vremenski prethodi podizanju optužnice i njenoj sudskoj kontroli.<sup>112</sup> Istraga i podizanje optužnice su dva stadijuma *prethodnog postupka*, koji se odvija pre glavnog pretresa tj. suđenja u užem smislu.

Istraga se kao procesni stadijum u našem pozitivnom krivičnom postupku odlikuje sledećim osnovnim osobenostima: 1) *sudskog* je karaktera, što znači da istragu vodi i njen je osnovni akter istražni sudija, a samo u nekim izuzetnim slučajevima određene radnje u istrazi mogu vršiti drugi državni organi; 2) započinje na *formalan način*, tako što se na zahtev ovlašćenog tužioca donosi rešenje o sprovođenju istrage, a istraga se smatra započetom onda kada to rešenje postane pravnosnažno, tj. za njeno vođenje potrebno je da se ispune određeni materijalni (osnovana sumnja da je određeno lice učinilo krivično delo) i formalni uslovi (predlog tužioca i pravnosnažno rešenje istražnog sudije); 3) *nije obavezna* procesna faza,<sup>113</sup> jer se pod određenim uslovima optužnica može podići i bez prethodnog vođenja istrage, što je moguće u dva procesna modaliteta: a) bezuslovno neposredno optuženje (prava neposredna optužnica), te b) uslovljeno neposredno optuženje (neprava neposredna optužnica); 4) *ciljno je usmerena* na prikupljanje relevantnih dokaza i podataka; 5) *oročenog je trajanja*, iako je maksimalni rok protezanja istrage (šest meseci) u osnovi instruktivnog karaktera.<sup>114</sup> *Materijalni uslov* za sprovođenje istrage se ogleda u postojanju *osnovane sumnje* da je određeno lice učinilo krivično delo.<sup>115</sup> Istraga se ne može voditi protiv nepoznatog učinioca krivičnog dela (tzv. N. N. lice), već je neophodno da se osnovana sumnja odnosi ne samo na činjenicu da je učinjeno određeno krivično delo (*objektivni aspekt*), već i da je to krivično delo učinilo određeno lice, odnosno lice čiji je identitet poznat (*subjektivni aspekt*).

111 Obrnuto, u najtipičnijim adverzijalnim krivičnoprocesnim sistemima, istraga je *policajska*, a većina radnji koje se u njoj preduzmu nema nikakav poseban dokazni značaj, već su istovetne radnjama koje se kod nas smatraju operativnim aktivnostima policije u pretkrivičnom postupku. Izuzetak je saslušanje osumnjičenog, kada njegova izjava, ako je uzeta pod strogim zakonskim uslovima, ima dokazni značaj, a takođe, to važi i za pretresanje kada se ono vrši po naredbi suda, odnosno pod određenim uslovima i bez naredbe, što je sve veoma slično, onome što je u sadašnjem krivičnom postupku Srbije, karakteristično ne za istragu, već za pretkrivični postupak.

112 Više o tome: S. Bejatović, *Krivično procesno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2008.

113 Zavisno od kazne propisane za krivično delo, istraga se samo u nekim slučajevima javlja kao *obavezna*, dok je u drugim ili samo moguća ili je potpuno isključena. Više o tome: M. Grubač, *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Union i Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 378–379.

114 Više o tome: M. Škulić, *Krivično procesno pravo – posebni deo*, Pravni fakultet i Službeni glasnik, Beograd, 2009, str. 29–38.

115 *Ibid.* str. 167–170.



Svrha istrage je *funkcionalnog karaktera* u odnosu na određene *relevantne dokaze* i ima tri aspekta: 1) aspekt *dokazivosti optužbe* – prikupljanje dokaza i podataka koji su potrebni da bi se moglo odlučiti da li će se podići optužnica ili obustaviti postupak, 2) aspekt omogućavanja eventualnog delovanja *izuzetka u odnosu na načelo neposrednosti* – prikupljanje dokaza za koje postoji opasnost da se neće moći ponoviti na glavnom pretresu ili bi njihovo izvođenje bilo otežano, te 3) aspekt *svrsishodnog delovanja* – prikupljanje drugih dokaza koji mogu biti od koristi za postupak, a čije se izvođenje, s obzirom na okolnosti slučaja, pokazuje celishodnim. Ispitivanje dokazivosti optužbe, odnosno prikupljanje dokaza koji su relevantni za odluku o podizanju optužnice ili obrnuto, o obustavljanju postupka je osnovni i *obavezni cilj istrage*. Do izvođenja dokaza za koje postoji opasnost od nemogućnosti njihovog ponavljanja na glavnom pretresu, odnosno njihovog otežanog izvođenja, te do prikupljanja drugih dokaza na temelju celishodnosti, dolazi samo u nekim slučajevima. Formalni uslovi za vođenje istrage se svode na: 1) postojanje odgovarajuće procesne inicijative da se istraga vodi (zahtev ovlašćenog tužioca), 2) usvajanje te procesne inicijative od odgovarajućeg funkcionalnog oblika suda (rešenje o sprovođenju istrage koje ima svoj formalni obavezni sadržaj), te 3) poštovanje procesnih pravila koja se odnose na podnošenje zahteva javnog tužioca da se istraga sprovede i postupanje istražnog sudije, odnosno drugog oblika sudske funkcionalne nadležnosti (vanraspravno veće) u vezi sa tim zahtevom, kao i povodom pravnog leka (žalbe) u odnosu na rešenje o sprovođenju istrage.

Istraga se sprovodi na *zahtev javnog tužioca*. Neophodnost postojanja takve formalne inicijative za sprovođenje istrage predstavlja vid delovanja načela akuzatornosti. Istražni sudija *ne može odbiti zahtev za sprovođenje istrage*. Ukoliko istražni sudija ima negativan stav u odnosu na takav zahtev, tj. ne složi se sa njim, jer smatra da nisu ispunjeni potrebni uslovi za vođenje istrage, odnosno krivičnog postupka uopšte (na primer, ako nalazi da delo u pogledu kojeg se istraga zahteva nije krivično delo ili da postoje smetnje za krivično gonjenje itd.), on će tada zatražiti da o tome odluči vanraspravno veće. Taj oblik sudske funkcionalne nadležnosti u takvoj situaciji rešava o suprostavljenim stavovima javnog tužioca koji zahteva sprovođenje istrage i istražnog sudije koji se sa takvim zahtevom ne slaže. Isto kao i kada vanraspravno veće rešava povodom žalbe protiv rešenja o sprovođenju istrage, ono je i u ovom slučaju dužno da svoju odluku donese u roku od *48 časova*. Odlučujući o zahtevu za sprovođenje istrage, vanraspravno veće nije vezano za pravnu ocenu dela koju je naveo javni tužilac.<sup>116</sup>

Za sudsku istragu se po pravilu ističe da ima određene prednosti, koje se mogu svesti na sledeće konstatacije: 1) ona je povoljna za okrivljenog, jer je sud načelno nepristrasan i nezavisan, 2) ona je pravična jer se sud u istrazi ne rukovodi stranačkim interesom, niti je stranački „ostraošen“, te 3) ona omogućava da se dokazi u njoj izvedeni jednostavnije i manje problematično koriste na glavnom pretresu, jer ih je izveo određeni funkcionalni oblik suda. U osnovi su ove principijelne konstatacije sasvim tačne, ali ne treba zaboraviti da nema idealnog sistema, pa stoga ni koncepcija koja bi načelno morala da daje dobre rezultate, iz mnogih objektivnih i subjektivnih razloga, ne mora da u praksi sasvim adekvatno funkcioniše.

116 Više o tome. M. Škulić, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Službeni glasnik, Beograd, 2011. str. 771.

Najdosledniji zagovornik sudske istrage u našoj krivičnoprocesnoj teoriji je svakako bio profesor dr Đorđe Lazin,<sup>117</sup> koji je u mnogo navrata, kako u svojim naučnim i stručnim radovima, tako i u usmenim diskusijama, vrlo ubedljivo obrazložio dobre strane tog tipa istrage. Argumenti profesora Lazina su svojim kvalitetom i utemeljenošću uvek zasluživali posebno poštovanje, bez obzira na moguća načelna teorijska neslaganja, koja su uvek poželjna, kako u naučnoj, tako u svakoj drugoj demokratskoj raspravi, jer bez valjanog suočavanja argumenata, nije moguće ni iznaći najbolja zakonska rešenja.

#### 4.3.2. *Istraga prema ZKP-u iz 2006. godine i razlozi za davanje prevage javno-tužilačkoj istrazi u odnosu na sudsku istragu*

Osnovni stadijumi krivičnog postupka po ZKP-u iz 2006. su: prethodna istraga, prethodni postupak (istraga, optužnica i preispitivanje optužnice) i glavni postupak (pripreme za glavni pretres, glavni pretres i presuda). S obzirom da istraga nije predviđena kao sudska, propisan je i određeni oblik obavezne sudske kontrole optužnice, ali uz zadržavanje prava na prigovor protiv optužnice.<sup>118</sup> Naš postojeći krivični postupak je, čini se, preterano „rastegnut“ i neke faze krivičnog postupka se nepotrebno dupliraju, što je često posebno karakteristično za odnos pretkrivičnog postupka i istrage. Danas u svetu dominiraju krivični postupci kod kojih je istraga svrstana u nadležnost javnog (državnog) tužioca ili policije pod nadzorom tužioca. Nedopustivo je i krajnje neracionalno da javni tužilac u mnogim situacijama deluje prosto kao neka automatizovana „transmisija“ između policije koja je „obavila svoj deo posla“ u pretkrivičnom postupku i suda pred kojim treba da se odvija krivični postupak, te da optužni akt javnog tužioca bude u osnovi samo „prepisana“ krivična prijava policije. Javni tužilac mora da ima odgovorniju ulogu u istrazi i stadijumu koji istrazi prethodi (po sadašnjem rešenju je to prekrivični postupak) i ta uloga ne sme biti svedena samo na izvestan deklarativan nivo, kao što je to slučaj u sadašnjem Zakoniku o krivičnom postupku. Praktično su prema konceptu ZKP-a iz 2006. prethodna istraga i istraga *jedna spojena faza* u kojoj su povezani elementi sadašnjeg pretkrivičnog postupka i istrage, čime se ceo postupak značajno ubrza.

*Ratio legis* svrstavanja istrage u nadležnost javnog tužioca, te prekida sa sadašnjom višedecenijskom tradicijom u našem krivičnom postupku, prema kojoj je istraga bila u nadležnosti suda, odnosno istražnog sudije, se prvenstveno temelji na sledećem: 1) time se krivični postupak potencijalno značajno ubrza, jer su u istrazi koja je poverena javnom tužiocu spojeni neki elementi nekadašnjeg pretkrivičnog postupka (prethodna istraga) i sudske krivične istrage, što načelno omogućava brže rešavanje krivične stvari, odnosno brže stvaranje procesnih i faktičkih uslova za suđenje; 2) na ovaj se način javni tužilac čini znatno aktivnijim već u procesu priku-

117 Više o tome: Đ. Lazin, *Sudska istraga – dileme i problemi*, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd, 2006, broj 2, str. 73–90; Đ. Lazin, *Pojednostavljenje sudske istrage u svetlu međunarodnih standarda i Zakonik o krivičnom postupku iz 2001. godine*, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, broj 3, Beograd, 2006, str. 133–150.

118 Više o tome: N. Jovančević, *Optužnica i preispitivanje optužnice*, *Zbornik Udruženja za krivično pravo Srbije – Primena novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije*, naučni skup, Kopaonik, 2007, str. 115–130.

pljanja prvih dokaza, što mu omogućava da kasnije, ako se postupak nastavi pred sudom, bolje poznaje činjenične i pravne elemente krivične stvari koja je predmet postupka; 3) konačno, tako se krivični sud rasterećuje u određenoj meri, te se više može fokusirati na svoju osnovnu funkciju, a to je presuđivanje krivične stvari, a time se ostvaruju i neki sasvim konkretni funkcionalno-organizacioni efekti, kao što je na primer, prevazilaženje potencijalnih kadrovskih problema, do kojih je dolazilo kada je istraga bila u isključivoj nadležnosti istražnog sudije, koji potom nije mogao biti član veća u istoj krivičnoj stvari (razlog za obavezno izuzeće), što je ponekad izazivalo probleme u sudovima sa manjim brojem sudija. Ovakvo rešenje ipak nije radikalno, već se pre može označiti kao optimalno u našim uslovima, jer tipična tužilačka istraga (kao što je to slučaj u svim adverzijalnim krivičnim postupcima i mnogim evropskim postupcima, a u našem okruženju npr., u Republici Srpskoj, odnosno u BiH), podrazumeva da ona bude ono što je sada kod nas pretkrivični postupak, uz neke elemente iz sadašnje istrage, a da se pri tom optužnica uvek formalno potvrđuje.

Koncept zastupljen u ZKP-u iz 2006. godine predstavlja *blažu formu tužilačke istrage*, koja se odlikuje time da postoji *prethodna istraga* u kojoj najznačajniju ulogu ima policija, ali javni tužilac vrši rukovodeću funkciju, koja se praktično vodi sve dok nije poznato ko je osumnjičeni, ali se određene radnje mogu vršiti i u odnosu na lice koje je postalo osumnjičeni, a da zatim *kao posebna faza postoji istraga*, u kojoj dominira tužilac, ali se takođe određeni *elementi prethodne istrage i istrage prepliću* i praktično čine jedan u osnovi zajednički među-stadijum pre donošenja optužnice.<sup>119</sup> S obzirom na predviđenu mogućnost da javni tužilac zatraži od istražnog sudije, koji o(p)staje kao oblik sudske funkcionalne nadležnosti, ali sa znatno manjim obimom posla u krivičnom postupku, da preduzme određenu istražnu radnju, onda kada je to neophodno, može se smatrati da ni novi koncept istrage nije potpuno tužilački, odnosno (jedno)stranački, što inače odgovara i mnogim komparativnim krivičnoprocenim, a pre svega kontinentalno-evropskim rešenjima. Ovakva mogućnost bi u našim uslovima bila posebno korisna, ne samo kada su u pitanju tzv. hitne istražne radnje (kao na primer, u nemačkom krivičnom postupku), već i u onom periodu neminovnog prilagođavanja javnog tužilaštva na svoju novu funkciju.

#### 4.3.3. Da li je opravdana glorifikacija sudske istrage?

Sudska istraga predstavlja samo jednu vrstu *mimikrije*, kojom se policijski ili ređe tužilački dokazi „kamufiraju“ u sudske dokaze. Iskustvo i statistička analiza jasno pokazuju da javni tužilac rutinski prihvata skoro svaku krivičnu prijavu podnetu od strane policije, i praktično njen sadržaj samo „pretače“ u svoj optužni akt, a zatim, što je poseban pokazatelj neefikasnosti sudske istrage, istražni sudija prihvata skoro svaki zahtev javnog tužioca za sprovođenje istrage.

U manje od 1 % slučajeva istražni sudija izražava svoje *neslaganje sa zahtevom javnog tužioca*, pa to praktično znači da je istražni sudija pretvoren samo u neku vrstu *transmisije javnog tužioca*, koji je prethodno – transmisija policije, a što onda

119 Više o tome: M. Škulić, *op. cit.*, str. 840–841.

ima i veoma teške praktične posledice baš po kredibilitet dokaza iz istrage, jer se oni bez većih problema prihvataju na glavnom pretresu, s obzirom da se radi o sudskim dokazima, ali se tako u stvari, indirektno osnažuju dokazi iz policije.

Dakle, baš je sudska istraga nešto što na „mala vrata“ *uvodi policijske dokaze kao sudske dokaze*. Novi koncept istrage je daleko procesno čistije i u pravnom smislu *poštenije rešenje*, koje su stoga i prihvatile mnoge savremene i demokratske države, jer su tužilački dokazi ipak samo *dokazi stranke koja je u funkciji krivičnog gonjenja* i oni se kasnije moraju *dobitno sudski osnažiti*, ili obrnuto, devalvirati u krivičnom postupku. S druge strane, istražni sudija ostaje i u novom konceptu, ali samo kao sudska kontrola javnog tužioca, jer on može obustaviti istragu koju je započeo tužilac, kada prihvati žalbu okrivljenog ili njegovog branioca. Pored toga, prema ZKP-u iz 2006., a tako je i u drugim sistemima javno-tužilačke istrage, samo istražni sudija, odnosno sudija može doneti odluku o bilo kojem ograničenju prava okrivljenog, počev od onih ograničenja koja proističu iz opštih ili posebnih dokaznih radnji, do onih koja se tiču mera za obezbeđenje prisustva okrivljenog, tj. pritvora, jemstva, itd. Osim ovoga, kada se radi o dokazima za koje postoji opasnost da neće moći da se ponove na glavnom pretresu, njih može izvoditi istražni sudija na predlog javnog tužioca, što je slično i rešenjima u drugim državama koje imaju dominantno tužilačku istragu.

Postavlja se pitanje da li je osnovana kritika korišćenja dokaza iz istrage koja nije sudska na glavnom pretresu, kada baš sadašnji ZKP, koji mnogi kritičari ZKP-a iz 2006. godine glorifikuju, omogućava saslušanje osumnjičenog od strane policije i pri tom se taj iskaz može koristiti kao dokaz? Ovakva mogućnost postoji i prema ZKP-u iz 2006. godine, ali se njime uvodi dodatna zaštita, jer iskaz dat policiji, ako je ona sama obavila saslušanje može biti dokaz samo ukoliko je snimljen i audio i video. Ponekad se u kritikama novog koncepta potpuno pogrešno razume koncept suđenja, jer se svi dokazi izvedeni u prethodnoj istrazi ili istrazi od strane javnog tužioca ili policije, kojoj je to javni tužilac poverio, svakako moraju po pravilu, izvoditi ponovo na glavnom pretresu, a pri tom, nema razloga da po izuzetku oni ne mogu biti prihvaćeni kao takvi i od strane suda, jer je to je slučaj i u svim drugim državama koje imaju tužilačku istragu, osim u većini država koje imaju anglosaksonski pravni sistem (a tamo je istraga, po pravilu, policijska), gde se po pravilu i skoro bez izuzetka, svi dokazi moraju izvesti na samom suđenju. Međutim, porotno suđenje je sada i u SAD pravi izuzetak u praksi, jer se više od 90 % slučajeva završava samo izricanjem sankcije, a na bazi priznanja do kojeg je došlo bilo na osnovu sporazuma sa tužiocem (plea bargaining), bilo bez njega. Pa i kod nas sada, na primer, samo oko 14 % uviđaja vrši istražni sudija, što znači da oko 86 % zapisnika o uviđaju koji se koriste kao dokaz proističe iz policijskih uviđaja. Još je upečatljiviji primer pretresanje stana i lica, koje skoro bez izuzetka vrši policija. Kada još uzmemo u obzir mogućnost policije da saslušava osumnjičenog u prekrivičnom postupku, onda se jasno može uočiti koliko se zaista obilato *policijski dokazi* koriste i u našem sadašnjem krivičnom postupku.

Javni tužilac, naravno, jeste stranka u formalnom smislu, samim tim što vrši jednu od dve stranačke funkcije, a i sam ZKP (kako onaj iz 2001., tako i ZKP iz

2006.) ga striktno, kao i svakog tužioca, tj. samim tim što je ovlašćeni tužilac, definiše kao stranku. Ali, javni tužilac nije isključivo stranka, jer je on pre svega državni organ, pa je i to razlog, zašto se njemu može poveriti istraga, te mu se nametnuti dužnost (kao što se to čini i u ZKP-u iz 2006.) da s jednakom pažnjom ispituje i utvrđuje kako činjenice koje terete okrivljenog, tako i one koje mu idu u prilog. Isto ili veoma slično rešenje postoji i u drugim kontinentalno-evropskim državama u kojima istragu vodi javni (državni) tužilac, kao što je to slučaj, na primer, u Nemačkoj, a to je i razlog da vodeći nemački krivičar profesor C. Roxin, zaključuje da državni tužilac uopšte i nije stranka u nemačkom krivičnom postupku,<sup>120</sup> već je neka vrsta (para)stranke. Pored toga, to je i razlog da se u mnogim pravnim sistemima javni tužilac smatra sastavnim delom pravosuđa, te da je *bliži sudskoj, nego izvršnoj vlasti*, što je načelno veoma dobro rešenje.

Kada je reč opet o Nemačkoj, to je i razlog da u toj zemlji, tj. u nekim njenim pokrajinama (kao, na primer, u Bavarskoj) po pravilu mladi sudija mora da određeno vreme provede kao javni (državni) tužilac, tj. njegov zamenik i obrnuto, javni (državni) tužilac radi neko vreme kao sudija, što onda doprinosi boljoj kasnijoj saradnji i boljem uvidu u rad državnih organa koji su subjekti krivičnog postupka. Ovo nije u svim nemačkim pokrajinama formalno apsolutno obavezno, ali sudija, odnosno državni tužilac koji ne pristane na takvu „razmenu“ nema mnogo šansi da nakon toga napreduje u pravosudnoj hijerarhiji. S druge strane, to nameće i obavezu države da u svom pravnom sistemu obezbedi maksimalne formalne garancije za funkcionalnu nezavisnost javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca.

#### 4.3.4. Procesna verodostojnost dokaza koji potiču iz istrage

Jedna od opcija u reformi našeg krivičnog postupka bi mogla biti i da istraga bude potpuno neformalna, a da samo po izuzetku dokazi iz istrage (kada ih je izveo sudija) mogu da se koriste na glavnom pretresu. Ovo rešenje je neadekvatno, jer bi ono dovelo do toga da se „istraga“ praktično vodi na glavnom pretresu, što bi onda naš krivični postupak toliko opteretilo da bi on verovatno brzo doživeo kolaps. U stvari, ovo bi rešenje samo preimenovalo sadašnji pretkrivični postupak u istragu. Potpuno neformalni karakter istrage bi verovatno mogao dovesti i do *neselektivnog optuživanja*, jer kako bi sud koji treba da potvrdi optužnicu uopšte i mogao realno da je procenjuje, ako se ona ne bi zasnivala na dokazima, već samo na „podacima o dokazima“, koje bi potom tek trebalo izvoditi na glavnom pretresu. Tužilačka priroda istrage ne podrazumeva apsolutno isključenje svih dokaza iz istrage na glavnom pretresu, jer bi to bilo apsurdno, a kao primer se može posebno istaći Italija, u kojoj je to prvobitno bilo predviđeno, ali se potom od takvog rigidnog koncepta odustalo (posebno u vezi postupaka čiji su predmet bila tzv. mafijaška krivična dela), pa tako sada i tamo postoje mogućnosti za određena ne baš preterano uska odstupanja od načela neposrednosti.

Nije sporno da tužilački dokazi, tj. dokazi izvedeni od strane javnog tužioca načelno nemaju isti dokazni kredibilitet kao sudski, ali se njima ne sme odricati bilo kakva dokazna verodostojnost, jer je to, s jedne strane, apsurdno pošto se radi o

120 C. Roxin, *op. cit.*, str. 87–88.



državnom organu, dok s druge strane, danas i većina evropskih krivičnih procedura dopušta da državni tužilac prikuplja, pa i izvodi određene dokaze u istrazi, odnosno dopušta se da to pod određenim uslovima, čini i policija. To uopšte nije sporno, na primer, ni u Nemačkoj, a tamo se samo utvrđuju zakonski uslovi pod kojima se takvi dokazi mogu koristiti na glavnom pretresu, uz pravljenje određene razlike da li dokazi potiču od policije ili državnog tužioca, ali se ni policijski dokazi ne isključuju apriorno, a kamoli tužilački.

Zakonik iz 2006. godine je, dajući mogućnost za izuzetno korišćenje dokaza izvedenih u istrazi na glavnom pretresu, pošao od načelne ideje da to mora biti omogućeno kao izuzetak, a da će sud u svakom konkretnom slučaju ceniti verodostojnost pojedinih dokaza, te da će principijelno uvek davati prevagu sudskim dokazima. Da bi to bilo jasnije, a nakon određenih kritika stručne javnosti, u predloženim izmenama i dopunama ovog Zakonika, uvedeni su posebni dodatni kriterijumi za mogućnost da se odluka suda zasniva na takvim dokazima.

#### 4.3.5. Odluka o sprovođenju istrage

Istraga se prema ZKP-u iz 2006. pokreće *rešenjem o sprovođenju istrage*, koje bi donosio javni tužilac, a protiv kojeg bi bila dozvoljena žalba o kojoj bi rešavao sud u određenom funkcionalnom sastavu, tj. istražni sudija. Možda površniji posmatrači Zakonika iz 2006. godine baš zbog korišćenja termina „**istražni sudija**“, zaključuju da istraga u tom Zakoniku nije čisto tužilačka, ali je takvo rezonovanje suštinski pogrešno, jer sudija u svakoj tužilačkoj istrazi mora postojati, makar za naređivanje da se preduzimaju posebne dokazne radnje (specijalne istražne tehnike), te zbog donošenja odluka o određenim merama procesne prinude, a kako će on biti označen u terminološkom smislu, nije suviše važno.

U srpskom jeziku je u smislu značenja potpuno istovetno kada se kaže „**istražni sudija**“ ili „**sudija istrage**“, ali je prisvojni genitiv u ovom drugom terminu za srpski jezik prilično neuobičajen i ne smatra se, po pravilu, odlikom dobrog stila, što u određenoj meri važi i za termin „**sudija za istragu**“. Određena razlika u ovom pogledu postoji na primer u nemačkom krivičnom postupku, ali je to posledica obeležja nemačkog jezika i pravne terminologije, koja je na našu žalost bogatija od naše, pa tako tamo „**Untersuchungsrichter**“ (bukvalno – istražujući sudija) označava istražnog sudiju koji sadržinski vodi istragu u sistemu sudske istrage, tj. istražuje, dok je „**Ermittlungsrichter**“ sudija istrage, onaj sudija koji vrši samo neke radnje u sistemu istrage koju vodi državni tužilac.

U većini sistema državno-tužilačke istrage, ona se pokreće ili prvom radnjom nadležnog državnog organa, koja je istražnog karaktera, a bez donošenja bilo kakve formalne odluke ili odlukom (najčešće naredbom), protiv koje žalba nije dozvoljena. Takvo je rešenje svakako efikasnije i ubrzava postupak, ali ono potencijalno ima i neke svoje slabe tačke, a može bilo i veoma loše za osumnjičenog (u BiH je, na primer, bilo slučajeva da se istraga protiv određenog lica vodi sedam-osam meseci, pa i duže a da on o tome nema pojma), ali to nekada nije dobro ni za efikasnost istrage. Iako na prvi pogled deluje kao da to istragu čini efikasnijom, to nije uvek tako, jer bi ona tada potencijalno bila neselektivna i praktično bi se istraga vodila po automa-



tizmu u odnosu na sve što se krivično prijavi. Istraga se ne započinje naredbom ni u Nemačkoj, jer tamo istraga započinje prvom radnjom koja se preduzme kada postoji određeni stepen sumnje da je učinjeno krivično delo, a formalno se to tek kasnije konstatuje određenim zaključkom („Beschluss“), koji se ne može pravno pobijati, mada čak i po tom pitanju postoji i jedan habilitacioni rad u kojem se dokazuje da se i protiv te „odluke“ može uložiti žalba, ali da to ne bi imalo praktične svrhe.

Ako bi se istraga započinjala naredbom, protiv koje žalba ne bi bila dozvoljena, to bi onda potencijalno dovodilo i do nekih procesno čudnih situacija, pri čemu treba posebno imati u vidu i našu dosadašnju praksu, te neke već ustaljene rezone u sudskoj praksi. To bi, pre svega, bio slučaj kada je doneto *rešenje o određivanju pritvora*, protiv kojeg je žalba uvek dozvoljena. Stvar bi bila jednostavna ako bi se ta žalba odbila a rešenje potvrdilo, jer bi onda istraga u svakom slučaju dalje tekla svojim redovnim tokom. Isto bi bilo i ako bi se pritvor ukinuo, zbog ocene vanraspravnog veća da ne postoji određeni razlog (pritvorski osnov) na kome se pobijano rešenje zasniva, ali bi do apsurdne situacije došlo ako bi vanraspravno veće konstatovalo da se rešenje o pritvoru ukida, jer uopšte nema *osnovane sumnje* da je lice učinilo krivično delo, a ne zaboravimo, osnovana sumnja je osnovi uslov za određivanje pritvora uz koji onda, kumulativno mora postojati i još neki Zakonikom alternativno propisan pritvorski osnov. Formalno mogu postojati osnovi sumnje, kao blaži stepen sumnje u odnosu na viši stepen sumnje – osnovanu sumnju, ali bi to u ovom primeru u praksi dovodilo do veoma nezgodnih situacija.

#### 4.3.6. *Da li je sadašnja sudska „istraga“ zaista „prava“ istraga?*

Pitanje sadržano u ovom podnaslovu može zvučati besmisleno na prvi pogled, jer kako nešto uopšte i može da ne bude, ono što je sadržano već u njegovom terminološkom određenju, a naš ZKP (iz 2001.) govori o „istrazi“ koju vodi istražni sudija. Ovo je pitanje, međutim, sasvim logično, jer se tu u stvari misli na to – da li istražni sudija uopšte nešto istražuje, te šta on to vodeći istragu, *sam i autonomno istražuje* ?

U praksi, istražni sudija vrlo retko i u neznatnoj meri zaista ima *istraživačku funkciju*, jer su dokazi ili makar informacije koje bi trebalo uobličiti u dokaze, već prikupljeni u pretkrivičnom postupku i u stvari, funkcija istražnog sudije u sudskoj istrazi se svodi na jednu vrstu prethodnog filtera u odnosu na ono što je učinjeno u pretkrivičnom postupku, pa on praktično ponavlja niz već obavljenih radnji, što je posebno tipično kada se radi o iskazima svedoka, jer se u istrazi tako veoma često saslušavaju kao svedoci lica koja su svoj iskaz prethodno dali u svojstvu građanina pred policijom.

Ovaj sistem nije u ovom delu baš toliko loš sa stanovišta efikasnosti postupka kao što se na prvi pogled čini, jer se iskaz dat istražnom sudiji kasnije bez većih formalnih problema može koristiti kao dokaz u daljem toku postupka. Problem je, međutim, sa drugim dokazima, koji u osnovi potiču iz pretkrivičnog postupka, a koji se ovako samo „provlače“ kroz istragu i praktično direktno upućuju na glavni pretres, gde onda mogu ostvarivati i direktan dokazni kredibilitet. Zato što je sudska istraga samo jedna vrsta prethodne provere optužbe (formalno sadržane u zahtevu

za sprovođenje istrage), koja je kao što smo prethodno objasnili, često sasvim rutinska, u našem sadašnjem sistemu, prigovor protiv optužnice ne ostvaruje neku značajniju praktičnu svrhu, tj. uopšte sudska kontrola optužnice, je izrazito neefikasna.

#### 4.3.7. *Koncept istrage u Nacrtu Zakonika o krivičnom postupku iz 2010.*

Ako „tvrdokornim evropskim kontinentalcima“, ili bar svima koji makar malo veruju u ustaljenu pravnu tradiciju kontinentalne Evrope, bez obzira što nije sporno da treba prihvatati i određene prikladne modele koji potiču iz anglosaksonskog prava (poput određene varijante sporazuma o priznanju krivice, nekih elemenata organizacije glavnog pretresa, itd.), moguća buduća adverzijalna konstrukcija glavnog pretresa deluje ne samo prilično neprivačno, nego i veoma egzotično ili pomalo „ekstravagantno“, onda stepen „egzotike“, ili možda bolje rečeno, svojevrsne *bizarnosti*, dostiže svoj vrhunac sa plasiranom idejom o mogućoj budućoj „paralelnoj“ istrazi. Šta bi tu i čemu bilo i moglo biti paralelno ?

Istrazi koju bi vodio javni tužilac bi bila paralelna istraga okrivljenog, odnosno njegovog branioca. Ponekad se navodi da tzv. paralelna istraga postoji u SAD i u drugim državama anglosaksonskog pravnog područja, ali to jednostavno *nije tačno*. Tamo konkretno uopšte i nema bilo kakve zvanične istrage, već istragu u obliku onoga što je kod nas pretkrivični postupak, sasvim neformalno vodi policija, a okrivljenom, ako uopšte i sazna da je pod istragom (jer istraga tamo nije javna) i kada sazna (a to će po pravilu, biti slučaj tek kada ga saslušaju kao osumnjičenog), niko ne brani da ako to može i ume, ili ima finansijskih sredstava za angažovanje privatnog detektiva, sam vodi neku sopstvenu „istragu“. Međutim, ništa iz te „istrage“ ne može da se koristi kao dokaz na suđenju, isto kao što uostalom, ni bilo šta drugo iz policijske istrage, osim materijalnih dokaza, kao i iskaza osumnjičenog, može da se koristi na porotnom suđenju. I sad kod nas nema nikakvih zakonskih prepreka da se angažuje privatni detektiv, ali sve što on učini nema nikakvu formalnu vrednost.

U našim bi uslovima ovakva koncepcija istrage, odnosno formalizovanje tzv. paralelne istrage, zahtevalo vrlo komplikovanu procesnu regulativu. Na primer, bilo bi veoma teško rešiti pitanje javnosti u istrazi, a kako lica u funkciji odbrane mogu voditi svoju („paralelnu“) istragu kada ne znaju da se istraga uopšte i vodi od strane javnog tužioca ili ako to već znaju, ne znaju koje radnje vrši javni tužilac. Kakvim bi se mehanizmima moglo obezbediti da okrivljeni može saslušavati svedoke i kakvim bi ih merama on mogao „prinuditi“ da ispune svoje procesne dužnosti. Teorijski bi se mogao konstruisati mehanizam posredne sudske prinude, gde bi se okrivljeni obraćao sudu, koji bi svedoku upućivao poziv i eventualno preduzimao potrebne mere procesne prinude, ali uopšte nije teško zamisliti koliko bi to bilo neefikasno, a često bi takav način preduzimanja radnji, tj. prikupljanja „dokaza“ u „istrazi“ bio sasvim apsurdan. Takav tip „istrage“ bi pored toga teško mogao da bude doprinos efikasnijem krivičnom postupku, već bi on verovatno veoma brzo doveo do potpunog kolapsa naše krivične procedure, a to, valjda, nikome nije cilj. Takva bi istraga bila u praksi i *izrazito nepravilna*, jer bi samo jedna izrazita manjina veoma boga-

tih okrivljenih bila u stanju da vodi „istragu“ angažovanjem privatnih istražitelja, a ostali bi imali samo „golo pravo“, što bi predstavljalo vrhunski cinizam.

Iako, kao što smo prethodno objasnili, ne može biti govora o bilo kakvoj zvaničnoj paralelnoj istrazi u SAD i u drugim državama anglosaksonskog pravnog sistema, određeni elementi takve istrage postoje u Italiji, ali to ne bi trebalo da bude uzor našem predlagaču i zakonodavcu, jer je taj sistem u toj zemlji izrazito neefikasan, prepun ozbiljnih kontradikcija,<sup>121</sup> a ne treba ni zaboraviti (što je kod nas već na prvi pogled nemoguće) da u Italiji okrivljeni u svakom slučaju, tj. uvek i bez obzira na zaprečenu kaznu za krivično delo koje je predmet postupka (dakle, čak i za najlakša krivična dela) mora imati branioca.

Javni tužilac je stranka u krivičnom postupku i ukoliko se on shodno Nacrtu ZKP-a, kao državni organ više ne usmerava na oficijelno utvrđivanje istine (sadašnji član 17 ZKP),<sup>122</sup> nema nikakvih garancija da će istraga koju on vodi biti ni iole nepristrasna, jer zašto bi javni tužilac obraćao bilo kakvu pažnju na dokaze koji idu u prilog odbrani. U Nacrtu Zakonika o krivičnom postupku propisano je da osumnjičeni i njegov branilac (ako ga ima) mogu tokom istrage koju vodi javni tužilac samostalno prikupljati dokaze. Realno je da ovo „mogu“ u praksi bude shvaćeno kao „trebaju“ ili čak „moraju“, a to će, svakako, dovesti do ogromnih problema i izrazitih nepravdičnosti.

Osumnjičeni i njegov branilac mogu samostalno prikupljati dokaze u korist odbrane (član 307 Nacrta). Kakve su šanse osumnjičenog bez branioca, pa i onda kada ima branioca da samostalno obezbeđuje dokaze? Kako bi na primer, osumnjičeni saslušavao svedoke? Radi se o potpuno nerealnoj i poprilično besmislenoj normi. Dalje se ovo razrađuje u Nacrtu tako što je propisano da ako osumnjičeni ili njegov branilac smatra da je potrebno preduzeti određenu dokaznu radnju, predložiće javnom tužiocu da je preduzme.

Dakle, stranka se obraća protivnoj stranci koja bi trebalo da u njenu korist preduzme određene dokazne radnje. Ne zvuči baš realno i ostvarljivo, a da ne govorimo o pravičnosti.

Ako javni tužilac odbije predlog osumnjičenog, odnosno njegovog branioca ili o predlogu ne odluči u roku od trideset dana od dana podnošenja predloga, osumnjičeni ili njegov branilac može podneti predlog sudiji za prethodni postupak koji odluku o tome donosi u roku od osam dana. Ako sudija za prethodni postupak usvoji takav predlog naložiće javnom tužiocu da preduzme dokaznu radnju i odrediti mu za to rok, a ako javni tužilac i pored toga ne preduzme dokaznu radnju

121 Prosečan krivični postupak u Italiji spada među najduže krivične postupke u svetu, a Italija je i inače često loše prolazila u postupku pred Evropskim sudom za ljudska prava, kada je reč o pravu na suđenje u razumnom roku.

122 Drugačije je u drugim evropskim kontinentalnim krivičnim postupcima, gde je istraga takođe svrstana u nadležnost državnog tužioca, ali je državni tužilac (dakle, ne ni samo sud), dužan da utvrđuje istinu i da s jednakom pažnjom prikuplja kako dokaze koji idu u prilog optužbi, tako i one koji koriste odbrani. To je i razlog (što je objašnjeno u prethodnom tekstu, kada je citiran i ugledni nemački autor prof. dr. Claus Roxin), da se državni tužilac u nemačkom krivičnom postupku (slično kao i u drugim tipičnim evropsko-kontinentalnim krivičnim procedurama) uopšte i ne smatra klasičnom procesnom strankom.

u ostavljenom roku, tu radnju će, na predlog osumnjičenog ili njegovog branioca, preduzeti sudija za prethodni postupak ili će naložiti organu policije da to uradi. O nepostupanju javnog tužioca po nalogu za preduzimanje dokazne radnje sudija za prethodni postupak će obavestiti neposredno višeg javnog tužioca. Ovakav mehanizam je *veoma neefikasan* (jer zašto bi, na primer, javni tužilac postupio po nalogu sudije za prethodni postupak, kada sudija i inače mora preduzeti predloženu radnju ako to odbije javni tužilac) i on će sasvim očigledno dovesti do odugovlačenja u izvođenju dokaza koji idu u prilog odbrani tokom istrage.

Konačno, i ukoliko javni tužilac postupi po zahtevu sudije za prethodni postupak, koliko je realno očekivati da će on zahtevanu radnju u prilog odbrane obaviti objektivno na korektan način? Naime, ne zaboravimo, radi se o radnji na čije je vršenje javni tužilac „primoran“, u pitanju je radnja koju on ne vrši voljno i u pogledu koje je prvobitno izrazio neslaganje, a u ljudskoj je prirodi da se u takvim situacijama, po pravilu, ne postupa baš na kvalitetan način. Nije ni najmanje logično i realno da stranka u krivičnom postupku (koja sada ni formalno nema dužnost da kao objektivni državni organ s jednakom pažnjom utvrđuje kako činjenice koje terete okrivljenog, tako i one koje mu idu u prilog) sa entuzijazmom vrši radnje u korist protivne stranke.

Onda kada se javni tužilac ogлуši o zahtev sudije za prethodni postupak, tj. onda kada u roku koji mu je sudija odredio za preduzimanje dokazne radnje u korist odbrane,<sup>123</sup> takvu radnju ne preduzme, sudija za prethodni postupak može alternativno takvu radnju: 1) sam preduzeti, ili 2) izdati nalog policiji da ona takvu radnju preduzme u korist odbrane. Ovo je zaista *neverovatno rešenje*, jer to znači da će *policija koja je podnela krivičnu prijavu, vršiti radnje u korist odbrane u istrazi* čije je vođenje ona sama inicirala svojom krivičnom prijavom!!!

Osumnjičeni koji je saslušan i njegov branilac su dužni da odmah po svom samostalnom pribavljanju dokaza obaveste javnog tužioca o tome, te da mu pre završetka istrage omogućće razmatranje spisa i razgledanje predmeta koji služe kao dokaz (član 308 stav 3 Nacrta). Ovo znači da osumnjičeni (koji može biti i nepismen), odnosno njegov branilac (koji uopšte ne mora biti advokat-krivičar) moraju, odnosno mogu voditi neku vrstu svoje „istrage“, u vidu prikupljanja dokaza u prilog odbrane, te o njenim rezultatima obavestiti protivnu stranku, tj. javnog tužioca. Ovim se u formi navodne potpune stranačke ravnopravnosti, te uz pokušaj da se i sama istraga, protivno njenoj procesnoj logici, adverzizalno tj. stranački ustroji, praktično uvodi kategorija odgovarajuće „kooperativnosti“ odbrane, u odnosu na javnog tužioca tokom istrage koju on formalno vodi. Ipak je u pitanju prazna norma, jer kakve bi konsekvence snosila odbrana, ako ne bi u istrazi na ovakav način *sarađivala* sa javnim tužiocem.

123 Ovde postoji *nekoliko rokova* koji se odnose na takvu radnju, a njihovim sabiranjem se može dobiti i prilično dugačak vremenski period, a *istraga je navodno hitna*, isto kao što se novi ZKP načelno donosi da bismo konačno dobili brži i efikasniji krivični postupak. Lepo je čuveni kriminalista Lokar rekao da je „vreme koje prolazi, istina koja nam izmiče“, a kako sada (prema Nacrtu ZKP-a), istina više ni formalno nije cilj krivičnog postupka, sporost u prikupljanju dokaza u prilog odbrane u istrazi očigledno ne predstavlja neki poseban problem.

Kako li će osumnjičeni, na primer, saslušavati svedoke, da li će oni polagati zakletvu i tsl., sve su to pitanja koja ovde ostaju bez odgovora, ali se pri tom, bez većih dilema može konstatovati da su u pitanju ekstremno loša normativna rešenja sadržana u Nacrtu Zakonika o krivičnom postupku.

#### 4.4 Potpuno adverzijalna organizacija glavnog pretresa uz promovisanje izrazite dokazne pasivnosti suda u Nacrtu novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije

Prema članu 15 Nacrta Zakonika o krivičnom postupku, teret dokazivanja optužbe je na tužiocu,<sup>124</sup> a sud izvodi dokaze na predlog stranaka. Sud može dati nalog stranci da predloži dopunske dokaze, ili izuzetno sam odrediti da se takvi dokazi izvedu, ukoliko oceni da je to neophodno da bi se o važnim činjenicama otklonile protivrečnosti ili nejasnoće u dokazima koji su izvedeni. Sud može izvoditi dokaze i onda kada njih nisu predložile stranke, ali zašto bi sud to činio, kada nema dužnost utvrđivanja istine?

U članu 15 stav 3 se čak ni ne određuje da će sud, onda kada se radi o bitnom dopunskom dokazu, u pogledu kojeg je on stranci dao nalog da ga predloži, a stranka to nije učinila, sam sud tada izvesti takav dokaz, već se navodi da sud tada „izuzetno“ može odrediti da se takvi dokazi izvedu, što znači da bi i tada te dokaze u stvari, po pravilu izvodile same stranke, što je poprilično besmisleno, jer zašto bi stranka izvodila dokaz, koji uopšte nije nameravala da predloži, te se čak i oglušila o „nalog“ suda da predloži njegovo izvođenje?!

Čudno je da sud primarno može dati nalog stranci da predloži dopunske dokaze, umesto da uvek kada smatra da su takvi dokazi potrebni, takve dokaze sam sud izvede, što bi bilo brže, jednostavnije i procesno znatno logičnije, ali bi istovremeno takvo logično i razumno rešenje bilo duboko protivno izvitoperenoj koncepciji po kojoj sud mora biti maksimalno dokazno pasiviziran. Radi se o potpuno besmislenom rešenju, jer se u istom tom Nacrtu u kojem se forsira sloboda stranaka u dokazivanju i glavni pretres konstruiše adverzijalno, sada sudu daje uloga neke vrste „savetnika“ stranke, jer on stranci „nalaže“ da ona izvede dopunske dokaze i ako se ta stranka „tvrdooglavo“ ogluši o *nalog* suda,<sup>125</sup> onda sud *može, ali ne mora* takve dokaze sam izvesti. Radi se o besmislenom normativnom rešenju.

124 U dosadašnjoj javnoj raspravi o Nacrtu ZKP-a, neki članovi radne grupe koja je učestvovala u pisanju tog teksta su u više navrata isticali da se rešenjima iz Nacrta prevazilazi nekakav sadašnji „problem“, koji se svodi na dužnost suda da „podržava“ ili „podupire“, optužnicu, jer se sada to konačno, „prebacuje“ na tužioca. Zaista, *neverovatna konstatacija*. Van pameti je da bilo koji sudija u krivičnom postupku „podržava“ ili „podupire“ optužnicu, jer bi se takvim postupanjem sudija grubo oglušio o svoju dužnost nepristrasnog postupanja. Time što sudija prema sadašnjem Zakoniku o krivičnom postupku ima dužnost utvrđivanja istine, on ne samo da nema dužnost bilo kakvog „stajanja na stranu tužioca“, već sudija to nikako ne bi ni smeo činiti, a onaj sudija koji u javnoj raspravi priznaje da je do sada „podržavao“ optužnicu u krivičnom postupku, time praktično, *sam sebe optužuje za ozbiljno kršenje zakona*, odnosno to čak priznaje.

125 Kakav je to *nalog koji nije obavezujući*. Radi se u stvari, o *predlogu suda*, jer stranka takav sudski „nalog“, može ali ne mora uslišiti, pa je stoga to što je formalno označeno kao „nalog“, odnosno

Sam zakonodavac, ne samo da kao pravilo uvodi stranačko izvođenje dokaza, već sud načelno bitno ograničava, da i onda kada on sam izvodi određene dokaze koje stranke nisu predložile, to čini samo kada je potrebno otkloniti protivrečnosti ili nejasnoće u dokazima koji su izvedeni, a ne i radi utvrđivanja drugih činjenica, odnosno pokušaja boljeg razjašnjenja predmeta krivičnog postupka, ili u krajnjoj liniji, u cilju traganja za istinom. Ovo je ključna odredba Nacrta Zakonika o krivičnom postupku,<sup>126</sup> kojom se praktično, krajnje limitira aktivna uloga suda na glavnom pretresu. Ova odredba na jedan malignan način teško „inficira“ ceo tekst Nacrta, a naročito, dokazni postupak na glavnom pretresu. Time se takođe, potpuno *devalvira formalno postojeća mogućnost pobijanja presude žalbom zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja*, jer kako stranka može napadati činjenično stanje, kada je s jedne strane u prvoj liniji baš ona odgovorana za njegovo utvrđivanje, pošto je dokazivanje primarno u rukama samih stranaka, dok s druge strane, sud uopšte i nema dužnost, ne samo utvrđivanja istine, već čak ni težnje da se istini makar približi. Zar se stranka može žaliti zbog sopstvene dokazne neaktivnosti?

Prema članu 399 stav 2 Nacrta ZKP-a, u dokaznom postupku se izvode dokazi o činjenicama koje su važne za pravilno i zakonito presuđenje. Radi se o *neverovatno praznoj i goljoj frazi*. Kako sud uopšte nema dužnost utvrđivanja istinitog i potpunog činjeničnog stanja, on ne raspolaže ni bilo kakvim realnim parametrom u odnosu na činjenice koje se utvrđuju dokazima, pa tako, sud nema ni na osnovu čega da određene činjenice smatra važnim za „pravilno i zakonito presuđenje“.

Iako sud može izvoditi određene dokaze i bez predloga stranaka, on nema nikakav poseban motiv da to čini, jer uopšte nema dužnost utvrđivanja istine u krivičnom postupku i time je faktički ceo dokazni postupak na glavnom pretresu u njegovom sadržinskom smislu, tj. u odnosu na samo izvođenje dokaza u osnovi poveren strankama, a uloga suda u tom postupku do krajnjih granica besmisleno formalizovana. Kao što je već objašnjeno, većina okrivljenih bez branioca neće po logici stvari biti sposobna za uspešno dokazivanje i biće sasvim očigledno u naglašeno inferiornoj poziciji u odnosu na javnog tužioca, a sud pri tom nema nikakav poseban motiv da ostvaruje aktivniju dokaznu ulogu, niti sud za to raspolaže adekvatnim procesnim mehanizmima.

Dokazivanje za koje bi prvenstveno bile nadležne stranke na glavnom pretresu, bi donekle imalo smisla jedino ako bi okrivljeni uvek, bez obzira na težinu krivičnog dela, morao imati branioca (kao što je to na primer slučaj u Italiji), ali bi se i

---

„nalaganje“, u stvari, samo *predlog*, tj. *predlaganje*, što je potpuno besmisleno, jer tako sud stranci samo predlaže da ona predloži dopunske dokaze, a ako stranka to odbije, sud može izuzetno sam odrediti da se takvi dokazi izvedu.

126 Iz ovoga se i vidi suštinski problem sadržan u Nacrtu ZKP-a, a to je njegovo *utemeljenje na pogrešnoj koncepciji*, koja ne samo da je potpuno strana našoj krivičnoprocesnoj tradiciji i shvatanjima ovog pitanja u klasičnoj kontinentalnoj Evropi, već je suštinski izrazito nehumana i duboko nepravična. Kada je sama koncepcija Zakonika suštinski pogrešna, onda takva *dubinska greška* podmuklo kvari i ostalo „tkivo“ zakonskog teksta, koje i kada samo po sebi nije loše, ili je čak sasvim adekvatno, objektivno ne može ostvariti pozitivan efekat.



onda postavilo pitanje da li je branilac u konkretnom slučaju advokat krivičar, kakvim iskustvom raspolaže i tsl.<sup>127</sup>

I kao što su u Orvelovoj *Životinjskoj farmi* „sve životinje ravnopravne, a neke malo ravnopravnije“, i prema Nacrtu Zakonika o krivičnom postupku Srbije, *obe stranke su ravnopravne, a jedna malo ravnopravnija*.<sup>128</sup> To se može uočiti u čitavom nizu zakonskih odredbi, a naročito u pravilima koja se odnose na konstrukciju glavnog pretresa.

Pažnju zaslužuje i član 293 stav 2 Nacrta ZKP-a (koji na prvi pogled nije povezan sa glavnim pretresom), a shodno kojem dokazi koje je policija pribavila preduzimanjem dokaznih radnji u predistražnom postupku mogu biti korišćeni u daljem toku krivičnog postupka (što znači i na glavnom pretresu), ako su dokazne radnje sprovedene u skladu sa Zakonikom o krivičnom postupku. Iako bi to bilo besmisleno, čini se da praktično svaka dokazna radnja policije iz predistražnog postupka (nekadašnji pretkrivični postupak) može bez posebnih uslovljavanja, ostvariti dokazni kredibilitet, čak i na samom glavnom pretresu.

#### 4.5. *Potpuno „labavljenje kočnica“ u pogledu sporazuma o priznanju krivice*

U naš pravni sistem je novelama Zakonika o krivičnom postupku iz 2001. godine od septembra 2009. godine (po uzoru na odredbe sadržane u ZKP-u iz 2006. godine) uveden sporazum o priznanju krivice. To je zakonski mehanizam koji mnogi smatraju veoma kontroverznim. Da je bilo ko pre nekoliko decenija nekom javnom tužiocu predložio zaključenje sporazuma sa okrivljenim, čestiti tužilac bi verovatno posumnjao u pokušaj korupcije.

127 Ovo se ne rešava potencijalno neustavnom odredbom Nacrta (član 73 stav 2), po kojoj branilac u prvostepenom postupku pred višim sudom i u postupku pred apelacionim sudom koji rešava o pravnom leku protiv odluke višeg suda može biti samo advokat sa najmanje pet godina advokatske prakse ili prakse u tužilaštvu na izornoj funkciji, dok branilac u postupku pred Vrhovnim kasacionim sudom može biti samo advokat sa najmanje sedam godina advokatske prakse ili prakse u sudu ili tužilaštvu na izornoj funkciji. Kada se radi o izabranom braniocu, onda je problematično da se na ovakav način okrivljenom ograničava pravo izbora, dok je s druge strane, cela koncepcija ovakve „selekcije“ advokata veoma dubiozna, jer godine prakse same po sebi nisu garancija kvaliteta konkretnog advokata ili nekadašnjeg sudije, odnosno javnog tužioca. Na primer, advokat može imati i više decenija prakse, ali *ne u krivičnim predmetima*, pa je onda takva njegova višedecenijska praksa potpuno irelevantna u smislu njegove osposobljenosti da bude branilac u krivičnom postupku, što isto važi i za bivšeg sudiju koji se isključivo bavio parnicom, odnosno nije uopšte postupao u krivičnim predmetima. Pa ni sama praksa u krivičnim predmetima, nije sama po sebi garancija bilo čega, jer ta praksa može biti i izrazito neuspešna.

128 Ovdje treba imati u vidu da ni javni tužilac nije „prošao“ dobro u Nacrtu Zakonika o krivičnom postupku, jer on sada ima strahovito povećane nadležnosti i znatno uvećan broj aktivnosti u krivičnom postupku. Javnom tužiocu je shodno Nacrtu ZKP-a poveren čitav niz radnji u predistražnom postupku (nekadašnji pretkrivični postupak), a broj tih radnji i skup ovlašćenja i dužnosti javnog tužioca daleko prevazilazi njegovu ulogu u sadašnjem pretkrivičnom postupku. Pored toga, javni tužilac, shodno Nacrtu ZKP-a, *vodi istragu* (koja se pokreće zaključkom, bez mogućnosti pobijanja pravnim lekom), podnosi optužnicu i *mora sam izvoditi dokaze na glavnom pretresu*. Tvorci Nacrta ZKP-a su zaista žestoko opteretili javnog tužioca, pa je skoro *čudno da mu nisu poverili i pisanje „koncepta“ presude...*

Slične mogućnosti postoje u većini savremenih država i mada je sporazum o priznanju krivice zaista potekao iz SAD, on je danas u nekim svojim varijantama prihvaćen širom Evrope. Na primer, u Nemačkoj se on decenijama primenjivao, čak i bez ikakve formalne zakonske osnove. Ono što je već decenijama bilo prisutno u praksi, u Nemačkoj je tek septembra 2010. godine pretočeno u zakonske odredbe. Da li to predstavlja amerikanizaciju evropskih krivičnih postupaka? U suštini ne, iako uticaj rešenja iz uporednog prava svakako postoji, ali je to danas u savremenom svetu uobičajena pojava. Američka varijanta sporazuma o priznanju krivice, poznata kao plea bargaining, se često prevodi kao „nagodba priznanju krivice“. Sami Amerikanci radije govore o „ispregovaranoj krivici“.

Krivični postupak je u SAD ustrojen kao jedna vrsta „dokaznog stranačkog dvoboja“. Tužilac i okrivljeni se sopstvenim argumentima „tuku“ pred porotom sastavljenom od običnih građana, koja ceni ko je bio ubedljiviji. Sam sudija je relativno pasivan. Tek ako porota odluči da je okrivljeni kriv, sudija stupa na scenu izricanjem odgovarajuće kazne. Ako porota odluči da nema krivice, posao sudije je završen. Ovo je poznato i iz beletristike i filmova. Ono što mnogi ne znaju jeste da je ovakvo „školsko“ suđenje u SAD pravi izuzetak. Odvija se u manje od 10 % svih slučajeva. Skoro 90 % slučajeva se okončava na temelju priznanja okrivljenog, kada izostaje porotno suđenje, a sud samo izriče kaznu, uzimajući priznanje kao ozbiljnu olakšavajuću okolnost. Međutim, oko polovina priznanja nije plod sporazuma sa tužiocem, već okrivljeni priznaje pritešnjen dokazima i svestan da bi i bez priznanja bio oglašen krivim, ali da bi tada sledila daleko teža kazna, a tamo kazne nisu nimalo naivne. Kada bi bilo nešto više suđenja pred porotom, pravosudni sistem SAD bi doživeo kolaps.

Onda kada se američki tužilac sporazumeva sa okrivljenim, često je vrlo bitna „stavka“ spremnost okrivljenog da se pojavi kao svedok protiv drugih „ozbiljnijih“ igrača. Kad je pisac ovog teksta bio u poseti FBI-aju u San Francisku, gde je veliki problem u tom gradu albanska mafija, za koju mu je rečeno da je vrlo tvrd orah jer se radi o novoj veoma zatvorenoj grupaciji, u koju je skoro nemoguće prodreti. Potom je američki detektiv utešno objasnio da se to uvek dešava kada se pojave novi imigranti, te da vremenom deluje melting pot, neko od došljaka postane policajac i stvori se prilika da FBI dobije insajdera u kriminalnoj organizaciji. Našalio sam se i rekao da je to možda i prilika da kriminalci steknu insajdera u policiji. Dobio sam odgovor da je to svakako moguće, ali ne i suviše verovatno, jer se većina policajaca kao kuge plaši takve saradnje sa kriminalcima, znajući da će kriminalac ako „padne“, imati prilikom pregovora sa tužiocem podatak o korumpiranom policajcu kao jaku kartu u rukavu. Spasavajući svoju kožu, on bi vrlo rado svedočio protiv „drugara u plavom“.

Sporazum se u sada važećem srpskom Zakoniku o krivičnom postupku zasniva na bitno drugačijoj koncepciji. Moguć je samo za krivična dela za koja je propisana kazna do 12 godina zatvora. Element sporazuma ne može biti obavezivanje okrivljenog da svedoči protiv drugog okrivljenog. Kada se u SAD okrivljeni i tužilac „nagode“, oni kaznu samo predlažu. To sud ne obavezuje. Kazna može biti i teža od dogovorene, što se po pravilu i dešava. U Srbiji to neće biti moguće. Sud prihvata

sporazum samo ako u prilog krivici osim priznanja postoje i drugi dokazi. Tada se prihvata i kazna o kojoj su se sporazumeli tužilac i okrivljeni. Protiv odluke kojom se prihvata sporazum, žalbu može da izjavi oštećeni i tek kada o toj žalbi reši vanraspravno veće suda, sporazum proizvodi pravno dejstvo. Stoga će okrivljeni i javni tužilac biti motivisani da vode računa i o interesima žrtve krivičnog dela, pre svega o obeštećenju, što je humano i pravično. Ne treba očekivati čuda od sporazuma o priznanju krivice, ali bi on mogao doprineti efikasnijem krivičnom postupku. Nijedno zakonsko rešenje nije savršeno, pa ni ovo, jer savršenstvo nije ljudska osobina ali ovaj sporazum u praksi može biti koristan. Suđenje ipak ne sme postati izuzetak, a krivični postupak se ne sme pretvarati u bilo koji oblik „prekog suda“. Kaznena politika ne sme biti „mreža u koju se hvataju male ribe, a kroz koju prolaze velike“, a sporazum je u osnovi namenjen „malim ribama“. Iako se kaže da je „pravda spora, ali dostižna“, suđenja moraju biti brža, jer njihova preterana sporost uvek ohrabruje kriminalce.

Mnogo se prašine podiglo kada je jedna folk zvezda sklopila sporazum sa javnim tužiocem i, kako je to dobar deo javnosti doživeo, „pogodbom“ blage kazne „otkupila“ grehe. Bilo je tu i mnogo nerazumevanja, a često se komentarisalo i da mi sada imamo „američki“ sistem. Stvari stoje nešto drugačije. Takav sporazum u Srbiji, kao što je objašnjeno, sada postoji u jednoj prilično umerenoj varijanti. Stavka sporazuma ne može biti obavezivanje okrivljenog da svedoči protiv drugih okrivljenih, jer bi to moglo asociirati na „kupovinu“ svedoka. Na primer, Dražen Erdemović je priznao da je u Srebrenici učestvovao u ubistvu oko 1200 ljudi, a da je lično ubio oko 70 ljudi. Za taj zločin je, zahvaljujući svedočenju na koje se obavezao sporazumom, osuđen na svega pet godina zatvora.

Zahuktali reformatori hitaju da kod nas sve „poprave“ i preprave, pa i da novoizabranim „deliocima pravde“, uz novu mrežu sudova, stave na raspolaganje i nove procesne zakone, čijom će primenom naše reformisano pravosuđe „procvetati“. Nacrtom Zakonika o krivičnom postupku omogućava se sklapanje sporazuma u pogledu bilo kog krivičnog dela. To znači da će, ako ne daj Bože, ovakav Nacrt postane zakon, nagodba tužioca i okrivljenog biti moguća i za silovanje deteta, teška ubistva i sl. Nije dozvoljena ni žalba oštećenog protiv sporazuma. To je veoma loše rešenje, koje u kombinaciji sa ukidanjem dužnosti suda da utvrđuje istinu u krivičnom postupku (što je najveći „hit“ naših reformatora), može biti izrazito nepravično u praksi.

Od kada je DNK analiza postala rutinska metoda identifikacije, ne samo da je njeno korišćenje doprinelo velikom uspehu u dokazivanju krivičnih dela, već je njome u nekim državama naknadno dokazan niz sudskih zabluda. Nakon što je nevinost jednog osuđenika na smrtnu kaznu nesporno utvrđena naknadno sprovedenom DNK analizom, guverner države Ilinoj je 2003. godine doneo odluku da se sve osude na smrtnu kaznu u toj državi preinače u kazne doživotnog zatvora, kada je dao i jednu legendarnu izjavu: *Našim pravnim sistemom krstari duh sudske zablude.*<sup>129</sup>

129 J. Benet (Ed.), *Crime Investigation*, Parragon, London, 2007, str. 92–93.

Do 2007. godine je skoro 200 osuđenika u SAD oslobođeno nakon što je DNK analizom utvrđeno da su nevini.<sup>130</sup> Neki od njih spadaju u onih famoznih 97 %, koji se kod nas ističu kao pozitivan primer američkog sistema stranačke „nagodbe.“<sup>131</sup> Ti „jadnici“ su, iako zaista nevini, prethodno sami priznali zločine, što ih je potom koštalo godina provedenih iza rešetaka.

Šta nevinog čoveka može naterati da prizna krivično delo? Odmah pomislimo na razne zloupotrebe, a posebno na torturu, ali to ovde nije slučaj. Takva priznanja „iznuduje“ sistem koji je klasično suđenje pretvorio u izuzetak. Onda kada cilj krivičnog postupka nije istina, već formalno rešavanje predmeta postupka, tada je priznanje zaista „kraljica dokaza“ i njegovim dobijanjem se sve rešava. To je tipično u anglosaksonskim postupcima, a posebno u SAD. Doduše, takvog sporazuma nema u Velikoj Britaniji, iako je ona „kolevka“ američkog prava. Veoma stroga kaznena politika motivise okrivljene da priznaju krivična dela i sa tužiocem sklope sporazum, kojim sudu predlažu određenu kaznu. Ako se sud uveri da je priznanje istinito, drugi se dokazi ne izvode, već se suđenje svodi samo na kažnjavanje. Kako sud u SAD nije dužan da utvrđuje istinu, on u praksi po pravilu nema mnogo razloga da sumnja u priznanje. Obrnuto, ako nema priznanja, ide se pred porotu i tada, ako ona okrivljenog oglasi krivim, sledi višestruko teža kazna.

Strah od odluke porote može neke okrivljene da natera na priznanje, čak i onda kada su nevini, a naročito kada se radi o ranije već osuđivanima, koji znaju da će porotu teško ubediti u svoju nevinost. U samim SAD se stoga taj sistem često oštro kritikuje, ali on tamo funkcioniše, a svaka država sama bira zakonska rešenja koja najviše odgovaraju njenim potrebama.

U SAD svaki optuženi ima ustavno pravo na porotno suđenje, ali kada bi se to pravo samo malo više koristilo, sistem bi doživeo kolaps, jer je klasično suđenje veoma komplikovano i skupo. Zato u SAD sporazum o priznanju krivice ima takav značaj, ali ga baš zato u Srbiji, jer mi nemamo sistem porotnog suđenja, ne treba ni preterano favorizovati. Srbija treba uzor prvenstveno da traži u kontinentalnim evropskim zemljama, gde sporazum o priznanju krivice i kada postoji, ne liči mnogo na svog „rođaka“ iz Amerike.

#### 4.6. Druge značajne anomalije sadržane u Nacrtu Zakonika o krivičnom postupku

Pored prethodno već objašnjenih krupnih konceptijskih grešaka Nacrta Zakonika o krivičnom postupku, ovaj tekst obiluje i drugim ozbiljnim anomalijama, što ga sveukupno poprilično devalvira.

<sup>130</sup> *Ibidem.*

<sup>131</sup> Inače, radi se o **pogrešnom podatku**, koji su neki naši „pravosudni“ zvaničnici bezrezervno i veoma zdušno prihvatili, pa ga i više puta iznosili u javnosti. U prethodnom tekstu smo naveli nekoliko relevantnih američkih izvora (od kojih su neki objavljeni u knjigama koje je izdalo samo Ministarstvo pravde SAD), po kojem je taj procenat **oko 90 %** ili nešto više od 90 %, ali **nikako ne tih „famoznih“ 97 %**. Pored toga, ovde su na izvestan način, ipak „sabrane babe i žabe“, jer se radi o svim deliktima uopšte, a ne samo o klasičnim krivičnim delima. Dakle u taj % ulaze i oni relativno sitniji delikti, kao što su to prekršaji u našem pravnom sistemu.

#### 4.6.1. Elementi „pretpostavke krivice“ u Nacrtu Zakonika o krivičnom postupku, pogrešno i nepotrebno definisanje različitih stepena sumnje

Prema članu 2 tačka 17 Nacrta, osnov sumnje je pretpostavka da je određeno lice učinilac krivičnog dela, zasnovana na okolnostima događaja i posrednim zaključcima o činjenicama (indicijama).<sup>132</sup> Prema članu 2 tačka 18 Nacrta, osnovana sumnja je pretpostavka da je određeno lice učinilac krivičnog dela, zasnovana na okolnostima događaja i neposrednim zaključcima o činjenicama (dokazima). Prema članu 2 tačka 19 Nacrta, opravdana sumnja je potkrepljenost osnovane sumnje dokazima koji čine verovatnom pretpostavku da je određeno lice učinilac krivičnog dela i opravdavaju podizanje optužbe. Ove kratke odredbe su izuzetno problematične i predstavljaju sjajan primer neukosti njenih pisaca.

Takve definicije stepena osnova sumnje su u kontradikciji sa pretpostavkom nevinosti sadržanom u članu 3 stav 1 Nacrta, shodno kojoj se svako smatra nevinim sve dok se njegova krivica za krivično delo ne utvrdi pravnosnažnom odlukom suda. Ako se *pretpostavlja da je određeno lice učinilo krivično delo* (član 2 tač. 17 – 19 Nacrta), onda to znači da se *pretpostavlja da je on kriv*, čime se derogira pretpostavka nevinosti, koja nije sadržana samo u Zakoniku o krivičnom postupku, već i u Ustavu i važnim međunarodnopravnim dokumentima.

Kada se kaže da *osnov sumnje, osnovana sumnja, odnosno opravdana sumnja predstavljaju pretpostavku* da je određeno lice učinilo krivično delo, to znači da se time *pretpostavlja krivica*, jer je krivično delo ono delo koje je zakonom određeno kao krivično delo, koje je protivpravno i skrivljeno,<sup>133</sup> pa ako se *pretpostavlja da je neko učinio krivično delo*,<sup>134</sup> to znači da se pretpostavlja njegova *krivica*. Bilo bi nešto bolje da su se tvorci Nacrta makar ograničili na posredno eliminisanje pretpostavke *krivice* u svojim definicijama različitih stepena sumnje, pa da je rečeno da se radi o pretpostavci da je određeno lice učinilac dela koje je „zakonom određeno kao krivično delo i koje je protivpravno“, što bi onda, makar u formalnom smislu, moglo donekle otkloniti problem ulaženja u koliziju sa dejstvom pretpostavke nevinosti.

Pored toga, *ako su već želeli da se „igraju“ definicijama u zakonskom tekstu, autori ovih problematičnih odredbi su mogli da umesto „termina“ pretpostavka koriste izraz mogućnost i da tako makar na formalan način izbegnu konfrontaciju sa pretpostavkom nevinosti*.<sup>135</sup>

132 Inače, u daljem tekstu Nacrta se govori o „osnovima sumnje“, a ne o „osnovu sumnje“. Na primer, prema članu 301 stav 1 tačka 1, istraga se pokreće protiv određenog lica za koje postoje osnovi sumnje da je učinilo krivično delo.

133 Više o tome: Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 52–53.

134 Pored ovoga, ako se svaki stepen sumnje vezuje za pretpostavku da je određeno lice učinilo krivično delo (kao što se to čini u članu 2 st. 17–19 Nacrta), to bi značilo i da nijedan od tih stepena sumnje ne može da se odnosi na neuračunljiva lica, jer njihova dela nisu krivična dela, već su u pitanju krivična dela koja su zakonom određena kao krivična dela i koja su protivpravna, ali su učinjena bez krivice.

135 Tvorci Nacrta Zakonika o krivičnom postupku su se po ovom pitanju ipak „dozvali pameti“ (bolje ikad, nego nikad), pa su u poslednjoj radnoj verziji tog Nacrta od 12. jula 2011. godina,

Time što se svaki stepen sumnje, od najblažeg do najtežeg, određuje tako da je zasnovan na pretpostavci da je određeno lice učinilo krivično delo (praktično se radi o pretpostavci krivice), pri čemu se zahteva postojanje određenih „okolnosti“, odnosno „činjenica“ ili „dokaza“ na kojima se takva pretpostavka zasniva, se tek nepotrebno ušlo u veoma složen problem. Vrlo je neuobičajeno za savremene zakon(ik)e o krivičnom postupku da uvode podelu na *indicije* i *neposredne dokaze*. To je pretežno bila odlika starih inkvizitorskih zakonika o krivičnom postupku, ustrojenih na *formalnoj oceni dokaza*.

U savremenom krivičnom procesnom pravu je *podela na indicije i dokaze*, odnosno posredne i neposredne dokaze samo teorijskog značaja, dok se u samim zakonima i u praksi to prepušta slobodnoj oceni suda, odnosno službenih aktera postupka i njihovom slobodnom uverenju.<sup>136</sup> Ovo predstavlja primer popriličnog anahronizma u tekstu Nacrta, koji nije ni od kakve praktične važnosti, a u stvari, u praksi može da deluje isključivo zbunjujuće.

Prvi put se u naš krivični postupak uvodi i treći stepen sumnje, a to je *opravdana sumnja*, koja ne samo da je takođe (kao i prethodno definisana dva blaža stepena sumnje – osnov sumnje i osnovana sumnja) vid kršenja pretpostavke nevinosti, već je veoma nejasno definisana, jednom vrlo komplikovanom formulacijom da se tu radi o „pokrepljenosti osnovane sumnje dokazima koji čine verovatnom pretpostavku da je određeno lice učinilo krivično delo i opravdavaju podizanje optužbe.“ Ova definicija je kontradiktorna prethodnoj definiciji osnovane sumnje i iz nje bi skoro moglo proizići da se sada pravi razlika u kvalitetu dokaza koji potkrepljuju osnovanu sumnju i onih iz kojih proizlazi opravdana sumnja.

Da su ovakve definicije stepena sumnja izložene u nekom teorijskom radu, one bi mogle imati određenog rezona i mogle bi poslužiti kao izvesni orijentir praksi, kao što je to uobičajeno kada se radi o dokaznim pojmovima u krivičnom procesnom pravu, mada bi se i tada radilo o veoma nekvalitetnim definicijama, ali kada se one (pa čak i u drastičnom vidu kršenja pretpostavke nevinosti) uvedu u potencijalni zakonski tekst, onda je to grubo amatersko poigravanje sa jednim izuzetno važnim izvorom prava u pravnoj državi.

#### 4.6.2. *Prenormiranost Nacrta Zakonika i drugi primeri nepotrebno i pogrešnog definisanja, kao i česte upotrebe neadekvatnih termina*

Tekst Nacrta Zakonika o krivičnom postupku je pretrpan normama, on je suviše obiman, što ponekad može imati i zbunjujući efekat. Doduše, to bi možda donekle mogao biti i kvalitet teksta, kada bi se radilo o valjanim odredbama, jer bi se

---

koja je predata Ministarstvu pravde radi izrade konačnog teksta Nacrta, ipak eliminisali izraz „pretpostavka“, te ga (kao što je ovde sugerisano i kao što je autor ovog rada, prethodno to već učinio u drugim tekstovima posvećenim kritičkoj analizi Nacrta ZKP-a), **zamenili adekvatnijim terminom – mogućnost**, čime su izbegli formalno i sasvim nepotrebno povređivanje pretpostavke nevinosti. Bez obzira što se u poslednjoj verziji Nacrta ova odredba popravila, ona prva verzija svakako zaslužuje da bude komentarisana, kao izrazito negativan primer površnosti i neznanja.

136 Više o tome: M. Škulić, *Krivično procesno pravo*, treće izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011, str. 188–189.



onda moglo smatrati da je tako ostalo manje prostora za pravne praznine, nejasnoće i sl. Međutim, ovde se radi o potpuno suprotnom efektu, jer kada postoji više loših normi, odnosno kada se radi o zakonskom tekstu koji sadrži puno veoma slabih (ponekad i očajno loših) normativnih rešenja, onda je to mnogo gore, nego da neke norme uopšte ne postoje, tj. da neka pitanja uopšte nisu ni uređena u zakonu. Naravno je problematično unošenje odredbi koje su nejasne i protivrečne, a često i nepotrebne.

#### 4.6.3. *Nepotrebno definisanje organizovane kriminalne grupe u Nacrtu Zakonika o krivičnom postupku*

Kakva je svrha definisanja „organizovane kriminalne grupe“ u članu 2 tačka 32 Nacrta, kada potpuno istovetnu definiciju sadrži Krivični zakonik u članu 112 stav,<sup>137</sup> a u Nacrtu ima i drugih sličnih primera.<sup>138</sup>

Neko bi mogao pomisliti da su članovi radne grupe za izradu ovog zlosrećnog Nacrta možda bili „plaćeni po šljafni“ teksta ili su može biti smatrali da pionirskim poduhvatom definisanja svega i svačega u ZKP i kada je to potrebno i kada (najčešće) nije, te stvaranjem što je moguće većeg teksta i sami postati veći i značajniji...

#### 4.6.4. *Besmislenost definisanja izraza „izvesnost“ u Nacrtu Zakonika o krivičnom postupku*

Potpuno je besmisleno definisanje izraza „izvesnost“ (član 2 tačka 20), što ne samo da predstavlja (poput objašnjenih primera sa stepenima sumnje) primer daljeg grubog poigravanja sa zakonskim tekstom koji se nepotrebno opterećuje čisto teorijskim pojmovima, već je to i očigledan primer pogrešnog definisanja, jer kada se izvesnost objasni kao „zaključak o nesumnjivom postojanju ili nepostojanju činjenica, koji je zasnovan na objektivnim merilima rasuđivanja“, time ništa značajno nije rečeno, odnosno ono što je rečeno, je pogrešno.

Ako je izvesnost istina (a reč istina se maksimalno izbegava u tekstu Nacrta),<sup>139</sup> onda ona ne može, sama po sebi, biti zaključak, već se samo može raditi o zaključku da izvesnost postoji ili ne postoji, odnosno da je nešto istina ili da nije, ali u svakom

137 Definicija iz Krivičnog zakonika: „Organizovana kriminalna grupa je grupa od tri ili više lica, koja postoji određeno vreme i deluje sporazumno u cilju vršenja jednog ili više krivičnih dela za koja je propisana kazna zatvora od četiri godine ili teža kazna, radi neposrednog ili posrednog sticanja finansijske ili druge koristi.“ Možda bi sada pitanje u nekom kvizu moglo da bude: „Kažite koja je razlika između definisanja organizovane kriminalne grupe Krivičnom zakoniku i u Nacrtu Zakonika o krivičnom postupku.“

138 Doduše, ipak su tvorci Nacrta pokazali i određenu razumnu *uzdržanost u definisanju izraza*, pa tako na primer, oni nisu označili šta je u Zakoniku o krivičnom postupku Zakonik o krivičnom postupku, niti su, na primer, odredili šta u ZKP-u označavaju izrazi „sudija“, „Ustav“, „presuda“, itd.

139 Zaista je neverovatno koliko su konsekventno i skoro sa „strašću“ tvorci Nacrta Zakonika o krivičnom postupku iz 2010. godine konsekventno eliminisali istinu ne samo kao cilj krivičnog postupka, odnosno donošenja meritornih odluka u tom postupku, već i kao izraz koji bi se koristio u bilo kojoj odredbi ZKP-a. Ako bi se elektronski tekst Nacrta ZKP-a automatski pretraživao (*Ctrl + find*), imenica *istina*, niti atribut „istinit“, se ne bi pronašli. Kao da se kod reformskih tvoraca takvog Nacrta radi o manifestacije svojevrsne *istinofobije*.

slučaju i to je čisto teorijsko pitanje. Radi se o veoma slabo utemeljenoj teorijskoj floskuli, koju kao da su stvarali „nesuđeni filozofi“ ili nekakve *iskompleksirane sveznalice*, a koja ni po čemu ne zaslužuje da se nađe u zakonskom tekstu.

Zar će bilo kome, a naročito sudijama i drugim službenim akterima krivičnog postupka, ovakva definicija izvesnosti sada konačno „otvoriti oči“, pa će oni čitajući taj deo teksta Nacrta ZKP-a, odnosno samog pozitivnog ZKP-a (ako nekom nesrećom ovakav tekst ikad postane pozitivno pravo), konačno shvatiti šta je to izvesnost? Kako li se oni „siroti“ sada snalaze i kako su svih ovih decenija „preživeli“, a da im zakonski tekst nije lepo i jasno objasnio „šta je to izvesnost“ ?

#### 4.6.5. *Definisanje izraza „lišenje slobode“*

Lišenje slobode se definiše kao *hapšenje, zadržavanje, zabrana napuštanja stana, pritvor, itd.* Čemu služi ovakva definicija; pa kao da bez nje do sada nije bilo savršeno jasno da je pritvor oblik lišenja slobode ?!

Korišćenje izraza „hapšenje“, kako ovde, tako i u drugim zakonskim odredbama je potpuno besmisleno. Čudno je da u inovativnom Nacrtu, zatvor nije označen kao „apsana“, a određivanje pritvora kao „smeštanje u aps“.

#### 4.6.6. *Apsurdnost definisanja izraza „Krivični zakonik i drugi zakon Republike Srbije u kojem su sadržane krivičnopravne odredbe“*

U članu 2 tačka 34 definiše se da je krivični zakon „Krivični zakonik i drugi zakon Republike Srbije u kojem su sadržane krivičnopravne odredbe.“ Ovo je prosto genijalno. Čovek zanemi pred takvom genijalnošću.

Da ovde nije objašnjeno šta je krivični zakon, ko zna koji bi se sve zakoni u praksi smatrali krivičnim zakonima, ili bi možda, da nam nije lepo rečeno da se tu radi samo o Krivičnom zakoniku Republike Srbije, odnosno drugom relevantnom zakonu naše otadžbine, neko neobavešten tu svrstavao i krivične zakone drugih država. Ovo je zaista enorman doprinos rešavanju potencijalnih dilema u praksi, mada bi se i ova odredba možda mogla tretirati kao vid one narodne poslovice po kojoj – „besposleni pop i jariće krsti“.

#### 4.6.7. *Besmislena intencija favorizovanja „rodne ravnopravnosti“ u Nacrtu Zakonika o krivičnom postupku*

Veoma je neobična i zaista do krajnjih granica inovativna odredba člana 2 stav 2 Nacrta, po kojoj „svi izrazi koji se koriste u gramatičkom muškom rodu, podrazumevaju prirodni muški i ženski rod.“<sup>140</sup>

Dakle, ovde se radi o baš *svim izrazima*,<sup>141</sup> pa tako kada se koristi „muška“ reč „postupak“, to bi značilo da postoji i takva „ženska“ reč, a da ne govorimo o termi-

140 Zanimljivo je da ovde nema (doduše, hvala Bogu da nema, jer je cela odredba potpuno besmislena) i logičkog reciprociteta, tako što bi se navelo i da svi izrazi koji se koriste u gramatičkom ženskom rodu, podrazumevaju prirodni muški i ženski rod.

141 Ovo bi donekle imalo smisla samo kada se radi o *licima*, kao što su to, na primer sudija, tužilac, okrivljeni, oštećeni, itd., ali to ni tada ne treba da bude stvar regulative Zakonika o krivičnom po-

nima kao što su: „organ“, „jezik“, „zakon“, „zakonik“, „akt“, „ustav“, itd. Sve ove reči, podrazumeva se po tvorcima Nacrta, *moraju biti i u ženskom rodu!!!*

Formulacija sadržana u članu 2 stav 2 Nacrta će možda radovati neke naše strastvene „borkinje“ i borce za ljudska prava, a u okviru toga, naročito one koji se energično zalažu za rodnu ravnopravnost, ali ona zahvaljujući svojoj izrazitoj apsurdnosti i neverovatno visokom stepenu laičkog pogleda na stvaranje zakonskih normi može samo da veoma rastuži sve koji smatraju da je Zakonik o krivičnom postupku suviše ozbiljan zakonski tekst da bi se dopustilo da bude poligon za svojevrсно amatersko i u stvari, nažalost, poprilično neuko terminološko izivljavanje.

#### 4.7. *Institucija branioca u pripravnosti kao vid potencijalnog kršenja prava na odbranu*

Prema članu 77 stav 1 Nacrta, ako okrivljeni izjavi organu postupka u pisanom obliku ili usmeno na zapisnik da odbija branioca postavljenog po službenoj dužnosti i da želi da se brani isključivo sam, predsednik suda može posebnim rešenjem odlučiti da, u zavisnosti od težine krivičnog dela, složenosti slučaja i svojstava okrivljenog, postavljeni branilac ostane branilac u pripravnosti, sa opštim i posebnim dužnostima, koje su propisane u Zakoniku. Ova odredba je verovatno uneta po uzoru na neke situacije nastale u postupku pred Haškim tribunalom,<sup>142</sup> ali njoj nije mesto u Zakoniku o krivičnom postupku i od nje u praksi teško da može biti neke koristi, dok bi s druge strane, ona mogla imati i veoma negativni efekat.

Slično kao i do sada, u članu 75 Nacrta, propisuju se slučajevi obavezne stručne odbrane, gde se kao što je uobičajeno, utvrđuje da ako okrivljeni (odnosno druga lica koja imaju to pravo), branioca ne izabere, njega postavlja predsednik suda po službenoj dužnosti. Međutim, odredbama člana 77 se praktično eliminiše odbrana po službenoj dužnosti, jer ako okrivljeni odbije branioca koji mu je postavljen, onda

---

stupku, te ovakvo normiranje očigledno predstavlja primer one aktivnosti, koju narod objašnjava poslovičom po kojoj „besposleni pop i jariće krsti“. Mimo ovoga, bilo bi poprilično neuobičajeno, a možda nekome i smešno, govoriti na primer, o „javnoj tužilji“ ili možda, „javnoj tužiteljici“ i sl.

142 Potpuno je besmisleno da se u odnosu na ovu ustanovu koriste iskustva iz Haškog tribunala, jer se pred njim vode krivični postupci za veoma teška krivična dela iz kategorije krivičnih dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom, za koja je prema pravilima našeg krivičnog zakonodavstva uglavnom propisana kazna od trideset do četrdeset godina zatvora. Kako pravilima Statuta tog Tribunala nije propisana obavezna stručna odbrana, već je obrnuto, okrivljenom dato neopozivo pravo da se brani sam i lično, u nekim od postupaka pred tim tribunalom, koristio se u praksi sličan mehanizam onome koji se sada predviđa u članu 77 Nacrta, ali je to bilo prilično kontroverzno. Kako je u našem krivičnom postupku obavezna stručna odbrana propisana između ostalog, uvek kada je predmet krivičnog postupka krivično delo za koje je propisana kazna od preko deset godina zatvora (isto je i u članu 75 stav 1 tačka 2 Nacrta), kakav je značaj da onda kada se ne radi o slučaju obavezne odbrane, postoji branilac u pripravnosti, jer ukoliko je u pitanju neki od razloga za obaveznu stručnu odbranu, onda aktuelni branilac svakako mora da postoji i to bi, već samo po sebi, isključivalo mogućnost postavljanja branioca u pripravnosti. Međutim, čini se, što je veoma problematično, da branilac u pripravnosti eliminiše obaveznu stručnu odbranu u onom konkretnom slučaju u kojem je određen, za šta ne postoji valjan *ratio legis*. Vidi više o braniocu u postupku pred Haškim tribunalom: M. Škulić, *Međunarodni krivični sud – nadležnost i postupak*, Pravni fakultet u Beogradu i Dosije, Beograd, 2005, str. 110–115.

predsednik suda *može* posebnim rešenjem odlučiti da mu bude postavljen branilac u pripravnosti, tj. tada prethodno postavljeni branilac „ostaje u pripravnosti“. Dakle, to se *može, ali ne mora učiniti*, tako da je sasvim moguće da okrivljeni i za najteža krivična dela bude bez branioca u krivičnom postupku, ukoliko odbije onoga koji mu je postavljen, a predsednik suda mu ne odredi branioca u pripravnosti, jer on to može, ali ne mora da učini.

Posebno je nezgodno što branilac u pripravnosti može biti isključivo prethodni branilac po službenoj dužnosti, a koga je okrivljeni već „odbio“, što u stvari, podrazumeva da nije zadovoljan načinom na koji ga je branio, nije s njim ostvario neophodnu komunikaciju, nalazi se u određenoj koliziji sa braniocem u odnosu na pravac odbrane i sl. I sada takav branilac treba tom istom okrivljenom da bude branilac u pripravnosti, ili je alternativa da okrivljeni uopšte nema branioca, pa i za najteža krivična dela, odnosno čak ako je nem, gluv, nesposoban da se sam brani, itd.

Radi se o veoma lošem rešenju, koje ozbiljno narušava pravo na odbranu okrivljenog. U Nacrtu se uređuju određene posebne dužnosti branioca u pripravnosti, poput upoznavanja sa sadržajem izvedenih dokaznih radnji i tokom kojim se odvija glavni pretres, itd. Dakle, okrivljeni je odbio postavljenog branioca, jer je s njim, na primer, u ozbiljnom sukobu ili čak smatra da on škodi interesima njegove odbrane, a onda ga predsednik suda ipak „zadržava“, tako što donosi rešenje kojim ovaj ostaje branilac u pripravnosti, koji potom, može i dalje biti involviran u krivični postupak, te faktički i dalje uticati na procesnu sudbinu krivičnog predmeta, bez obzira na sukob sa okrivljenim, odnosno na intenciju okrivljenog da nema kontakt sa tim braniocem.

I pogledu „branioca u pripravnosti“ postoje i druge značajne kontradikcije. Kako je objašnjeno, okrivljeni i za najteža krivična dela može ostati bez branioca, a tada su mogući i neki posebni problemi. Ako predsednik suda postavljenog branioca nije „zadržao“ kao branioca u pripravnosti, a okrivljeni sam ne želi da uloži žalbu protiv presude kojom mu je izrečena kazna od trideset do četrdeset godina zatvora, takva presuda neće biti pobijana žalbom, što nije pravično, jer se radi o svojevrsnoj kapitalnoj krivičnoj sankciji. Još je gore ako takav okrivljeni (što bi, s obzirom na težinu krivičnog dela bilo realno, ali nije i obavezno) ima branioca u pripravnosti, jer takav branilac žalbu protiv presude može izjaviti samo *uz izričitu saglasnost okrivljenog* (član 78 stav 1 tačka 5), što znači da ako nema takve saglasnosti, žalba ne može biti uložena, što je onda u kontradikciji sa članom 438 stav 6, po kojem branilac žalbu može izjaviti i bez posebnog ovlašćenja optuženog, ali ne i protiv njegove volje, osim ako je optuženom izrečena kazna zatvora od 30 do 40 godina.

#### 4.8. Dostavljanje pismena

Iako nije sporno da je potrebno uvesti efikasnije načine pozivanja i dostavljanja, čini se da se u Nacrtu ozbiljno preteralo.

Ako se radi o licu kojima se pismeno neposredno dostavlja, a lice se ne zatekne tamo gde se dostavljanje ima izvršiti, pismeno se može predati članu njegovog domaćinstva starijem od šesnaest godina, koji je dužan da ga primi (član 249 stav 2).

Kako će se utvrđivati godine člana domaćinstva je poseban problem koji se ovde ne rešava, a besmisleno je uvoditi obaveza člana domaćinstva da primi pismeno, kada istovremeno ne postoji bilo kakva konsekvencija za odbijanje člana domaćinstva da pismeno primi. Da li će mu se tada pismeno „gurati u ruke“ ili će se možda, primeniti fizička sila ?

Ako se član porodičnog domaćinstva ne zatekne, pismeno će se predati *portiru, susedu ili predsedniku kućnog saveta*, ako oni na to pristanu i time se smatra da je dostavljanje izvršeno (član 249 stav 2). Ovo je neverovatna odredba. Kada se zna koje su procesne konsekvence obavljenog urednog dostavljanja, onda je zaista neverovatno da se i na ovakav način pismeno može uredno dostaviti. Pa, srpski komšijski odnosi su ponekad poprilično poremećeni i lako je zamisliti suseda koji će rado primiti pismeno koje se inače, lično dostavlja, a onda ga hladnokrvno uništiti, te svog zlosrećnog suseda izložiti određenim procesnim posledicama.

I naravno, tu je „konačno rešenje“, pa ako lice koje nije dužno da primi pismeno (portir, sused, predsednik kućnog saveta, kolega sa radnog mesta) odbije da to učini, dostavljač ostavlja obaveštenje da će se pismeno istaći na oglasnoj tabli i po mogućstvu, internet stranici organa postupka, a po proteku roka od osam dana od dana isticanja pismena, smatra se da je dostavljanje izvršeno (član 249 stav 4). Efikasno nema šta, ali je to istovremeno i toliko nizak standard za uredno dostavljanje, da više priliči nekakvom sumarnom disciplinskom postupku, nego ozbiljnoj krivičnoj proceduri.

S obzirom na razradu čitavog niza novih načina dostavljanja pismena, dobro je da u Nacrti nije predviđeno dostavljanje pismena i „golubijom poštom“.

#### 4.9. *Nepotrebno razdvajanje predistražnog postupka i istrage*

Predistražni postupak je zamenio sadašnji pretkrivični postupak, ali je to u učinjeno na suštinski pogrešan način. Naime, i predistražni postupak, kao i istraga se vode kada postoji isti relativno nizak stepen sumnje, a to su osnovi sumnje, koji je inače veoma loše definisan u članu 2 tačka 17, a pri tom se istraga na tom nivou stepena sumnje može voditi kako protiv određenog lica, tj. onda kada postoji osumnjičeni, tako i protiv nepoznatog učinioca.

Kako se i predistražni postupak vodi na nivou postojanja osnova sumnje i kako se on, po pravilu, a posebno u nekim ranijim fazama i dok se krivično delo tek razjašnjava, vodi u odnosu na nepoznatog učinioca, jer njegova svrha između ostalog i jeste otkrivanje osumnjičenog, koja je onda svrha omogućavanja da se istraga takođe može voditi protiv nepoznatog učinioca krivičnog dela, onda kada postoje osnovi sumnje da je učinjeno krivično delo. Ovde je takođe greška, što se ne označava da se mora raditi o krivičnom delu za koje se goni po službenoj dužnosti.

Bilo bi najcelishodnije, ako se već želi čist koncept javno-tužilačke istrage, da uopšte ne postoje posebne odvojene faze predistražnog postupka kao neke vrste supstituta sadašnjeg pretkrivičnog postupka i istrage, koju bi umesto sadašnjeg istražnog sudije vodio javni tužilac. Takva razdvojenost postoji i u nekim drugim krivičnim postupcima koji se odlikuju tužilačkom istragom. Tu je, na primer, karak-

teristična Crna Gora, u kojoj postoji izviđaj, koji zamenjuje nekadašnji pretkrivični postupak i istraga koja se vodi po naredbi državnog tužioca. Iako ni ovo nije idealno rešenje, ono je ipak bolje nego ono u Nacrtu, jer se u Crnoj Gori izviđaj vodi na nivou *osnova sumnje*, dok se istraga pokreće onda kada već postoji *osnovana sumnja*, kao ozbiljniji stepen sumnje, pa to onda predstavlja odgovarajuće opravdanje za razlikovanje ovih faza, koje ipak, ako ne formalno kada se radi o izviđaju, suštinski, odnosno sadržinski, obe zajedno predstavljaju segment svojevrsnog istražnog postupka.<sup>143</sup>

I Zakonik o krivičnom postupku iz 2006. godine je poznao dve istražne faze – a) prethodnu istragu, kao neku vrstu supstituta sadašnjem pretkrivičnom postupku i b) istragu poverenu javnom tužiocu, što je u tom Zakoniku bilo opravdano iz dva razloga: 1) s obzirom na stepen sumnje kao materijalni uslov za vođenje ovih istražnih stadijuma, koji se razlikovao i koji je za prethodnu istragu bio osnovi sumnje, a za istragu se morao raditi o osnovanoj sumnji, te 2) s obzirom na to da se istraga pokretala rešenjem javnog tužioca, protiv kojeg je bila dozvoljena žalba o kojoj je odlučivao istražni sudija.<sup>144</sup>

Istraga se pokreće *zaključkom* nadležnog javnog tužioca (član 302 stav 1 Nacrta). Protiv takvog zaključka žalba nije dozvoljena. Čemu uopšte donošenje bilo koje odluke o sprovođenju istrage, ako se već radi o odluci protiv koje žalba nije dozvoljena. Istraga bi se mogla smatrati pokrenutom već prvom radnjom koja ima istražni karakter. Nije loše samo po sebi što se radi o zaključku, mada do sad nije bilo uobičajeno da se u krivičnom postupku donose *zaključci*,<sup>145</sup> ali je to onda kontradiktorno pravilima koja se na primer, odnose na finansijsku istragu, koja se vodi po naredbi javnog tužioca, kada je u pitanju tzv. prošireno oduzimanje imovinske koristi.

143 Vidi više o tome: M. Škulić, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore*, Misija OEBS-a u Crnoj Gori i Ministarstvo pravde Crne Gore, Podgorica, 2009, str. 723–724.

144 Više o tome: M. Škulić, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2007, str. 759–760.

145 Kao što smo to naveli u prethodnom tekstu, slično rešenje postoji u nemačkom krivičnom postupku (*Beschluss*), ali u Nemačkoj za razliku od rešenja kakvo je zastupljeno u našem Nacrtu ZKP-a, postoji samo jedna „istražna faza“ – klasična istraga koja je poverena državnom tužiocu, a ne pravi se razdvajanje na *predistražni postupak* i *istragu*, kao što se to nerezonski čini u Nacrtu Zakonika o krivičnom postupku. Kada je u ZKP-u iz 2006. godine, na prvi pogled slično, pravljena razlika između *prethodne istrage* i *istrage*, to je bilo utemeljeno na dva osnovna razloga: 1) *različitosti stepena sumnje* – prethodna istraga se vodila na nivou osnova sumnje, a istraga onda kada je postojala osnovana sumnja, te 2) postojanju *prava na pravni lek* u odnosu na odluku o sprovođenju istrage – istraga se pokretala rešenjem javnog tužioca, protiv kojeg su okrivljeni i njegov branilac mogli izjaviti žalbu o kojoj je rešavao istražni sudija. Stoga u ZKP-u iz 2006. godine nije ni bilo moguće da se istraga vodi protiv nepoznatog učinioca, a to nije bilo ni potrebno, jer bi u takvom slučaju dovoljno i adekvatno bilo da se vodi prethodna istraga. Kako se prema rešenju iz Nacrta ZKP-a i predistražni postupak i istraga vode na nivou istog stepena sumnje – osnova sumnje i kako se istraga pokreće naredbom javnog tužioca protiv koje žalba nije dozvoljena, potpuno je nepotrebno, pa i besmisleno razdvajati predistražni postupak i istragu, isto kao što je nelogično što, onda kada je već učinjeno takvo razdvajanje, postoji mogućnost da se istraga vodi i protiv nepoznatog učinioca.



Inače, u poslednjoj verziji Nacrta od 12. jula 2011. godine ova odredba je promenjena, pa se istraga sada pokreće *naredbom javnog tužioca*, čime se ipak ništa suštinski nije promenilo, osim što je (kao što smo prethodno objasnili) i do sada naredba bila odluka koja je bila karakterističnija za krivični postupak, nego zaključak, koji se nikada nije donosio u našoj krivičnoj proceduri.

Bilo bi daleko celishodnije da u našem budućem krivičnom postupku postoji *samo jedna istražna faza*, slično kao što je to na primer, u Nemačkoj ili u Austriji, a gde je istraga u osnovi spoj elemenata našeg sadašnjeg pretkrivičnog postupka, za koji je karakteristično da „prethodi krivičnom postupku i omogućava ga“<sup>146</sup> i formalne istrage, koju kod nas još uvek vodi istražni sudija, a koju u tim evropskim državama vodi državni tužilac.

Koliko je besmisleno **razdvajanje istražnih faza** na predistražni postupak i istragu, vidi se ne samo iz prethodno objašnjene činjenice da se obe ove faze vode na nivou istog (najnižeg) stepena sumnje, a to su *osnovi sumnje*, već i iz propisane mogućnosti javnog tužioca da naredbu za sprovođenje istrage donese, kako u odnosu na poznatog osumnjičenog, tako i u pogledu nepoznatog učinioca krivičnog dela. Ovo je potpuno nelogično, jer kakva je svrha vođenja formalne istrage protiv nepoznatog učinioca, kada je i inače moguće voditi predistražni postupak, koji bi po definiciji prvenstveno bio fokusiran na razjašnjavanje krivičnih dela učinjenih od strane nepoznatih učinilaca, gde bi ključan element tog postupka „razjašnjavanja“ baš i bio identifikovanje osumnjičenog, u pogledu kojeg bi se onda (ako bi se ostalo pri ovom veoma lošem konceptu postojanja dve „istražno orijentisane faze“ – predistražnog postupka i istrage), tek donosila naredba o sprovođenju istrage.

#### 4.10. Indirektno korišćenje nesudskih dokaza na glavnom pretresu i mogućnost zasnivanja presude na takvim dokazima

Slično kao što je to uređeno i u pozitivnom Zakoniku o krivičnom postupku, i u Nacrtu se propisuje nekoliko situacija kada se na glavnom pretresu mogu čitati zapisnici o ranije datim iskazima (član 411). Međutim, sada je to veoma problematično, jer se više po pravilu ne radi o sudskim dokazima, već o dokazima koje je u istrazi prikupio javni tužilac.

Donekle je opravdano da se čitaju zapisnici kada se radi o objektivnoj nemogućnosti da se već ispitana lica ponovo ispituju, jer su umrla ili duševno obolela, ali je potpuno pogrešno da se ostavi mogućnost čitanja zapisnika i onda kada *svedok ili veštak bez zakonskog razloga neće da iskazuje na glavnom pretresu*.

Tužilačka istraga ima niz prednosti u odnosu na sudsku, ali ona ima i određene potencijalne mane, a osnovna mana je da se veoma restriktivno dokazi iz istrage mogu koristiti na glavnom pretresu, već je njihova osnovna funkcija da posluže kao utemeljenje optužnice, a onda se kasnije svi dokazi po pravilu moraju ponovi izvo-

146 Više o tome: S. Brkić, *Krivično procesno pravo II*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2010, str. 9–10.

čiti na glavnom pretresu,<sup>147</sup> što je posebno izraženo u adverzijalno konstruisanim krivičnim postupcima, kakav je i ovaj iz Nacrta.

Kada se uvede neki novi zakonski mehanizam i uopšte novo zakonsko rešenje (poput tužilačke istrage), onda se istovremeno moraju kako iskoristiti sve prednosti novine, tako i podneti („istrpeti“) neke mane novog rešenja. Međutim, u Nacrtu se sada pokušava ostvarenje „nemoguće misije“, tako da istraga bude tužilačka, ali da istovremeno, svi dokazi koje je javni tužilac kao nesudski državni organi prikupio, mogu da se putem čitanja zapisnika o datim izjavama koriste na glavnom pretresu, isto ili slično kao što je to činjeno i sa iskazima koji se daju istražnom sudiji, kada on u sudskoj istrazi ispituje svedoke ili veštake. Tako nešto načelno nije moguće, odnosno nije opravdano.

*Praktično svi zakoni(ci) o krivičnom postupku u kojima je istraga tužilačka omogućavaju da neke radnje vrši sud (tzv. hitne sudske radnje) onda kada postoji opasnost da one neće moći da se ponove na glavnom pretresu, pa bi stoga bilo adekvatno kada bi se član 299 Nacrta ZKP-a dopunio sa nekoliko novih odredbi, tj. na sledeći način:*

„Stranke i branilac mogu predložiti sudiji za prethodni postupak da on ispita određenog svedoka, ako je verovatno da svedok zbog bolesti, starosti ili drugih važnih razloga neće moći da bude ispitan na glavnom pretresu.

Ako sudija za prethodni postupak usvoji predlog iz stava 5 ovog člana, on će omogućiti da ispitivanju svedoka prisustvuju stranke i branilac, kojima sudija za prethodni postupak dostavlja zapisnik o ispitivanju svedoka.

Ako se sudija za prethodni postupak ne složi sa predlogom iz stava 5 ovog člana, zatražiće da o tome odluku donese veće iz člana 21 stav 6 ovog zakona.“<sup>148</sup>

## 5. ZAKLJUČAK

Značaj uporednog krivičnog procesnog prava je poslednjih godina veoma porastao, naročito usled sve intenzivnijeg korišćenja stranih iskustava u reformama krivičnog postupka u mnogim državama. Dva velika svetska krivičnoprocesna sistema – kontinentalno-evropski i anglosaksonski sve više trpe određene međuticaje, ali njihove osnovne karakteristike su još uvek veoma lako uočljive. Osnovna zajednička karakteristika je omogućavanje da se u krivičnom postupku dosledno poštuju ljudska prava i slobode, te promovisanje načela pravičnog vođenja krivičnog postupka. Danas se može uočiti i svojevrсна „ekspanzija“ anglosaksonskog, adverzijalnog mo-

147 U vezi sa ovim, pogrešno je što se kao cilj istrage u Nacrtu (član 301 stav 3) određuje ne samo prikupljanje dokaza i podataka koji su potrebni za odlučivanje o tome da li će se podići optužnica ili obustaviti postupak itd., već i *dokaza za koje postoji opasnost da se neće moći ponoviti na glavnom pretresu ili bi njihovo izvođenje bilo otežano...* Ovakav cilj istraga može imati jedino kada je vodi istražni sudija, ili makar onda kada se radi o tužilačkoj istrazi, ali uz mogućnost da se u pogledu određenih dokaznih radnji (tzv. hitne sudske radnje), angažuje sudija (bilo sudija za istragu, kao što je to slučaj u Crnoj Gori, odnosno u Nemačkoj, gde se on označava kao „Ermittlungsrichter“, za razliku od istražnog sudije, koji bi bio „Untersuchungsrichter“, bilo sudija za prethodni postupak i sl.), što nije slučaj sa odredbama Nacrta.

148 Radi se o vanraspravnom veću, koje je sada, tj. u pozitivnom ZKP-u, regulisano u članu 24 stav 6.

dela krivičnog postupka, naročito u nekadašnjim socijalističkim zemljama, što je načelno skopčano sa ozbiljnim problemima, a donekle i čudi da neke države za koje nije sporno da pripadaju kontinentalnoj Evropi i to ne samo geografski, već i po svojoj tradiciji, duhu i određenim društvenim vrednostima, tako olako prihvataju jedan prilično neuobičajen model.

Olako reformisanje krivičnog postupka na striktno adverzijalnim osnovama i forsiranje nekih drugih obeležja tipičnih stranački orijentisanih krivičnih procedura, poput preteranog forsiranja sporazuma o priznanju krivice, skopčano je i sa realnim opasnostima, poput mogućeg nesnalaženja pravosudnih organa u nekom budućem potpuno izmenjenom normativnom ambijentu i što je posebno opasno, to može dovesti do ozbiljnog ugrožavanja prava okrivljenog u krivičnom postupku, jer izrazito stranačka konstrukcija krivičnog postupka nužno podrazumeva maksimalnu jednakost stranaka, a to je u uslovima naše zemlje, a slično je i sa većinom drugih država u tzv. tranziciji, u praksi skoro nemoguće.

Reforma krivičnog postupka Srbije već suviše dugo traje i ona se nažalost odlikuje izrazitom nekonzistentnošću i svojevrsnim „lutanjem“.

Nakon pokušaja sa Zakonikom iz 2006. godine, koji nikada nije primenjen u punom obimu, sada se ponovo pokušava sa promenom koncepcije istrage, ali ovoga puta daleko radikalnije, što u osnovi nije opravdano, a naročito je problematično što se osim tipa istrage potpuno menja i koncepcija glavnog pretresa.

Nacrt Zakonika o krivičnom postupku Srbije predstavlja prilično loš i veoma nedoteran tekst, za koji se treba iskreno nadati da nikada neće u ovom obliku postati izvor prava. Nacrt je prepun veoma loših rešenja, počev od onih najkrupnijih koja su koncepcijske prirode, do pravno-tehničkih omaški i grešaka, ozbiljnih nejasnoća i neusaglašenosti. Njime se pored ovoga, u naš krivičnoprocesni sistem uvode neki procesni mehanizmi koji su potpuno atipični za najveći broj zemalja kontinentalne Evrope, što u praksi, ako bi takva normativna rešenja dobila snagu zakona, može imati veoma negativne konsekvence, kako po uređenost pravnog sistema, tako i po prava i slobode građana.

Pokušaj sadržan u Nacrtu novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije da se u krivičnoj proceduri ispolje elementi načela pravičnog vođenja krivičnog postupka, a da se istovremeno, potpuno eliminiše načelo istine iz našeg krivičnog postupka, predstavlja izrazito štetan eksperiment, koji je unapred osuđen na neuspeh, ali cenu takvog eksperimentisanja bi mogli platiti kako država, tako i građani.

Koncept tzv. paralelne istrage je suštinski pogrešan i on bi u praksi ili potpuno paralisao većinu krivičnih postupaka, ili bi se, što je možda verovatnije, sveo na голу formu, gde bi praktični značaj imala istraga javnog tužioca, dok bi „istraga“ (odnosno pojedine dokazne aktivnosti u istrazi) lica u funkciji odbrane, bila svedena na „praznu fasadu“.<sup>149</sup> Taj koncept je *suštinski protivan i funkciji odbrane* u krivičnom postupku, te elementarnom dejstvu pretpostavke nevinosti (koja se kao što je to

149 Kao što je prethodno objašnjeno, mehanizam „prikupljanja dokaza u prilog odbrane“ tokom istrage je veoma neadekvatno rešen u Nacrtu ZKP-a, a posebno je apsurdna mogućnost da policija (dakle, onaj subjekt koji je podnošenjem krivične prijave praktično inicirao optužbu) bude angažovana u cilju preduzimanja radnji u prilog odbrane u istrazi.

objašnjeno u prethodnom tekstu i formalno krši u tekstu Nacrta), jer kakvu bi to istragu okrivljeni mogao voditi i protiv koga, kada se okrivljeni već po zakonskoj definiciji smatra nevinim, sve dok se eventualno, suprotno ne utvrdi pravnosnažnom odlukom suda. Stoga je potrebno eliminisati elemente takve nakazne i besmislene tvorevine kao što je „paralelna istraga“ iz Nacrta novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije.<sup>150</sup>

Potpuno adverzijalna konstrukcija glavnog pretresa, odnosno suđenja nije adekvatna za naš krivični postupak i ona bi u praksi mogla dovesti do ogromnih problema. U takvom postupku bi stranke samo formalno bile ravnopravne, dok bi u praksi to bilo po pravilu, veoma nepovoljno po okrivljenog, naročito onda kada nema branioca, a u našem krivičnom postupku je samo za relativno ograničeni krug krivičnih dela propisana obavezna stručna odbrana.

Eliminisanje načela istine u krivičnom postupku je izrazito štetno. Nije sporno da istina nije nikakva „sveta krava“ ni u našem sadašnjem krivičnom postupku, kao ni u krivičnim postupcima većine država kontinentalne Evrope čije krivične procedure poznaju ovo načelo i gde se ono smatra vrhunskim principom. Istina se ne dostiže po svaku cenu, ali istini se svakako teži, a onda kada se istina objektivno ne može utvrditi, primenjuje se načelo *in dubio pro reo*.

Eliminisanje načela istine u krivičnom postupku je kontradiktorno i u odnosu na brojna druga krivičnoprocesna pravila. Nebulozno je da se u Nacrtu novog Zakonika o krivičnom postupku, kao i ranije, omogućava podnošenje žalbe protiv presude i zbog *pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja*, drugim rečima, *usled zasnovanosti presude na neistini*, a da pri tom, *sud uopšte i nema dužnost utvrđivanja istine*, a da je izvođenje dokaza, što znači i stvaranje podloge za utvrđivanje činjeničnog stanja, primarno povereno strankama. Kakve su šanse stranke da pobija presudu zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, kada je ona sama, u prvom redu procesno odgovorna za utvrđivanje činjeničnog stanja?

Eliminisanje načela istine u krivičnom postupku je suštinski izrazito *nemoralno*, jer se cilj krivičnog postupka ne može mehanički i veštački odvojiti od opšte povezanosti krivičnog prava i morala. Ako načelno smatramo da je vršenje krivičnih dela nemoralno, a da se samo u krivičnom postupku može utvrditi da je učinjeno krivično delo, onda se takvo pitanje ne sme prepuštati čisto pravno-tehničkom konstruisanju nekakvog „dokaznog dvoboja“, gde bi stranke iznosile svoje argumente i kontraargumente, a sud lišen „balasta“ utvrđivanja istine, ili bar težnje ka istini, jednostavno arbitrirao koja je stranka bila uspešnija u dokaznom duelu.

Većina građana od krivičnog suda očekuje istinu, a ne nekakvo dokazno bodovanje stranačkog izvođenja dokaza. Istina utvrđena u krivičnom postupku često ima i istorijsko značenje. *Zamislimo samo kako bi građanima zvučalo kada bi im se javno reklo da se sud koji je sudio, na primer za ubistvo premijera Đinđića nije*

150 Doduše, ne treba sumnjati da bi takve mogućnosti mogli da efikasno koriste pojedine kategorije okrivljenih (koji naravno spadaju u finansijsku ili kriminalnu „elitu“), koji su veoma imućni ili kombinovano izuzetno bogati i moćni, poput raznoraznih „kontroverznih biznismena“ i nekih „srećnih dobitnika“ i „profitera“ tranzicije i privatizacije, a koji bi sebi mogli da priušte i skupe usluge privatnih detektivskih agencija ili da na adekvatne načine „odobrovolje“ svedoke koji bi im dali iskaz u njihovu korist.

*bavio utvrđivanjem istine?* Da je u odnosu na to ne samo pravno, već i istorijski značajno suđenje, u primeni bio ZKP koji ne poznaje načelo istine, sud zaista ne bi ni imao dužnost utvrđivanja istine, ali da li bi to bilo pravično? Da li bi to zadovoljilo građane? Konačno, kakve bi, u takvom hipotetičkom slučaju, bile političke i istorijske implikacije?!

Osim što je zasnovan na ovim osnovnim i veoma krupnim konceptijskim greškama i teškim promašajima, Nacrt Zakonika o krivičnom postupku iz 2010. godine se odlikuje i čitavim nizom drugih bitnih anomalija, počev od brojnih grubih pravno-tehničkih grešaka, pa do nejasnih, vrlo sumnjivih i očigledno ekstremno nekvalitetnih normativnih rešenja, što sve zajedno ovaj tekst čini veoma lošim, pa se treba iskreno nadati da on u sadašnjem obliku nikada neće postati deo pozitivnih propisa.

Ako već nismo sigurni da će određena buduća zakonska rešenja koristiti, a vrlo je verovatno da mogu ozbiljno da štete, onda se treba razumno uzdržati od njihovog uvođenja u naš normativni krivičnoprocesni ambijent. Nacrt novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije je zasnovan na suštinski potpuno pogrešnoj koncepciji i sadrži čitav niz veoma loših normativnih rešenja i ako bi on u sadašnjem obliku postao pozitivno pravo, to bi neminovno proizvelo izrazito negativne konsekvence, kako po kvalitet naših budućih krivičnih postupaka, tako i po prava i slobode građana Srbije.

Kažu da je *osnovno medicinsko pravilo da lekar pacijentu ne sme odmoći, ako mu već ne može pomoći*. Slično bi pravilo moglo, ili čak moralo važiti i za reformu našeg krivičnog postupka. Lako je uočiti da Nacrt Zakonika o krivičnom postupku Srbije predstavlja izrazito pogrešan *lek*.

*Milan Škulić*

Faculty of Law, University of Belgrade

## BASES OF THE COMPARATIVE CRIMINAL PROCEDURE LAW AND MAIN PROBLEMS OF THE REFORM OF SERBIAN CRIMINAL PROCEDURE LAW

### SUMMARY

The importance of comparative criminal procedure law raises great in recent years, particularly due to more intensive use of some foreign experience in the criminal procedure reforms in many countries. Two major world criminal procedural systems – the continental European and Anglo-Saxon increasingly influence each other, but their characteristics are still easily noticeable. The main common feature is the effort to ensure that criminal procedure has in full to protect the human rights and freedoms and to promote the respect of principle of a fair procedure.

Today, we can see the kind, i.e. special form of expansion of Anglo-Saxon adversatorial model of criminal procedure, especially in some former socialist countries, which is gener-

ally linked with very serious problems and it is a little surprising that these countries so easily assume a rather unusual model for the systems which belong to the European continent, not only geographically, but also for its tradition and spirit of certain social values.

Reforming of the criminal procedure Code of Serbia is getting more and more a grotesque form. In the former Yugoslavia existed a very solid Criminal Procedure Code, which was changed several times, but without modification of basic conceptual mechanism. On the basis of that CPC, which was conceptually founded on the Code of Criminal Judicial Procedure of the Kingdom of Yugoslavia, the Criminal Procedure Code from 2001 was established, too, which was novelised several times and last time in September 2009.

In 2006, in Serbia was adopted completely new Criminal Procedure Code. Criminal Procedure Code of the Republic of Serbia has been adopted in May 2006, and implementation of most of its provisions (with the exception of small number of provisions pertaining to witness protection, suspension or adjournment of the main hearing (main trial)) has been postponed until 1<sup>st</sup> June 2007, with the purpose to enable within one year preparation of all actors in the procedure to act in the new legal environment of the new CPC. The intention was not for the new CPC to contain solutions which must be original at any cost in comparison to existing legal solutions which have proven to be good in practice, or the practice has got used to them, but rather consequently change all those solutions which became obsolete or have shown some anomalies in practice and introduce new solutions based on comparative positive experiences or with regard to expected favourable effects, all based on studying of the criminal procedure doctrine.

Aims expected to be achieved by the Code of 2006 are as follows: 1) Creation of legislative environment in which criminal procedures will be faster and more efficient, hence significantly less expensive; 2) Consistent protection of human rights and freedoms guaranteed by the Constitution and international legal acts; 3) Harmonisation of solutions from our basic source of criminal procedure law with other laws pertaining to criminal procedure issues; 4) Terminology, but also material harmonisation with provisions of the new Criminal Code, with special attention being paid to the new objective and subjective definition of a criminal act; 5) Adequate regulation of international obligations of our country which pertain to criminal procedure regulations; 6) Establishment of congruent balance between demands for criminal procedure efficiency, protection of basic procedural, but also common human rights of participants in criminal procedure, and consistent respect of principles of fair conducting of the criminal procedure.

Now there is a completely new Draft Code of Criminal Procedure in Serbia, with many not good enough normative solutions. Traditionally, in European countries, which are the part of classical continental-European criminal procedure law system, the court and state bodies participating in the criminal procedure have the obligation to establish the facts essential for truth and delivering a lawful judgment. The court and the state bodies are also obliged to examine and establish with equal attention both the facts burdening the defendant, as well as those to the benefit of the defendant. It is also in advanced with the Article of 17 Criminal Procedure Code of Serbia.

The principles of fair procedure in criminal procedure and the principle of truth in criminal procedure are the basic principles which are in fact the goal of criminal procedure. The main idea is that the Criminal Procedure Code should contain rules aimed at enabling fair conducting of the criminal procedure, in order to avoid any innocent persons being convicted, and to enable a perpetrator of a crime to be sanctioned in accordance with the envisaged Criminal Code and on the basis of a lawfully conducted criminal procedure.

Author explains the basic characteristics of reform of the Serbian criminal procedure in the last decades and criticizes the main concept of the new draft Code of Criminal Proce-



cedure of Serbia. Author especially explains the principles of fair procedure in criminal procedure and the principle of truth in criminal procedure and different meaning of these principles (especially the principle of the truth), in both large world criminal procedural systems: a) in continental Europe and b) in the USA and other so called Anglo-Saxon states. In the article are also explained the most significant characteristics of these comparative criminal procedural system.

Author especially explains some very negative examples in the new Draft Code of Criminal Procedure Code of Serbia. Completely adversatorial construction of the main trial is not adequate for Serbian criminal procedure and that could be in the practice the cause of many serious problems. In this type of procedure, the parties would be equal only in formal point of view. In the practice that could be very inconvenient and bad for the defendant, especially when he/she has not a defense counsel and in Serbian criminal procedure is mandatory, defense counsel provides only for limited number of criminal offences.

Elimination of the principle of the truth in criminal procedure, i.e. in the Draft version of the Criminal Procedure Code of Serbia, is very negative solution. It is without doubt that the truth is not a „holly cow“ in Serbian valid criminal procedure and also in criminal procedures in other states in continental Europe which legal systems know this vital principle. The truth is not to be achieved at any price, and when it is objectively not possible, the principle *in dubio pro reo* has to be applied. It is not more the case in the Draft of the new Criminal Procedure Code of Serbia, which is very bad solution that must be seriously criticized.

Elimination of the principle of the truth in criminal procedure is in a contradiction to many other vital criminal procedural rules. It is completely senseless and nonsense, that in the Draft of the new Code of Criminal Procedure (the same rule as today, i.e. in now days CPC) provides appeal against the verdict because erroneous or incomplete finding of fact, i.e., when the judgement is ground on the incorrect or incomplete finding of fact or when the court has determined a relevant fact incorrectly and besides, the court officially does not have a duty to determine truth.

Elimination of the principle of the truth in criminal procedure is essentially unmoral, because the truth in criminal procedure can not be divided from general connectivity of criminal law and moral. The majority of citizens expect the truth in and from criminal procedure. This truth has often historical significance, too. If the fact is that criminal offence principally is unmoral and if only in criminal procedure can be determined if the crime was committed, then this kind of question can not be only the mater of so called evidential duel between prosecutor and defendant with no active role of independent and impartial court.

**Key words:** Criminal Procedure Law, Comparative Law, Criminal Procedure of USA, Draft of Criminal Procedure Code of Serbia.

## KAMPANJSKA PRIVATIZACIJA U SRBIJI – Udruženi pljačkaški poduhvat –

**Apstrakt:** U ovom radu se konceptualizuje teorijsko-hipotetički okvir i metodološki model za sociološku analizu tranzicionog procesa kampanjske privatizacije kao centralnog problema sistemske korupcije i organizovanog kriminaliteta u Srbiji u poslednje dve decenije. U uvodnim napomenama se u opštim crtama i hipotetički ukazuje na kontekst društvenih sukoba (rat, spoljne sankcije i ideološki slom režima) koji su doveli do duboke krize i razaranja (dezorganizacije) srpskog društva i tako posredno uticali na nagli porast svih oblika kriminaliteta u Srbiji. Hipoteza srednjeg nivoa opštosti je da u Srbiji danas paralelno i simultano postoje tri sociološki najznačajnija društvena korena i oblika kriminaliteta – sistemski, tranzicijski i anomijski. Najkonkretnija je hipoteza da je kampanjska privatizacija društveno-državne svojine u periodu postsocijalističke tranzicije glavna determinanta sistemske korupcije i organizovanog kriminala u Srbiji. Na kraju se, operacionalizuje metodološki model sociološke analize kriminalnih političkih i pravnih mehanizama koji prate kampanju tranzicijske privatizacije u Srbiji u kojoj je uspostavljena pljačkaška koalicija bogatih kriminalaca, političkih elita i uticajnih mas-medija.

**Ključne reči:** privatizacija, tranzicija, korupcija, organizovani kriminalitet.

### 1. TEORIJSKO-HIPOTETIČKI OKVIR RAZMATRANJA

Urušavanjem socijalističkih sistema stvaraju se pogodni uslovi za tzv. *tranzicijski* kriminal. Kampanjska transformacija državnog (društvenog) vlasništva u privatno predstavlja epohalnu priliku za nepojmljivo brzo i ogromno bogaćenje onih koji su imali politički monopol u bivšim socijalističkim društvima. Veliki novac i neefikasno pravosuđe, sa svoje strane, pogoduju ne samo bujanju korupcije, nego i otvorenom pljačkanju javnih prirodnih i društvenih dobara. Politička pluralizacija legalizuje ranije latentne partijske frakcije koje se transformišu u međusobno sukobljene i kriminogene interesne klanove čija se moć meri količinom opljačkanih dobara i stepenom uticaja na državne organe i sredstva javnih komunikacija. To neposredno dovodi do raspada i fragmentacije prethodnog socijalističkog sistema i uspostavljanja novih kriminalnih pravila igre u bermudskom trouglu moći novobogataša, sa jedne, korumpirane vlasti, sa druge, i potkupljivih „nezavisnih“ i zavisnih medija, sa treće strane. Tako se u strukturi srpskog društva uspostavlja nova *troglava kompradorska elita moći*, kao svojevrsna pljačkaška oligarhija koja se, kao izrazita manjina, naglo uzdiže i po načinu života sve više odvajaju od osiromašenih srednjih slojeva i sve veće mase nezaposlenih, loše plaćenih i egzistencijalno ugroženih ljudi.

---

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

U takvim (ne)prilikama neopravdano je govoriti o „građanima“ i „građanskom društvu“ u liberalnom smislu, jer takav atribut ne zaslužuju ni elita ni masa, a još manje organizacije i institucije koje posreduju u njihovim društvenim odnosima – uprkos napadnog liberalističkog novogovora. Taj i takav novogovor, baš kao i onaj prethodni socijalistički, služi vladajućoj manjini da ideološki maskira društvenu stvarnost u kojoj tegobno preživljavaju mase osiromašenih i obespravljenih ljudi. Strukturna i funkcionalna sličnost jednog i drugog novogovora sugerise nam metaforu da postsocijalistička tranzicija u mnogim oblastima društvenog života često podseća na ideološko „prevrtanje čarape“ koje bi trebalo (ali ne uspeva) da maskira rupe na istoj.

U oblasti svojinskih odnosa, kao strateški najvažnijem društvenom sektoru, postsocijalistička tranzicija je složeniji, mukotrpniji i društveno rizičniji proces koji bi stoga morao da bude pažljivije modelovan i odgovornije sproveden. Kontroverznost pojava i fenomena „postsocijalističke tranzicije“ ilustruje jedno zanimljivo zapažanje, dato u maniru savremene fenomenološke (ili interpretativne) sociologije. Govoreći o teškoćama „tranzicije iz socijalizma u kapitalizam“ i posledicama pretvaranja državne svojine u privatnu, jedan ruski ekonomista otprilike ovako rezonuje: istorija nam pokazuje kako je od privatne svojine nastala državna, ali u istoriji nije bilo primera kako privatna svojina nastaje od državne. Revolucionarni čin ukidanja privatne svojine i uništenja mnogih privatnih vlasnika on je uporedio sa grubijanskim postupkom razbijanja akvarijuma punog šarenih ribica – da bi se od njih skuvala nekakva „riblja čorba za gladne revolucionare“. Sadašnja „tranzicija“ podseća na bezuspešne pokušaje da se od ostataka „riblje čorbe“ ponovo dobiju žive ribe za novi šareni akvarijum. Prvo je bilo mnogo lakše izvesti nego ovo drugo.

Ovom zapažanju trebalo bi dodati nekoliko opaski. Prva od njih je da dosadašnji tok postsocijalističke tranzicije u oblasti svojinskih odnosa ipak pokazuje neke sličnosti sa jednim drugim istorijskim procesom – sa prvobitnom akumulacijom kapitala u ranom kapitalizmu u kojoj je krupni kapital halapljivo gutao privatne „sitne ribe“ i drsko zahvatao u kolektivno zemljišno vlasništvo.

Gledano iz istorijske perspektive, pak, proces privatizacije kolektivnog vlasništva bio je nužan i razvojno perspektivan, bez obzira na sve njegove društveno-ekonomske i političke implikacije, pa i one za koje bi se moglo reći da su svojevrsan nus-produkt i velika mrlja na portretu modernog industrijskog društva. U tom smislu je potrebno stalno imati na umu da je socijalističko kolektivno (državno ili društveno) vlasništvo kao politički postuliran, ekskluzivan, privilegovan i dominantan oblik svojine u sebi imao ugrađene mnoge evidentne i latentne slabosti, među kojima je njegova ekonomska neracionalnost bila samo jedna od najvećih i najvidljivijih.

Nekadašnje privatizovanje kolektivnog vlasništva, kao i savremeno ograničavanje državnog i drugih vidova javnog vlasništva, dakle, imaju svoje racionalno obrazloženje i opravdanje sve dok idu svojim relativno spontanom tokom, dok ih vlast ideološki doktrinarno i nasilno ne ubrzava preko neke ekonomski racionalne i socijalno prihvatljive mere. Kampanjska privatizacija u postsocijalističkim zemljama, pa i u Srbiji, problematična je pre svega zbog njene neoliberalne doktrinarne i ideo-

loški agresivne promocije, zbog političkog, pravnog i propagandnog nasilja s kojim se sprovodi. Takva kampanja se i kod nas može uporediti samo sa strukturno sličnim revolucionarnim merama socijalističke vlasti, od kojih se razlikuje uglavnom po suprotnom ideološkom predznaku i po sofisticiranijem arsenalu pritisaka na one koji pružaju otpor<sup>1</sup>. Indikativno je da su i revolucionarno-komunistički proces kolektivizacije vlasništva i liberalno-reformski proces privatizacije kod nas precizno oročavani nekim konkretnim godinama do kojih bi „morali da budu završeni“. Još je indikativnije da su ta oročavanja uglavnom spolja nametana, prvi put iz Staljinove Kominterne, a danas iz SAD i drugih štabova zapadnog političkog i propagandnog uticaja. Spoljni pritisci i uslovljavanja dolazili su nekad sa Istoka, dok danas dolaze sa Zapada. Ako se njihovo objašnjenje nalazi u činjenici da je Srbija mala zemlja na sredokraći Istoka i Zapada, ne znači da treba skrivati činjenicu da takvi pritisci i uslovljavanja uglavnom odgovaraju imperijalnim interesima velikih.

Ako je neko u Srbiji imao nekakve koristi od tih pritisaka to je samo bila politička vrhuška, nekad komunistička, a danas liberalistička. Krug privilegovanih je po definiciji uzak, pa ne čudi što je i onda bio i danas ostao uzak, ali je danas masa gubitnika veća. Teško je proceniti da li je šteta od takvih spoljnih i unutarnjih pritisaka više ekonomska ili politička, koji su motivi kod njih dominantniji, da li je glavni cilj onih koji nas spolja pritiskaju i ovih koji unutra vladaju da nas opljačkaju ili da nas podjarne. Najverovatnije je da bi hteli i jedno i drugo. Najviše bi im odgovaralo da nas potpuno podjarne da bi mogli neometano da nas pljačkaju.

Sudeći po svemu, bez obzira na njihove dominantne motive, moglo bi se zaključiti da je u ovom slučaju u pitanju „udruženi poduhvat“ internacionalnih revolucionara ili reformista sa nacionalnim avangardistima i radikalima „svih boja“ („crvenih“, „crnih“, „žutih“ ili „pink-ljubičastih“). Jedni su nastojali da u ime njihove „socijalne pravde“ „odumru“ naša država, svojina i porodica, a drugi su radi njihove demokratije (u smislu Diveržeove „demokratije bez naroda“) i našeg tobožnjeg „boljeg života“ učinili koliko god su mogli da nam preživelu državu raskomadaju, a porodicu rasture (ili reformišu putem njihove „dekonstrukcije“). Usput nam i jedni i drugi „ispiraju mozak“: oni prvi grubom ideološkom doktrinacijom; a ovi drugi dugoročno opasnijom operacijom kojom se medijski ispražnjen ljudski mozak zamenjuje veštačkom „pur-penom“ graditelja nove postmoderne zombi-civilizacije.

1 „Crveni“ revolucionari su seljake koji su se opirali kolektivizaciji slali u zatvore gde su im čupali brkove pre nego što im isprebijaju rebra. Krupnije industrijalce na čiju se imovinu namerače ostavljali su bez glave, a njihove naslednike lišavali nasledstva. „Žuti“ reformisti radnike danas šalju na ulice, u kontejnere ili u kriminal, a njihovu decu u beznađe, drogu i delinkvenciju. I komunisti i liberalisti radnicima politički biraju uprave sindikata koji služe kao produžena ruka vlasti. Stariji se možda sećaju „crvenog“ Dušana Petrovića-Šaneta, ako niko drugi ono bar Vuk Drašković kojem je dotični poturio prvu političku „odskočnu dasku“ koja mu i danas prikriveno služi. Mladi su sigurno već zaboravili nekog „žutog“ Milovanovića koji je u „prvoj demokratskoj vladi“ Zorana Đinđića istovremeno bio ministar rada i predsednik nekakvog „nezavisnog“ sindikata. Slaba nam je uteha što su „crveni“ bili diskretniji i možda lukaviji, kao što nam ni nada nije bolja što su mladi „liberteri“ ne samo zaboravniji od starih „skojevaca“ nego su na svoj način i opasniji i štetniji od njih. To je verovatno zato što su ovi današnji ubeđeni da su „uhvatili boga kapitala za bradu“ kao što su oni stari bili nabeđeni da su „đavolu kapitala sabili rogove u glavu“. Ako smo videli kako smo prošli sledeći one prve, opravdano bi bilo pretpostaviti da ni sa ovima današnjim nećemo proći mnogo bolje, naročito ako im budemo slepo verovali.

Gledano iz perspektive glavnih aktera ovih strukturno i funkcionalno homolo-  
gnih, a istorijski naizmeničnih procesa, u odnosima elite i mase desila se svojinska  
transformacija kao kampanjski obrt sličan političkom obrascu „sjaši Murta, da uzja-  
še Kurta“.

Socijalistička revolucija je kao svoj politički cilj ideološki proklamovala „ekspri-  
prijaciju eksproprijatora“ kojim je šareni „akvarijum“ ne samo krupnih nego i sred-  
njih, pa i sitnih, privatnih vlasnika „prekuvan“ po receptu t.zv. podruštvljavanja pri-  
vatne svojine. Latentna funkcija ovog kontroverznog revolucionarnog procesa bilo je  
isključivanje jednih („Murte“) iz prava posedovanja i korišćenja privatnih dobara i  
zaposedanje tih istih dobara od strane drugih („Kurte“). Postsocijalistička tranzicija  
je u ovoj oblasti došla, za one ortodoksne revolucionare koji su u njoj ostali „kratkih  
rukava“ kao „kapitalistička kontrarevolucija“, dok je za one liberalistički preparirane  
(koji su od „crvenih“ u međuvremenu postali „žuti“) proglašena za „demokratsku  
reformu“. Ako se setimo da se prethodni režim ideološki deklarirao kao „prelaz“  
od kapitalizma ka komunizmu, čija „šija“ je bio proces „podruštvljavanja privatne  
svojine“, jasnije nam postaje zašto je postsocijalistička tranzicija (ili prelaz od socija-  
lizma ka kapitalizmu) postao „vrat“ ideološki obrnutog procesa privatizacije (koji je  
dobio prioritet u odnosu na eventualnu reprivatizaciju). Uz okolnost da su i jedan i  
drugi proces međusobno oštro ideološki suprotstavljeni, oni imaju neke zajedničke  
strukturne osobine i nimalo slučajne i nebitne funkcionalne sličnosti: i jedan i drugi  
su kampanjski i politički ubrzavani, privredno neracionalni, pravno i moralno pro-  
blematični, a često i nasilno sprovedeni. Ideološka spirala se tako ciklično zavrtila  
da su naslednici „kontroverznih revolucionara“ sa njenog početka, u tranzicionom  
loncu za pretapanje, na kraju postali „kontroverzni biznismeni“.

Elita moći koja se uzdigla u tako kontroverznim „demokratskim reformama“  
nije ni mogla da bude istorijski i društveno odgovornija od one koja se domogla vla-  
sti u kontroverznim „socijalističkim revolucijama“. I jedna i druga je iskoristila rat  
i raspad države za sopstveno političko uzdizanje i materijalno bogaćenje. Kad god  
su narod i država zapadali u najteže probleme ove elite su najviše profitirale, što je  
suštinski odredilo njihov istorijski karakter i praktičnu ulogu u političkom, privred-  
nom i kulturnom životu. I stara i nova elita pozivaju se na dugoročne, globalističke  
i nadnacionalne istorijske ciljeve („svetskog komunizma“ ili „svetskog liberalizma“)  
kojima ideološki opravdavaju manjak demokratskog legitimiteta u svakodnevnom  
unutarnjim (nacionalnim) odnosima, demagoški obećavajući, prvi „vlast i socijalnu  
pravdu radničkoj klasi“, a drugi „bolji život građanima“.

Komunisti su u siromašnim predindustrijskim društvima istakli kao formulu  
tehnološkog napretka parolu „industrijalizacija + elektrifikacija = socijalizam“ koju  
su usiljeno sprovodili često i bez racionalnog ekonomskog rezona. Novoliberali su  
ništa pažljivije sprovedli ubranu deindustrijalizaciju i „sa prljavom vodom iz korita  
izbacili i dete“, zatvarajući industrijske gigante socijalističke izgradnje uz istovreme-  
no masovno izbacivanje zaposlenih radnika na ulicu i osiromašenje ono malo zapo-  
slenih.

Revolucionarna agrarna reforma bila je praćena prisilnom i ekonomski neren-  
tabilnom kolektivizacijom privatne zemljišne svojine, dok danas u kampanjama de-

mokratskih reformi potpuno izostaje reformisanje srpskog agrara, uprkos očiglednim ekonomskim razlozima za takav celovit i demokratski transparentan projekat. Umesto toga, sada se pribegava polovičnoj i usporenoj reprivatizaciji zemlje tako da se razbijaju velike parcele i krupnije tehnološke celine, što je, takođe, ekonomski nerentabilno. Usporavanje reprivatizacije nije motivisano željom da se očuvaju krupne parcele ni veće tehnološke celine, nego se vreba zgodna prilika da se sve zajedno polujavno i nezakonito preda u ruke domaćim i stranim tajkunima, najpre kao državna svojina koja je na duži rok data njima na korišćenje, pre nego što bi se faktičko vlasništvo moglo pravno legalizovati. Tako se stari politički avangardizam i radikalizam preobražava u novi oblik političke i ekonomske korupcije, kao okoreli i najopasniji oblik organizovanog kriminaliteta.

Ozbiljna društvena teorija dužna je ovakva i slična zapažanja da tretira samo kao početne istraživačke pretpostavke, kao što je dužna da s podjednakom pažnjom ukazuje ne samo na sličnosti nego i na razlike međusobno uporedivih fenomena, bilo da je reč o njihovim suštinskim ili pojavnim obeležjima. Notorna je činjenica da uvek postoje „razlike između različitih društvenih pojava“. Da se ona ne bi svela na banalnu jezičku i logičku tautologiju, analiziranje razlika uvek se mora povezivati sa analizom sličnosti, čime neko uporedno razmatranje postaje teorijski ali i praktično relevantno.

Kritička sociološka teorija se u svom istraživanju usredsređuje na latentne strukture najvažnijih odnosa (moći) i na prikrivene ciljeve delovanja ključnih aktera, demaskirajući njihove manifestne ideološke derivacije. Zato je i u ovom slučaju teorijski, a pogotovo praktično, daleko relevantnije sociološku analizu usmeriti na latentne istorijske, strukturne i funkcionalne sličnosti između ustaljenih odnosa, procesa i aktera koji se manifestno razlikuju. Ako među njima i postoje neke relevantne razlike one su više posledica promene spoljnog konteksta nego unutarne strukture aktuelnog društvenog, a posebno kriminalnog delovanja. To, sa svoje strane, dodatno potencira istraživačku strategiju sociološke analize koja bi otkrivala skrivene suštinske sličnosti i demaskirala manifestne i deklarativne razlike između stare i nove elite u Srbiji. Ova strategija je heuristički pogodna za sociološko (i ne samo sociološko) istraživanje bilo kojeg aktuelnog društvenog problema u prevratničkim vremenima, pa i onih koji dovode do systemske kriminalizacije nekog društva, nezavisno od konkretnih aktera. U tom smislu moglo bi se pretpostaviti da se, uporedno gledano, mnogo više razlikuju spoljni konteksti u kojima nastaju neke kriminalne pojave, nego što se razlikuju motivi i načini delovanja kriminalnih aktera. Sve savršenija tehnička sredstva, doduše, utiču na inovacije kriminalnog delovanja, ali i to je spoljašnji aspekt koji je relativno nezavisan od unutarnje socijalne strukture kriminaliteta i karaktera samih kriminalaca.

Paradoksalno je kako ovaj niz argumenata daje za pravo onima koji laički tvrde, kako su „svi lopovi isti“ – što je veoma različito od manipulativnih obrazaca kao što je onaj „svi su oni lopovi“ koji služi kao najšira „dimna zavesa“ ili onaj drugi direktivni „držte lopova“. Sociološki je, pak, relevantnije usredsrediti se na strukture odnosa i obrasce delovanja u glavnim oblastima društvenog života koji pospešuju, prikrivaju i omogućuju kriminalno delovanje – čije operativno skiciranje bi bio jedan od neposrednih ciljeva ovog rada.



Najkonkretnija operacionalizacija ustaljenih obrazaca i mehanizama kriminalnog delovanja, koja je neophodna za operativno konstituisanje uspešnih načina i sredstava društvene kontrole i prevencije, sprečavanja i kažnjavanja kriminalaca, mora se osloniti na fenomenološku analizu realnih kriminalnih slučajeva tipičnih za pojedine oblasti društvenog života kao što su politika, privreda, pravosuđe, mediji, telekomunikacije, zdravstvo, obrazovanje, sport, kultura, ali i vojska i verske zajednice. Proces kriminalizovane privatizacije metastazirao je u nekakvom vidu na sva pomenuta područja i uveliko obeležio t.zv. reforme u njima. Njegove posredne ili neposredne posledice su masovna nezaposlenost i osiromašenje zaposlenih, ideološka pometenost i rastuće socijalno beznađe koji širom otvaraju vrata za sve druge konvencionalne vidove kriminala. Zanimljivo bi bilo videti koje su zajedničke, a koje su njegove specifične manifestacije u pojedinim sektorima i postoji li sličnost i kakva je veza kriminalizovanih privatizacija sa drugim oblicima organizovanog kriminala u Srbiji i njenom bližem i daljem okruženju.

Polazeći od ranije razmatrane hipoteze (Mitrović, 2007a) da u Srbiji danas paralelno i simultano postoje tri sociološki najznačajnija društvena korena i oblika kriminaliteta (sistemski, tranzicijski i anomijski) konkretizuje se pretpostavka da je *kampanjska privatizacija društveno-državne svojine u periodu postsocijalističke tranzicije glavna determinanta sistemske korupcije i organizovanog kriminala u Srbiji.*

## 2. METODOLOŠKI MODEL SOCIOLOŠKE ANALIZE KORUPCIJE U PRIVATIZACIJI

Proveravanje napred navedene pretpostavke zahteva operacionalizaciju metodološkog modela sociološke analize kriminalnih političkih i pravnih mehanizama koji prate kampanju tranzicijske privatizacije u Srbiji u kojoj je uspostavljena pljačkaška koalicija bogatih kriminalaca, političkih elita i uticajnih mas-medija.

U sistemima u kojima je privatno vlasništvo dominantno prostor za korupciju je manji od onih gde državni službenici imaju velika diskreciona prava u raspolažanju javnim dobrima. Zato se pretpostavlja da proces privatizacije, pored ostalog, sužava polje moguće korupcije jer se privatni vlasnik sa drugim privatnim vlasnikom susreće na tržištu na kojem vladaju transparentni konkurentski odnosi. To je u načelu tačno, ali je u stvarnosti sasvim drukčije, naročito onda kada se poslovanje odvija između privatnog i javnog sektora, gde su institucije društvene kontrole nerazvijene, a pogotovo onda kada se neposredno obavlja sam prenos vlasništva sa javnih na privatne nosioce. Privatizacija u postsocijalističkim društvima je tipična takva situacija u kojoj je korupcija najizraženija njena crta.

Suzana Ekerman (2007, 47–49) sažima mnoštvo činilaca koji pogoduju bujanju korupcije u procesu privatizacije u tri velike grupe. U prvom redu tu su činioци koji su povezani sa činjenicom da ne postoje pouzdani kriterijumi da se realno i pošteno proceni vrednost državnih preduzeća koja se privatizuju. Što god su preduzeća veća, veći su rizici krive procene, čime se širi polje moguće korupcije.

Korumpirani mogu da budu insajderi iz preduzeća koji neke informacije koje samo oni znaju nekima (pro)daju a drugima ne. To mogu da budu i spoljni revizori

koji prema interesima onih aktera privatizacije koji su ih podmitili, u svojim procenama nešto precenjaju, a nešto podcenjuju.

Tipičan je manipulativni mehanizam javno obaranje cene predmeta privatizacije, uz tajno obaveštavanje privilegovanih učesnika na tenderima o stvarnoj vrednosti neke firme. Predmet korupcije obično su stavke ugovora o privatizaciji u kojima se privatizovanoj firmi garantuju monopoli koje je imala državna firma, kao i one o obavezama novog vlasnika da neko određeno vreme ostane u ranijem poslu, da donese nove investicije, da sprovede dogovorene socijalne programe. Moglo bi se slobodno reći skoro da nema nijedne faze u procesu privatizacije koja ne nosi rizik da bude zahvaćena korupcijom. Uočena je opšta pravilnost da korupcija u fazi pripreme preduzeća za privatizaciju, omogućuje korupciju tokom samog procesa privatizacije, a završava sa korupcijom kojom novi vlasnik izbegava preuzete obaveze posle sprovedene privatizacije.

Napred navedeni kriminogeni rizici su više ili manje zastupljeni u svim društvima i svim slučajevima privatizacije zbog kojih se može s pravom reći ono što se i kod nas često čuje da u stvarnosti „nema poštene privatizacije“. Shodno ovome, i kod nas bi valjalo detaljnije razmotriti nekoliko tipičnih slučajeva privatizacije krupnih preduzeća u kojima je došlo do evidentnih zloupotreba zakona i videti ko je sve i na koji način u to bio upleten. U svakom slučaju bi valjalo da se osvetle relevantne okolnosti (politički kontekst, pravni okvir, javno mnjenje) uloga vlade, skupštinskih odbora, vladinih tela, nevladinih organizacija, javnih medija.

Iskustvena građa za studije slučajeva (*case study*) kriminalnih privatizacija u Srbiji rasuta je po arhivama dokumenata državnih organa i tela, po sudskim spisima, napisima u medijima, izveštajima nezavisnih tela i nevladinih organizacija. Neki njihovi aspekti osvetljeni su u analitičkim medijskim i stručnim člancima i naučnim studijama o reformama i korupciji u Srbiji. Metodološki pristup koji polazi od studija tipičnih slučajeva u empirijskim sociološkim istraživanjima ima prednost u odnosu na sve druge pristupe zato što ih na svojevrsan način objedinjava. Kritička analiza relevantnih pravnih propisa, odluka nadležnih ministarstava, konkretnih postupaka vlade, vladinih tela i nevladinih organizacija ili medijskih napisa, u svim fazama privatizacije, ostaje na apstraktnom nivou teorijskih zaključaka za koje se uvek mogu navoditi razlozi „za“ i „protiv“ – od kojih su jedni ubedljivi za jedne, a drugi za druge aktere. Tek kad se svi relevantni činioци susretnu i ukrste u konkretnim okolnostima, u teorijski i praktično indikativnim slučajevima, mogući su pouzdani zaključci o stvarnim vrednostima i nedostacima preduzetih mera, donetih odluka i njihovih nameranih ili nenameranih posledica. Bez konkretnih uvida u njihove posledice teško je dokazivati da neka zakonska norma, neka politička odluka, konkretno postupanje ili nepostupanje vlade i nadležnog ministarstva, nekog regulatornog tela ili suda nije dobro za državu, da više pogoduje kriminalcima nego poštenim građanima. Utoliko pre što su mnogi skloni da se skrivaju iza svojih ili tuđih „dobrih namera“, manipulišući objektivnim suprotnostima interesa, teorijskim kontroverzama, ideološkim protivrečnostima, medijskim zabunama, neznanjem i elementarnom neobaveštenošću aktera. Konkretni slučajevi najbolje demaskiraju manipulativne mehanizme po pravilu „ako laže koza, ne laže rog“ tako da je u

normalnoj komunikaciji nemoguće dokazati da je dobar zakon koji daje loše rezultate, da je poštena politika koja ide na ruku kriminalcima, da je nenamerna greška nadležnih tela ona njihova odluka koja je doneta uprkos jasnim, glasnim i blagovremenim upozorenjima da je kao takva štetna za državu, za zaposlene, za ozbiljne poslovne partnere, za ugled zemlje i slično.

U srpskoj javnosti više je slučajeva kontroverznih privatizacija čijom pažljivom analizom bi bilo moguće pokazati i dokazati udruženo dejstvo kriminalnih činilaca i aktera među kojima su uvek (1) neefikasne državne institucije i zakoni sa namerom ugrađenom konstruktivnom greškom, (2) korumpirani političari, (3) kriminalni privatni preduzetnici, (4) neodgovorni javni mediji i (5) neobaveštene i neorganizovane mase zaposlenih i nezaposlenih građana. Sve navedeno bi se moglo pokazati skoro na svakom pojedinačnom primeru, ali niz sličnih slučajeva samo pojačava argumentaciju kritičke sociološke analize privatizacije u Srbiji i nameće neosporan zaključak da nijedan od slučajeva korupcije i zloupotreba službenog položaja u privatizaciji nije bio slučajan nego je sistemski indukovano. Zato najtipičniji među njima i zaslužuju da im se, iz analitičkih razloga, posveti posebna pažnja i da se na njihovom primeru osvetle glavne strukturne protivrečnosti, kriminogeni potencijal i štetne posledice takvih procesa privatizacije u Srbiji.

Sociološki model analize korupcije u privatizaciji koji se ovde operacionalizuje oslanja se na najpouzdaniju empirijsku građu o tipičnim spornim privatizacijama, koja se nalazi u izveštajima Saveta za borbu protiv korupcije Vlade Republike Srbije, a objavljena je u dva dela (2004. i 2005) u knjizi *Korupcija, vlast, država* koju su priredili Verica Barać (predsednica Saveta) i Ivan Zlatić. Ta građa je dovoljna za metodološko konceptualizovanje operativnog modela analize u hipotetičkoj fazi istraživanja, jer omogućuje da se identifikuju skoro svi relevantni društveni problemi i štetne posledice spornih procesa i postupaka glavnih aktera. Za produbljenje sociološko istraživanje korupcije u privatizaciji neophodno je prikupiti dodatnu građu, iz drugih relevantnih izvora, ne samo o medijski eksponiranim kontroverznim slučajevima koji su navedeni u prilogu ovog rada nego i o mnogim drugima koji su se desili kasnije, u drugom političkom kontekstu i u nešto izmenjenom pravnom okviru. Međutim, hipotetički sociološki model koji se ovde predlaže mogao bi da posluži kao polazna osnova i za analizu svih drugih slučajeva privatizacije u Srbiji, bez obzira da li su oni bili više ili manje sporni od navedenih ili su u osnovi nesporni, jer su ekonomski uspešno i pravno korektno sprovedeni. Ovaj sociološki model analize karaktera privatizacije uzima u razmatranje (kao nezavisne varijable kvalitativne multivarijantne analize) relevantne činjenice koje se odnose na različite postupke glavnih aktera privatizacije i bitne okolnosti koje prethode, prate i slede konkretan privatizacioni proces. U tom smislu operacionalizuje se kvalitativna tipologija praktičnih postupaka glavnih aktera kontroverznih privatizacija i bitnih obeležja situacije koji se uzimaju kao nezavisne varijable, koja bi se kvantifikovala po petostepenoj Likertovoj skali:

1. *Država (vlada)*. U prvom redu procenjuju se postupci najodgovornijih državnih organa, vlade, nadležnog ministarstva i ministara koji su neposredno uticali na konkretne slučajeve privatizacije, a potom odnos prema tome sa-

- mog premijera i vlade u celini, na sledeći način: (-2) izrazito neodgovoran odnos resornog ministarstva, neposredno ili posredno uplitanje samog ministra, premijera, guvernera ili nekog drugog iz kabineta najviših funkcionera (poverljivog savetnika predsednika) u korist kupca pre, u toku i posle privatizacije; (-1) diskretna naklonjenost vlade i ministarstva prema kupcu i neodgovornost prema svima drugima (državi, zaposlenima, malim akcionarima); (0) pasivnost i nezainteresovanost vlade i ministarstva za tok i ishod privatizacije; (+1) načelna i diskretna podrška zakonitosti procesa, bez konkretnih i efikasnih mera sprečavanja kršenja zakona i zaštite državnih prihoda, zaposlenih i manjinskih akcionara; (+2) odgovoran odnos vlade i ministarstva prema svima u svim fazama privatizacije.
2. *Agencija za privatizaciju (Akcijski fond)*. Procenjuje se kako postupa vladino telo koje neposredno i operativno sprovodi i nadgleda proces privatizacije, počev od procene vrednosti firme, odluke o vremenu, modelu i postupku privatizacije, kredibiliteta kupca, sadržaja samog ugovora (da li sadrži obavezu kupca da investira, da zadrži zaposlene, da obezbedi socijalne programe za one koji se otpuštaju i slično) kao i brige oko poštovanja ugovornih obaveza kupca. Procenjena tipologija postupaka po sledećoj skali: (-2) izrazita naklonjenost interesima kupca; (-1) diskretna naklonjenost interesima kupca; (0) pasivnost; (+1) rutinska briga za državni interes i blaga podrška zaposlenima; (+2) odgovoran odnos prema svima.
  3. *Kupac*. Kredibilitet kupca je bitna determinanta celokupnog procesa privatizacije, naročito u proceni porekla njegovog kapitala, poslovnog ugleda i kapaciteta kao strateškog partnera u onoj delatnosti u kojoj je firma koja se privatizuje, tehnologije koju bi doneo kao novi vlasnik i njegove eventualne socijalne odgovornosti prema sredini u koju bi došao. Tipologija za procenu kupaca bila bi sledeća: (-2) izrazito nizak kredibilitet kupca (ranije kompromitovan, „kontroverzni biznismen“); (-1) nepoznato poreklo kapitala, nepoznate bitne poslovne performanse); (0) kupac bez iskustva u poslu, ali i bez sumnjive prošlosti; (+1) relativno ugledan kupac, osrednjeg kredibiliteta; (+2) visok kredibilitet kupca.
  4. *Pravni okvir*. Zakonski propisi kojima se reguliše proces privatizacije predstavljaju rezultantu različitih interesa, među kojima oni koji su demokratski legitimni (državni javni i legalni privatni) nisu uvek i dovoljno zaštićeni u odnosu na one suprotne koje promovišu razne interesne i uticajne grupe. Otuda međusobna kontradiktornost različitih zakona, pojedinih odredbi u istom zakonu, komplikovane i nejasne procedure, zbunjujuće uredbe i drugi prateći propisi mogu da stvore pravni ambijent u kojem je korupcija lakši, brži i relativno nekažnjiv (nedokaziv) način postupanja zainteresovanih aktera privatizacije. Tipologija za procenu pravnog okvira bila bi sledeća: (-2) izrazito nepovoljan (veliki koruptivni potencijal); (-1) nepovoljan (u sebi sadrži sumnjive odredbe); (0) zakoni koje je teško sprovesti u praksi; (+1) relativno dobar pravni okvir; (+2) dobri zakoni, prilagođeni konkretnim okolnostima.

5. *Pravosudni organi.* Uz pravne propise, kakvi god da su oni, izuzetno je važna pravovremena i efikasna reakcija tužilaštva i nadležnih sudova u zaštiti interesa oštećene strane u procesu privatizacije. Nestručne sudije, nejasne nadležnosti, neefikasni sudovi, neodlučno tužilaštvo, a pogotovo kada su pod pritiskom korumpiranih političara pravosudni organi pospešuju korupciju kao da su i sami korumpirani. Tipologija za procenu delovanja pravosuđa bila bi sledeća: (-2) izrazito štetno; (-1) štetno (0) pasivno; (+1) nedovoljno efikasno; (+2) odlučno se suprotstavlja nezakonitim postupcima.
6. *Mediji.* Sredstva javnog informisanja, ako su korumpirana ili kontrolisana od korumpiranih političara, mogu da „spinuju“ javnost na razne načine i tako stvore u jednom slučaju pogodnu klimu za neku privatizaciju, i za nekog kupca, a u drugom slučaju da javno žigošu aktere, bez obzira da li su njihovi postupci zakoniti ili nezakoniti. Oni mediji koji su ozbiljni i odgovorni nepristrasno procenjuju svačije postupke, javno žigošu svaku zloupotrebu položaja i kršenje zakona i tako preventivno deluju odvrćajući protiv korupcije stvaranjem atmosfere u kojoj se vidi šta ko radi. Tipologija za procenu delovanja medija bila bi sledeća: (-2) izrazito štetno (opravdavanje i maskiranje korupcije); (-1) štetno (0) pasivno; (+1) nedovoljno glasno suprotstavljanje; (+2) odlučno se suprotstavljaju nezakonitim postupcima.
7. *Sindikati.* Kao i mediji, sindikati mogu da budu više ili manje (ne)zavisni od političkih stranaka, što bitno opredeljuje njihovo delovanje u prelomnim situacijama kao što je privatizacija firme. Ako se zna da su menadžeri javnih preduzeća stranački kadrovi, da su to i rukovodioci sindikata, onda se obično uspostavlja stranačka kadrovska vertikalna od resornog ministra, preko glavnog menadžera (direktora) do rukovodioca većinskog sindikata koja neometano oko svega u firmi „žari i pali“ pa i na privatizaciju presudno utiče. U takvim okolnostima privatizacija firme lako pervertira u „udruženi pljačkaški poduhvat“. Tipologija za procenu delovanja sindikata bila bi sledeća: (-2) izrazito štetno (neposredno sudelovanje u korupciji); (-1) štetno (opravdavanje i pomaganje korupcije); (0) pasivno (nesuprotstavljanje); (+1) nedovoljno energično suprotstavljanje; (+2) odlučno se suprotstavljaju sumnjivoj privatizaciji.
8. *Manjinski akcionari.* Privatizacija većinskog paketa akcija nekog javnog preduzeća prepuna je rizičnih postupaka, od kojih mnogi idu na štetu manjinskih akcionara. Ako su manjinski akcionari neobavešteni i neorganizovani velika je verovatnoća da budu izmanipulisani. Ako su u lancu napred navedenih aktera privatizacije oni najvažniji kriminalno i nekažnjeno postupali, mali akcionari skoro da nemaju izgleda da se sami od njih zaštite. U takvim slučajevima nije mnogo povoljniji ni položaj države kao manjinskog akcionara. Većinski akcionari tako „šteluju“ bilanse privatizovanog preduzeća da ono nikada nema profita koji bi se kao dividenda delio sa manjinskim akcionarima. Tipologija za procenu zaštite manjinskih akcionara bila bi sledeća: (-2) potpuno nezaštićeni; (-1) slabo zaštićeni; (0) zanemareni akteri; (+1) delimično zaštićeni; (+2) potpuno zaštićeni.





## LITERATURA

- Antonić, Slobodan (2006): *Elita, građanstvo, slaba država: Srbija posle 2000*, Službeni glasnik, Beograd.
- Bradar, Milan (2007): *Srpska tranziciona ilijada, Aporije demokratskog preobražaja Srbije u geopolitičkom kontekstu*, Stilos, Novi Sad.
- Vasiljević, Mirko (2009): *Pravo, pravda, privreda*, Pravni fakultet, Beograd.
- Vodinelić, Vladan (1997): *Takozvana zloupotreba prava*, Beograd
- Vuković, Slobodan (2003): *Korupcija i vladavina prava*, IDN, Beograd, *Društvena transformacija i strategije društvenih grupa: Svakodnevnica Srbije na početku trećeg milenijuma* (2004): (priredila A. Milić), ISI FF, Beograd.
- Zvekić, Uglješa (2001): *Žrtve kriminala u zemljama u tranziciji*, Viktimološko društvo Srbije – Prometej – IKSI, Beograd
- Ignjatović, Đorđe (1998): *Organizovani kriminalitet*, Policijska akademija, Beograd.
- Korupcija, vlast, država* (2004. prvi deo, 2005. drugi deo); priredili Verica Barać i Ivan Zlatić, izd. Zadruga „Res publica“, Beograd.
- Korupcija u Srbiji* (2001): redaktori B. Begović, B. Mijatović, CLDS, Beograd.
- Korupcija u pravosuđu* (2004): red. B. Begović, B. Mijatović, D. Hiber, CLDS, Beograd.
- Kriza pravnog sistema* (1990): Zbornik radova (ur. V. Đukić). Beograd.
- Mitrović, Milovan (2005): *Sociologija*, Pravni fakultet, Beograd.
- Mitrović, Milovan (2007): *Uvod u sociologiju i sociologiju prava*, Pravni fakultet – Službeni glasnik, Beograd.
- Mitrović, Milovan (2007a): „Društveni sukobi i kriminalitet u Srbiji“, Zbornik *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*, I deo, (ur. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet, Beograd, s. 104-120.
- Mitrović, Milovan (2009): „Struktura političkog delovanja i kriminalitet u srpskom društvu“, Zbornik *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*, III deo, (ur. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet, Beograd, s. - .
- Mrvić, Nataša – Ćirić, Jovan (2004): *Sukob javnog i privatnog interesa u trouglu moći, novca i politike*, Vojnoizdavački zavod, Beograd.
- Rouz-Ejkerman, Suzan (2007): *Korupcija i vlast. Uzroci, posledice i reforma*, Službeni glasnik, Beograd.

Milovan M. Mitrovic

Faculty of Law, University of Belgrade

## PRIVATIZATION CAMPAIGN IN SERBIA

– A joint venture for plundering-

### SUMMARY

In this essay, the author concepts hypothetical-theoretical framework and methodological model suitable for sociological analysis of the transitional privatization campaign, which has been a central problem in Serbia over the last two decades, regarding systemic corruption

and organized crime. In the introductory remark, the author points to, both generally and hypothetically, the context of social conflicts (war, foreign sanctions and ideological collapse of the regime), which have led Serbian society to a deep crisis and destruction (disorganization), and then indirectly boosted a sharp increase in all forms of criminality in Serbia. The hypothesis on the intermediate level of generality is that in Serbia nowadays, parallels and simultaneously, there are, in terms of sociology, three most important social roots and forms of criminality – the systemic, transitional and anomic. The most concrete hypothesis is that the campaigning for privatization of social and state ownership, in the post-socialist transition period, is the main determinant of systemic corruption and organized crime in Serbia. In the end, the author operationalizes the methodological model of sociological analysis of criminal political and legal mechanisms that accompany the transitional privatization campaign in Serbia, wherein has been established plundering coalition of wealthy criminals, political elites and influential mass media.

**Key words:** privatization, transition, corruption, organized crime.

Boris Begović\*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu i  
Centar za liberalno-demokratske studije

## DEMOKRATIJA I KRIMINAL: EKONOMSKA ANALIZA<sup>1</sup>

**Apstrakt:** Cilj rada je da istraži uzročno-posledičnu vezu demokratije i kriminala. Na teorijskom planu, cilj je da se ispituju mehanizmi ove uzročno-posledične veze, kako bi se formulisale teorijske hipoteze o uticaju političkih institucija, odnosno demokratije na kriminal. Na empirijskom planu, cilj je da se razmotre mogućnosti da se veza demokratije i kriminala modelira, odnosno da se empirijski provere teorijske hipoteze. Teorijski okvir za razmatranje pružio je model racionalnog ponašanja prestupnika. Primenom tog modela došlo se do ključka da karakter političkih institucija na kriminal utiče putem specijalne i generalne prevencije. Identifikovane su osnovne karakteristike demokratije: građanske slobode, redovni, slobodni i pošteni izbori, zaštita manjine, miran prenos vlasti i polaganje računa javnosti. Građanske slobode i redovni izbori omogućavaju ravnopravnu zastupljenost svih parcijalnih interesa, što zajedno sa redovnim izborima, uslovljava da demokratske vlasti vode računa o društvenom blagostanju, dok autokratske vlasti vode računa o blagostanju uske elite okupljene oko vlasti. Stoga je i formulisan teorijski model u kome je cilj kaznene politike u demokratijama maksimizacija društvenog blagostanja, dok je u autokratijama to maksimizacija prihoda od novčanih kazni. Rezultat ovog modela je da demokratije imaju oštriju kaznenu politiku u slučaju težih krivičnih dela, onih koja generišu veću društvenu štetu, dok je kaznena politika autokratije usmerena na oštrije kažnjavanje lakših krivičnih dela, onih koja generišu manju društvenu štetu. Jedino zasad sprovedeno empirijsko istraživanje dalo je neke elemente za potvrdu ove teorijske hipoteze. Buduća istraživanja treba da se usredsrede na pitanje da li postoji regularnost u razlikama u pogledu zastupljenosti različitih vrsta kazni u demokratijama i autokratijama, kao i na formulisanje teorijskog modela koji bi dopustio da autokratske vlasti mogu da vode računa o društvenom blagostanju, odnosno da demokratske vlasti budu uključene u traganje za rentom, pa time i u maksimizaciju prihoda od novčanih kazni.

**Ključne reči:** demokratija, autokratija, kriminal, novčana kazna, traganje za rentom, društveno blagostanje.

### 1. UVOD

Demokratizacija mnogih istočnoevropskih zemalja bila je praćena povećanjem nivoa, odnosno stope kriminala.<sup>2</sup> Društva naviknuta na relativno niske stope ovog

---

\* redovni profesor, [begovic@ius.bg.ac.rs](mailto:begovic@ius.bg.ac.rs)

1 Zahvaljujem se Dragoru Hiberu, Đorđu Ignjatoviću, Mariji Karanikić i Branku Raduloviću na komentarima i korisnim sugestijama. Naravno, niko od njih ne snosi nikakvu odgovornost za eventualne preostale greške.

2 Rezultati istraživanja poput Alexeyeva i Patrignani (1994) i Alvazzi del Frate *et al.* (1998) upućuju na to su u prvih pet godina posle početka političke i ekonomske tranzicije u Moskvi, Bugarskoj i Madarskoj stope kriminala porasle za 138%, 300% i 175% ponaosob. Osim ustanovljavanja di-

fenomena suočila su se sa još jednom od mnogih promena u poslednjoj deceniji XX veka. Ova epizoda demokratizacije podstiče na razmišljanje o vezi demokratije i kriminala. Zaista, zanimljivo je istražiti da li postoji uzročno-posledična veza između demokratije i kriminala i kakva je priroda te veze: da li treba očekivati da demokratije karakteriše viša ili niža stopa kriminala? Takođe, zanimljivo je razmotriti da li postoje neke empirijske regularnosti u pogledu veze demokratije i kriminala: da li se može empirijski utvrditi, odnosno specifikovati takva uzročno-posledična veza?

Cilj ovog rada usredsređen je na davanje odgovora na ova dva pitanja. Prvo, da li može da se formuliše teorijski model uzročno-posledične veze demokratije i kriminala, odnosno koji su rezultati takvog modela? Drugo, da li, na osnovu dostupnih podataka, navedena uzročno-posledična veza može da se empirijski modelira, odnosno koji su rezultati takvog empirijskog modela? Navedeni ciljevi su uslovili i strukturu rada. Prvo se razmatra model racionalnog ponašanja prestupnika, kao osnovni konceptualni okvir za analizu uzročno-posledične veze karaktera političkih institucija, odnosno demokratije, i kriminala. Potom se, unutar tog konceptualnog okvira, razmatraju mehanizmi moguće uzročno-posledične veze između političkih institucija (definisanih kao pravila ponašanja ljudi u političkim interakcijama) i kriminala. Zatim se preciznije definiše demokratija, tako što se ukazuje na njene osnovne karakteristike, kako bi se pristupilo analizi mogućih mehanizama uzročno-posledične veze između svake od uočenih karakteristika demokratije i kriminala. Na osnovu te analize se postavljaju teorijske hipoteze u pogledu uzročno-posledične veze između demokratije i kriminala. Konačno, pristupa se analizi rezultata dosadašnjih empirijskih istraživanja, kako bi se zaključilo da li postoje bilo kakve empirijske potvrde navedenih teorijskih hipoteza. Sve to sledi zaključak o prirodi veze između demokratije i kriminala, koji sadrži i smernice za dalja istraživanja.

## 2. OSNOVA ANALIZE: MODEL RACIONALNOG PONAŠANJA PRESTUPNIKA

Konceptualni okvir za sagledavanje uzročno-posledične veze demokratije i kriminala može se pronaći u Bekеровom modelu racionalnog ponašanja prestupnika,<sup>3</sup> koji se uzima kao polazna osnova za praktično sva razmatranja u okviru ekonomske analize kriminala.

Becker (1968) smatra da se prestupnici ponašaju potpuno racionalno i da njihova motivacija nije suštinski različita od motivacije drugih ljudi, tj. smatra da se oni ponašaju tako da maksimizuju korisnost koju uživaju. Drugim rečima, potencijalni prestupnici donose sasvim racionalnu odluku da li će da prekrše zakon ili ne, po-

---

namike kriminala u navedenim zemljama, odnosno područjima, ova istraživanja se nisu bavila razmatranjem uzročno-posledične veze, odnosno eventualnog načina na koji je demokratizacija dovela do porasta kriminala. Stoga se ona svode na puko navođenje da je u prvim godinama političke i ekonomske tranzicije istočnoevropskih zemalja došlo do povećanja stope kriminala i neobavezne hipoteze zbog čega se to dogodilo.

3 Umesto u rečniku krivičnog prava uobičajenog izraza „učinilac krivičnog dela“, u ovom tekstu će se, lapidarnosti radi, u istom značenju upotrebljavati reč „prestupnik“.

ređeci pri tome neto korisnost koju mogu da prisvoje kršeći zakon, naspram (neto) korisnosti do koje se dolazi putem angažovanja u delatnostima koje su u potpunosti u skladu sa zakonom. Pri tome oni svoje odluke donose u uslovima neizvesnosti, tj. ne znajući, na primer, da li će, u slučaju da prekrše zakon, da budu otkriveni i osuđeni, odnosno kažnjeni. Štaviše, kao i u drugim oblastima privrednog života, radi se o sputanoj, ograničenoj racionalnosti onih koji donose odluke, a izvor tog ograničenja je, pre svega, njihova nesavršena informisanost u najširem smislu reči.

Sledeći Beckera (1968), očekivana korisnost od činjenja krivičnog dela  $j$  može se specifikovati kao:

$$EU_j = p_j U(Y_j - f_j) + (1 - p_j) U(Y_j) \quad (1)$$

pri čemu je  $E$  očekivana vrednost,  $U$  funkcija korisnosti pojedinca (potencijalnog prestupnika),  $Y_j$  predstavlja ukupan dohodak, odnosno prinos koji proizlazi iz činjenja tog krivičnog dela (uključujući i novčani ekvivalent eventualnog zadovoljstva koji proizlazi iz samog činjenja krivičnog dela, odnosno iz samog čina kršenja zakona),  $f_j$  predstavlja novčani ekvivalent zaprećene kazne za to krivično delo (koliko bi izvršilac krivičnog dela bio spreman da plati kako bi izbegao takvu kaznu),<sup>4</sup> dok je  $p_j$  verovatnoća kažnjavanja prestupnika, što podrazumeva verovatnoću njegovog otkrivanja, verovatnoću pravnosnažne osude i verovatnoću izvršenja kazne prema presudi za krivično delo  $j$  koje je prestupnik učinio.

Potencijalni prestupnik poredi očekivanu korisnost od činjenja krivičnog dela, koja zavisi od navedenih činilaca, sa očekivanom korisnosti od alternativnog radnog angažovanja koji je u skladu sa zakonom, koja zavisi isključivo od očekivanog punog dohotka. Formalno posmatrano, očekivana korisnost od radnog angažovanja pojedinca koje je u skladu sa zakonom može se dobiti time što se iz prethodnog uslova isključuje zaprećena kazna  $f_j$ , odnosno novčani ekvivalent zaprećene kazne – nema kazne za ono što je u skladu sa zakonom. Time se prethodna jednakost u slučaju poslovne aktivnosti  $i$  koje je u skladu sa zakonom svodi na:

$$EU_i = p_i U(Y_i) + (1 - p_i) U(Y_i) = U(Y_i) \quad i \neq j \quad (2)$$

što znači da se očekivana korisnost izjednačava sa korisnošću koja proizlazi iz dohotka zarađenog putem aktivnosti koja je u skladu sa zakonom. Na osnovu takvog poređenja, donosi se racionalna odluka. Ukoliko je očekivana neto korisnost od činjenja krivičnog dela veća od očekivane korisnosti alternativne poslovne aktivnosti koja je u skladu sa zakonom, racionalna odluka pojedinca je da prekrši zakon,

4 Naravno, u zaprećenu kaznu uvek treba uračunati i sve druge troškove do kojih dovodi izvršenje te kazne. Na primer, kazna zatvora dovodi do propuštenog prinosa (prihoda) pojedinca, bez obzira na to da li se radi o propuštenom prinosu od kriminalnih delatnosti ili delatnosti koje su u skladu sa zakonom. Drugim rečima, koliko je neko spreman da plati da ne bude u zatvoru ne zavisi isključivo od uslova zatvorskog života, već i od oportunitetnih troškova (propuštenih prinosa) boravka u zatvoru. Isto tako, zatvorsku kaznu može da prati i disciplinska kazna, poput otpuštanja sa posla, pa time i gubitka plate koja bi se realizovala po izlasku iz zatvora, a informacija o nečijem boravku u zatvoru umanjuje verovatnoću dobijanja novog posla, bar onog koji bi omogućio prinose ravne onima koje je činila plata koju je prestupnik primao pre odlaska u zatvor.

odnosno da učini krivično delo. Formalno posmatrano, krivično delo će se učiniti isključivo ukoliko je ispunjen sledeći uslov:

$$EU_j > EU_i \quad j \neq i \quad (3)$$

Ovaj konceptualni okvir prikladan je za razmatranje uzročno-posledične veze između demokratije i kriminala. Odluke o kriminalnom angažovanju uvek se donose na nivou pojedinca. Što je veći broj pojedinaca u čijem je slučaju ispunjen uslov (3), veći je broj pojedinaca koji je angažovan u kriminalnim aktivnostima, pa je viši nivo kriminala. Faktori koji utiču na ispunjenost uslova (3) jesu puni dohodak koji proizlazi iz činjenja krivičnog dela, puni dohodak koji proizlazi iz angažovanja koji je u skladu sa zakonom i očekivana vrednost kazne, koja zavisi od zaprećene kazne i verovatnoće kažnjavanja prestupnika. Ključno pitanje teorijskog razmatranja veze demokratije i kriminala jeste da li demokratija utiče, odnosno može da utiče na neku od ovih veličina. Potvrđan odgovor znači da demokratija, odnosno politički sistem, može da bude činilac kriminala, a upravo odgovor na ovo pitanje treba da bude rezultat teorijskog razmatranja uzročno-posledične veze demokratije i kriminala.

### 3. UTICAJ POLITIČKIH INSTITUCIJA

Kako političke institucije utiču, odnosno mogu da utiču na kriminal? Pre nego što se odgovori na ovo pitanje, treba specificovati šta su to političke institucije. Pod institucijama se u ovom radu podrazumeva skup pravila ponašanja u društvu koja predstavljaju ograničenja u međusobnom ophođenju ljudi (North, 1981). Shodno tome, političke institucije su ona pravila, odnosno ograničenja u ophođenju ljudi u domenu njihovih političkih interakcija. Dve karakteristike političkih institucija su bitne za razmatranje koje sledi. Prva je činjenica (North, 1990) da se radi o pravilima, dakle veštački stvorenim ograničenjima ponašanja ljudi, što znači da političke institucije nisu egzogene, već ih međusobnom interakcijom stvaraju ljudi. Političke institucije utiču na stvaranje drugih institucija (ekonomskih i pravnih, na primer) koje nastaju u političkom procesu – procesu čija su pravila igre definisana upravo političkim institucijama. Druga je da su institucije postojane (bar u određenoj meri), odnosno da stvaraju određenu izvesnost da će se određeno pravilo ponašanja zadržati u nekoj dogleđnoj budućnosti (Glaeser *et al*, 2004). Druga karakteristika institucija stvara stabilnost podsticaja kojima su izloženi pojedinci, kako u političkoj, tako i u nekoj drugoj interakciji.

Razmatranje uticaja političkih institucija na kriminal u okviru konceptualnog okvira koji nudi model racionalnog ponašanja prestupnika ukazuje na dva moguća kanala delovanja. Jedan čine očekivane koristi od obavljanja različitih delatnosti, onih koje su krivična dela i onih koje to nisu, a drugi čini veličina očekivane vrednosti kazne. Iako je sasvim opravdano da se pretpostavi da političke institucije imaju uticaj na obavljanje različitih privrednih aktivnosti, odnosno na privredni rast, pa time i na očekivanu korisnost od bavljenja aktivnostima koje su u skladu sa zakonom, ovakav uticaj, ukoliko postoji, može se, najblaže rečeno, okarakterisati kao



posredan. Zbog toga taj uticaj neće biti predmet daljih razmatranja u ovom radu. Nasuprot tome, političke institucije mogu neposredno da utiču na očekivanu vrednost kazne, pa time i na nivo prevencije (generalne i specijalne), odnosno na nivo i stopu kriminala. Za spoznaju tog mehanizma uticaja političkih institucija, ključno je odgovoriti na pitanje kakve podsticaje one stvaraju vlastima i to svim granama vlasti u državi: zakonodavnoj, izvršnoj i sudskoj.

Ponašanje zakonodavne vlasti utiče na definisanje supstantivnih pravila, poput zaprećene kazne za različita krivična dela, čime se utiče na prevenciju (specijalnu i generalnu), i to za svako krivično delo ponaosob. Isto tako, zakonodavne vlasti donose i različita procesna pravila, kojima se utiče na verovatnoću kažnjavanja prestupnika, pa se na taj način utiče na očekivanu vrednost kazne. Procesna pravila odnose se na ograničenja koja u obavljanju svog posla otkrivanja i kažnjavanja prestupnika imaju policija, tužilaštvo i sudstvo. Takođe, zakonodavne vlasti donose odluke u pogledu javne potrošnje, dakle određuju iznos i strukturu budžeta, pa time i iznos sredstava namenjenih za finansiranje funkcionisanja svih onih državnih službi koje su od vitalnog značaja za sprovođenje zakona, odnosno za primenu pravila, što se odražava na verovatnoću primene kazne. Na primer, budžet koji predviđa povećanje sredstava za finansiranje policije, dovodi, ukoliko se ne promeni obrazac alokacije resursa u okviru ove delatnosti, do povećanja broja policajaca, čime se *ceteris paribus* uvećava verovatnoća otkrivanja prestupnika, pa se time uvećava i verovatnoća njegovog kažnjavanja. Isto tako, povećani budžet pravosuđa, uz pretpostavku o nepromenjenom obrascu alokacije resursa, uvećava njegovu delotvornost, pa time i *ceteris paribus* verovatnoću pravosnažne osuđujuće presude. Konačno, uvećanim ulaganjima iz budžeta uvećavaju se, na primer, zatvorski kapaciteti u kojima će se izvršavati odgovarajuće kazne.<sup>5</sup>

Ponašanje izvršnih vlasti u velikoj meri utiče na to kako se zakoni primenjuju, odnosno utiče na verovatnoću kažnjavanja prestupnika. Od odluka izvršnih vlasti zavisi, pri datim resursima, određenim veličinom i strukturom državnog budžeta, kolika je efikasnost upotrebe tih resursa. Isti resursi koji su na raspolaganju, na primer policiji, mogu se različitim ponašanjem, odnosno odlukama izvršnih vlasti iskoristi na različite načine, a to ima svoje posledice na verovatnoću otkrivanja prestupnika. Izvesno je da ministarstvo unutrašnjih poslova donosi odluke koje fundamentalno utiču na delovanje policije i na njene rezultate u rasvetljavanju krivičnih dela, odnosno otkrivanju prestupnika. Takođe, ministarstvo pravde svojim odlukama utiče na organizaciju i efikasnost pravosuđa, kao i na organizaciju i efikasnost obavljanja svih poslova vezanih za izvršenje krivičnih sankcija.

Izvršne vlasti u celini imaju veliku ulogu u uspostavljanju i održavanju nezavisnosti pravosuđa, koja je preduslov za njegovu nepristrasnost i efikasnost, a te karakteristike pravosuđa su preduslov za visoku verovatnoću osuđujuće presude, kao preduslova kažnjavanja prestupnika. Političke institucije stvaraju brojne podsticaje

5 Svi navedeni zaključci u pogledu javne potrošnje zasnivaju se na pretpostavci o postojanju pozitivnog graničnog proizvoda resursa angažovanih u navedenim delatnostima (policija, pravosuđe i izvršenje kazne). Pri tome nije bitno kakav je karakter tog proizvoda, da li je opadajući ili rastući, već je dovoljno da se pretpostavi samo njegova pozitivna vrednost.

izvršnim vlastima da se uspostavi ili da se narušava nezavisnost pravosuđa. Odgovor na pitanje da li postoji „politička volja“ za uspostavljanje nezavisnosti pravosuđa zavisi od podsticaja sa kojima se vlasti suočavaju. Pri tome treba uvek voditi računa o *de facto* nezavisnosti pravosuđa, budući da *de iure* nezavisnost, ona koja je utemeljena u ustavu i odgovarajućim zakonima, veoma često ne odgovora stanju u stvarnosti, odnosno stvarnim podsticajima kojima su izloženi pravosudni zvaničnici.

Konačno, političke institucije stvaraju podsticaje pravosudnim zvaničnicima da se ponašaju na različite načine, a ta različita ponašanja direktno utiču na verovatnoću izricanja osuđujuće presude. Tu se mogu identifikovati dva kanala uticaja. Jedno je njihova efikasnost, odnosno efikasnost njihovog rada, kojom se definiše verovatnoća osuđujuće presude, pa time i verovatnoća kažnjavanja prestupnika, a druga je samo izricanje kazne, u svim onim slučajevima u kojima postoji ovlašćenje sudije da izreke kaznu u određenim, zakonom propisanim okvirima. Za razumevanje ovog uticaja od ključnog je značaja da se odgovori na pitanje kome sudije, odnosno pravosudni zvaničnici polažu račune. Na primer, da li polažu račune javnosti ili ih polažu isključivo izvršnim vlastima, na primer samom autokratskom vladaru? U zavisnosti od odgovora na ovo pitanje, dobijaju se i odgovori na pitanje o tome kojima su podsticajima izloženi pravosudni zvaničnici, pa tako i odgovor na pitanje kako političke institucije utiču na njihovo ponašanje, a to ponašanje stvara pojedincima podsticaje pri njihovom racionalnom odlučivanju da li da se upuste u kriminal.

Očigledno je da postoje brojni kanali kojima političke institucije mogu da utiču na kriminal, odnosno da političke institucije generišu brojne podsticaje pojedincima da li da se upuste u činjenje krivičnih dela. Sada treba da se razmotri koje su to političke institucije specifične za demokratiju, da bi se potom razmotrilo kako te političke institucije deluju na kriminal.

#### 4. DEFINISANJE DEMOKRATIJE

Sa stanovišta uticaja demokratije, kao skupa političkih institucija, na kriminal, može se izdvojiti nekoliko bitnih odlika demokratskih političkih institucija, odnosno njihovih karakteristika (Begović, 2011):

- Građanske slobode: sloboda iskazivanja sopstvenih preferencija, odnosno interesa;
- Redovni, slobodni i pošteni izbori po načelu jedan čovek – jedan glas;
- Zaštita manjine, nezavisno od njenog karaktera, uz puno poštovanje svih prava pojedinca;<sup>6</sup>

6 Ova karakteristika demokratije se često postavlja kao kriterijum kojim se razlikuje bilo koja demokratija od liberalne demokratije. Sledeći Poppera (1971) i njegov stav da, pored vlasti većine, zaštita manjine predstavlja osnovnu karakteristiku demokratije, navedena odlika u ovu analizu ulazi kao potreban uslov demokratije. Shodno tome, za potrebe ove analize ne pravi se razlika između liberalne demokratije i demokratije – da bi se neki režim prihvatio kao demokratski, on mora da bude liberalna demokratija. To ne znači da se odbacuje mogućnost postojanja režima koji nisu u potpunosti demokratski (imaju samo neke od karakteristika demokratije), bez obzira

- Miran prenos vlasti uz obavezu poštovanja rezultata izbora;
- Polaganje računa javnosti, uz aktivno učešće javnosti u tom procesu.<sup>7</sup>

Očigledno je da navedene političke institucije stvaraju snažne podsticaje za ponašanja u svim domenima društvenog života. Iako se radi u osnovi o političkim institucijama, one stvaraju podsticaje za ponašanja ljudi u drugim oblastima u kojima pojedinci stupaju u interakcije.

## 5. SPECIFIKACIJA UZROČNO-POSLEDIČNE VEZE DEMOKRATIJE I KRIMINALA

Prva navedena karakteristika demokratije, sloboda iskazivanja sopstvenih preferencija i sopstvenih interesa može se posmatrati sa stanovišta organizacije i uticaja interesnih grupa. Naime, pojedinci istih ili sličnih interesa mogu se organizovati u interesne grupe, kako bi svoje interese artikulirali i kako bi te interese nametnuli društvu na taj način što bi institucije, posmatrane kao pravila igre, uključujući i državne politike išle njima u korist – kako bi interesna grupa uspostavila i podržavala ona pravila igre kojima bi njeni pripadnici uvećavali, odnosno održavali sopstveno bogatstvo. Budući da društvo sačinjavaju pojedinci različitih preferencija, odnosno interesa, a svi žele da ti interesi budu priznati, odnosno zaštićeni, neminovno je da se interesne grupe međusobno nadmeću i da na taj način dobijena pravila igre predstavljaju rezultantu dejstva interesnih grupa. S obzirom na to da u demokratiji svi imaju mogućnost da iskažu svoj interes, interesne grupe se slobodno organizuju i slobodno nameću. Koristeći jezik mikroekonomske teorije, može se reći da su barijere ulasku interesnih grupa u nadmetanje zanemarljive. To znači da će institucije koje se stvaraju, odnosno državne politike koje se primenjuju biti uravnotežene, odnosno da će se takve politike približavati javnom interesu – maksimizaciji društvenog blagostanja. Samim tim, na planu generalne prevencije, cilj države je da se maksimizuje društveno blagostanje.

Nasuprot tome, autokratije karakterišu velike barijere ulasku u nadmetanje za artikulaciju sopstvenog interesa. Ulazak u ovu delatnost nije slobodan – za ulazak je potrebna saglasnost izvršnih vlasti, odnosno samog autokratskog vladara, a takvu saglasnost ne može da dobije bilo ko. Očigledno je da se za svoj društveni, odnosno ekonomski uticaj nadmeću samo izabrani, pri čemu to mogu da budu isključivo bogati (u različitim oblicima plutokratija, odnosno kleptokratija) ili oni koji su ideološki podobni (u ideološkim, odnosno totalitarnim autokratijama – diktaturama).<sup>8</sup> Na osnovu navedenog može se zaključiti da u autokratijama postoji uski krug pri-

---

na to da li se nazivaju poluautoritarni režimi (Diamond, 1999) ili neliberalne demokratije (Zakaria, 2003).

7 Navedene karakteristike demokratije formulisane su modifikacijom načela (liberalne) demokratije navedenih u Kekić (2007). Ovakav pristup je već primenjen za druge potrebe (Begović, 2011) i čini se, za potrebe ove analize, pogodnijim od bilo kakve formalne definicije demokratije.

8 Više o heterogenosti političkih institucija u autokratijama, odnosno o tipovima autokratija, može se naći u: Wintrobe (1998).

vilegovanih – to su oni koji čine vlast i svi oni koji su blisko, pre svega svojim ekonomskim interesima vezani za vlast. Tu se javlja svojevrсна simbioza. Oni koji su uz vlasti žele da tom svojom pozicijom iskoriste poluge vlasti za prisvajanje što većeg iznosa rente, dok vlasti, pružajući privilegije takvoj eliti, žele da otklone podsticaje za prevrat, odnosno da time uvećaju verovatnoću opstanka na vlasti. To znači da su institucije koje se stvaraju, odnosno državne politike koje se primenjuju, neminovno neuravnotežene i da vode računa samo o blagostanju ljudi vlasti i uskog kruga društvene elite koja je uz vlasti. Takve institucije, odnosno takve državne politike približavaju se parcijalnom interesu vladajućih krugova – maksimizaciji njihovog bogatstva, odnosno blagostanja. Samim tim, na planu generalne prevencije, cilj ovakve države je da maksimizuje sopstvene prihode, koji će se, potom, raspodeliti unutar vladajuće političko-poslovne elite.

Ovakve razlike između demokratije i autokratije na planu politike generalne prevencije, odnosno državne politike prema kriminalu, mogu se i formalizovati (Garoupa i Klerman, 2002). Autori ovog formalnog modela, čiji će se osnovni nalazi predstaviti u daljem toku rada, polaze od osnovnog konceptualnog okvira ekonomske analize kriminala, što se svodi na model racionalnog ponašanja prestupnika, pa na osnovu toga, odnosno odgovarajuće nejednakosti, dolaze do zaključka da je potreban uslov da bi pojedinac učinio krivično delo da je njegova korisnost od tog dela veća od očekivane vrednosti kazne. Radi jednostavnosti se pretpostavlja da je novčana kazna jedina kazna koja se primenjuje i da svi prestupnici plaćaju isti iznos kazne.<sup>9</sup> U takvim uslovima društveno blagostanje, koje predstavlja sumu individualnog blagostanja svih pojedinaca koji čine društvo može da se iskaže kao:

$$W = \int_{pf}^1 (b - h)db - xp, \quad (4)$$

pri čemu  $W$  predstavlja društveno blagostanje,  $b$  korisnost koju prisvaja prestupnik,  $h$  ukupnu društvenu štetu koja nastaje pri svakom prestupu, odnosno krivičnom delu,  $p$  verovatnoću kažnjavanja prestupnika, dok je  $x$  parametar troškova kažnjavanja prestupnika, a  $f$  zaprećena, odnosno propisana kazna.<sup>10</sup> To znači da je  $xp$

9 Nezavisno od realističnosti ove pretpostavke, potrebno je ukazati na neke karakteristike ovakve kaznene politike. Nije sporno da je novčana kazna najefikasnija kazna sa stanovišta društvenog blagostanja (Becker, 1968). Takođe, nije sporno, ukoliko se pretpostavi da su potencijalni prestupnici neutralni prema riziku, da je optimalna (novčana) kazna ona koja ima maksimalnu vrednost (Garoupa, 1997). Maksimalna vrednost novčane kazne jednaka je bogatstvu prestupnika, što znači da ne postoji jedinstvena vrednost kazne, već kazna mora da bude individualizovana, a to znači da pretpostavka da svi prestupnici plaćaju isti iznos kazne predstavlja narušavanje uslova optimalnosti kaznene politike. Sa stanovišta analize uticaja političkih institucija na kriminal, međutim, narušavanje ove pretpostavke nije od bilo kakvog značaja, naročito imajući u vidu da su u stvarnosti kaznene politike, iz različitih razloga, udaljene od (teorijski) optimalne. Više o tome videti u: Begović (2010).

10 Korisnost koju prisvaja prestupnik predstavlja argument funkcije društvenog blagostanja upravo zbog toga što osnovu društvenog blagostanja čini individualno blagostanje (korisnost) svih onih pojedinaca koji čine jedno društvo, nezavisno od toga da li su prestupnici ili ne.

funkcija troškova kažnjavanja, pri čemu je  $x$  uvek pozitivna veličina, odakle sledi da troškovi kažnjavanja, odnosno troškovi generalne prevencije, rastu sa povećanjem verovatnoće kažnjavanja prestupnika.<sup>11</sup> Optimizacija kaznene politike svodi se na izbor vrednosti promenljivih  $p$  i  $f$  kako bi se, na osnovu polazne pretpostavke o cilju vlasti, maksimizovalo društveno blagostanje  $W$ . Ekonomska teorija kriminala, odnosno ekonomske teorije generalne prevencije, formalno je pokazala da je, za svako  $x > 0$ , optimalan iznos kazne maksimalna novčana kazna koja je jednaka ukupnom bogatstvu prestupnika.<sup>12</sup>

Garupa i Klerman (2002) arbitrarno definišu dve vrednosti društvene štete koja nastaje krivičnim delom, kako bi, unutar tog okvira, mogli da razmatraju tri situacije u pogledu težine krivičnih dela i to tako da je:

$$h_1 = \frac{x}{F} \quad (5)$$

$$h_3 = \frac{x}{F} + F. \quad (6)$$

Na ovaj način se izdvajaju (krivična) dela, odnosno prestupi malog značaja, ona u kojima je društvena šteta manja od  $h_1$ , krivična dela u kojima je društvena šteta između  $h_1$  i  $h_3$ , i, konačno, krivična dela velike društvene opasnosti, u kojim je društvena šteta veća od  $h_3$ . Budući da je optimalna zaprećena kazna u svakom slučaju  $F$ , maksimalna novčana kazna, optimizacija se svodi na izbor optimalne verovatnoće kažnjavanja, a Garupa i Klerman (2002) su pokazali da, u uslovima u kojima se maksimizuje društveno blagostanje, a ukoliko je  $h < h_1$ , optimalna verovatnoća kažnjavanja treba da bude jednaka 0, ukoliko je  $h > h_3$ , optimalna verovatnoća kažnjavanja treba da bude jednaka 1, dok ukoliko  $h$  zadovoljava uslov:

$$h_1 \leq h \leq h_3 \quad (7)$$

onda sledi da je optimalna verovatnoća kažnjavanja ( $p^*$ ) jednaka:

$$p^* = \frac{h - \frac{x}{F}}{F} \quad (8)$$

Nasuprot demokratskim vlastima koje, bar na modelskom nivou, teže maksimizaciji društvenog blagostanja, autokratske vlasti teže maksimizaciji javnih priho-

11 Ovo je u literaturi uobičajena osnovna forma troškova kažnjavanja, odnosno troškova generalne prevencije (Polinsky, 1980, Polinsky i Shavel, 1984 i Polinsky i Shavel, 2000). Nadalje, u ovom modelu se pretpostavlja da je  $x > 0$ , što daje iste rezultate kao bilo koja funkcija troškova koja zavisi od verovatnoće kažnjavanja koja ima prvi izvod veći od nule i nenegativnu vrednost drugog izvoda. Više o tome videti u: Polinsky (1980), Friedman (1984) i Garupa i Klerman (2002).

12 S obzirom na to da samo izvršenje kazne ne generiše društvene troškove, budući da se radi o novčanoj kazni, troškovi kažnjavanja neminovno se svode na troškove vezane za verovatnoću kažnjavanja prestupnika, a to se svodi na troškove njegovog otkrivanja i troškove pravosnažne osuđujuće presude. Radi se o nalazu o optimalnoj kaznenoj politici, na osnovu doprinosa koji su dali Becker (1968) i Garupa (1977). Više od tome videti u: Begović (2010).

da, što se u slučaju razmatranja optimalne kaznene politike, svodi na maksimizaciju neto prihoda od (novčanih) kazni – prihoda umanjjenih za troškove kažnjavanja. Shodno tome, autokratske vlasti maksimizuju sledeću funkciju:

$$\Pi = \int_{pf}^1 (pf - \alpha h) db - xp, \quad (9)$$

pri čemu simboli imaju isto značenje, kao i u jednakosti (4). Novi simboli su  $\Pi$ , što predstavlja javne prihode od kazne, i  $\alpha$ , što označava onaj deo štete od krivičnog dela koji snose same vlasti, odnosno političko-poslovna elita. To, na primer, može da bude gubitak poreske osnovice, relevantan sa stanovišta maksimizacije poreskog prihoda, odnosno ukupnih javnih prihoda, ili onaj kriminal koji je uperen protiv pripadnika te elite, pa dovodi do umanjjenja korisnosti koju oni uživaju. U opštem slučaju važi relacija  $0 < \alpha < 1$ .

Garoupa i Klerman (2002) u modelu uvode dva nova arbitrarna nivoa društvene štete koja nastaje činjenjem krivičnih dela u uslovima u kojima se maksimizuje ne društveno blagostanje, već prihod od kazne ( $\Pi$ ):

$$h_0 = \frac{x-F}{\alpha F} \quad (10)$$

$$h_4 = \frac{x}{F} + 2F - 1. \quad (11)$$

Budući da je optimalna zaprećena kazna u svakom slučaju  $F$ , maksimalna novčana kazna, optimizacija se i u ovom slučaju svodi na izbor optimalne verovatnoće kažnjavanja, a Garoupa i Kelerman (2002) su pokazali da, u uslovima u kojima se maksimizuje prihod od kažnjavanja, pri čemu je  $\alpha$  različito od 0, ukoliko je  $h < h_0$ , optimalna verovatnoća kažnjavanja treba da bude jednaka 0, ukoliko je  $h > h_4$ , optimalna verovatnoća kažnjavanja treba da bude jednaka 1, dok ukoliko  $h$  zadovoljava uslov:

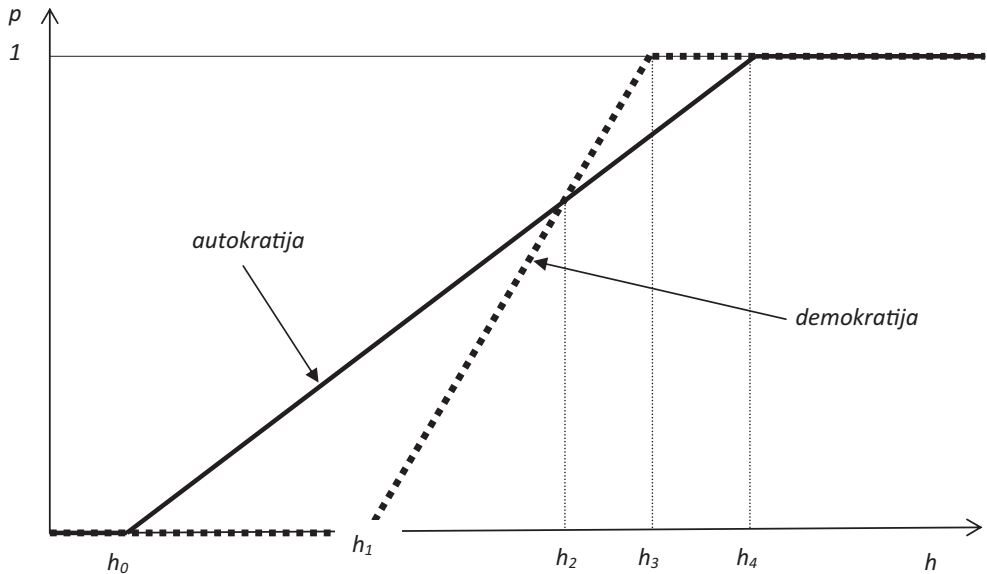
$$h_0 \leq h \leq h_4 \quad (12)$$

onda sledi da je optimalna verovatnoća kažnjavanja ( $p^{**}$ ) jednaka:

$$p^{**} = \frac{1 + \alpha h - \frac{x}{F}}{2F} \quad (13)$$

Sada se mogu uporediti kaznene politike u demokratiji i autokratiji. To se može učiniti poređenjem optimalnog nivoa generalne prevencije u zavisnosti od društvene štete koju generiše neko krivično delo, što se svodi na optimalnu verovatnoću kažnjavanja prestupnika. Za to najbolje može da posluži grafikon koji su sačinili sami autori (Garoupa i Klerman, 2002, str. 123).





Grafikon 1.

*Društvena šteta i optimalna verovatnoća kažnjavanja prestupnika*

Vertikalna osa na grafikonu pokazuje optimalnu verovatnoću kažnjavanja prestupnika, koja, naravno, ne može da bude veća od 1. Horizontalna osa na grafikonu pokazuje nivo društvene štete, a društvena šteta predstavlja umanjeње nivoa društvenog blagostanja. Pri tome, treba voditi računa da argumente funkcije društvenog blagostanja čine isključivo nivoi individualnog blagostanja (korisnosti) svih pojedinaca koji čine posmatrano društvo.<sup>13</sup> Ukoliko se radi o prestupu čija je društvena šteta manja od  $h_0$  ( $h < h_0$ ) i u demokratiji i u autokratiji optimalna verovatnoća kažnjavanja je jednaka 0, odnosno takav prestup uopšte ne treba da bude krivično delo, pa ne treba ni da se kažnjava. Istovetan rezultat, odnosno istovetno ponašanje demokratije i autokratije, beleži se i u slučaju krivičnih dela veoma velike društvene opasnosti. Naime, ukoliko se radi o prestupu čija je društvena šteta veća od  $h_4$  ( $h > h_4$ ) i u demokratiji i u autokratiji optimalna verovatnoća kažnjavanja je jednaka 1, odnosno društveno je poželjno da se sve svaki učinilac ovog krivičnog dela kazni. Razlike nastaju u slučaju svih ostalih krivičnih dela, onih čija je društvena šteta veća od  $h_0$ , ali manja od  $h_4$ . Ukoliko se radi o krivičnim delima čija je društvena šteta veća od  $h_0$ , ali manja od  $h_2$ , optimalna verovatnoća kažnjavanja prestupnika u autokratiji je veća od odgovarajuće verovatnoće u demokratiji. Nasuprot tome, ukoliko se radi o ozbiljnijim, težim krivičnim delima, odnosno ukoliko se radi o krivičnim delima čija je društvena šteta veća od  $h_2$ , ali manja od  $h_4$ , optimalna verovatnoća kažnjavanja prestupnika u demokratiji veća je od odgovarajuće verovatnoće u autokratiji. Na osnovu ovih nalaza može se formulisati teorijska hipoteza da je kazne-

13 Može se povući paralela između ekonomske koncepcije društvene štete i pojma društvene opasnosti koji se koristi u krivičnom pravu, budući da se upravo društvena opasnost posmatra kao „osnov i opravdanje za propisivanje nekog ponašanja kao krivičnog dela“ (Stojanović, 2007).

na politika autokratije oštrija u slučaju lakših krivičnih dela, odnosno dela manje društvene opasnosti, dok je kaznena politika demokratije oštrija u slučaju težih krivičnih dela, odnosno dela veće društvene opasnosti. Na osnovu ove hipoteze može se postaviti i sledeća: u demokratijama se *ceteris paribus* može očekivati viša stopa kriminala u odnosu na autokratije u slučaju lakših krivičnih dela, dok se u slučaju težih krivičnih dela može očekivati niža stopa kriminala.

Zanimljiva implikacija ovog rezultata je diferencirana prevencija (specijalna i generalna) po krivičnim delima, odnosno diferencirana očekivana vrednost kazne po krivičnim delima pri istovetnoj zaprećenoj kazni za sva krivična dela. To je posledica različite verovatnoće kažnjavanja prestupnika za različita krivična dela. Ovakva diferenciranost u pogledu verovatnoće može se postići različitim alokacijama resursa u različitim slučajevima, počev od različite alokacije resursa u policijske jedinice koje otkrivaju učinioce različitih krivičnih dela. Razlike u efikasnosti policije u rasvetljavanju različitih krivičnih dela, odnosno otkrivanja prestupnika, potom se prenose na razlike u verovatnoći kažnjavanja učinilaca različitih krivičnih dela.

Do istog nalaza dovodi razmatranje druge karakteristike demokratije, načela jedan čovek – jedan glas, budući da primena ovog načela dovodi do ravnomerne raspodele političke moći. Načelo jedan čovek – jedan glas koje se primenjuje u redovnim izborima uslovljava ravnopravnost u zastupanju interesa svih građana, svih birača, nezavisno od njihovog bogatstva, odnosno njihove ideologije. Svaki birač je u tom smislu jednako značajan za vlasti, bez obzira na to da li se radi o osvajanju vlasti ili o održanju na njoj, tako da se time dolazi do osnovnog nalaza teoreme o medijskom biraču – približavanju preferencija koje zastupaju vlasti preferencijama i interesima medijskog birača.<sup>14</sup> U slučaju autokratije opstanak na vlasti se obezbeđuje prevencijom svrgavanja, a svrgavanje može da bude pre svega od strane onih koji su bliski vlasti, odnosno koji poznaju mehanizme vlasti i poseduju resurse za prevrat. Zbog toga je dovoljno da se vodi računa isključivo o njihovim interesima, tj. da se obezbedi da njihovo bogatstvo, odnosno blagostanje koje proizlazi iz tog bogatstva nije ugroženo i da se uvećava. Ovim se samo pojačava razlika između demokratskih vlasti, kojima je cilj maksimizacija društvenog blagostanja (iz sopstvenih, „sebičnih“ interesa, kako bi bile reizabrane), i autokratskih vlasti, kojima je iz istog razloga, opstanaka na vlasti, cilj maksimizacija javnih prihoda, koji se potom „privatizuju“, što dovodi do preraspodele dohotka i bogatstva ka vlasti i njenoj političko-poslovnoj kamarili.

Dosadašnje teorijske hipoteze čvrsto su utemeljene u dve pretpostavke koje se, svakako, mogu osporiti, bar u određenoj meri. Prva pretpostavka izloženog teorijskog modela jeste da se primenjuje jedino novčana kazna. Relevantno pitanje nije da li ovakva pretpostavka opisuje realnost, već da li realnost u demokratijama i autokratijama podjednako odstupa od navedene pretpostavke. Izvesno je da i u demokratijama i autokratijama postoje i zatvorske kazne i telesne kazne (u vidu smrtna kazne). Ipak, ne postoji teorijski model kojim bi se moglo konzistentno objasniti

14 Teorema o medijskom biraču pokazuje da u demokratiji političke partije imaju snažne podsticaje da svoje politike ili bar retoriku približe preferencijama medijskog birača, onog birača koji biračko telo u kome su birači rangirani prema preferencijama deli na dva jednaka dela. Više o tome videti u: Hillman (2009).

sistematski različito odstupanje stvarnosti od navedene pretpostavke, na primer da autokratije više primenjuju zatvorske i telesne kazne u odnosu na demokratije.<sup>15</sup> Takođe, dosad nije zabeleženo empirijsko istraživanje usredsređeno na vezu između političkih institucija i zastupljenosti pojedinih vrsta kazni. Očigledno je da na ovom planu predstoji još dosta istraživanja.

Druga pretpostavka koja može da bude sporna je ona da je isključivi cilj demokratskih vlasti maksimizacija društvenog blagostanja, dok je isključivi cilj autokratskih vlasti maksimizacija prihoda od kazne. Praktično, implicitno se pretpostavlja da demokratske vlasti uopšte nisu uključene u traganje za rentom, kao i da autokratske vlasti uopšte ne interesuje društveno blagostanje. U stvarnosti, međutim, mnoge su demokratije, naročito one mlade, bez dovoljno duge demokratske tradicije, uključene u traganje za rentom, pa im je stoga bitno da maksimizuju javne prihode koje potom preraspodeljuju. Takođe, u stvarnosti mnoge autokratije, poput azijskih „razvojnih autokratija“, vode računa o maksimizaciji društvenog blagostanja, pogotovo o njegovom porastu na dugi rok. Očigledno je da postoji osnova da se formuliše model kojim bi se prevazišla podela kakva postoji u analiziranom modelu, odnosno model koji bi mogao da opiše ponašanje vlasti koje su, u određenoj meri, uključene i u jedne (maksimizacija društvenog blagostanja) i u druge (traganje za rentom) aktivnosti. Mlade demokratije i razvojne autokratije bi se svakako bolje opisale, odnosno analizirale takvim modelom.

Sledeća karakteristika demokratije, puno poštovanje prava svakog pojedinca, znači da je potrebno u celokupnom postupku otkrivanja prestupnika i potom krivičnom postupku ne narušavati zagarantovana ljudska prava osumnjičenih, optuženih, odnosno okrivljenih. Sve to umanjuje verovatnoću otkrivanja prestupnika, verovatnoću osuđujuće presude, pa samim tim, i verovatnoću kažnjavanja prestupnika, a to obara očekivanu vrednost kazne za bilo koje krivično delo. Iz ovog nalaza sledi teorijska hipoteza da je u demokratijama *ceteris paribus* viša stopa kriminala nego u autokratijama.

Miran prenos vlasti sam po sebi nije relevantan za nivo kriminala, ali se iz ove karakteristike demokratije može videti da postoji jedan mehanizam kojim ona može da utiče na kriminal. Radi se o tome da svako ko je u demokratiji izgubio vlast, mirnim prenosom vlasti na političkog takmaca nikako ne gubi mogućnost da opet dođe na vlast, a jedan od ključnih preduslova za takav razvoj događaja je puna pravna zaštita tokom političkih aktivnosti u opoziciji. Takvu zaštitu može da pruži jedino nezavisno pravosuđe, pa je stoga interes vlasti u demokratiji (koja već sutra može da postane opozicija) da uspostavi i održi takvo pravosuđe (Stephensson, 2003).<sup>16</sup> Budući da nezavisnost pravosuđa pospešuje njegovu efikasnost, na osno-

15 Veoma je bitno da se ne načini greška i da se autokratije poistovete sa brutalnim totalitarnim diktaturama, poput nacističke Nemačke ili Sovjetskog Saveza. Mnoge autokratije su samo mehanizam za bogaćenje društvene elite, nisu ideološke po svom karakteru i nivo represije u njima isključivo je u funkciji očuvanja kleptokratskog poretka, pa stoga i nije visok. Novčane kazne u takvim autokratijama imaju veliku vrednost za vlasti.

16 Razmatranje je pokazalo da se sa uvećanjem verovatnoće smene vlasti i uvećanjem averzije koju vlast ima prema riziku uvećava verovatnoća uspostavljanja nezavisnosti pravosuđa. Više o mehanizmima kojima se ovo postiže videti u: Begović (2006).

vu ovog mehanizma može se formulirati teorijska hipoteza da demokratija dovodi do uvećanja efikasnosti pravosuđa, pa time i do porasta očekivane vrednosti kazne *ceteris paribus*, što znači da se može očekivati umanjeno stopa kriminalna na toj osnovi.<sup>17</sup>

Konačno, demokratija podrazumeva polaganje računa javnosti svih grana vlasti, što podrazumeva i polaganje računa sudskih vlasti. Polaganje računa javnosti stvara podsticaje za efikasniji rad pravosuđa u celini, kako tužilaštva, tako i sudstva. Na osnovu toga se može zaključiti da demokratija i na ovaj način stvara podsticaje za efikasnost pravosuđa, odnosno da dovodi do uvećanja njegove efikasnosti, pa time i do porasta očekivane vrednosti kazne *ceteris paribus*, što znači da se može očekivati umanjeno stopa kriminalna na toj osnovi.

## 6. EMPIRIJSKA VERIFIKACIJA

Kako empirijski verifikovati navedene teorijske hipoteze? Zasad jedino empirijsko istraživanje te vrste (Lin, 2007) zasnivalo se na oceni ekonometrijskih modela u kojima je stopa kriminala bila zavisna promenljiva. Među nezavisnim (objašnjavajućim) promenljivima nalaze se manje-više sve one koje su uobičajene u ekonometrijskim modelima ove vrste, odnosno one za koje se pokazalo da u određenoj meri mogu da objasne stopu kriminala. Demokratija je među objašnjavajuće promenljive unesena korišćenjem podataka o indeksu političkih sloboda, koje se uglavnom svode na način na koji se održavaju izbori, na osnovu koje su zemlje rangirane od 1 (najviše demokratske) do 7 (najmanje demokratske).<sup>18</sup> Podaci za zavisnu promenljivu pribavljeni su iz statistike Interpola, koja ne predstavlja ništa drugo nego kolekciju podataka nacionalnih policijskih statistika (za one zemlje koje ih dostavljaju). Takođe, korišćeni su i podaci dobijeni na osnovu međunarodne ankete žrtava kriminala, a obrazloženje za korišćenje ove druge vrste podataka zasniva se na pretpostavci da zvanične policijske statistike potcenjuju stopu kriminala („tamna brojka kriminala“).

Prvi metodološki problem ovog istraživanja odnosi se upravo na uporedivost podataka između različitih zemalja, budući da ne postoji osnova da se pretpostavi da je potcenjenost stope kriminala istovetna između zemalja, odnosno da je odstupanje stvarne od zabeležene vrednosti te stope slučajna promenljiva. Verovatnije da se radi o sistematskim odstupanjima i da se iz različitih razloga (različite moralne, odnosno društvene norme) može očekivati sistematsko odstupanje

17 Do istog zaključka, odnosno teorijske hipoteze dolazi i Larkin (1996), mada koristeći drugi konceptualni okvir, unutar koga je primarna vladavina prava koja se uspostavlja kao posledica demokratizacije. Iako je za ovaj pristup ključno u kojoj meri pravo i njegova vladavina sputavaju izvršne vlasti u njihovom delanju, neminovni nusfekat vladavine prava je i povećanje efikasnosti pravosuđa u onim situacijama u kojima država, odnosno izvršne vlasti nisu strana u sporu.

18 Ostaje neizvesno poreklo ovih podataka, ali se može pretpostaviti da se radi o redovnom godišnjem pregledu koji već godinama objavljuje *Freedom House*. Ostaje nejasno zbog čega nije korišćen drugi pokazatelj koji *Freedom House* prikuplja, a to je rang građanskih sloboda, koji isto tako čine demokratiju kao i političke slobode. Ipak, visok je stepen korelacije između političkih i građanskih sloboda, tako da ne treba očekivati veliku distorziju rezultata usled ovog propusta.

ove dve veličine od zemlje do zemlje. Isto tako, ovakva sistematska odstupanja se mogu očekivati i u podacima koji se dobijaju na osnovu ankete, budući da je veoma verovatno da pristrasnost odgovora nije slučajno raspoređena po zemljama. Ovaj problem je delimično rešen time što je ekonometrijski model koji je formiran model panela podataka, što znači da se pojavljuju opservacije za pojedinu zemlju za svaku godinu tokom celog posmatranog perioda (1971–1966). To je omogućilo da se u model uključi tzv. promenljiva fiksnih efekata, koja na sebe preuzima specifičnosti svake posmatrane zemlje koje se ne menjaju u vremenu, a to mogu da budu različita odstupanja između stvarne i izmerene (na jedan ili drugi način) stope kriminala.

Drugi metodološki problem, kako navodi Lin (2007), leži u tome da postoji mogućnost da je demokratija kao objašnjavajuća promenljiva endogena, što znači da na nju utiče nezavisna promenljiva – stopa kriminala. U takvim uslovima, ocene parametara modela korišćenjem najpouzdanijeg metoda (metod običnih najmanjih kvadrata) postaju pristrasne, što znači da se kao statistički značajne mogu prihvatiti one ocene parametara koje to nisu, a to dovodi do pogrešnih zaključaka. Ostaje nejasno, međutim, kako to stopa kriminala može da utiče na demokratiju, odnosno koji je mehanizam takvog uticaja. Bez obzira na to što nije ponudio bilo kakvo objašnjenje ovakve eventualne veze, Lin (2007) pristupa, čini se potpuno bespotrebno, standardnom ekonometrijskom postupku za slučaj endogenosti objašnjavajuće promenljive: izboru i uvođenju instrumentalne promenljive i primeni metoda dvo-stepenih najmanjih kvadrata. Imajući u vidu neosnovanost zaključka o endogenosti demokratije, kao i probleme u izboru instrumentalne promenljive,<sup>19</sup> najbolje bi bilo zanemariti rezultate koji su dobijeni na ovaj način i usredsrediti se na rezultate dobijene primenom metoda običnih najmanjih kvadrata.

Dobijeni rezultati u slučaju međunarodnih policijskih statistika pokazuju da je stopa ubistava u demokratijama statistički značajno manja nego u autokratijama, dok je veća stopa krađa i razbojništva. U slučaju ostalih krivičnih dela, nema statistički značajne razlike. Ovaj nalaz daje određenu potvrdu hipoteze da demokratije karakteriše niža stopa kriminala u slučaju teških krivičnih dela (dela velike društvene štete) i više stope kriminala u slučaju lakših krivičnih dela. Korišćenje podataka ankete žrtava pokazuje da u slučaju nekih krivičnih dela nema statistički značajne razlike, dok u slučaju drugih (uglavnom lakših) demokratije karakteriše viša stopa kriminala.<sup>20</sup>

Empirijski je testirana razlika u očekivanoj vrednosti kazne između demokratija i autokratija. U pogledu prosečne zaprećene kazne (iskazane mesecima zatvora) nema statistički značajne razlike, osim u slučaju razbojništva i krađe i u oba sluča-

19 Instrumentalna promenljiva treba da zadovolji dva uslova: da nije korelisana za slučajnom greškom u modelu, odnosno sa nezavisnom promenljivom (u ovom slučaju stopom kriminala), a da je korelisana sa promenljivom koju treba da zameni. Lin (2007) smatra da su građanske slobode takva promenljiva, što jeste konzistentno sa njegovim stavom da demokratiju svodi na političke slobode, odnosno karakter izbora u jednoj zemlji. Ovakvim poimanjem demokratije, međutim, istraživanje njene veze sa kriminalnom neminovno postaje siromašnije.

20 Naravno, anketa žrtava ne obuhvata krivično delo ubistva, pa se stoga ne mogu doneti zaključci u pogledu ovog krivičnog dela.

ja zaprećena kazna je veća u autokratiji. Zanimljive su razlike između verovatnoće kažnjavanja prestupnika u autokratiji i demokratiji. Dok je u demokratiji veća verovatnoća kažnjavanja prestupnika koji je učinio ubistvo ili nanošenje teških telesnih povreda, a autokratiji je veća verovatnoća kažnjavanja prestupnika koji je učinio razbojništvo, provalnu krađu, i svaku drugu krađu. Ukoliko se posmatraju sva krivična dela zajedno, verovatnoća kažnjavanja prestupnika, odnosno verovatnoća njegovog otkrivanja (stopa rasvetljavanja krivičnih dela) statistički je značajno veća u autokratijama, nego u demokratijama.

Izloženi rezultati empirijskih istraživanja daju neke elemente za potvrdu ranije iznetih teorijskih hipoteza o odnosu demokratije i kriminala. Očigledno je da demokratije sistematski više posvećuju pažnju kažnjavanju, pa time i prevenciji najtežih krivičnih dela, dok su autokratije više usredsređene na ona krivična dela koja nisu najteža, odnosno koja ne proizvode najveću društvenu štetu. Takođe, izgleda da postoji empirijska osnova da se podrži teorijska hipoteza da demokratije, usled potrebe poštovanja ljudskih prava, karakteriše niži stepen verovatnoće kažnjavanja prestupnika. Ipak, treba voditi računa o tome da podaci o stopi kriminala između zemalja nisu onoliko pouzdani kao podaci u jednoj zemlji, tako da rezultate svih onih istraživanja koja su zasnovana na uporednim podacima između zemalja, odnosno na panelu podataka treba prihvatiti sa rezervom.<sup>21</sup>

## 7. ZAKLJUČAK

Pokazalo se da model racionalnog ponašanja prestupnika predstavlja odgovarajući konceptualni okvir za razmatranje odnosa demokratije i kriminala. Osnovni mehanizam kojim se realizuje ova uzročno-posledična veza jeste uticaj koji demokratske institucije imaju na očekivanu vrednost kazne, pa time i na (specijalnu i generalnu) prevenciju. Postojanje građanskih sloboda i slobodnih i poštenih izbora po načelu jedan čovek – jedan glas dovodi do toga da su demokratske vlasti bliže cilju maksimizacije društvenog blagostanja, pa na taj način zaštiti javnog interesa, nego što su to autokratske vlasti, zainteresovane, u daleko većoj meri nego demokratske, za maksimizaciju budžetskih prihoda, a ne društvenog blagostanja. Ta razlika i dovodi do različitih kaznenih politika. Formalni model je pokazao da demokratija svoju kaznenu politiku usredsređuje na najteža krivična dela, odnosno da oštrije kažnjava krivična dela koja stvaraju veću društvenu štetu, dok autokratije svoju kaznenu politiku usredsređuju ka lakšim krivičnim delima, onima koja ne stvaraju znatnu društvenu štetu, ali njihovo kažnjavanje omogućava maksimizaciju budžetskih prihoda. Teorijski se može identifikovati svojevrsna prelomna tačka do koje autokratije vode strožu kaznenu politiku od demokratije, a posle koje demokratije postaju strože. Zanimljivo je da se u modelu radi o razlici u verovatnoći kažnjavanja, budući da se pretpostavlja ista (optimalna) zaprećena kazna za sva krivična dela, bez obzira na to koje su političke institucije u pitanju.

21 U metodološkom smislu, za ovakvo istraživanje svakako da su zahvalnije vremenske serije unutar jedne zemlje.



Dalji rad na ovom modelu treba da se odvija u dva pravca. Jedan je da se dopusti da, pored novčane, postoje i druge vrste kazne, pa da se na osnovu toga razmotri mogućnost da karakter političkih institucija (demokratskih, odnosno autokratskih) utiče na relativnu zastupljenost određenih vrsta kazne. Drugi pravac odnosi se na uključivanje mogućnosti da i u demokratijama može da postoji traganje za rentom i da u autokratijama vlasti mogu da brinu o društvenom blagostanju.

Dok je veza demokratije i kriminala koja proizlazi iz građanskih sloboda i redovnih izbora dobro obrazložena i formalno modelirana, veze koje proizlaze iz drugih karakteristika demokratije nisu tako dobro obrazložene. Zaštita ljudskih prava kao karakteristika (liberalne) demokratije može da dovede do umanjena verovatnoće kažnjavanja prestupnika, pa time i do porasta stope kriminala. Ovaj zaključak je intuitivan i svakako da ga je potrebno dalje razraditi, kako bi bolje razumeli kako zaštita ljudskih prava utiče na policijski i sudski postupak, odnosno kojim se sve mehanizmima umanjuje verovatnoća kažnjavanja prestupnika. Isto se odnosi na sledeće dve teorijske hipoteze o tome da miran prenos vlasti i polaganje računa javnosti u demokratiji umanjuje stopu kriminala, budući da ove karakteristike povećavaju efikasnost nadležnih ustanova, pre svega pravosuđa, što uvećava verovatnoću kažnjavanja. I ovaj zaključak je intuitivan, ali svakako da treba dalje raditi na razumevanju veze između mirnog prenosa vlasti i polaganja računa javnosti, s jedne strane, i nezavisnosti pravosuđa, odnosno stepena njegove efikasnosti, s druge.

Jedino dosadašnje empirijsko istraživanje pokazalo je da postoje određene pravilnosti u pogledu veze demokratije i kriminala. Ipak, navedeno istraživanje je pokazalo da su brojne metodološke teškoće i svakako da je posao daljih istraživanja na tu temu da se pronađu odgovarajuća rešenja. Svakako da je jedan od bitnih elemenata neujednačenosti podataka o stopi kriminala između zemalja, odnosno problem sistematičnosti greške potcenjenosti („tamna brojka kriminala“) između zemalja. Takođe, potrebno je koristiti bolje indikatore demokratije i, naročito, pojedinačne indikatore koji opisuju pojedine karakteristike demokratije. Na taj način se stvaraju uslovi ne samo da se empirijski opisuje odnos između demokratije i kriminala, već da se empirijski testiraju konkretne teorijske hipoteze do kojih se u teorijskim razmatranjima došlo. Zanimljivo bi bilo i empirijsko istraživanje kojim bi se usredsredilo na vezu između političkih institucija i relativne zastupljenosti određene vrste kazne.

Očigledno je da, kako na teorijskom, tako i empirijskim planu, postoji još jako mnogo posla na rasvetljavanju odnosa demokratije i kriminala.

## LITERATURA

- Alexeyeva, M. i Patrignani, A. (1994), *Crime and Crime Prevention in Moscow*, Rome: United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute
- Alvazza Del Frate, A. Hatalak, O. i Zvekić, U. (1998), *The International Crime Victim Survey in Transition: National Reports*, Rome: United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute
- Becker, G.S. (1968), Crime and punishment: An economic approach, *Journal of Political Economy*, Vol. 76, ss. 443–478

- Begović, B. (2006), Ekonomska teorija nezavisnog pravosuđa, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, godina XCIII, br. 3–4, ss. 1167–1180
- Begović, B. (2010), Ekonomska teorija generalne prevencije, *Crimen – časopis za krivične nauke*, godina I, br. 1, ss. 50–65
- Begović, B. (2011), *Institucionalni aspekti privrednog rasta*, Beograd: Službeni glasnik i Centar za liberalno-demokratske studije (u štampi)
- Diamond, L.J. (1999), *Developing Democracy: Toward Consolidation*, Baltimore: Johns Hopkins University Press
- Friedman, D. (1984), Efficient institutions for the private enforcement of law, *Journal of Legal Studies*, Vol. 13, ss. 379–397
- Garoupa, N. (1997), The theory of optimal law enforcement, *Journal of Economic Surveys*, Vol. 11, ss. 267–295
- Garoupa, N. i Klerman, D. (2002), Optimal law enforcement with a rent-seeking government, *American Law and Economics Review*, Vol. 4, ss. 116–140
- Glaeser, E.L. La Porta, R. Lopez-de-Solanes, F. i Shleifer, A. (2004), Do institutions cause growth?, *Journal of Economic Growth*, Vol. 9, ss. 271–303
- Hillman, A.L. (2009), *Public Finance and Public Policy: Responsibilities and Limitations of Government*, 2nd edition, Cambridge: Cambridge University Press
- Kekic, L. (2008), The Economist Intelligence Unit's index of democracy, *The World in 2007*, London: Economist Intelligence Unit
- Larkin, C.M. (1996), Judicial independence and democratic and conceptual analysis, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 44, ss. 695–626
- Lin, M.J. (2007), Does democracy increase crime? The evidence from international data, *Journal of Comparative Economics*, Vol. 35, ss. 467–483
- North, D.C. (1981), *Structure and Change in Economic History*, New York: W. W. Norton & Co
- North, D.C. (1990), *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge: Cambridge University Press
- Polinsky, A.M. (1980), Private versus public enforcement of fines, *Journal of Legal Studies*, Vol. 9, ss. 105–127
- Polinsky, A.M. i Shavell, S. (1984), The optimal use of fines and imprisonment, *Journal of Public Economics*, Vol. 24, ss. 89–99
- Polinsky, A.M. i Shavell, S. (2000), The economic theory of public enforcement of law, *Journal of Economic Literature*, Vol. 38, ss. 45–76
- Popper, K.R. (1971), *The Open Society and Its Enemies: The Spell of Plato*, London: Routledge
- Stephenson, M.C. (2003), „When the devil turns...“: The political foundations of independent judicial review, *Journal of Legal Studies*, Vol. 32: 59–89
- Stojanović, Z. (2007), *Krivično pravo: opšti deo*, XIV izdanje, Beograd: Pravna knjiga
- Wintrobe, R. (1998), *The Political Economy of Dictatorship*, Cambridge: Cambridge University Press
- Zhakaria, F. (2007), *The Future of Freedom: Illiberal Democracy at Home and Abroad*, New York: W. W. Norton & Co

*Boris Begović*

Law Faculty, University of Belgrade

## DEMOCRACY AND CRIME: ECONOMIC ANALYSIS

### SUMMARY

The aim of the paper is to explore the causality between democracy and crime. From the theoretical point of view, the aim is to analyze the mechanisms of that causality and that would enable formulation of theoretical hypotheses. From the empirical point of view, the aim is to explore the possibilities for modeling the relations between democracy and crime and that would enable empirical verification of the theoretical hypotheses. The model of the rational behavior of the offender has been selected for a theoretical framework for the consideration. It has been concluded, based on that framework, that the features of the political institutions influence crime via deterrent that is created by the authorities. The basic features of democracy have been identified: civil liberties, regular, free and fair elections, protection of minority, nonviolent transition of power and accountability of authorities to the general public. Civil liberties and regular elections enable wide representation of all partial interest and make democratic authorities to care about social welfare, while autocratic authorities care only about the welfare of the elite close to them. Accordingly, the theoretical model demonstrates that the expected value of punishment in democracy is set as to maximize social welfare, while in autocracy is set as to maximize fiscal revenues from fines. The main finding of this model is that democracy sets higher expected value of punishment for crime that generates bigger social harm, while autocracy sets higher expected value of punishment for crime that generates smaller social harm. The only available empirical research provides some support for this theoretical hypothesis. Future research should be focused to the issue of regularities in differences of the types of punishment (fines, imprisonment, etc.) within the framework different political institutions, as well as to formulation of the theoretical model that would enable autocratic authorities to care about social welfare and democratic authorities to be involved in rent seeking and maximization of fiscal revenues from fines.

**Key words:** democracy, autocracy, crime, fines, rent seeking, social welfare.

## ZABRANA PRISUSTVOVANJA ODREĐENIM SPORTSKIM PRIREDBAMA<sup>1</sup>

**Apstrakt:** Izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz 2009. godine izvršene su značajne izmene u sistemu sankcija u našem krivičnom zakonodavstvu. Neke od njih odnosile su se i na uvođenje novih mera bezbednosti. U tom smislu po prvi put u naše krivično zakonodavstvo uvedena je mera zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama, koja kao zaštitna mera postoji u našem prekršajnom pravu već više od osam godina. Ona se može izreći učiniocu krivičnog dela uz kaznu ili uslovnu osudu, a sastoji u tome što se učiniocu nalaže obaveza da se u vreme održavanja sportskih priredbi na kojima mu je prisustvo zabranjeno mora javiti u policijsku stanicu i u njoj provesti čitavo vreme održavanja te sportske priredbe. U vezi sa samom sadržinom ove mere i uslovima za njenu primenu, a naročito njenim izvršenjem i kontrolom izvršenja postavljaju se brojna sporna pitanja od čijeg rešavanja zavisi u kojoj meri će novouvedena mera naći svoju primenu u praksi i ostvariti svoju svrhu.

**Ključne reči:** Krivični zakonik, krivične sankcije, mere bezbednosti, zabrana prisustvovanja određenim sportskim priredbama, prekršajno pravo.

1. Zabrana prisustvovanja određenim sportskim priredbama pojavljuje se u našem kaznenom zakonodavstvu u dva vida, kao mera bezbednosti u krivičnom i kao zaštitna mera u prekršajnom pravu. Ova mera je prvi put uvedena u naše pravo Zakonom o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama kao zaštitna mera za prekršaje iz ovog zakona,<sup>2</sup> a da pri tome nije bila predviđena Zakonom o prekršajima. Ova nedoslednost ispravljena je Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o prekršajima iz 2009. godine<sup>3</sup> i Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama<sup>4</sup> takođe iz 2009. godine kojima je ova zaštitna mera prebačena iz pomenutog

---

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

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

2 Đorđević Đ.: *Nasilje i sport*, u publikaciji „Kriminalitet u tranziciji: fenomenologija, prevencija i državna reakcija“, Beograd, 2007, str. 259.

3 Službeni glasnik RS, br. 111/09 od 29.12.2009.

4 Službeni glasnik RS, br. 111/09 od 29.12.2009.

posebnog zakona u Zakon o prekršajima.<sup>5</sup> Istovremeno sa unošenjem ove zaštitne mere u Zakon o prekršajima Zakonom o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz decembra 2009. godine<sup>6</sup> uvedena je mera bezbednosti pod istim nazivom (i sa gotovo istom sadržinom, ali različitim trajanjem) i u naše krivično zakonodavstvo.

2. Mera sa sličnom sadržinom i sličnom svrhom, postoji u nekim evropskim krivičnim zakonicima, ali ne kao mera bezbednosti, već kao jedan od uslova uz uslovnu osudu. Takav je slučaj, na primer, u KZ Francuske (čl. 132–45)<sup>7</sup> i u KZ Ruske federacije (čl. 73, st. 5).<sup>8</sup> Međutim, mnoge evropske zemlje, ispunjavajući svoju međunarodnu obavezu koja proizlazi iz prihvatanja Evropske konvencije o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama, usvojene u Strazburu 1985, donele su svoje posebne zakone o sprečavanju nasilja i nereda na sportskim priredbama (Engleska, Italija, Švedska, Švajcarska, Bugarska, Češka, Poljska, Slovenija, Hrvatska, BiH, Crna Gora, Srbija i druge) u okviru kojih su predvidele brojne kaznene delikte (krivična dela i prekršaje) koji mogu biti učinjeni na sportskim priredbama i u vezi sa njima, kao i posebne sankcije za učinioce ovih delikata. Tako je, na primer, Češka Republika donela 2006. godine Zakon o borbi protiv huliganizma na sportskim stadionima, kojim je predviđeno da se, pored kazne, učiniocima krivičnih dela može izreći i mera bezbednosti doživotne zabrane posećivanja sportskih priredbi.<sup>9</sup> Poljska je 1997. donela poseban zakon pod nazivom Zakon o bezbednosti javnih skupova sa velikim brojem učesnika, koji se, između ostalog, bavi i bezbednošću na sportskim priredbama. Ovaj zakon takođe predviđa mogućnost izricanja mere bezbednosti zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama u vremenu od jedne do tri godine.<sup>10</sup> Bugarska je 2004. takođe donela Zakon o očuvanju javnog reda na sportskim priredbama u okviru koga je predviđena i mera bezbednosti zabrane prisustva sportskim priredbama koja se može izreći učiniocima pojedinih delikata iz ovog zakona.<sup>11</sup>

I slični zakoni koje su donele države u okruženju, bivše jugoslovenske republike, sadrže ovakvu meru. Tako, na primer, hrvatski Zakon o sprječavanju nereda na sportskim natjecanjima<sup>12</sup> predviđa meru zabrane prisustvovanja određenim sportskim natjecanjima kao sigurnosnu meru (meru bezbednosti) namenjenu učiniocima krivičnih dela učinjenih na sportskoj priredbi u trajanju od jedne do pet godina, ali i kao zaštitnu meru namenjenu učiniocima prekršaja iz ovog zakona u trajanju od jedne do dve godine koja je predviđena u tri varijante: 1) zabrana prisustvovanja

5 Vidi Đorđević Đ.: Prekršajno pravo, treće izdanje, Beograd, 2010, str. 66.

6 Službeni glasnik RS, br. 111/09 od 29.12.2009.

7 Nouveau Code pénal, mode d'emploi, „Documents“ dirigé par J. C. Zyliberstein, Paris, 1993, str. 232.

8 Скуратов Ю. И., Лебедев В. М.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации, Москва, 1996, стр. 34.

9 Šuput D.: Pravni okvir koji uređuje borbu protiv nasilja na sportskim priredbama u evropskim državama, strani pravni život, br. 1/2010, str. 241.

10 Šuput D.: *op. cit.*, str. 243.

11 Šuput D.: *op. cit.*, str. 245.

12 [www.mup.hr/149.aspx](http://www.mup.hr/149.aspx)

određenim sportskim priredbama na području Republike Hrvatske sa obavezom javljanja u policijsku stanicu; 2) zabrana prisustvovanja određenim sportskim priredbama na području Republike Hrvatske sa obavezom boravka u policijskoj stanici; i 3) zabrana odlaska na određene sportske priredbe u inostranstvu na kojima učestvuju hrvatske reprezentacije ili sportski klubovi sa obavezom javljanja u policijsku stanicu. I crnogorski Zakon o sprječavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama<sup>13</sup> predviđa ovakvu zaštitnu meru, ali u trajanju od jednog meseca do jedne godine.

3. Ova mera bezbednosti u našem Krivičnom zakoniku sastoji se u tome što se učiniocu krivičnog dela u određenom periodu zabranjuje da prisustvuje određenim sportskim priredbama. Na koje će se to sportske priredbe odnositi zavisi od konkretnog slučaja, odnosno od okolnosti vezanih za učinjeno krivično delo zbog koga se mera izriče. Međutim, ko i na koji način treba da utvrdi na koje će se priredbe zabrana odnositi nije određeno u Krivičnom zakoniku. Početna pretpostavka da će to biti urađeno u Zakonu o izvršenju krivičnih sankcija ili u nekom posebnom propisu<sup>14</sup> pokazala se kao pogrešna, jer ti posebni propisi nisu doneti, a nedavno usvojeni Zakon o izmenama i dopunama Zakona o izvršenju krivičnih sankcija<sup>15</sup> ne sadrži nijednu odredbu o izvršenju ove mere bezbednosti. U svakom slučaju ova zabrana bi se morala odnositi na tačno određene sportske priredbe (vrsta sportske priredbe, mesto održavanja, sportski klubovi, učesnici sportske priredbe, rang takmičenja i sl). Zabrana koja bi se odnosila na veoma širok krug sportskih priredbi (na primer, sve fudbalske utakmice) ne bi imala nikakvog smisla, jer bi se zbog brojnosti ovakvih sportskih priredbi, ako bi se uopšte mogla sprovesti, pretvorila u neku vrstu kazne lišenja slobode. Stoga bi ona morala biti uže određena (na primer, fudbalske utakmice Prve lige koje se igraju u Beogradu ili fudbalske utakmice na kojima igra FK Partizan). Najlogičnije bi bilo da sam sud u odluci o izricanju mere bezbednosti navede na koje se sportske priredbe zabrana odnosi.

Krivičnim zakonikom nije određeno za koja se krivična dela ova mera izriče. Po prirodi stvari to je najčešće slučaj kad je u pitanju krivično delo nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi ili javnom skupu (čl. 344a KZ), ali to može biti i neko drugo krivično delo protiv javnog reda i mira, protiv života i tela, protiv imovine, protiv državnih organa i dr. koje se može dogoditi na ili u vezi sa sportskom priredbom. Da bi sud mogao da izrekne ovu meru potrebno je da je to nalaže potreba zaštite opšte bezbednosti zbog čega se primena ove mere pokazuje kao neophodna. Na taj način potencirana je preventivna uloga ove mere koja, kao uostalom i druge mere bezbednosti u našem zakonodavstvu ima za cilj da se „otklone stanja ili uslovi koji mogu biti od uticaja da učinilac ubuduće ne vrši krivična dela“ (član 78. KZ). Opštu bezbednost kod ove odredbe treba shvatiti kao bezbednost ljudi i imovine.<sup>16</sup>

13 [www.mup.gov.me](http://www.mup.gov.me)

14 Đorđević M., Đorđević Đ.: Krivično pravo sa osnovama privrednoprestupnog i prekršajnog prava, priručnik za polaganje pravosudnog ispita, VI dopunjeno izdanje, „Projuris“, Beograd, 2010, str. 116.

15 Službeni glasnik, br. 31/11 od 5.5.2011.

16 Stojanović Z.: Krivično pravo, opšti deo, XVII izdanje, Beograd, 2010, str. 314.



Izricanje ove mere je fakultativno, ali zakonom može biti predviđeno i njeno obavezno izricanje, kao što je to slučaj kod krivičnog dela nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi ili javnom skupu (član 344a, st. 1–4. KZ).<sup>17</sup>

Ovako postavljeni uslovi za izricanje ove mere deluju preširoko, jer se potreba zaštite opšte bezbednosti pojavljuje u vezi sa velikim brojem krivičnih dela i njihovih učinilaca. Imajući u vidu da će se potreba za izricanjem ove mere, kao što je već rečeno, po prirodi stvari pojavljivati samo kod određenih krivičnih dela, možda je bilo bolje da samim zakonom bude određeno na učinioce kojih krivičnih dela (po vrsti, po težini) se ova mera može primeniti.

Trajanje ove mere može biti od jedne do pet godina, što se računa od dana pravosnažnosti presude kojom je mera izrečena. Ona može biti izrečena učinocu uz kaznu ili uslovnu osudu. Ako je izrečena uz kaznu zatvora, vreme provedeno na izdržavanju kazne ne uračunava se u trajanje ove mere.

Mera se izvršava tako što je učinilac krivičnog dela kome je ova mera izrečena dužan da se neposredno pre početka sportske priredbe o kojoj je reč javi određenom službenom licu u područnoj policijskoj upravi (ili područnoj policijskoj stanici) na području na kome se u to vreme zatekao. Po ovom javljanju on je obavezan da za celo vreme trajanja konkretne sportske priredbe ostane u policijskoj upravi odnosno stanici.

Ovako formulisana ova odredba otvara nekoliko spornih pitanja. Jedno od njih je da li je osuđeno lice kome je izrečena ova mera dužno da samo vodi računa o tome da li se i kada održava neka od sportskih priredbi na koje mu je pristup zabranjen ili će ga neki organ o tome obavestavati. Druga solucija se pojavljuje kao logičnija, jer je teško očekivati, pogotovo ako je krug priredbi obuhvaćenih zabranom relativno široko određen, da osuđeno lice vodi računa o kalendaru takmičenja i tačnim vremenima održavanja svih njemu zabranjenih priredbi i da snosi odgovornost za nepoštovanje zabrane zbog svoje neobaveštenosti o tačnom vremenu početka neke sportske priredbe. Ovo tim pre što će neki organ (pretpostavka organ unutrašnjih poslova) ionako morati da vodi evidenciju o licima kojima je izrečena mera i o krugu priredbi koje su im zabranjene. Međutim, i ova varijanta se čini komplikovanom i teško ostvarivom, jer u slučaju da mera počne masovnije da se izriče i njome bude obuhvaćen veći broj lica stvara ogroman administrativni posao ne samo oko vođenja odgovarajućih evidencija, već i oko obaveštavanja osuđenih lica o održavanju pojedinih njima zabranjenih priredbi i kontrole njihove uredne obaveštenosti (preporučene pošiljke, potvrde da je pošiljka uredno dostavljena i sl).

Iz odredbe o tome da je dužnost lica kome je mera izrečena da se javi službenom licu u područnoj policijskoj upravi (ili područnoj policijskoj stanici) na području na kome se u vreme održavanja sportske priredbe zatekao proizlazi da za osuđenog ne postoji obaveza da ne napušta mesto u kome živi u periodu održavanja sportske priredbe. Međutim, nije jasno kako treba da postupi u slučaju putovanja u inostranstvo ni da li obaveza javljanja područnoj policijskoj upravi podrazumeva da osuđeni mora da u tom periodu zbog toga napusti radno mesto, školu, fakultet, ako

17 Šuput D.: Krivično delo nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi ili javnom skupu, Nauka, bezbednost, policija, br. 1/2011, str. 79.

je zaposlen, učenik ili student? Šta u slučaju ako je bolestan pa leži kod kuće ili u bolnici? Ova i brojna druga slična pitanja nemaju odgovore u postojećim propisima. Poseban problem može predstavljati i vođenje evidencija o izvršavanju ove mere s obzirom na mogućnost javljanja bilo kojoj područnoj policijskoj upravi (stanici) u zemlji (na području na kojem se zatekao).

Pomenuti hrvatski i crnogorski zakoni sadrže bolja i preciznija rešenja po ovim pitanjima. Tako hrvatski Zakon o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima propisuje da ako lice kome je izrečena ova mera iz opravdanih razloga, zbog svog zdravstvenog stanja ili profesionalnih obaveza koje ne trpe odlaganje, nije u mogućnosti da postupi u skladu sa obavezom iz izrečene mere dužno je da se telefonom javi u policijsku stanicu prema svom mestu prebivališta i izvesti o razlozima nedolaska i adresi na kojoj se nalazi. Policija je ovlašćena da proveri da li se lice zaista nalazi na datoj adresi. Sličnu odredbu ima i crnogorski Zakon o sprječavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama. Iako i ove odredbe ostavljaju dosta nedoumica i nejasnoća (ko određuje koji su razlozi opravdani a koji ne, ko i na koji način proverava da li ti razlozi stoje u konkretnom slučaju i sl.) one ipak preciznije utvrđuju obaveze lica kome je izrečena mera od odredaba u našem Krivičnom zakoniku.

Ni pojam „vreme održavanja sportske priredbe“ koji Zakonik koristi u ovoj odredbi nije sasvim jasan. Pod njim bi se mogao podrazumevati efektivni period trajanja sportske priredbe (od njenog početka do završetka), ali može biti shvaćen i onako kako ga određuje Zakon o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama (član 2, stav 3) koji pod vremenom održavanja sportske priredbe podrazumeva vremenski interval koji obuhvata samo trajanje sportske priredbe, kao i dva sata pre i posle priredbe (a ako su u pitanju sportske priredbe povećanog rizika, onda četiri sata pre i posle sportske priredbe). Tumačenje u ovom drugom smislu bilo bi opravdano, jer se veliki broj incidenata dešava upravo u periodu pre početka i posle završetka sportske priredbe,<sup>18</sup> ali s druge strane, pri ovakvom tumačenju osuđeni bi trebalo da gotovo čitav dan provede u policijskoj stanici. To ne bi imalo nikakvog smisla pogotovo u slučajevima kada se osuđeni zatekao (i javio) u policijskoj stanici koja je veoma udaljena od mesta održavanja sportske priredbe.

I po ovom pitanju odredbe hrvatskog i crnogorskog zakona su preciznije. Hrvatski Zakon o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima propisujući obavezu lica kome je izrečena mera zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama na području Republike Hrvatske sa obavezom boravka u policijskoj stanici (varijanta mere koja odgovara našoj meri bezbednosti odnosno zaštitnoj meri) određuje da se lice mora javiti u policijsku stanicu dva sata pre početka sportske priredbe i ostati u njoj dva sata po njenom završetku. Takvu odredbu ima i Zakon o sprječavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama Crne Gore.

Kao što je već rečeno, ova mera bezbednosti može se izreći uz kaznu ili uslovnu osudu. Ako je izrečena uz kaznu zatvora Zakonikom je predviđeno da ako učinilac kome je ova mera izrečena, posle izdržane kazne zatvora prekrši odnosno ne ispuni

18 Otašević B.: Nasilje na sportskim priredbama u Republici Srbiji, Pravni život br. 9/2010, str. 527.

navedene obaveze sud koji je izrekao ovu meru može mu izreći kaznu zatvora u trajanju od trideset dana do tri meseca. Ako je učiniocu ova mera bezbednosti izrečena uz uslovnu osudu u slučaju njenog kršenja, odnosno neizvršenja dužnosti koja se merom nalaže, sud će odrediti da se uslovna osuda opozove.

Odredba o kažnjavanju za neispunjavanje obaveza koje su merom određene izaziva određene nedoumice. Nejasna je priroda ovakve kazne, da li je to kazna za neko novo krivično delo, prekršaj, zamena mere bezbednosti kaznom zatvora ili nešto drugo. Ima mišljenja da se ovde radi o kažnjavanju zbog nepoštovanja sudske odluke.<sup>19</sup> U svakom slučaju, bez obzira kakva je pravna priroda ove kazne, ovo je jedini slučaj da Krivični zakonik u svom opštem delu predviđa kaznu za neko ponašanje, a da ona nije vezana za učinjeno krivično delo, nego za nepoštovanje neke nametnute obaveze. Ako je u pitanju posebno krivično delo, onda je to jedino krivično delo koje je predviđeno opštim delom Zakonika i jedino krivično delo u Krivičnom zakoniku koje nema svoj naziv. Međutim, u tom slučaju potpuno je neprihvatljiva fakultativnost kažnjavanja za ovo delo koja proizlazi iz odredbe člana 89a stav 5. koja kaže da „sud koji je izrekao meru iz stava 1. ovog člana, može ga (učinioca) kazniti. . .“<sup>20</sup>

Čini se da je bilo bolje da je neizvršavanje obaveze iz ove mere bezbednosti predviđeno kao novo, posebno krivično delo u posebnom delu KZ (na primer u glavi krivičnih dela protiv javnog reda i mira, odmah iza krivičnog dela „nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi ili javnom skupu“ uz koje se najčešće ova mera i izriče) ili kao prekršaj u posebnom zakonu (na primer, u Zakonu o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskoj priredbi) i da je za njega predviđena pomenuta kazna, odnosno nešto niža kazna ako se tretira kao prekršaj.

Takođe nije jasno zašto je ova mogućnost kažnjavanja predviđena samo za slučaj kršenja zabrane prisustvovanja sportskim priredbama posle izdržane kazne zatvora, s obzirom da je ovu meru moguće izreći i uz druge kazne i uslovnu osudu. Pošto je, kao što je već rečeno, posledica nepoštovanja mere, ako je u pitanju uslovna osuda, njeno opozivanje, postavlja se pitanje šta je posledica nepoštovanja mere ako je izrečena uz novčanu kaznu, rad u javnom interesu ili oduzimanje vozačke dozvole? Ako se za ovu poslednju kaznu može reći da po svojoj prirodi ne odgovara krivičnim delima za koja se može izreći mera bezbednosti zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama, kada su u pitanju druge dve kazne, novčana kazna i rad u javnom interesu, opravdano se može postaviti pitanje ima li uopšte smisla izricanje ove mere uz ove dve kazne kad nema nikakve sankcije za njeno nepoštovanje? Opravdanje za ovakvo rešenje verovatno leži u činjenici da se, po pravilu, ova mera izriče za ona krivična dela za koja se najčešće izriče kazna zatvora ili uslovna osuda, a da, ako bi se radilo o lakšim delima za koja postoji mogućnost izricanja rada u javnom interesu ili novčane kazne, primena ove mere verovatno ne bi ni dolazila u obzir. Međutim, čini se da bi pri takvom razmišljanju daleko bolje bilo predvideti u članu 80. stav 5. Krivičnog zakonika da se ova mera može izreći samo uz kaznu zatvora ili uslovnu osudu.

19 Jovašević D.: Uloga mera bezbednosti u suzbijanju kriminaliteta, Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja, br. 1–2/2010, str. 68.

20 Stojanović Z.: Krivično pravo, opšti deo, XVII izdanje, Beograd, 2010, str. 314.

Može se postaviti i pitanje nije li možda bilo bolje da se ovakva zabrana, umesto što je predviđena kao mera bezbednosti, predvidi kao jedan od uslova uz uslovnu osudu sa zaštitnim nadzorom, slično kao što je učinjeno u gore pomenutim zakonima (Francuska, Ruska federacija). U tom slučaju nepoštovanje zabrane povlačilo bi opozivanje uslovne osude. Međutim, čini se da ovakvo rešenje u našem pravu ne bi bilo korisno imajući u vidu veoma slabe rezultate koji su do sada postignuti u primeni ove mere upozorenja<sup>21</sup> i samim tim opravdane zahteve za njeno ukidanje ili značajne korekcije koji već godinama postoje u našoj krivičnopravnoj teoriji.<sup>22</sup> Osim toga uvođenjem ove zabrane kao mere bezbednosti omogućava se i njeno izricanje uz kaznu što daje daleko šire mogućnosti u prevenciji pojedinih oblika kriminaliteta.

4. Već je rečeno da u našem Zakonu o prekršajima postoji zaštitna mera pod istim nazivom i sa gotovo istom sadržinom. Razlika se pojavljuje u dužini trajanja ove mere, jer zaštitna mera može trajati od godinu dana do tri godine. Druga razlika odnosi se na način kažnjavanja za neizvršenje mere koje je u Zakonu o prekršajima određeno u svim slučajevima kao obavezno (a ne kao u KZ fakultativno) i bez obzira na to uz koju kaznu ili opomenu je mera izrečena. Visina zaprečene kazne zatvora je naravno kraća kod zaštitne mere nego kod mere bezbednosti iz KZ.

Stiče se utisak u vezi sa uočenim razlikama da su rešenja kod zaštitne mere iz Zakona o prekršajima bolja i doslednija nego ona iz Krivičnog zakonika. Međutim, i ovde stoji primedba da je Zakonom o prekršajima (njegovim opštim delom) zapravo predviđen poseban prekršaj i kazna za njega što je, slično kao kad je u pitanju Krivični zakonik, jedinstven slučaj u ovom zakonu koji inače ne propisuje pojedinačne prekršaje. Za razliku od slične situacije koja u Zakonu o prekršajima postoji po pitanju kažnjavanja za neispunjenje obaveza iz mere zabrane pristupa oštećenom, objektima ili mestu izvršenja prekršaja gde je kažnjavanje za neispunjenje obaveze iz mere predviđeno posebnim članom ovog zakona, kod mere zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama to je učinjeno u okviru istog člana kojim je mera propisana, što se može oceniti kao lošije rešenje i nepotrebna nedoslednost.

5. Na kraju možemo da zaključimo da uvođenje nove mere bezbednosti zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama u naš sistem krivičnih sankcija, što je učinjeno Zakonom o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz decembra 2009. godine, predstavlja korisnu novinu koja može da posluži kao značajno oruđe u prevenciji nekih oblika kriminaliteta, posebno onog sa elementima nasilja. Međutim, njeno uvođenje u naše krivično zakonodavstvo otvara brojna pitanja. Ona se ne odnose na opravdanost postojanja ovakve mere koja nije sporna, već na probleme koji se mogu javiti u njenoj primeni. Sa nekim od tih problema već smo se suočili

21 Vidi: Ćirić J., Đorđević Đ., Sepi R.: Kaznena politika sudova u Srbiji, Beograd, 2006, str. 84.

22 Lazarević Lj.: Neka sporna pitanja pred donošenje Krivičnog zakonika Jugoslavije, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 3/1995, str. 21; Đorđević M.: Uslovna osuda i izmene krivičnog zakonodavstva, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 3/1990, str. 25; Kokolj M.: Mere upozorenja, u publikaciji „Reforma opšteg dela KZ SFRJ i savremene tendencije u jugoslovenskom krivičnom pravu, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 1991, str. 6.12.

kad je u pitanju primena istoimene zaštitne mere koja je, iako postoji već više od osam godina u našem prekršajnom pravu, dala veoma slabe rezultate. Nepreciznost odredaba kojima su određene i nepostojanje pratećih propisa čine ove mere gotovo neprimenljivim. Stoga je, da bi ove mere i kao mere bezbednosti u krivičnom i kao zaštitne mere u prekršajnom pravu uopšte mogle da počnu da se primenjuju u značajnijem obimu i da bi njihova primena dala željene rezultate neophodno pretходно rešiti brojne probleme koji se u vezi sa ovim merama pojavljuju, posebno na polju njihovog izvršenja. U tom smislu posebno čudi činjenica da čak ni nedavno doneti Zakon o izmenama i dopunama Zakona o izvršenju krivičnih sankcija ništa ne govori o izvršenju ovih mera, iako je prošlo više od godinu dana od uvođenja ove zabrane kao mere bezbednosti i više od osam godina od uvođenja zaštitne mere. Stoga se, ako se ne reše problemi o kojima je bilo reči, lako može dogoditi da i ove mere, iako dobro zamišljene, dožive sudbinu nekih sankcija koje dugo vremena po njihovom uvođenju još uvek nisu našle adekvatnu primenu u praksi (rad u javnom interesu, oduzimanje vozačke dozvole, novčana kazna u dnevnim iznosima, uslovna osuda sa zaštitnim nadzorom, vaspitni nalozi i posebne obaveze za maloletnike i dr.). Da se to ne bi dogodilo potrebno je prilikom narednih izmena Krivičnog zakonika i Zakona o prekršajima preciznije odrediti uslove za izricanje ovih mera i njihovu sadržinu, a prilikom sledećih izmena Zakona o izvršenju krivičnih sankcija detaljno regulisati postupak njihovog izvršenja i po potrebi doneti i odgovarajuće prateće propise o pojedinim pitanjima koja se u vezi sa izvršenjem ovih mera postavljaju.

## LITERATURA

- Đorđević Đ.: *Nasilje i sport*, u publikaciji „Kriminalitet u tranziciji: fenomenologija, prevencija i državna reakcija“, Beograd, 2007.
- Đorđević Đ.: *Prekršajno pravo*, treće izdanje, Beograd, 2010.
- Đorđević M., Đorđević Đ.: *Krivično pravo sa osnovama privrednopresupnog i prekršajnog prava*, priručnik za polaganje pravosudnog ispita, VI dopunjeno izdanje, „Projuris“, Beograd, 2010.
- Đorđević M.: *Uslovna osuda i izmene krivičnog zakonodavstva*, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 3/1990.
- Jovašević D.: *Uloga mera bezbednosti u suzbijanju kriminaliteta*, *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja*, br. 1–2/2010.
- Kokolj M.: *Mere upozorenja*, u publikaciji „Reforma opšteg dela KZ SFRJ i savremene tendencije u jugoslovenskom krivičnom pravu“, *Institut za kriminološka i sociološka istraživanja*, Beograd, 1991.
- Lazarević LJ.: *Neka sporna pitanja pred donošenje Krivičnog zakonika Jugoslavije*, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 3/1995.
- Nouveau Code pénal, mode d'emploi, „Documents“ dirigé par J. C. Zyliberstein, Paris, 1993.
- Otašević B.: *Nasilje na sportskim priredbama u Republici Srbiji*, *Pravni život* br. 9/2010.
- Скуратов Ю. И., Лебедев В. М.: *Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации*, Москва, 1996.

Stojanović Z.: Krivično pravo, opšti deo, XVII izdanje, Beograd, 2010, str. 314.

Čirić J., Đorđević Đ., Sepi R.: Kaznena politika sudova u Srbiji, Beograd, 2006.

Šuput D.: Krivično delo nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi ili javnom skupu, Nauka, bezbednost, policija, br. 1/2011.

Šuput D.: Pravni okvir koji uređuje borbu protiv nasilja na sportskim priredbama u evropskim državama, strani pravni život, br. 1/2010, str. 234.

*Djordje Djordjević*

Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

## PROHIBITION TO ATTEND CERTAIN SPORT EVENTS

### SUMMARY

Alterations of Criminal Code in 2009. made some significant changes to our system of criminal sanctions. Among those criminal sanctions some new security measures are introduced as well. For the first time our criminal legislation introduced the security measure of prohibition to attend certain sport events which exists in our administrative penal law for more than eight years. Nature of this measure, requirements for its application and the application itself present many questions and potential problems. Solving these issues will determine the success of newly introduced measure and its goals.

**Key words:** Criminal code, criminal sanctions, security measures, prohibition to attend certain sport events, administrative penal law.



## KRIVIČNOPRAVNI ASPEKT ZLOUPOTREBE OPOJNIH DROGA – zakonodavstvo, teorijski stavovi i sudska praksa –

**Apstrakt:** Autor u radu razmatra krivičnopravni aspekt zloupotrebe opojnih droga, odnosno vrši prikaz i analizu tri krivična dela iz grupe krivičnih dela protiv zdravlja ljudi, a to su: neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga (član 246. KZ RS), neovlašćeno držanje opojnih droga (član 246a KZ SR) i omogućavanje uživanja opojnih droga (član 247. KZ RS). Pravna priroda i značaj ovih krivičnih dela opredelili su sadržinu i strukturu rada u kome su analizirana njihova bitna obeležja. Povodom pojedinih pitanja koja se u radu razmatraju autor ukazuje na relevantna teorijska polazišta i navodi stavove sudske prakse, a takođe iznosi i odgovarajuće zaključke. U prvom delu rada u kome je analizirano krivično delo neovlašćene proizvodnje i stavljanja u promet opojnih droga autor najpre rešava određene dileme koje postoje u vezi pojedinih oblika radnje izvršenja ovog krivičnog dela. Zatim, posebnu pažnju posvećuje kritičkoj analizi novouvedenog privilegovanog oblika krivičnog dela koji se sastoji u neovlašćenom uzgajanju maka ili psihoaktivne konoplje ili druge biljke iz kojih se dobija opojna droga ili koje same sadrže opojnu drogu. U datom kontekstu, autor zaključuje da je reč o nepreciznoj formulaciji – posebno u odnosu na radnju izvršenja i objekt radnje. Osim toga, dovodi u pitanje i kriminalno-političku opravdanost datog rešenja. Nadalje, u vezi krivičnog dela omogućavanja uživanja opojnih droga autor se posebno bavi pitanjem radnje izvršenja ovog krivičnog dela koja se sastoji u davanju opojne droge drugom licu i iznosi stav da se tu radi o poklonu u građanskopravnom smislu, što nadalje znači da i davanje opojne droge po svojoj prirodi predstavlja jedan od načina na koji se opojna droga stavlja u promet. U ovom delu rada dat je i kraći kritički osvrt na odredbu u kojoj je predviđeno da se neće kazniti zdravstveni radnik koji u okviru pružanja medicinske pomoći omogućava upotrebu opojnih droga. Treći deo rada posvećen je krivičnom delu neovlašćenog držanja opojnih droga koje je u naše zakonodavstvo uneto donošenjem ZID KZ iz 2009. godine i koje čini onaj ko neovlašćeno drži u manjoj količini za sopstvenu upotrebu supstance ili preparate koji su proglašeni za opojne droge. Autor ukazuje na nedostatke ove zakonske formulacije – prvo, neodređena osnovna obeležja bića krivičnog dela i drugo, zakonodavac kod osnovnog oblika ovog krivičnog dela predviđa mogućnost za oslobođenje od kazne, a da pri tome ne propisuje poseban osnov za oslobođenje. Na samom kraju rada razmatra se i pitanje da li bi kod pojedinih oblika ovih krivičnih dela (kod kojih je zaprećena kazna zatvora do pet godina) bila moguća primena instituta delo malog značaja (član 18. KZ RS). Nakon odgovarajuće argumentacije autor zaključuje da s obzirom na prirodu datih krivičnih dela kao i krivičnopravni značaj instituta delo malog značaja, njegova primena ovde ne bi bila opravdana.

**Ključne reči:** zdravlje ljudi, zloupotreba opojnih droga, krivično delo.

---

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

## I

Zloupotreba opojnih droga kao socijalno patološka pojava po svojoj prirodi predstavlja svojevrsan fenomen. Istorijski je pratilac razvoja čovečanstva, a u savremenom društvu dostiže zabrinjavajuće razmere. Otuda je iz sadašnje perspektive ne samo teško sagledati mogućnosti za rešavanje ovog problema, već je skoro i nemoguće predvideti na kom bi se nivou zloupotreba opojnih droga u budućnosti mogla bar zadržati.

Po pitanju načina i sredstava za suzbijanje zloupotrebe opojnih droga u savremenoj nauci je prihvaćeno shvatanje da se pozitivni rezultati mogu postići jedino složenom interakcijom koordiniranog delovanja niza društvenih faktora kao i isključivo multidisciplinarnim pristupom prilikom rešavanja ovog kompleksnog društvenog fenomena. Iako je jasno da u borbi protiv zloupotrebe opojnih droga prioritet prevashodno treba dati preventivnom delovanju, u savremenom društvu represija je i dalje osnovno sredstvo čija primena ima za cilj da u što većoj meri onemogući neovlašćenu proizvodnju i prodaju droga, kako bi se na taj način ograničile mogućnosti za njenu zloupotrebu.

Istorijski posmatrano različiti oblici zloupotrebe opojnih droga prisutni su kod pojedinih naroda i u pojedinim zemljama još od davnina. Međutim, početkom prošlog veka problem zloupotrebe opojnih droga je počeo da prerasta nacionalne okvire i da poprima međunarodne razmere. Postalo je otuda neophodno da se na međunarodnom planu preduzimaju odgovarajuće mere u cilju suzbijanja ove višestruko štetne društvene pojave. Održan je veći broj međunarodnih sastanaka i konferencija na kojima su usvojeni sporazumi i donete konvencije o merama koje treba preduzimati u cilju sprečavanja zloupotrebe opojnih droga, pri čemu je posebna pažnja posvećena aktivnostima koje bi države potpisnice konvencija trebalo da preduzimaju na planu suzbijanja neovlašćenje proizvodnje i prodaje, kao i različitih vidova širenja/rasturanja opojnih droga. Naša zemlja je do sada ratifikovala sve značajnije ugovore iz ove oblasti i svoje nacionalno zakonodavstvo u proteklom periodu razvijala u skladu sa preuzetim obavezama.<sup>1</sup>

## II

Neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga (član 246. KZ RS) – Osnovni oblik krivičnog dela koji je predviđen u stavu 1. čini onaj ko neovlašćeno proizvodi, prerađuje, prodaje ili nudi na prodaju ili ko radi prodaje, kupuje, drži ili prenosi ili ko posreduje u prodaji ili kupovini ili na drugi način neovlašćeno stavlja u promet supstance ili preparate koji su proglašeni za opojne droge.

Radnja izvršenja je alternativno propisana i može se sastojati u sledećem: proizvodnji opojne droge, preradi opojne droge, prodaji opojne droge, nuđenju opojne

1 Vidi: O. Perić, Međunarodnopravni aspekt suzbijanja zloupotrebe opojnih droga, U: *Zbornik radova*, Beograd, 2007, 185–202. i O. Perić, Konvencija UN protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstanci i jugoslovensko zakonodavstvo, U: *Zbornik radova*, Beograd, 2007, 203–208.

droge na prodaju, kupovini opojne droge radi prodaje, držanju opojne droge radi prodaje, prenošenju opojne droge, posredovanju u prodaji ili kupovini opojne droge i na drugi način stavljanju u promet opojne droge.

Pod proizvodnjom opojne droge podrazumeva se svaka aktivnost izvršioca kojom se iz određenog materijala dobija supstanca koja ima svojstvo opojne droge. U čemu će se takva aktivnost sastojati zavisi od prirode materije koja se prerađuje i od koje se dobija supstanca koja ima svojstvo opojne droge (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž- 1517/05 od 31. avgusta 2005. godine).<sup>2</sup> Shodno tome, Vrhovni sud Srbije nadalje smatra da su „optuženi neovlašćeno proizvodili opojnu drogu na taj način što su se prethodno snabdeli literaturom, pa nabavili semenke marihuane, brižljivo ih zasadili i negovali, ubirali u okviru vegetativnog ciklusa, a nakon toga ih pažljivo pripremali i pakovali u paketiće celofana“ (Kž-503/96 od 21. maja 1996. godine),<sup>3</sup> odnosno da se „radnja krivičnog dela sastojala u tome što je optuženi u martu zasadio semenke indijske konoplje, a zatim starajući se da biljke napreduju nastavio sa neovlašćenom proizvodnjom sve do avgusta kada ju je obrao“ (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž-890/04 od 15. juna 2004. godine).<sup>4</sup> Za postojanje krivičnog dela irelevantno je da li je proizvodnja izvršena radi prodaje ili ne.

Prerada obuhvata svaku delatnost koja ne predstavlja proizvodnju opojne droge, a koja je po svojoj prirodi takva da za krajnji rezultat ima dobijanje određene opojne droge ili menjanje njenog sastava ili svojstava. Tako primera radi, „proces sušenja zelenih listova biljke marihuane predstavlja prerađivanje opojne droge“ (presuda Okružnog suda u Beogradu K-107/95 od 4. oktobra 1995. godine).<sup>5</sup> Za postojanje krivičnog dela, kao i u prethodnom slučaju, nije bitno da li je data radnja preduzeta u cilju prodaje opojne droge ili ne.

Smatra se da neovlašćena prodaja opojne droge postoji u slučaju kada je postignut dogovor između okrivljenog kao prodavca i svedoka kao kupca (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž-1628/08 od 19. februara 2009. godine).<sup>6</sup> Shodno tome, možemo da zaključimo da je po pitanju neovlašćene prodaje opojne droge u osnovi prihvaćeno shvatanje koje usvaja Zakon o obligacionim odnosima prema kome su stvar i cena bitni elementi ugovora o kuporodaji te je za nastanak ovog ugovora dovoljno da stranke postignu saglasnost u odnosu na stvar i cenu.<sup>7</sup>

U skladu sa navedenim sudska praksa nadalje stoji na stanovištu da se „neovlašćena prodaja heriona može sastojati u tome što je učinilac preko pejdžera stupio i kontakt sa licem koje je htelo da kupi opojnu drogu i posle dogovora o uslovima prodaje ostavio paket sa drogom na zidu na uglu ulica, pa kada je kupac naišao i predao mu dogovoreni iznos zauzvrat je uzeo paketić sa heroinom“ (presuda vr-

2 I. Simić/A. Trešnjev, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, sedma knjiga*, Beograd, 2006, 144.

3 I. Simić, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, druga knjiga*, Beograd, 1998, 60.

4 I. Simić/A. Trešnjev, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, šesta knjiga*, Beograd, 2008, 51.

5 I. Simić, (1998), 58.

6 Izbor sudske prakse, Beograd, 2009/12, 39.

7 S. Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1986, 532.

hovnog suda Srbije Kž-1464/01 od 6. februara 2002. godine),<sup>8</sup> odnosno da „radnja okrivljenog predstavlja radnju neovlašćene prodaje opojne droga iako droga nije predata kupcu jer je okrivljeni ugledavši policijske službenike pokušao da proguta drogu, a iz razloga što je okrivljeni pre toga postigao dogovor sa kupcem, sastao se sa njim na dogovorenom mestu i na ime cene primio 1000 dinara“ (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž-464/07 od 25. oktobra 2007. godine).<sup>9</sup> Najzad, ovde nije suviše navesti i deo presude Vrhovnog suda Srbije Kž-2098/04 od 28. novembra 2005. godine u kojoj stoji da „za neovlašćenu prodaju opojnih droga treba da postoji dogovor prodavca i kupca o ceni droge, što ne mora uključivati i zaradu, a ne mora se ni raditi o naknadi u novcu, već se droga može platiti i u vidu usluga plaćanja pića, ulaza na žurku i sl.“<sup>10</sup>, a za koju smatramo da je neosnovana u tom smislu što se pod prodajom opojne droge po pravilu podrazumeva otuđenje opojne droge uz novčanu ili neku drugu naknadu tj. prodaja po prirodi stvari podrazumeva određenu materijalnu korist, odnosno dobit (zaradu).<sup>11</sup> U suprotnom radilo bi se o besplatnom davanju opojne droge što predstavlja radnju izvršenja krivičnog dela omogućavanja uživanja opojnih droga (član 247. KZ RS).

Nuđenje na prodaju predstavlja preduzimanje takvih delatnosti koje su podobne da kod drugog lica stvore uverenje da postoji mogućnost kupovine opojne droge. Za postojanje krivičnog dela nije bitno da li je učinilac u trenutku nuđenja na prodaju zaista i posedovao opojnu drogu ili je nameravao da je kasnije nabavi (presuda Saveznog Vrhovnog suda Kps-557/85 od 17. septembra 1985. godine).<sup>12</sup> U pitanju je pokušaj koji predstavlja dovršeno krivično delo. Vrhovni sud Srbije stoji na stanovištu da ovo krivično delo postoji i onda „kada je optuženi znao da nosi sa sobom drogu koja se nudi od strane saučesnika na prodaju, što govori o njegovom aktivnom učešću u tome, bez obzira što on nije verbalno nudio na prodaju drogu“ (Kž-1177/95 od 10. aprila 1996. godine).<sup>13</sup>

Uobičajeno je da se pod kupovinom opojne droga smatra sticanje prava svojine nad opojnom drogom uz određenu naknadu. „Kupovina opojne droge za sopstvenu upotrebu nije sankcionisana zakonom i ne predstavlja krivično delo, jer uživanje opojne droge nije kažnjivo. Inkriminisana je kupovina opojne droge radi njene prodaje, odnosno stavljanja u promet“ (rešenje Vrhovnog suda Srbije Kž I-860/07 od 13. novembra 2007. godine)<sup>14</sup> – što se mora utvrditi na osnovu okolnosti svakog konkretnog slučaja, pri čemu poseban značaj primera radi, mogu imati „količina opojne droge koja je u pitanju“ (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž-826/07 od 7. juna

8 I. Simić, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, četvrta knjiga*, Beograd, 2002, 75.

9 Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/4, 38.

10 I. Simić/A. Trešnjev, (2006), 147.

11 Kada je reč o oblicima radnje koji se sastoje u prodaji opojne droge, kupovini opojne droge radi prodaje i posredovanju u prodaji ili kupovini opojne droge treba naglasiti to da se u slučaju prodaje, kupovine i posredovanja u prodaji ili kupovini radi o zasnivanju određenog ugovornog odnosa čiji je predmet isključen iz pravnog prometa, tako da on nema pravno dejstvo u smislu zasnivanja određenih prava i obaveza.

12 M. Babić/I. Marković, *Krivično pravo, posebni dio*, Banja Luka, 2005, 203.

13 I. Simić, (1998), 58.

14 Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/5, 37.

2007. godine)<sup>15</sup> ili „činjenica da je optuženi celu kupljenu količinu od 19,40 grama heroína ‘izmiksovao’ (pomešao sa drugom primesom da bi povećao količinu) i prepakovao u mala pakovanja“ (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž-575/03 od 7. oktobra 2003. godine).<sup>16</sup>

Držanje radi prodaje podrazumeva faktičko raspolaganje opojnom drogom od strane izvršioca krivičnog dela, nezavisno od mesta na kome se opojna droga nalazi, pa tako „optuženi može neovlašćeno radi prodaje držati opojnu drogu i skrivenu u šupljini vagona“ (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž-893/01 od 6. novembra 2001. godine).<sup>17</sup> Da bi krivično delo postojalo „u svakom slučaju se mora dokazima utvrditi da je optuženi drogu držao radi prodaje, a ne za sopstvene potrebe“ (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž-467/09 od 30. marta 2009. godine).<sup>18</sup> Shodno tome, sudovi primera radi, postojanje ovog krivičnog dela utvrđuju na sledeći način – prema sledećim okolnostima: „količina od preko 54 grama marihuane i blizu 5 grama hašiša opojnih droga pronađenih kod okrivljenog ukazuje na činjenicu da je droga bila namenjena prodaji, a ne ličnoj upotrebi“ (presuda Apelacionog suda u Kragujevcu Kž-222/10 od 19. februara 2010. godine),<sup>19</sup> „okolnosti da je okrivljeni nakon kupovine opojne droge istu prepakovao u manja pakovanja, da je kod njega pronađeno celofanskih papirića veličine 5 cm i plastična kašičica sa tragovima opojne droge, jasno ukazuju da je okrivljeni predmetnu drogu držao radi prodaje“ (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž-1122/08 od 3. juna 2008. godine)<sup>20</sup> (u istom smislu je i presuda ovog suda Kž-124/08 od 7. februara 2008. godine),<sup>21</sup> „izvedenim dokazima utvrđeno je da je pretresom kuće okrivljenog prvo na nedovršenom spratu pronađena plastična kesica sa više paketića u kojima je bila opojna droga marihuana, a takođe i ista vrsta droge je bila sakrivena u fotelji u sobi, pa je pravilno utvrđeno da je okrivljeni opojnu drogu držao radi prodaje“ (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž-788/08 od 9. februara 2009. godine),<sup>22</sup> „činjenice da se okrivljeni nije lečio od zavisnosti od opojnih droga, da je ranije osuđivan za istovrsno krivično delo, da je u njegovim čarapama pronađena opojna droga heroin u količini od 17,50 grama, jasno ukazuje da je istu neovlašćeno držao radi prodaje“ (presuda Apelacionog suda u Kragujevcu Kž-2878/10 od 11. aprila 2010. godine),<sup>23</sup> „kada je okrivljeni kupio opojnu drogu heroin koju je potom pomešao sa razblaživačima, to što drogu nije prodavao, ne isključuje odgovornost za držanje droge radi prodaje“ (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž-2533/08 od 16. februara 2008. godine),<sup>24</sup> „opojna droga je neovlašćeno držana radi prodaje kada je optuženi heroin držao upakovan u pet kesica u sportskim pati-

15 Izbor sudske prakse, Beograd, 2009/4, 42.

16 I. Simić, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, peta knjiga*, Beograd, 2004, 66.

17 I. Simić, (2002), 74.

18 Izbor sudske prakse, Beograd, 2009/10, 42.

19 Izbor sudske prakse, Beograd, 2010/5, 41.

20 Izbor sudske prakse, Beograd, 2009/3, 34.

21 Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/6, 32.

22 Izbor sudske prakse, Beograd, 2010/6, 41.

23 Izbor sudske prakse, Beograd, 2011/1, 43.

24 Izbor sudske prakse, Beograd, 2009/5, 41.

kama“ (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž-1211/03 od 21. oktobra 2003. godine)<sup>25</sup> i „neosnovani su navodi u žalbi branioca da je optuženi uživatelj opojne droge i da je drogu držao za sopstvenu upotrebu jer se radi o količini od 521 grama heroina što prevazilazi potrebe jednog zavisnika od opojne droge“ (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž-1538/07 od 13. septembra 2007. godine).<sup>26</sup> Nadalje, „radnja držanje radi prodaje opojne droge je dovršena samim činom držanja opojne droge radi prodaje, bez obzira na motive takvog postupanja“ (presuda Okružnog suda u Beogradu K-183/98 od 6. maja 1998. godine),<sup>27</sup> odnosno „kada je okrivljeni opojnu drogu heroin neovlašćeno kupio radi prodaje i držao radi prodaje tada je za postojanje krivičnog dela nebitno što do prodaje nije došlo“ (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž-772/06 od 30. maja 2006. godine).<sup>28</sup> Najzad, iako ima i drugačijih mišljenja<sup>29</sup> treba reći da „primanje opojne droge u zalag, kao sredstva obezbeđenja duga, predstavlja neovlašćeno držanje opojne droge radi stavljanja u promet, odnosno prodaje“ (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž-1932/02 od 10. juna 2003. godine).<sup>30</sup> U vezi ovog oblika krivičnog dela takođe je bitno naglasiti da „kada je nesporno da je učinilac držao opojnu drogu namenjenu prodaji, pravno je irelevantno čija je to droga“ (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž-877/04 od 24. marta 2005. godine)<sup>31</sup> i prema tome postoji krivično delo u slučaju kada je „optuženi u svom iznajmljenom stanu držao i čuvao 6,5 kilograma marihuane koja je vlasništvo drugog lica i koja je bila namenjena prodaji, a optuženom je ova činjenica bila poznata i takođe je sa tim licem imao dogovor da za ovu uslugu bude plaćen“ (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž-1798/06 od 5. oktobra 2006. godine).<sup>32</sup> Najzad, i pored toga što ima mišljenja da „čuvanje robe – opojne droge dok se ne postigne sporazum o kupovini predstavlja posredovanje u kupovini opojne droge“<sup>33</sup> uzevši u obzir napred navedeno trebalo bi smatrati da je reč o držanju opojne droge radi prodaje.

Prenošenje radi prodaje podrazumeva odgovarajuće angažovanje izvršioca krivičnog dela koje za rezultat ima promenu mesta na kome se nalazi opojna droga, a sa ciljem njene prodaje. Kada je u pitanju ovo krivično delo „nepotrebno je da sud utvrđuje kojim licima, na kom mestu i kada je optuženi imao nameru da proda opojnu drogu, bitno je da je kod optuženog postojala namera da neovlašćeno drogu stavi u promet tako što će da je proda“ (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž-1797/03 od 14. juna 2004. godine).<sup>34</sup> Krivično delo je dovršeno samom radnjom prenošenja

25 I. Simić/A. Trešnjev, (2005), 53.

26 Izbor sudske prakse, 2008/2, 42.

27 I. Simić, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnogpravnog materije, treća knjiga*, Beograd, 2000, 57.

28 Izbor sudske prakse, Beograd, 2007/3, 38.

29 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2009, 575.

30 I. Simić, (2004), 66.

31 I. Simić/A. Trešnjev, (2006), 146.

32 I. Simić/A. Trešnjev, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnogpravnog materije, osma knjiga*, Beograd, 2008, 175.

33 Lj. Lazarević, *Krivično pravo Jugoslavije*, Beograd, 1995, 273.

34 I. Simić/A. Trešnjev, (2005), 51.



opojne droge radi prodaje (presuda Vrhovnog suda Srbije KŽ-1608/02 od 3. decembra 2002. godine).<sup>35</sup>

Posredovanje u prodaji ili kupovini opojne droge obuhvata različite delatnosti upravljene na dovođenje u vezu lica koja učestvuju u prodaji ili kupovini opojne droge. Posredovanje u prodaji opojne droge može biti neposredno ili posredno (presuda Saveznog suda u Beogradu Kzs-10/98 od 20. januara 1999. godine).<sup>36</sup> Krivično delo postoji i onda kada je posredovanje u prodaji ili kupovini bilo bezuspešno, tj. kada do kupovine, odnosno prodaje nije ni došlo.<sup>37</sup> Kako zaključuje Vrhovni sud Srbije „posredovanje u prodaji opojne droge je jedan od oblika ovog krivičnog dela, a ne oblik saučesništva“ (KŽ-748/3 od 1. jula 2003. godine).<sup>38</sup>

Stavljanje na drugi način opojne droge u promet prema jednom shvatanju obuhvata sve načine kojima se opojna droga čini dostupnom drugom licu, a koji nisu izričito navedeni u zakonskom opisu.<sup>39</sup> Preciznosti radi, smatramo da bi trebalo naglasiti da to ipak ne mogu biti baš svi načini kojima se opojna droga čini dostupna drugom licu, jer ovde u obzir ne dolazi besplatno davanje opojne droge koje predstavlja radnju izvršenja krivičnog dela omogućavanje uživanja opojnih droga (član 247. KZ RS). Iz istog razloga nadalje stojimo na stanovištu da je neosnovano mišljenje prema kome bi „ovde spadao poklon određene količine opojne droge radi kasnijeg pridobijanja kupaca.“<sup>40</sup>

Prema stavovima koji su zauzeti u pojedinim presudama Vrhovnog suda Srbije drugi načini neovlašćenog stavljanja u promet opojne droge postoje primera radi, u slučaju „razmene heroina za oružje“ (KŽ-1375/97 od 30. decembra 1997. godine),<sup>41</sup> zatim kada je „heroin predat drugom licu radi vraćanja duga“ (KŽ-1022/97 od 11. novembra 1997. godine)<sup>42</sup> kao i kada je „jedna droga data u zamenu za drugu“ (KŽ-1502/96 od 24. decembra 1996. godine).<sup>43</sup> Stoga, može da začudi stav istog suda prema kome je „neovlašćena *prodaja* heroina ostvarena kada je optuženi zamenio jedan gram heroina sa drugim licem za perjanu jaknu i cipele“ (KŽ-1465/96 od 26. decembra 1997. godine).<sup>44</sup>

Da bi postojalo krivično delo, delatnosti koje predstavljaju radnju izvršenja moraju biti preduzete neovlašćeno, tj. protivno odgovarajućim propisima (rešenje Vrhovnog suda Srbije KŽ-1001/07 od 21. juna 2007. godine),<sup>45</sup> među kojima primaran

35 I. Simić, (2004), 65.

36 I. Simić, (2000), 59.

37 Lj. Lazarević, (1995), 273.

38 I. Simić, A. Trešnjev, (2005), 52.

39 Z. Stojanović, (2009a), 575.

40 Grupa autora, redaktor Lj. Lazarević, *Komentar Krivičnog zakona SRJ*, Beograd, 1995, 783. i M. Babić/I. Marković, (2005), 203.

41 I. Simić, (2000), 58.

42 *Ibid.*

43 I. Simić, (1998), 58.

44 I. Simić, (2000), 57.

45 Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/1, 43.

značaj ima Zakon o proizvodnji i prometu opojnih droga (Službeni list SFRJ, broj 13/91 i Službeni list SRJ br. 45/92, 46/96 i 37/02).

Objekt radnje ovog krivičnog dela (kao i krivičnih dela iz čl. 246. i 246a KZ RS) jesu supstance ili preparati koji su proglašeni za opojne droge, odnosno opojne droge. Pojam opojnih droga određen je u članu 112. stav 15. KZ RS. Opojnim drogama smatraju se supstance i preparati koji su propisima zasnovanim na zakonu proglašeni za opojne droge.<sup>46</sup> Sa krivičnopravnog stanovišta opojne droge i psihotropne supstance imaju isti tretman (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž I-7/05 od 2. februara 2006. godine),<sup>47</sup> i pri tome, kako se smatra, „sama čistoća opojne droge ne predstavlja obeležje koje je od uticaja na postojanje krivičnog dela jer oduzeta količina susptanci kao celina predstavlja opojnu drogu“ presuda Vrhovnog suda Srbije Kž-2664/06 od 7. decembra 2006. godine).<sup>48</sup>

Krivično delo je dovršeno preduzimanjem bilo koje delatnosti koja predstavlja radnju izvršenja. U tom smislu je i stav sudske prakse da „krivično delo postoji i kada je preduzeta samo jedna radnja prodaje ili na drugi način stavljanja u promet opojne droge“ (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž-44/05 od 4. maja 2006. godine).<sup>49</sup> Posledica krivičnog dela je apstraktna opasnost za zdravlje ljudi, odnosno, kako konstatuje Vrhovni sud Srbije „u pitanju je krivično delo čija posledica se sastoji u ugrožavanju zdravlja ljudi, jer uzimanje opojnih droga deluje razorno na zdravlje uživalaca, što u slučaju šire upotrebe, naročito od strane mladih ljudi dovodi do teških zdravstvenih i socijalnih problema“ (Kž-915/94 od 6. septembra 1994. godine).<sup>50</sup>

Na subjektivnom planu potreban je umišljaj koji, pored ostalih obeležja bića krivičnog dela, treba da obuhvati i svest o tome da se delatnosti koje predstavljaju radnju izvršenja predzimaju neovlašćeno kao i svojstvo objekta radnje, odnosno svest o tome da su u pitanju opojne droge. Nadalje, kada je reč o oblicima krivičnog dela koji se sastoje u kupovini opojne droga radi prodaje, držanju opojne droge radi prodaje i prenošenju opojne droge radi prodaje potrebno je utvrditi da su date radnje kupovine, držanja i prenošenja preduzeta sa određenim ciljem, a to je prodaja opojne droge. Drugim rečima, prilikom preduzimanja ovih oblika radnje na subjektivnom planu je potrebno utvrditi i odgovarajuću nameru učinioaca – nameru prodaje opojne droge koju kupuje, drži ili prenosi – što pretpostavlja postojanje direktnog umišljaja.<sup>51</sup>

46 Vidi više o tome: Z. Stojanović/O. Perić, *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 2010, 192–193.

47 Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/5, 38.

48 I. Simić/A. Trešnjev, (2008), 174.

49 *Ibid.*, 175.

50 I. Simić, (1998), 59.

51 Kao što je poznato, namera se kod jednog broja krivičnih dela javlja kao subjektivno obeležje bića, osnovno (npr. krivično delo terorizma, član 312. KZ RS) ili dopunsko (npr. krivično delo računarske prevare, član 301. stav 4. KZ RS). Po pravilu u tim slučajevima zakonodavac u samoj formulaciji koristi termin namera. Međutim, kod nekih krivičnih dela kao npr. krivičnog dela trgovine ljudima (član 388. KZ RS) zakonodavac navodi da se radnja izvršenja preduzima u određenom cilju, dok kod krivičnog dela neovlašćene proizvodnje i stavljanja u promet opojnih droga u navedenim slučajevima zakonodavac propisuje da se data radnja preduzima „radi“

Privilegovani oblik krivičnog dela koji je predviđen u stavu 2. čini onaj ko neovlašćeno uzgaja mak ili psihoaktivnu konoplju ili druge biljke iz kojih se dobija opojna droga ili koje same sadrže opojnu drogu.

Radnja krivičnog dela se manifestuje kao uzgajanje maka ili psihoaktivne konoplje ili drugih biljaka iz kojih se dobija opojna droga ili koje same sadrže opojnu drogu.

Ako se postavi pitanje šta se u kontekstu ovog krivičnog dela podrazumeva pod uzgajanjem, možemo da vidimo da sudska praksa stoji na stanovištu da se „radnje koje je okrivljeni preduzeo ne mogu tretirati kao uzgoj biljke konoplje jer se pod uzgojem podrazumevaju radnje koje se odnose na setvu i negu biljke do njenog biološkog zrenja i okončanja vegetacije. Radnje koje je okrivljeni preduzeo su ubiranje listova, sušenje, usitnjavanje i dobijanje novog proizvoda za konzumiranje, te se ovde ne može raditi o uzgoju već o neovlašćenoj proizvodnji“ (presuda Vrhovnog kasacionog suda Kzz-130/10 od 23– juna 2010. godine).<sup>52</sup>

Ovaj oblik krivičnog dela je uveo Zakon o izmenama i dopunama krivičnog zakonika iz 2009. godine (ZID KZ) (Službeni glasnik RS, broj 72/09) i moglo bi se reći da osim toga što je sama zakonska formulacija neprecizna i neodređena (posebno radnja izvršenja i objekt radnje<sup>53</sup>) u pitanje se, po našem mišljenju, može dovesti i kriminalno-politička opravdanost rešenja.

Naime, do uvođenja date inkriminacije smatralo se da „sađenje i uzgajanje indijske konoplje predstavlja proizvodnju ukoliko je dobijena zrela biljka koja sadrži aktivnu supstancu koja je proglašena opojnom drogom“ (VSS Kž-890/04),<sup>54</sup> odnosno da „kada je okrivljeni sejao semenke marihuane, a ponikle biljke polivao, tada je izvršio radnje neovlašćene proizvodnje opojne droge. Neosnovani su navodi branioca okrivljenog da okrivljeni opojnu drogu nije proizvodio jer nije zatečen da je koristio delove biljaka, niti da je cvetove ili listove sušio i upotrebljavao“ (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž-2176/06 od 9. novembra 2006. godine).<sup>55</sup>

Shodno tome, možemo da vidimo da su delatnosti sađenja i uzgajanja biljaka iz kojih se dobija opojna droga ili koje same sadrže opojnu drogu izdvojene iz pojma proizvodnje opojne droge – što predstavlja radnju osnovnog oblika krivičnog dela i predviđene su kao samostalni privilegovani oblik.

---

prodaje. Inače sam pojam namere je usko vezan za pojam cilja pod kojim se uglavnom podrazumeva spoljni objektivni fizički fenomen koji se kao predstava odražava u svesti čoveka i ukoliko predstava o cilju deluje kao motiv za preduzimanje određene radnje, tada postoji namera kao isključivo psihički fenomen. U suštini svaka čovekova radnja je namerna jer se uvek teži ka ostvarenju nekog cilja. Kod pojedinih krivičnih dela zakonodavac propisuje da data radnja predstavlja krivično delo samo ukoliko učinilac postupa u određenoj nameri tj. u nameri da postigne određeni cilj. U tim slučajevima za postojanje krivičnog dela nije dovoljan samo umišljaj već se zahteva i namera koja utiče na umišljaj u tom smislu da intenzivira njegov voljni element. Vidi više o tome: N. Delić, Kvalifikatorne okolnosti kod krivičnog dela ubistva, *Pravni život*, Beograd, 2008/9, 142–146.

52 Izbor sudske prakse, Beograd, 2010/11, 41.

53 Vidi više o tome: Đ. Ignjatović/M. Škulić, *Organizovani kriminalitet*, Beograd, 2010, 206.

54 Z. Stojanović, (2009a), 575.

55 Izbor sudske prakse, Beograd, 2007/5, 41.

Iskreno govoreći, nije nam jasno zašto bi ove delatnosti imale niži stepen društvene opasnosti u odnosu na proizvodnju (u užem smislu) npr. određenih hemijskih preparata koji su proglašeni za opojne droge.<sup>56</sup> No, bilo kako bilo, ostaje nam samo da se nadamo da iza ove inkriminacije ne stoji vrlo diskutabilna, ali nažalost danas sve aktuelnija ideja o osnovanosti podele opojnih droga na „lakše i teže“.<sup>57</sup>

Kada je reč o dovršenom krivičnom delu, postavlja se pitanje da li ono postoji samim sađenjem npr. semenke psihoaktivne konoplje ili termin „uzgajati“ obavezno podrazumeva i određenu negu i napredak biljke, odnosno da li je delo dovršeno tek biološkim zrenjem biljke, u kom slučaju bi ukoliko razvoj biljke ne dođe do te faze, postojao kažnjiv pokušaj jer je za ovaj oblik krivičnog dela zaprećena kazna zatvora od šest meseci do pet godina.

Prema zakonskoj formulaciji da bi postojao ovaj oblik krivičnog dela potrebno je da se uzgajanje vrši neovlašćeno.

Krivično delo je moguće izvršiti samo sa umišljajem. Izvršilac može biti svako lice.

Teži oblik krivičnog dela predviđen u stavu 3. postoji kada je delo iz stava 1. izvršeno od strane grupe ili ako je učinilac organizovao mrežu preprodavaca ili posrednika. Grupa je najmanje tri lica povezanih radi trajnog ili privremenog vršenja krivičnih dela koja ne mora da ima definisane uloge svojih članova, kontinuitet članstva ili razvijenu strukturu (član 12. stav 22. KZ RS). Sporno je da li postoji mreža preprodavaca ili posrednika ako se radi o dva lica. Prema jednom shvatanju za mrežu je dovoljno postojanje više lica, a taj pojam prema stavu sudske prakse podrazumeva najmanje dva lica. To ipak ne treba prihvatiti, jer sam pojam mreže podrazumeva veći broj lica koja su na odgovarajući način organizovana. Da je zakonodavac imao u vidu dva lica, onda ne bi koristio izraz „mreža“ već više lica.<sup>58</sup> Ovaj stav svoje uporište ima i u sudskoj praksi pa tako Vrhovni sud Srbije navodi da „kao mrežu posrednika treba razumeti postojanje većeg broja lica raspoređenih na raznim mestima preko kojih učinilac prodaje opojnu drogu ili koji posreduju pri kupovini ili prodaji droge“ (Kž-4/05).<sup>59</sup>

U stavu 4. predviđen je najteži oblik krivičnog dela koji postoji kada je delo iz stava 1. ovog člana izvršeno od strane organizovane kriminalne grupe. Organizovana kriminalna grupa je grupa od tri ili više lica, koja postoji određeno vreme i deluje sporazumno u cilju vršenja jednog ili više krivičnih dela za koja je propisana kazna zatvora od četiri godine ili teža kazna, radi neposrednog ili posrednog sticanja finansijske ili druge koristi (član 112. stav 35. KZ RS).

U stavu 5. predviđeno je da se učinilac krivičnog dela iz st. 1. do 4. koji otkrije od koga nabavlja opojnu drogu može osloboditi od kazne. U pitanju je fakultativni

56 „Konačan sud o društvenoj opasnosti nekog ponašanja treba doneti posle svestranog razmatranja njegovih karakteristika i njegovog značaja i efekata za pojedinca i društvo“. Z. Stojanović, *Proces stvaranja krivičnog zakonodavstva i suzbijanje kriminaliteta*, U: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja*, Treći deo, Beograd, 2009, 22.

57 Vidi: J. Ćirić, Droga i pravo na život, *Pravni život*, 2008/2, 118–121.

58 Z. Stojanović, (2009a), 571.

59 Z. Stojanović/O. Perić, (2010), 194.

osnov za oslobođenje od kazne i stoga Vrhovni sud Srbije zaključuje sledeće: „tačan je navod u zahtevu branioca osuđenog da je osuđeni ukazao na optuženog kao na ‘lice od koga je nabavio opojnu drogu trodon’, ali ova okolnost istovremeno ne znači da je prvostepeni sud obavezan da osuđenog oslobodi od kazne primenom odredbe člana 246. stav 5. KZ RS s obzirom da navedena odredba propisuje samo mogućnost, a ne i obavezu suda da učinioca krivičnog dela koji otkrije od koga nabavlja opojnu drogu oslobodi od kazne“ (Kzp-419/08 od 16. septembra 2008. godine).<sup>60</sup> U vezi ovog oblika krivičnog dela, za koji se inače navodi da su za njegovo propisivanje bili odlučujući određeni kriminalnopolitički razlozi suzbijanja ove negativne društvene pojave,<sup>61</sup> moglo bi se postaviti pitanje u kom slučaju bi se predviđeni fakultativni osnov za oslobođenje od kazne mogao primeniti kada je izvršeno krivično delo iz stava 2. koje se sastoji u neovlašćenom uzgajanju biljaka iz kojih se dobija opojna droga ili koje same sadrže opojnu drogu.<sup>62</sup>

U stavu 6. su inkriminisane određene pripremne radnje u vezi sa neovlašćenom proizvodnjom i stavljanjem u promet opojnih droga i u tom smislu je predviđeno da krivično delo čini onaj ko neovlašćeno pravi, nabavlja, poseduje ili daje na upotrebu opremu, materijal ili supstance za koje zna da su namenjene za proizvodnju opojnih droga. Radnja izvršenja je alternativno propisana i za postojanje krivičnog dela dovoljno je preduzimanje bar jedne od inkriminisanih delatnosti. U vezi ovog krivičnog dela Vrhovni sud Srbije stoji na stanovištu da „nabavka semenki za proizvodnju marihuane koja predstavlja opojnu drogu ne predstavlja pokušaj proizvodnje opojne droge već pripremnju radnju koja je predviđena kao poseban oblik krivičnog dela“ (Kž-645/99 od 16. septembra 1999. godine)<sup>63</sup> kao i da ovo krivično delo postoji u slučaju kada je „optužena u svom stanu čuvala prvooptuženom kesu sa paracetamolom i kofeinom kao supstancama koje se mešaju sa heroinom koje je ovaj priremao za prodaju na ‘crnom tržištu’ „ (Kž-8/05 od 21. februara 2006. godine).<sup>64</sup>

U stavu 7. je predviđeno obavezno oduzimanje opojnih droga i sredstava za njihovu proizvodnju.

U vezi odnosa ovog krivičnog dela i krivičnog dela omogućavanja uživanja opojnih droga (član 247. KZ RS) opšteprihvaćen je stav da „radnje krivičnog dela neovlašćene proizvodnje i stavljanja u promet opojnih droga ne mogu konsumirati radnje krivičnog dela omogućavanja uživanja opojnih droga s obzirom da su radnje izvršenja tih krivičnih dela različite“ (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž-1040/99 od

60 Izbior sudske prakse, Beograd, 2009/2, 45.

61 Z. Stojanović/O. Perić, (2010), 195.

62 Ne bismo se složili sa mišljenjem „da je ovde reč o posebnom obliku kajanja koje se izražava u tome da učinilac dela otkriva lice od koga nabavlja drogu“ (Lj. Lazarević, *Komentar Krivičnog zakonika Srbije*, Beograd, 2006, 655). Ovo iz razloga što kajanje u krivičnom pravu – u smislu instituta stvarnog kajanja osim dovršenog krivičnog dela podrazumeva da je učinilac otklonio posledice dela ili naknadio štetu prouzrokovanu krivičnim delom, a smisao ovog instituta je svrsishodno i efikasno angažovanje učinioca krivičnog dela koje rezultira otklanjanjem nastupele posledice. Vidi više o tome: N. Delić, Poravnanje učinioca i oštećenog kao osnov za oslobođenje od kazne, U: *Kazneno zakonodavstvo: progresivna ili regresivna rešenja*, Beograd, 2005, 290–295.

63 I. Simić, (2000), 60.

64 I. Simić/A. Trešnjev, (2006), 149.

31. marta 200. godine)<sup>65</sup> (u istom smislu je i presuda ovog suda Kž I-1938/77 od 13. januara 1978. godine<sup>66</sup> kao i rešenje Kž-2192/08 od 11. novembra 2008. godine).<sup>67</sup>

Na kraju ovde treba reći još i to da je odredbom člana 11. ZID KZ iz 2009. godine propisano da se ne može ublažiti kazna za krivično delo neovlašćene proizvodnje i stavljanje u promet opojnih droga, odnosno za njegov osnovni oblik (stav 1) i teži oblik koji postoji ukoliko je osnovni oblik krivičnog dela izvršen od strane grupe ili je učinilac ovog dela organizovao mrežu preprodavaca ili posrednika (stav 3). Nesumnjivo je da je prilikom ove izmene intencija zakonodavca bila da na ovaj način doprinese kreiranju strože kaznene politike sudova i u toj nameri je umesto da, kao što je „uobičajeno“, izvrši podizanje posebnih minimuma i posebnih maksimuma zaprećenih kazni, ovog puta „intervenirao“, ne u posebnom, već u opštem delu zakona tako što je isključio mogućnost primene ublažavanja kazne kao jednog od instrumenata za njeno odmeravanje, a samim tim i dezavuisao određeni broj opštih instituta (opštih osnova za ublažavanje kazne), što je u evidentnoj suprotnosti sa njihovom pravnom prirodom. Jer, kao što je poznato, suština opštih instituta je u tome da se primenjuju uvek kada su ispunjeni zakonski uslovi, nezavisno od toga koje krivično delo je u pitanju.<sup>68</sup>

### III

Omogućavanje uživanja<sup>69</sup> opojnih droga (član 247 KZ RS) – Osnovni oblik krivičnog dela predviđen u stavu 1. sastoji se u navođenju drugog na uživanje opojne droge ili davanju nekom licu opojne droge da je uživa ono ili neko drugo lice ili u stavljanju na raspolaganje prostorija radi uživanja opojne droge kao i u omogućavanju na drugi način nekome da uživa opojnu drogu.

Radnja krivičnog dela je propisana alternativno i kao mogući oblici njenog ostvarenja u zakonu su navedeni: a) navođenje (na uživanje opojne droge), b) davanje opojne droge (nekom licu da je uživa ono ili drugo lice), v) stavljanje na raspolaganje prostorija (radi uživanja opojne droge) i g) na drugi način omogućavanje uživanja opojne droge.

Po svojoj prirodi radnja izvršenja ovog krivičnog dela obuhvata različite oblike navođenja drugog na uživanje opojne droge i različite oblike pomaganja drugom da uživa opojnu drogu, a pri tome su davanje opojne droge i stavljanje na raspolaganje prostorija radi uživanja opojne droge posebno izdvojeni kao oblici u kojima se pomaganje u praksi najčešće ostvaruje. Podstrekavanje i pomaganje u uživanju opojne

65 I. Simić, (2000), 62.

66 B. Čejović, *Krivično pravo u sudskoj praksi, druga knjiga, posebni deo*, Beograd, 1986, 264.

67 Izbor sudske prakse, Beograd, 2009/12, 39.

68 Vidi više o tome: N. Delić, *Zabrana (isključenje) ublažavanja kazne u određenim slučajevima, U: Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, Četvrti deo*, Beograd, 2010, 177–195.

69 Možda bi trebalo razmisliti o terminološkom osavremenjavanju naziva ovog krivičnog dela i zastareo i neadekvatan izraz „uživanje“ zameniti izrazom „zloupotreba“ koji više odgovara samom smislu date inkriminacije. Takođe, ima i mišljenja da bi ovde bolji bio termin „korišćenje“ koji ima jasnije i nedvosmisleno značenje. Đ. Ignjatović/M. Škulić, (2010), 209.



droge inkriminirani su kao samostalno krivično delo iz razloga što samo uživanje opojne droge nije krivično delo i stoga ove radnje prema opštim odredbama o saučesništvu nisu kažnjive (teorija limitirane akcesornosti).

Pod navođenjem u smislu ovog krivičnog dela podrazumeva se preduzimanje bilo koje aktivnosti koja je podobna da se kod drugog stvori odluka da uživa opojnu drogu ili da se učvrsti njegova do tada postojeća, ali kolebljiva odluka. Ovaj oblik radnje izvršenja moguće je ostvariti preduzimanjem bilo koje delatnosti koja po svojoj prirodi predstavlja podstrekavanje kao oblik saučesništva (verbalno, konkludentnim radnjama, posredno, indirektno i sl). To primera radi, može biti jednostavno nagovaranje da se proba opojna droga, ili da se trajnije koristi ili da se, ukoliko je došlo do prekida, nastavi sa njenim korišćenjem, zatim to može biti opisivanje prijatnih osećanja koja se javljaju kao posledica uzimanja opojne droge, isticanje kako su mnoge poznate ličnosti uživaoci opojne droge ili kako su čuveni umetnici svoja najbolja dela ostvarili pod dejstvom opojne droge i sl.<sup>70</sup> Za postojanje krivičnog dela nije relevantno da li je navođenje bilo uspešno, odnosno da li je navođeno lice i uživalo/konzumiralo opojnu drogu. Iako u teoriji ima i drugačijih mišljenja<sup>71</sup> stojimo na stanovištu da iz zakonske formulacije nedvosmisleno proizlazi da ovaj oblik krivičnog dela postoji samo ukoliko je na uživanje opojne droge navođeno samo jedno lice. U suprotnom, ako bi bilo navođeno više lica, postojao bi kvalifikovani oblik ovog krivičnog dela. No, ukoliko se jedno lice navodi na upotrebu opojne droge nije relevantan broj preduzetih delatnosti „jer je ovo delo trajnog karaktera što se može zaključiti iz jezičkog tumačenja zakonskog teksta, suština delovanja izvršioca ovih radnji ima karakter kontinuirane, neprekinute, unutrašnje objedinjene delatnosti, dakle trajni karakter sa irelevantnim brojem činjenja“ (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž-601/05 od 6. februara 2006. godine).<sup>72</sup>

Po pitanju drugog mogućeg oblika radnje izvršenja koji se sastoji u davanju opojne droge nekom licu da je uživa ono ili neko drugo lice trebalo bi naglasiti da za postojanje krivičnog dela nije dovoljno samo preduzimanje aktivnosti kojom se nekom licu opojna droga stavlja na raspolaganje već je potrebno da je došlo do njene faktičke predaje – neophodno je da je davanje u pravom smislu te reči i ostvareno tj. da je opojna droga kako data, tako i preuzeta, ali „za postojanje krivičnog dela nije neophodno da je lice kome se droga daje počelo sa njenim uživanjem“ (presuda Apelacionog suda u Beogradu Kž-109/10 od 20. aprila 2010. godine),<sup>73</sup> tj. nije bitno da li je opojna droga i konzumirana/upotrebljena.

Primeru radi, ovaj oblik krivičnog dela postoji u slučaju kada je „optuženi u karsarnu uneo marihuanu od koje je napravio cigaretu koju je dao dvojici vojnika koji su zajedno sa njim uživali opojnu drogu, tako što su svi povukli po nekoliko dimova iz ove cigarete pre nego što je naišao dežurni oficir“ (presuda Vrhovnog suda Srbije

70 Vidi: J. Bukelić, *Droga i mladi*, Beograd, 1980, 129–130, V. Kušević, *Zloupotreba droga*, Zagreb, 1990, 254. i D. Modly, *Podmena o razširjenosti uživanja drog v Jugoslaviji in delo organov za notranje zadeve*, U: *Kej vemo o drogah*, Ljubljana, 1975, 25.

71 Grupa autora, redaktor Lj. Lazarević, (1995), 785. i Lj. Lazarević, (1995), 274.

72 I. Simić/A. Trešnjev, (2008), 180.

73 Izbor sudske prakse, Beograd, 2010/11, 42.

Kž-1919/05 od 26. januara 2006. godine)<sup>74</sup> (u istom smislu je i presuda ovog suda Kž- 360/01 od 24. oktobra 2001. godine<sup>75</sup>).

U odnosu na to kako treba tumačiti pojam „drugog lica“ u kontekstu ovog krivičnog dela u sudskoj praksi postoji jedinstven stav „da se pod pojmom ‘daje drogu drugom licu’ podrazumeva davanje droge svakom licu, pa i najbližem srodniku, uključujući tu i suprugu optuženog“ (presuda Okružnog suda u Beogradu Kž-125/80).<sup>76</sup>

U vezi ovog oblika radnje izvršenja u krivičnopravnoj teoriji postoji dosta rašireno shvatanje da davanje opojne droge „može biti naplatno ili besplatno“<sup>77</sup>, odnosno „da nije od značaja da li je uz naplatu ili ne“<sup>78</sup>, ili „da za postojanje krivičnog dela nije bitno da li se davanje opojne droge čini za nagradu ili ne“<sup>79</sup> kao i da „nije od značaja da li se to čini besplatno, na zajam ili uz neku naknadu, ali se ne može raditi o prodaji jer bi tada bilo u pitanju krivično delo neovlašćene proizvodnje i stavljanje u promet opojnih droga.“<sup>80</sup>

Mi pak, smatramo da se ovaj oblik krivičnog dela može ostvariti jedino besplatnim davanjem opojne droge nekom licu da je uživa ono ili neko drugo lice. Drugim rečima, radnja ovog krivičnog dela postoji jedino i isključivo u slučaju ustupanja opojne droge bez ikakve naknade (u tom smislu je i presuda Okružnog suda u Nišu Kž-721/77 od 8. novembra 1977. godine).<sup>81</sup> U svim drugim slučajevima stavljanja opojne droge u promet – koji ne predstavljaju prodaju, a kao što su npr. zamena/trampa (razmena opojne droge za opojnu drogu druge vrste ili neku drugu stvar) ili zajam (kada jedno lice drugom licu da određenu vrstu i količinu droge uz obavezu da mu ovaj u određenom roku vrati istu vrstu i količinu droge) postoji krivično delo neovlašćene proizvodnje i stavljanje u promet opojnih droga (član 256. KZ RS).

Radnja izvršenja krivičnog dela omogućavanje uživanja opojnih droga koja se sastoji u besplatnom davanju opojne droge drugom u suštini odgovara poklonu u građanskopravnom smislu jer „najčešće se poklonom stiče pravo svojine određene stvari u čemu se vidi sličnost sa kupoprodajom i razmenom. Ali ono što poklon u bitnome razlikuje od ovih ugovora, to je njegova besplatnost.“<sup>82</sup> Takođe, kada „kažemo za neku stvar da je u prometu to znači da je u prometu pravo svojine, odnosno pravo korišćenja na toj stvari.“<sup>83</sup> Otuda, možemo da zaključimo da je i besplatno davanje/poklanjanje opojne droge po svojoj prirodi nije ništa drugo do jedan od mogućih načina na koji se opojna droga neovlašćeno stavlja u promet, ali koji,

74 I. Simić/A. Trešnjev, (2006), 149.

75 I. Simić, (2002), 76.

76 I. Simić, Represivne mere u suzbijanju opojnih droga, U: *Društveni, pravni i medicinski problemi zavisnosti od droga*, Beograd, 1981, 53.

77 Grupa autora, redaktor Lj. Lazarević, (1995), 786.

78 F. Bačić/Z. Šeparović, *Krivično pravo, posebni dio*, Zagreb, 1992, 216.

79 B. Čejović, (1986), 261.

80 Lj. Lazarević, (1995), 275.

81 B. Čejović, (1986), 261.

82 S. Perović, (1986), 602.

83 Grupa autora, *Enciklopedija imovinskog prava i pravaudruženog rada, tom treći*, Beograd, 1978, 174.

s obzirom na zakonsku inkriminaciju, predstavlja radnju izvršenja omogućavanja uživanja opojnih droga.<sup>84</sup>

Naredni oblik radnje izvršenja ovog krivičnog dela je određen kao stavljanje na raspolaganje prostorija radi uživanja opojnih droga. Da bi postojalo krivično delo stavljanje na raspolaganje prostorija mora biti izvršeno da bi se na taj način drugom licu (jednom licu) omogućilo uživanje opojne droge. Krivično delo je dovršeno stavljanjem prostorija na raspolaganje, nezavisno od toga da li su prostorije u navedenu svrhu i korišćene.

Po pitanju šta se u datom kontekstu podrazumeva pod prostorijama u krivičnopravnoj teoriji je sa jedne strane, zastupljeno uže shvatanje prema kome se u smislu ovog krivičnog dela pod prostorijama podrazumevaju „stanovi, njihove pomoćne prostorije, radne prostorije, ostali delovi zgrada, banke i slično,“<sup>85</sup> a sa druge strane, nešto šire shvatanje prema kome bi „pojam prostorije ovde trebalo shvatiti šire nego kod krivičnog dela narušavanja nepovredivosti stana (član 139, KZ RS) zato što su to najčešće neke skrivene prostorije koje nisu namenjene stanovanju.“<sup>86</sup> Sudska praksa očigledno prihvata šire shvatanje ovog pojma i pod njim podrazumeva „svaki zatvoreni prostor, pa i putničko vozilo“ (presuda Okružnog suda u Beogradu KŽ-266/78 od 16. decembra 1978. godine).<sup>87</sup>

Moglo bi biti sporno da li ovaj oblik radnje izvršenja krivičnog dela postoji onda kada se radi o javnom lokalitetu tj. prostoriji čije je korišćenje u određene svrhe u načelu dozvoljeno neodređenom krugu lica (bioskop ili restoran). Da li postoji obaveza vlasnika, odnosno ovlašćenog lica da utvrđuje da li neko koristi prostorije u svrhu uživanja opojne droge, a ne samo u onu svrhu kojoj je prostorija namenjena? Na to pitanje treba negativno odgovoriti i stoga krivično delo postoji samo ukoliko se prostorija stavi na raspolaganje nekom licu isključivo u svrhu uživanja opojne droge uz postojanje umišljaja u pogledu te okolnosti.<sup>88</sup>

U praksi je takođe prisutno i stanovište da za postojanje krivičnog dela nema značaja da li su prostorije koje su stavljene na raspolaganje vlasništvo učinioca krivičnog dela ili nekog drugog lica čije su mu prostorije bile dostupne npr. kada se radi o stanu tetke izvršioca koji mu je ona ostavila na čuvanje (presuda Okružnog suda u Beogradu KŽ-266/78 od 16. decembra 1978. godine).<sup>89</sup> Ima i mišljenja da je ovo krivično delo ostvareno i u slučaju kada izvršilac navedene prostorije koristi bespravno.<sup>90</sup> Na postojanje krivičnog dela nema uticaja okolnost da li je stavljanje na raspolaganje prostorija radi uživanja opojne droge bilo besplatno ili uz određenu nagradu. Kako se smatra u sudskoj praksi navedena okolnost se može uzeti u obzir

84 Interesantan je stav na koji smo naišli u starijoj literaturi i prema kome „stavljanje u promet prodajom ili na drugi način jeste svaka neovlašćena prodaja ili doturanje opojne droge drugom licu“. J. Radović, *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 1955, 147.

85 Grupa autora, redaktor Lj. Lazarević, (1995), 786. i Lj. Lazarević, (1995), 275.

86 Z. Stojanović/O. Perić, (2010), 197.

87 Bilten Okružnog suda u Beogradu, 1981/13–14, 48.

88 Z. Stojanović, (2009a), 578.

89 Bilten Okružnog suda u Beogradu, 1981/13–14, 49.

90 I. Simić, (1981), 53.

jedino prilikom odmeravanja kazne (presuda Okružnog suda u Nišu KŽ-72/77 od 8. novembra 1977. godine).<sup>91</sup>

U teoriji ima mišljenja da je kriminalno-politički posmatrano dubiozno inkriminisanje ovog oblika krivičnog dela jer se postavlja pitanje da li to zaista vodi sprečavanju upotrebe opojnih droga ili još više ugrožava zdravlje i živote onih koji uživaju opojnu drogu jer upravo zbog toga koriste prostorije koje su nehygijenske i neuslovne.<sup>92</sup>

Krivično delo nadalje, postoji i kada se nekom licu na neki drugi način, osim napred navedenih, omogućava da uživa opojnu drogu. U teoriji postoji nepodeljeno mišljenje da ovaj oblik radnje izvršenja postoji kada se drugom licu daje na korišćenje pribor pomoću koga se droga unosi u organizam.<sup>93</sup> U sudskoj praksi je prisutan stav da pomaganje drugom da intravenski ubrizga drogu takođe predstavlja ovaj oblik krivičnog dela.<sup>94</sup> Sudska praksa nadalje stoji na stanovištu da krivično delo ostvareno i onda kada „izvršilac krivičnog dela nije neposredno u ruke predao drugom licu opojnu drogu već je ostavio na polici u stanu tog lica“ (presuda Vrhovnog suda Srbije KŽ-638/86 od 24. juna 1986. godine).<sup>95</sup> Interesantno je napomenuti da u teoriji ima i mišljenja da se ova radnja izvršenja može sastojati u stavljanju na raspolaganje automobila ili kabine motornog čamca radi uživanja opojne droge.<sup>96</sup> Ne bismo se složili sa ovim shvatanjem jer je reč o preduzimanju takvih delatnosti za koje smo prethodno utvrdili da predstavljaju realizovanje drugog mogućeg oblika radnje izvršenja ovog krivičnog dela – stavljanje na raspolaganje prostorija radi uživanja opojne droge.

Krivično delo je dovršeno preduzimanjem bilo koje delatnosti koja je u zakonu određena kao radnja izvršenja. Ukoliko bi izvršilac preduzeo dve ili više alternativno predviđene radnje radilo bi se o jednom krivičnom delu. Posledica krivičnog dela je apstraktna opasnost za zdravlje ljudi.<sup>97</sup>

Krivično delo može učiniti svako lice, a relevantni oblik krivice je umišljaj. U odnosu na objekt radnje dovoljno je da kod učinioa postoji svest o mogućnosti da je u pitanju opojna droga i pristajanje na tu mogućnost.

Teži oblici krivičnog dela (st. 2 i 3) postoje u sledećim slučajevima: a) ako je delo učinjeno prema maloletnom licu – uzrast pasivnog subjekta mora biti obuhvaćen umišljajem izvršioca, u suprotnom pitanje se rešava u okviru instituta stvarne zablude (član 28. KZ RS), b) ako je delo učinjeno prema više lica – najmanje dva lica, v) ako je delo izazvalo naročito teške posledice – krivično delo kvalifikovano

91 Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, Beograd, 1978/2, 4–5.

92 Z. Stojanović, (2009a), 577.

93 Grupa autora, redaktor Lj. Lazarević, (1995), 786 i Lj. Lazarević (1995), 275.

94 I. Simić, (1981), 52.

95 Pravni život, Beograd, 1987/6, 125.

96 Grupa autora, redaktor Lj. Lazarević, (1995), 786.

97 Ima i mišljenja da „može biti sporno da li je posledica ovog krivičnog dela apstraktna opasnost ili je s obzirom na prirodu opojnih droga posledica narušavanje zdravlja i života pojedinca“. D. Atanacković, *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 1981, 326.

težom posledicom (član 27. KZ RS) u odnosu na koju kod učinioca može da postoji nehat ili umišljaj s obzirom na to da nastupanjem teže posledice nisu ostvarena obeležja nekog drugog krivičnog dela i g) ako je usled izvršenja dela nastupila smrt nekog<sup>98</sup> lica – takođe krivično delo kvalifikovano težom posledicom ali u odnosu na koju je neophodan nehat učinioca.

Po pitanju šta se u kontekstu datog krivičnog dela podrazumeva pod naročito teškim posledicama uglavnom se susrećemo sa shvatanjem da ove posledice moraju približno odgovarati posledicama kvalifikovanih oblika krivičnog dela teške telesne povrede (član 12. st. 2. i 3. KZ RS). Na isti način izjašnjava se i sudska praksa navodeći da „naročito teške posledice postoje ako je lice kome su stavljenе na raspolaganje prostorije stana radi uživanja opojne droge, neposredno nakon uzimanja heroina umrlo“ (presuda Vrhovnog suda Srbije KŽ-440/92)<sup>99</sup> (u istom smislu su i presude ovog suda KŽ-334/89<sup>100</sup> i KŽ-933/06 od 26. juna 2006. godine<sup>101</sup>). Smatra se takođe da i neke druge posledice mogu biti podvedene pod ovaj pojam kao npr. da je lice prema kome je krivično delo učinjeno usled duševne poremećenosti izazvane uživanjem opojne droge izvršilo samoubistvo ili neko teško krivično delo protiv života i tela.<sup>102</sup> Mišljenja smo pak, da bi u kontekstu ovog krivičnog dela pojam naročito teških posledica trebalo vrlo široko tumačiti i kao naročito teške posledice, pored ostalih, smatrati i nastupanje određenih poremećaja u ličnom i porodičnom životu pasivnog subjekta do kojih je došlo usled izvršenja osnovnog oblika ovog krivičnog dela (npr. gubitak posla ili razvod braka).

U stavu 4. je predviđeno da se za delo iz st. 1. i 2. ovog člana neće kazniti zdravstveni radnik koji u okviru pružanja medicinske pomoći omogućava upotrebu droge. Ne bismo ulazili u dublju analizu ove odredbe jer istinu govoreći, zaista ne možemo da „prepoznamo“ smisao date norme.<sup>103</sup> Ipak, ne možemo a da se ne zapitamo kada i zašto bi bilo koji zdravstveni radnik u okviru pružanja medicinske pomoći nekome omogućavao upotrebu opojne droge i šta je to što „upotrebu“ opojne droge ovde diferencira od „uživanja“ opojne droge u kontekstu osnovnog oblika ovog krivičnog dela.<sup>104</sup>

U stavu 5. je predviđeno obavezno izricanje mere bezbednosti oduzimanja predmeta.

98 Kako se navodi, „nije sasvim opravdano što zakonodavac kao kvalifikatornu okolnost utvrđuje smrt „nekog“ lica jer se tu, po logici stvari, mora raditi o smrti lica prema kome je preduzeta neka od delatnosti koja predstavlja radnju izvršenja.“ Đ. Ignjatović/M. Škulić, (2010), 211.

99 Bilten Okružnog suda u Beogradu, 1993/39–40, 50.

100 Bilten Okružnog suda u Beogradu 1990/33–34, 76–77.

101 Izbor sudske prakse, Beograd, 2007/3, 38.

102 Grupa autora, redaktor Lj. Lazarević, (1995), 787 i Lj. Lazarević, (1995), 276.

103 „Krivičnopravni ekspanzionizam sa sobom, po pravilu nosi i manje ozbiljan pristup radu na pripremi zakonskih projekata. Krivično zakonodavstvo se često menja, a kao posledica toga jeste to da su norme često nekvalitetne kako u legislativno-tehničkom, tako i suštinskom smislu“. Vidi više o tome: Z. Stojanović, Krivičnopravni ekspanzionizam i zakonodavstvo Srbije, U: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, Četvrti deo*, Beograd, 2010, 44–46.

104 U istom smislu vidi: Đ. Ignjatović/M. Škulić, (2010), 212.

## IV

Neovlašćeno držanje opojnih droga (član 246a KZ RS) – Krivično delo neovlašćenog držanja opojnih droga je u naše zakonodavstvo kao samostalno krivično delo uneto donošenjem ZID KZ iz 2009. godine. Do tada je „držanje supstanci ili preparata koji su proglašeni za opojne droge“ bilo predviđeno kao posebni oblik krivičnog dela neovlašćene proizvodnje, držanja i stavljanja u promet opojnih droga (član 246. stav 3), i za to krivično delo je bila predviđena mogućnost oslobođenja od kazne kada se opojna droga „drži radi sopstvene upotrebe“ (član 246. stav 4), odnosno kako se navodi „odredbe člana 246. stav 4. nisu od značaja za pravnu kvalifikaciju dela već su od značaja za krivičnu sankciju jer se primenjuju jedino kada se učinilac krivičnog dela iz člana 246. stav 3. koji opojnu drogu drži za sopstvenu upotrebu oslobađa od kazne ili kada se osuđuje na novčanu kaznu bez ograničenja propisanih za ublažavanje kazne“ (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž I-197/08 od 12. februara 2008. godine)<sup>105</sup> (u istom smislu je i presuda ovog suda Kž-1286/07 od 17. jula 2007. godine).<sup>106</sup> Ova inkriminacija je bila uneta u naše pravo donošenjem Zakona o izmenama i dopunama iz 2003. godine (Službeni glasnik RS, br. 39/03).

Odredbom člana 246a stav 1. KZ RS je predviđeno da ko neovlašćeno drži u manjoj količini za sopstvenu upotrebu supstance ili preparate koji su proglašeni za opojne droge, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do tri godine, a može se osloboditi od kazne. U stavu 2. ovog člana nadalje stoji da se učinilac dela iz stava 1. koji otkrije od koga nabavlja opojnu drogu može osloboditi od kazne. U stavu 3. je propisano da će se opojne droge oduzeti.

Radnja izvršenja krivičnog dela sastoji se u neovlašćenom držanju supstanci ili preparata koji su proglašeni za opojne droge. Da bi krivično delo postojalo potrebno je da je reč o manjoj količini opojne droge koja se neovlašćeno drži za sopstvenu upotrebu.

Kao što je napred rečeno, držanje opojne droge podrazumeva faktičko raspolaganje opojnom drogom od strane izvršioca krivičnog dela, nezavisno od toga gde se opojna droga nalazi (kod izvršioca u džepu ili u njegovom stanu), te se stoga smatra da je „okrivljeni neovlašćeno držao 0,38 grama heroína koji predstavlja opojnu drogu, u džepu od farmerki, a što je pronađeno kod njega prilikom pretresa kada je trebalo da bude sproveden iz okružnog zatvora na suđenje“ (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž-2137/03 od 9. decembra 2003. godine),<sup>107</sup> odnosno da neovlašćeno držanje opojne droge postoji i onda kada „prilikom pretresa okrivljenog kod njega nije ništa pronađeno, ali su policajci na udaljenosti 15 metara od okrivljenog pronašli kesicu u kojoj je bila opojna droga“ (presuda Prvog osnovnog suda u Beogradu 2K-25054/2010 od 31. marta 2011. godine).<sup>108</sup>

Potrebno je da je reč o „manjoj količini“ opojne droge. Pošto zakonodavac bliže ne određuje šta se u kontekstu ovog krivičnog dela smatra manjom količinom opoj-

105 Izbor sudske prakse, Beograd, 2009/7–8, 45.

106 Izbor sudske prakse, Beograd, 2009/4, 42.

107 I. Simić/A. Trešnjev, (2006), 148.

108 Odluka je odabrana metodom slučajnog uzorka.



ne droge moglo bi se zaključiti da je tumačenje pojma prepušteno sudskoj praksi koja je inače i pre uvođenja date inkriminacije (u vreme kada je držanje opojne droge uz mogućnost oslobođenja od kazne u slučaju da se opojna droga drži radi sopstvene upotrebe bilo propisano kao oblik krivičnog dela neovlašćenje proizvodnje, držanja i stavljanja u promet opojnih droga) postojanje okolnosti držanja opojne droge radi sopstvene upotrebe utvrđivala pre svega s obzirom na količinu opojne droge koja je bila u pitanju. Osim te okolnosti sudovi su po pravilu uzimali u obzir i činjenicu da je učinilac krivičnog dela zavisnik od upotrebe opojne droge. U tom smislu Vrhovni sud Srbije u svojim presudama navodi da je „prvostepeni sud pravilno utvrdio da je okrivljeni držao drogu radi sopstvene upotrebe u situaciji kada je kod njega pronađeno šest paketića opojne droge heroin ukupne količine 1,58 grama, a radi se o heroinskom zavisniku, bez obzira što je u pitanju lice koje je ranije osuđivano za neovlašćeni promet drogom“ (Kž-2245/06 od 19. decembra 2006. godine),<sup>109</sup> odnosno „iz spisa proizlazi da je kod okrivljenog pretresom pronađeno sedam paketića sa opojnom drogom heroin, da se radi o lečenom narkomanu, da mu je po prijemu u pritvor zatvorski lekar prepisao terapiju koja se uobičajeno daje licima koja koriste opojnu drogu, a za koje se očekuje da zbog apstinencijalne krize mogu imati problema, da iz iskaza svedoka, bivše supruge okrivljenog proizlazi da je okrivljeni tokom trajanja bračne zajednice koristio drogu – pravilno je prvostepeni sud našao da sporna droga nije namenjena daljoj prodaji već je bila namenjena za ličnu upotrebu“ (Kž-2148/09 od 7. septembra 2009. godine)<sup>110</sup> takođe da „kada je kod okrivljenog pretresom pronađena opojna droga heroin u količini od 1.33 grama upakovana u četiri paketića koju je poneo sa sobom prilikom izlaska u grad, pravilno je prvostepeni sud našao da je okrivljeni opojnu drogu nabavio za sopstvene potrebe i da nema dokaza da je držao radi prodaje“ (Kž-763/08 od 24 aprila 2008. godine)<sup>111</sup> kao i da je „po oceni Vrhovnog suda prvostepeni sud pravilno ocenio odbranu okrivljenog da predmetnu opojnu drogu drži radi sopstvene upotrebe s obzirom na to da je ove lekove počeo da koristi u vreme služenja vojnog roka na Kosovu, da iste redovno koristi u manjim količinama kao i da ih nabavlja bez recepta u apoteci, a sve to imajući u vidu da je u pitanju mala količina opojne droge“ (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž-178/08 od 7. februara 2008. godine).<sup>112</sup>

Međutim, s obzirom na to da je u pitanju okolnost koju u svakom slučaju treba nedvosmisleno utvrditi neretko se događalo da je Vrhovni sud Srbije ukidao predmet i vraćao na ponovno suđenje jer su bili „nejasni razlozi kojima je prvostepeni sud obrazlagao svoj zaključak da je okrivljeni opojnu drogu držao radi sopstvene upotrebe“ (rešenja Vrhovnog suda Srbije Kž-939/07 od 22. maja 2007. godine)<sup>113</sup> i Kž-848/08 od 15. maja 2008. godine).<sup>114</sup> U istom smislu je i presuda ovog suda u kojoj se navodi da „Vrhovni sud nalazi da je preuranjen zaključak prvostepenog

109 Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/10, 39.

110 Izbor sudske prakse, Beograd, 2010/4, 43.

111 Izbor sudske prakse, Beograd, 2009/3, 35.

112 Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/7–8, 44.

113 Izbor sudske prakse, Beograd, 2009/3, 34.

114 Izbor sudske prakse, Beograd, 2009/3, 35.

suda da je okrivljeni 14,8 grama opojne droge heroin upakovane u sedam paketića neovlašćeno držao radi sopstvene upotrebe jer prvostepeni sud nije dao dovoljne i jasne razloge na osnovu kojih dokaza je nesumnjivo utvrdio da je predmetna opojna droga bila namenjena za lično uživanje“ (KŽ-1726/06 od 2. oktobra 2006. godine).<sup>115</sup>

Shodno svemu rečenom, možemo da vidimo da bi zaključak o tome da je u konkretnom slučaju u pitanju manja količina opojne droge za sopstvenu upotrebu trebalo donositi na osnovu ocene okolnosti datog slučaja, a pre svega uzevši u obzir vrstu opojne droge, zatim da li je reč o zavisniku od opojne droge kao i s obzirom na način i mesto na kome se opojna droga drži. U tom smislu primera radi, Prvi osnovni sud u Beogradu konstatuje da postoji krivično delo neovlašćeno držanje opojnih droga „kada je kod okrivljenog koji je u vreme izvršenja predmetnog krivičnog dela bio konzument heroina prilikom pretresa od strane Interventne jedinice 92 u donjem vešu pronađen paketić PVC folije u kojoj se nalazilo 0,28 grama heroina“ (2K-23306/2010 od 23. marta 2011. godine).<sup>116</sup> No, ovaj isti sud nadalje smatra da krivično delo postoji i u slučaju „kada je kod okrivljenog koji, prema njegovim rečima u poslednjih 7-8 meseci povremeno uživa opojne droge i to heroin i marihuanu, pronađeno 0,81 gram heroina“ (2K-25054/2010 od 31. marta 2011. godine)<sup>117</sup> kao i „kada je okrivljeni kod sebe neovlašćeno držao 0,87 grama opojne droge marihuana na taj način što je navedenu količinu opojne droge upakovane u PVC kesicu držao u džepu pantalona“ (2K-25186/2010 od 23. marata 2011. godine).<sup>118</sup>

Propisana kazna je novčana kazna ili zatvor do tri godine, a takođe postoji i mogućnost oslobođenja od kazne.

Moglo bi se reći da je u pitanju „pomalo neobična“ odredba o kažnjavanju, jer se osim propisane kazne pojavljuje i mogućnost za oslobođenje od kazne a da pri tome datom odredbom nije propisan poseban osnov za oslobođenje od kazne, što navodi na zaključak da okolnosti koje predstavljaju obeležja bića ovog krivičnog dela istovremno predstavljaju i poseban osnov za oslobođenje od kazne?<sup>119</sup>

Podsećanja radi, u našem pravu je prihvaćena koncepcija prema kojoj sud učinioca krivičnog dela može osloboditi od kazne samo u slučajevima koji su izričito predviđeni u zakonu i to bilo u opštem, bilo u posebnom delu. Shodno tome, osnovi za oslobođenje od kazne se uslovno rečeno, mogu podeliti na opšte i posebne; opšti osnovi bi bili oni koji su predviđeni u opštem delu i koji se mogu primenjivati na svakog učinioca i na svako krivično delo, a posebni osnovi bi bili oni koji su propisani u posebnom delu i koji se primenjuju kod određenih krivičnih dela. Kako

115 Izbor sudske prakse, Beograd, 2007/5, 41.

116 Odluka je odabrana metodom slučajnog uzorka.

117 Odluka je odabrana metodom slučajnog uzorka.

118 Odluka je odabrana metodom slučajnog uzorka.

119 „Nije teško konstatovati, bez posebne analize i obrazlaganja, da postojeće stanje u pogledu primene i poštovanja pravila izrade krivičnopravnih normi u Srbiji ne zadovoljava... Ne tako retko, rad na pripremi zakona ili njegovim izmenama i dopunama započinje bez polazne koncepcije i cilja koji se želi postići. Uočava se i nedovoljno uvažavanje nauke i struke.“ Vidi više o tome: Z. Stojanović, (2009b), 13–18.

se čini, u datom slučaju postoji sa jedne strane krivično delo, a sa druge strane, mogućnost oslobođenja od kazne za to krivično delo, ali je (sticajem neobjašnjivih okolnosti) izostalo propisivanje osnova koji daje mogućnost oslobođenja od kazne.

Obzirom da nije propisan posebni osnov za oslobođenje od kazne sudovi kod ovog krivičnog dela nemaju drugu mogućnost osim da u presudama oslobođenje od kazne učinioca krivičnog dela obrazlože navođenjem olakšavajućih i otežavajućih okolnosti (koje su relevantne prilikom redovnog odmeravanja kazne) pa se tako primera radi, u jednoj presudi navodi sledeće: „u smislu člana 54. Krivičnog zakonika sud je cenio sve okolnosti koje utiču na odmeravanje kazne. Otežavajućih okolnosti na strani okrivljenog nije bilo. Kao olakšavajuće okolnosti sud je cenio (te i te) i našao da je opravdano da se pod ovakvim okolnostima okrivljeni oslobodi od kazne“ (presuda Prvog osnovnog suda u Beogradu 2K-25186/2010 od 23. marta 2011. godine).<sup>120</sup>

Shodno tome da je u osnovnom obliku krivičnog dela predviđen fakultativni osnov za oslobođenje od kazne teško je nadalje pronaći razlog koji je zakonodavca opredelio da i u stavu 2. predvidi mogućnost za oslobođenje od kazne učinioca dela iz stava 1. koji otkrije od koga nabavlja opojnu drogu. To bi značilo da svaki učinilac ovog krivičnog dela ima mogućnost da otkrivanjem od koga nabavlja opojnu drogu sebi „obezbedi“ „dvostruku“ šansu za oslobođenje od kazne. Sporno je međutim pitanje koji je smisao uvođenja ovakve inkriminacije kojom se propisuje da neko ponašanje predstavlja krivično delo i uz to se u svakom slučaju daje mogućnost oslobođenja od kazne. Ako se već inkriminiše neovlašćeno držanje manje količine opojne droge za sopstvenu upotrebu, onda je bilo dovoljno (i logično) da se mogućnost oslobođenja od kazne predvidi samo za slučaj da učinilac otkrije od koga nabavlja opojnu drogu.

Najzad, problem ovde može biti i pitanje odnosa krivičnog dela neovlašćenog držanja opojnih droga koje je bilo predviđeno u članu 246. stav 3. i krivičnog dela neovlašćenog držanja opojnih droga iz člana 246a. Prema jednom stavu sudske prakse u slučaju kada je neovlašćeno držanje opojne droge izvršeno pre stupanja na snagu ZID KZ iz 2009. godine „primenjuje se zakon koji je važio u vreme izvršenja krivičnog dela jer nova relevantna odredba nije blaža za učinioca s obzirom da je za krivično delo iz člana 246a propisana identična sankcija“ (presuda Prvog osnovnog suda u Beogradu 13K-20714/2010 od 28. jula 2010. godine),<sup>121</sup> odnosno kako u istom slučaju zaključuje Apelacioni sud u Beogradu „po nalaženju drugostepenog suda prvostepeni sud je utvrđeni činjenični opis pravilno podveo pod odredbu člana 246. stav 3. KZ budući da se na učinioca krivičnog dela primenjuje zakon koji je važio u vreme izvršenja krivičnog dela, a ako je nakon toga zakon izmenjen jednom ili više puta, primeniće se zakon koji je najblaži za učinioca. Kako Krivični zakonik nakon izmena i dopuna koje su stupile na snagu 2009. godine nije blaži za okrivljenog to je prvostepeni sud pravilno izveo zaključak o pravnoj oceni radnji

120 Odluka je odabrana metodom slučajnog uzorka.

121 Odluka je odabrana metodom slučajnog uzorka.

okrivljenog“ (Kž 1. 6507/10 od 16. novembra 2010. godine).<sup>122</sup> Prema drugom stavu sudske prakse, koji bismo i mi podržali, smatra se da je prvostepeni sud pravilno postupio kada je okrivljenog oslobodio od optužbe da je izvršio krivično delo iz člana 246a u slučaju kada je krivično delo izvršeno pre donošenja ZID KZ iz 2009. godine, jer kako se ističe „nakon datih izmena krivično delo postoji samo ukoliko se opojna droga u manjoj količini drži za sopstvenu upotrebu, tako da radnja neovlašćenog držanja opojne droge sama po sebi ne predstavlja krivično delo iz člana 246a i stoga je prvostepeni sud pravilno našao da je za okrivljenog blaži sada važeći Krivični zakonik jer se u radnjama koje mu se stavljaju na teret ne stiču zakonska obeležja krivičnog dela iz člana 246a, niti bilo kog drugog zakonom predviđenog krivičnog dela“ (presuda Apelacionog suda u Beogradu Kž 2. 2578/2010 od 14. decembra 2010. godine)<sup>123</sup> (u istom smislu je i presuda ovog suda Kž 1. 4640/10 od 23. decembra 2010. godine<sup>124</sup> kao i rešenje Apelacionog suda u Kragujevcu Kž-1631/10 od 7. juna 2010. godine<sup>125</sup>). Navedeni stav potvrđen je i od strane Vrhovnog suda Srbije koji ističe da „stupanjem na snagu ZID KZ iz 2009. godine i to njegovog člana 95. prestalo je da postoji krivično delo neovlašćenog držanje opojnih droga iz člana 246. stav 3. KZ. Primenom člana 5. KZ blaži po okrivljenog je novi Krivični zakonik, odnosno izmene i dopune, pa kako krivično delo više ne postoji okrivljeni se ima osloboditi od optužbe primenom člana 355. tačka 1. ZKP“ (Kž- 2881/09 od 23. novembra 2009. godine).<sup>126</sup>

## V

Kada je reč o krivičnom delu neovlašćenog uzgajanja biljaka iz kojih se dobija opojna droga ili koje same sadrže opojnu drogu (član 246. stav 2. KZ RS), zatim krivičnom delu neovlašćenog držanja opojnih droga (član 246a KZ RS) kao i krivičnom delu omogućavanje uživanja opojnih droga (član 247. KZ RS) s obzirom na to da su u pitanju krivična dela kod kojih je zaprećena kazna zatvora do pet godina, moglo se postaviti i pitanje mogućnosti primene instituta delo malog značaja (član 18. KZ RS).

Pre donošenja Krivičnog zakonika iz 2006. godine i uvođenja instituta delo malog značaja sudska praksa je bila dosta neujednačena po pitanju mogućnosti primene instituta neznatne društvene opasnosti u slučaju neovlašćenog držanja opojnih droga (ex član 246. stav 3. KZ RS), pa tako sa jedne strane nailazimo da mišljenje Vrhovnog suda Srbije da „količina od 0,06 grama heroína predstavlja neznatnu količinu opojne droge, daleko ispod uobičajene doze za jednokratnu upotrebu, što

122 Odluka je odabrana metodom slučajnog uzorka.

123 Odluka je odabrana metodom slučajnog uzorka.

124 Odluka je odabrana metodom slučajnog uzorka.

125 Izbor sudske prakse, Beograd, 2011/1, 43.

126 Izbor sudske prakse, Beograd, 2010/4, 43. Shodno tome, kako se navodi, ne bi postojalo krivično delo u slučaju kada bi jedno lice držalo u većoj količini za sopstvenu upotrebu supstance ili preparate koji su proglašeni za opojne droge – kažnjavao bi se samo „siromašni“ učinilac koji drži manju količinu za sopstvenu upotrebu. Đ. Ignjatović/M. Škulić, (2010), 208.

istovremeno znači da je u pitanju radnja koja predstavlja neznatnu društvenu opasnost zbog malog značaja i zbog neznatnosti štetnih posledica“ (rešenje Srbije Kž II-622/04 od 11. maja 2004. godine),<sup>127</sup> odnosno da „količina od 0,98 grama opojne droge predstavlja neznatnu društvenu opasnost“ (rešenje Kž II-1722/04 od 27. januara 2005. godine).<sup>128</sup> Sa druge strane pak, isti sud navodi da „se ne može smatrati da se radi o neznojnoj društvenoj opasnosti, kada se kao objekt radnje pojavljuje opojna droga, jer opojna droga uvek predstavlja opasnost za zdravlje pa i kada se drži u manjoj količini“ (rešenje Kž-587/06 od 29. matra 2006. godine).<sup>129</sup>

Sam institut delo malog značaja sa kriminalno-političkog aspekta predstavlja jedan od važnijih instrumenata kriminalne politike na području tretiranja sitnog, bagatelnog kriminaliteta jer se, ukoliko su ispunjeni zakonom propisani uslovi (nizak stepen krivice učinioaca, ako su štetne posledice odsutne ili nezatne i ako opšta svrha krivičnih sankcija ne zahteva izricanje krivične sankcije), pomoću ovog instituta iz krivičnog prava, praktično isključuju beznačajna krivična dela.<sup>130</sup>

Kod krivičnih dela zloupotrebe opojnih droga kao sporno se javlja pitanje da li se može smatrati da je ispunjen drugi uslov za primenu instituta delo malog značaja – da je posledica nezatna, onda kada je reč o uslovno rečeno, manjoj količini opojne droge (npr. kada se u saksiji uzgaja jedna biljka marihuane i slično). Po tom pitanju, sudska praksa stoji na stanovištu da „nema mesta primeni člana 18. KZ iako se prema navodima odbrane okrivljenog radi o maloj količini droge, u slučaju kada je okrivljeni kritičnom prilikom svedoku omogućio uživanje opojne droge na taj način što mu je dao dve tablete ‘rivotrila’ koje je svedok na licu mesta popio, a iz razloga što količina droge nije bitan element ovog krivičnog dela“ (presuda Vrhovnog suda Srbije Kž-475/08 od 14. aprila 2008. godine).<sup>131</sup>

Shodno tome, mogli bismo da zaključimo da primena instituta delo malog značaja ne bi bila moguća kod ovih krivičnih dela pre svega zbog njihove prirode, odnosno objekta zaštite. Razlog više koji ide u prilog ovom stavu je okolnost da delo malog značaja pored svoje nesporno značajne uloge u krivičnom pravu ima i jedan „nedostatak“ koji se sastoji u tome što se primenom ovog instituta sudskom odlukom oslobađa svake odgovornosti lice koje je ostvarilo krivično delo u objektivno-subjektivnom smislu, što znači da izostaje i bilo kakav vid društvene osude iako je krivično delo učinjeno. Otuda bi delo malog značaja, kao osnov koji isključuje postojanje krivičnog dela, trebalo primenjivati samo u onim slučajevima kada se na osnovu datih objektivnih i subjektivnih okolnosti nedvosmisleno može zaključiti da bilo kakav vid društvenog prekora ne bi bio opravdan, a što po našem mišljenju nije slučaj sa krivičnim delima zloupotrebe opojnih droga. Stoga smatramo da bi kod ovih krivičnih dela kada se radi o manjoj količini opojne droge adekvatnije bilo reagovati nekim drugim instrumentima, poput uslovne osude ili sudske opomene koje uključuju i odgovarajući vid društvenog prekora.

127 I. Simić/A. Trešnjev, (2005), 54.

128 *Ibid.*

129 I. Simić/A. Trešnjev, (2008), 178–180.

130 Vidi više o tome: N. Delić, *Nova rešenja opštih instituta u KZS*, Beograd, 2009, 36–41.

131 Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/10, 39.

## LITERATURA

## Citirana literatura:

- Bačić F./Šeparović Z.*, Krivično pravo, posebni dio, Zagreb, 1992
- Kušević V.*, Zloupotreba droga, Zagreb, 1990
- Modly D.*, Podmena o razširjenosti uživanja drog v Jugoslaviji in delo organov za notranje zadeve, U: Kej vemo o drogah, Ljubljana, 1975
- Atanacković D.*, Krivično pravo, posebni deo, Beograd, 1981
- Babić M./Marković I.*, Krivično pravo, posebni dio, Banja Luka, 2005
- Bilten Okružnog suda u Beogradu 1990/33-34
- Bilten Okružnog suda u Beogradu, 1981/13-14
- Bilten Okružnog suda u Beogradu, 1993/39-40
- Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, Beograd, 1978/2
- Bukelić J.*, Droga i mladi, Beograd, 1980
- Grupa autora*, Enciklopedija imovinskog prava i pravaudruženog rada, tom treći, Beograd, 1978
- Delić N.*, Zabrana (isključenje) ublažavanja kazne u određenim slučajevima, U: Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, Četvrti deo, Beograd, 2010
- Delić N.*, Kvalifikatorne okolnosti kod krivičnog dela ubistva, Pravni život, Beograd, 2008/9
- Delić N.*, Poravnanje učinioca i oštećenog kao osnov za oslobođenje od kazne, U: Kazneno zakonodavstvo: progresivna ili regresivna rešenja, Beograd, 2005
- Ignjatović Đ./Škulić M.*, Organizovani kriminalitet, Beograd, 2010
- Lazarević Lj.*, Krivično pravo Jugoslavije, Beograd, 1995
- Lazarević Lj.* (redaktor), Komentar Krivičnog zakona SRJ, Beograd, 1995
- Delić N.*, Nova rešenja opštih instituta u KZS, Beograd, 2009
- Perić O.*, Konvencija UN protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstanci i jugoslovensko zakonodavstvo, U: Zbornik radova, Beograd, 2007
- Perić O.*, Međunarodnopravni aspekt suzbijanja zloupotrebe opojnih droga, U: Zbornik radova, Beograd, 2007
- Perović S.*, Obligaciono pravo, Beograd, 1986
- Radović J.*, Krivično pravo, posebni deo, Beograd, 1955
- Simić I.*, Represivne mere u suzbijanju opojnih droga, U: Društveni, pravni i medicinski problemi zavisnosti od droga, Beograd, 1981
- Stojanović Z.*, Komentar Krivičnog zakonika, Beograd, 2009
- Stojanović Z.*, Krivičnopravni ekspanzionizam i zakonodavstvo Srbije, U: Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, Četvrti deo, Beograd, 2010
- Stojanović Z.*, Proces stvaranja krivičnog zakonodavstva i suzbijanje kriminaliteta, U: Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, Treći deo, Beograd, 2009
- Stojanović Z./Perić O.*, Krivično pravo, posebni deo, Beograd, 2010
- Čirić J.*, Droga i pravo na život, Pravni život, 2008/2
- Čejović B.*, Krivično pravo u sudskoj praksi, druga knjiga, posebni deo, Beograd, 1986



Zbirke sudskih odluka i stručni časopisi iz kojih su preuzete citirane odluke:

Izbor sudske prakse, Beograd, 2007/3

Izbor sudske prakse, Beograd, 2007/5

Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/1

Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/2

Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/4

Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/5

Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/6

Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/7–8

Izbor sudske prakse, Beograd, 2008/10

Izbor sudske prakse, Beograd, 2009/2

Izbor sudske prakse, Beograd, 2009/3

Izbor sudske prakse, Beograd, 2009/4

Izbor sudske prakse, Beograd, 2009/5

Izbor sudske prakse, Beograd, 2009/7–8

Izbor sudske prakse, Beograd, 2009/10

Izbor sudske prakse, Beograd, 2009/12

Izbor sudske prakse, Beograd, 2010/4

Izbor sudske prakse, Beograd, 2010/5

Izbor sudske prakse, Beograd, 2010/6

Izbor sudske prakse, Beograd, 2010/11

Izbor sudske prakse, Beograd, 2011/1

Pravni život, Beograd, 1987/6

*Simić I.*, Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, druga knjiga, Beograd, 1998

*Simić I.*, Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, peta knjiga, Beograd, 2004

*Simić I.*, Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, treća knjiga, Beograd, 2000

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

*Simić I./Trešnjev A.*, Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, šesta knjiga, Beograd, 2005

*Simić I./Trešnjev A.*, Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, sedma knjiga, Beograd, 2006

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

Citirane sudske odluke odabrane metodom slučajnog uzorka:

2K-23306/2010 od 23. marta 2011. godine

2K-25054/2010 od 31. marta 2011. godine

2K-25186/2010 od 23. marta 2011. godine

Kž 1. 6507/10 od 16. novembra 2010. godine

presuda Apelacionog suda u Beogradu Kž 1. 4640/10 od 23. decembra 2010. godine

presuda Apelacionog suda u Beogradu Kž 2. 2578/2010 od 14. decembra 2010. godine

presuda Prvog osnovnog suda u Beogradu 13K-20714/2010 od 28. jula 2010. godine

presuda Prvog osnovnog suda u Beogradu 2K-25186/2010 od 23. marta 2011. godine

*Nataša Delić*

Faculty of Law, University of Belgrade

## CRIMINAL ASPECT OF DRUG ABUSE

### SUMMARY

In this paper the author discusses the criminal justice aspect of narcotic drugs abuse and performs review and analysis of the three criminal offences from group of criminal offences against health of people, such as a) unlawful manufacture and putting into circulation of narcotic drugs (article 246), unlawful possession of narcotic drugs (article 246a) and c) rendering opportunity for consumption of narcotic drugs (article 247). The legal nature and significance of these crimes has determined the content and structure of the work in which the relevant elements of these crimes were analyzed. Regarding certain issues discussed in the paper, the author points out the relevant theoretical frameworks and case law and also deduces the appropriate conclusions.

In the first part of the work, in which the unlawful manufacture and trade of narcotic drugs is analyzed, the author solves some dilemmas concerning certain forms of action of this criminal offence. Further, he pays special attention to critical analysis of the newly introduced privileged form of the offence – the unlawful cultivation of poppy, psychoactive hemp or other plants from which narcotic drugs are made or that contain narcotic drugs. In this context, the author notices that this is an imprecise formulation; especially in relation to action and object of action. Besides, he questions the criminal-political justification of such solution.

Regarding rendering opportunity for consumption of narcotic drugs, the author deals with it's action, which consists of giving narcotic drugs to another person and points out that this is actually a present in terms of civil law, which further means that giving drugs is a way of putting drugs into circulation. In this part of the paper, a short critical review of the regulation that a medical worker shall not be punished if he renders opportunity for consumption of drugs while providing medical care is given.

Third part is dedicated to unlawful possession of narcotic drugs, introduced to our legislation in 2009 by Criminal Code Amendment Act and which commits whoever unlawfully possesses for personal use lower amount of substances or preparations that are declared narcotics. The author stresses the scarcities of this formulation – the imprecise elements of the offence and the legislator's possibility to exempt from punishment for the basic form of the offence, without prescribing a special ground for exemption from punishment.

In the very end, it is discussed whether there's a possibility to apply act of minor significance (article 18) to some forms of the offence (to acts punishable by imprisonment to five years). After relevant argumentation, the author concludes that regarding the nature of those criminal offences, as well as the criminal relevance of act of minor significance, his application here would not be justified.

**Key words:** health of people, drug abuse, criminal offence.

Igor Vuković\*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

## ISPROVOCIRANI NAPADI I DRUGA OGRANIČENJA NUŽNE ODBRANE

**Apstrakt:** Prema većinskom shvatanju, pravo na nužnu odbranu je ograničeno ako je napad namerno isprovociran, redovno kako bi napadnuti teško povredio ili lišio života napadača. Ograničenje prava na nužnu odbranu postoji i ako napadač postupa neskrivljeno, kao što je slučaj sa napadima dece, duševno bolesnih i lica pod dejstvom alkohola ili droga. Od značaja su i ograničenja u slučaju bliskih ličnih odnosa napadača i napadnutog, kao u slučaju odnosa supružnikā ili članova porodice. U navedenim situacijama, branilac je ograničen na tzv. defanzivnu odbranu, ali ne i na ofanzivan protivnapad. Članak razmatra ova socijalno-etička ograničenja i njihovu primenljivost u praksi.

**Ključne reči:** nužna odbrana, socijalno-etička ograničenja, isprovocirani napad, neskrivljeni napad, bliski lični odnosi.

Tradicionalno, u kontinentalnoj nauci krivičnog prava razvijeno je učenje o tzv. socijalno-etičkim ograničenjima nužne odbrane, odnosno redukovanju ili čak isključenju prava na nužnu odbranu iz socijalnih obzira. Unutar ove kategorije, uobičajeno<sup>1</sup> se razmatraju situacije: iscenirane nužne odbrane (tzv. isprovocirani napadi), napadi dece, neuračunljivih i lica u kakvoj zabludi (tzv. neskrivljeni napadi), napadi između lica koje vezuju bliski lični odnosi (roditelja i dece, supružnika itd.) i slučajevi krajnje nesrazmere između vrednosti napadnutog dobra i dobra koje se povređuje u odbijanju napada. U našim sledećim izlaganjima razmotrićemo prve tri situacije socijalno-etičkih ograničenja.<sup>2</sup>

### 1. ISPROVOCIRANI NAPADI

Struktura slučajeva isprovociranog napada bitno se razlikuje od strukture drugih situacija socijalno-etičkog ograničavanja prava na nužnu odbranu. Dok se

---

\* docent, igorvu@ius.bg.ac.rs

- 1 Pored navedenih opštih ograničenja, teorija poznaje i značajan broj podgrupa iz Posebnog dela, gde poseban značaj imaju osobenosti odbrane u slučaju ucene (tzv. šantaže) i nužne pomoći u slučaju iznuđivanja iskaza mučenjem (vid. na srpskom jeziku C. Roxin /2008/: Zlostavljanje u pravnoj državi – slučaj Dašner u Nemačkoj. Da li državnim organima izuzetno može biti dopušteno da pribave iskaz prinudom, *Strani pravni život*, № 3, str. 21–22).
- 2 O opštoj problematici socijalno-etičkih ograničenja, njihovoj saglasnosti sa načelom zakonitosti i usklađenosti sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima vid. I. Vuković /2011/: O socijalno-etičkim ograničenjima nužne odbrane uopšte i situacije krajnje nesrazmere dobara, u: *Međunarodna naučna konferencija „Pravni sistem i društvena kriza“*, Zbornik radova. Druga sveska, Kosovska Mitrovica, str. 431 i dalje.

kod ovih ograničenja ocena nužne odbrane izvodi isključivo u relaciji napada i odbrane, provocirani napad ukupno događanje koje je predmet ocene proširuje i na jedan prethodni čin – provocirajuće ponašanje kao povod kasnije odbrane.<sup>3</sup> Zbog toga je već na prvi pogled situacije provociranog napada moguće rešiti *dvojako*. S jedne strane, moguće je provokaciju posmatrati *iz pozicije iscenirane odbrane*. Kako je provokacija izazvala napad, pravo napadnutog se ograničava sa dejstvom kažnjavanja za delo učinjeno u takvoj „odbrani“. Na drugoj strani, kažnjivost je moguće zasnovati i iz *perspektive samog provocirajućeg ponašanja*. Tu se ne misli na mogućnost da provocirajući akt po sebi može predstavljati krivično delo (npr. uvreda),<sup>4</sup> već na spornu konstelaciju prema kojoj napadnuti skrivljeno izaziva poziciju osnova isključenja protivpravnosti, sa dejstvom pomeranja utvrđivanja odgovornosti u ovo ranije stanje (tzv. *actio illicita in causa*).

Treba imati u vidu da samo provociranje napada možda već predstavlja **napad** u smislu čl. 19 Krivičnog zakonika. Tako, ako provokator upućuje drugome seriju uvreda ili telesno krene na njega, sa idejom da u slučaju bilo kakve reakcije drugoga upotrebi u unutrašnjosti jakne spremljeno vatreno oružje – takvog provokatora ne smatramo samo nekakvim budućim napadnutim, već aktuelnim napadačem na čast ili telesni integritet drugoga, koji je ovlašćen da ova svoja dobra odgovarajuće brani.<sup>5</sup> Problem nastaje ako provokacija ne predstavlja protivpravni napad. Tako je najpre moguće zamisliti provocirajuće akte koji ne predstavljaju bar uvredu drugog, npr. u vidu *zadirivanja* i *ruganja*, gde je više reč o socijalno-etički nevrednom, nego protivpravnom činu.<sup>6</sup> Tu spadaju i *tipične konstelacije provokacije*, u kojima jedno lice verbalno izaziva drugog, ali gde njegove akte više ne možemo smatrati protivpravnim napadom, jer je napad okončan. Tako u prethodnom primeru kanonade uvreda, pravo na odgovarajuću odbranu postoji samo ako se prema okolnostima može očekivati dalje vređanje ili napad telom, ali ne i ako *uslov istovremenosti* više nije ispunjen.<sup>7</sup> To će biti slučaj ako je vređanje završeno ili ako je udarac već učinjen, a napadač je svoj atak okončao (npr. ako se okrenuo od napadnutog).

- 3 Od provokacije napada treba razlikovati tzv. *provokaciju odbrane*, gde se učinilac, predviđajući budući napad, oprema oružjem i drugim opasnim sredstvima odbrane. Iako i ovde deo autora zastupa ograničavanje prava na odbranu (tako npr. T. Lenckner, W. Perron /2001/: in: A. Schönke, H. Schröder (Hrsg.) *et al.*, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 26. Auflage, s. 629, u slučaju namerne provokacije), tako nešto nije opravdano, jer branilac dobra ni na koji način ne utiče na nastanak napada. Upotrebu sredstava odbrane treba razmatrati isključivo unutar uslova „neophodno potrebne odbrane“ (slično F. Herzog /2005/: in: U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paefßen (Hrsg.) *et al.*, *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch. Band 1*, Baden-Baden 2. Auflage, s. 1180), iako unapred pripremljeno oružje za odbranu prema okolnostima može biti i indicija da postoji provokacija napada.
- 4 Kil kao primer navodi moguća uvredljiva izazivanja u stilu: „Patuljku, ti se ne usuđuješ da kreneš na mene“ (K. Kühl /1991/: Die „Notwehrprovokation“, *Juristische Ausbildung*, № 2, s. 58).
- 5 J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch /2003/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld, 11. Auflage, s. 363; U. Kindhäuser /2009/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden-Baden, 4. Auflage, s. 149; K. Kühl /2002/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 4. Auflage, s. 226.
- 6 K. Kühl /2002/: *op. cit.*, s. 227.
- 7 Treba imati u vidu da je kod uvreda koje su redovno verbalne, napad po pravilu okončan njihovim izgovaranjem.

Sporan je i mnogoznačan **pojam** isprovociranog napada. U tom smislu se postavlja pitanje da li provokacija napada ima svoje *objektivne oznake*, ili je tu odlučna subjektivna predstava napadnutog. Osnovno je da li se prethodno ponašanje vrednuje kao *protivpravno ili pravu saglasno*.<sup>8</sup> Ako ponašanje jednog lica ne povređuje pravo, ne postoji razlog da se ovome oduzme ili ograniči pravo na odbranu, samo zato što je takvo, pravu saglasno ponašanje od strane drugog lica vrednovano kao povod na koji se reaguje napadom. Tako, ako jedan od dvojice neprijateljski raspoloženih komšija, kojem je drugi pripremio da mu se ne približava, uđe u kafanu u kojoj se ovaj nalazi, takvo njegovo ponašanje ne predstavlja provokaciju drugoga. Drugačije je ako se ovo prethodno ponašanje može oceniti kao protivpravno. Tu su najlakše rešive situacije u kojima provokacija istovremeno predstavlja napad na određeno, *krivičnim pravom zaštićeno dobro* (čast, telesni integritet, nepovredivost stana, imovinu, itd.). Nešto su kompleksniji slučajevi protivdužnosnih akata koji nisu istovremeno i krivično protivpravni, kao npr. povrede braka u situacijama bračnih preljuba.<sup>9</sup> Naročito je sporno kako vrednovati situacije prethodnog ponašanja što više povređuju zahteve morala nego prava, kao kod različitih aluzija, podbadaanja drugog, njegovog zadirkivanja ili začikavanja na granici vređanja, preko socijalno-adekvatnih radnji koje drugi prepoznaje kao provokaciju,<sup>10</sup> do neljubavnosti ili netaktičnosti. Pojedini autori ove heterogene situacije na granici prava i morala podvode pod naročitu grupu „socijalno-etički nevrednog ponašanja“.<sup>11</sup> Ono što proširivanje provokacije i na ove slučajeve čini problematičnim jeste činjenica da se onaj koji još uvek nije povredio slobodan prostor drugog, i kada je njegov čin etički sumnjiv – ipak nalazi na terenu prava. Osim toga, kriterijum saglasnosti ponašanja sa socijalnom etikom krajnje je neodređen,<sup>12</sup> tako da ne predstavlja nikakav oslonac u promišljanju koje za posledicu ima tako značajna pravna dejstva.

Stoga na prvi pogled deluje primamljivo orijentisanje prema diskursu svakodnevice, gde se pod provokacijom uobičajeno razume ponašanje koje u konkretnoj situaciji *potiče agresivnu reakciju drugog*. To pomera ugao posmatranja iz relacije protivpravnog odnosno nezakonitog, pa čak i socijalno-etički prihvatljivog ili neprihvatljivog na teren kolokvijalnih predstava o sadržaju provocirajućeg. Ako dakle neko ponašanje, npr. posmatranje krišom ljubavnog čina dvoje mladih u parku, tipično ima za ishod emocionalnu reakciju ljubavnika – takvo ponašanje imalo bi se vrednovati kao provokativno, nezavisno od ocene njegove pravne dopuštenosti. Upravo ovo dejstvo kriterijuma – zanemarivanje protivpravnosti

8 U španskom krivičnom zakoniku sreće se i kriterijum *dovoljne provokacije* (čl. 20.4) koja bi isključila pozivanje na nužnu odbranu ako bi za agresivan odgovor napadača predstavljao razumno predvidivu posledicu braniočevog ponašanja. To niti ograničava provokaciju na protivpravne akte, niti dejstvo vezuje isključivo za namerne provokacije (vid. J. V. Prieto, W. N. Renke /2010/: A Comparison of the Spanish and Canadian Law of Self-Defence, *Alberta Law Review*, № 4, p. 873).

9 K. Kühl /1991/: *op. cit.*, s. 61.

10 Npr. dolazak konkurenta za napredovanje u službi na posao sa kijavicom, kako bi se i drugi zaposleni razboleli.

11 Tako npr. C. Roxin /1963/: Die provozierte Notwehrlage, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 4, s. 570.

12 S pravom K. Kühl /2002/: *op. cit.*, s. 230; R. Rengier /2010/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 2. Auflage, s. 151.

provocirajućeg akta – predstavlja njegov osnovni *nedostatak*. Tako je moguće da se provociranjem smatra jedno iritantno, ali ipak pravom dopušteno ponašanje (npr. snažno zviždanje u zatvorenoj prostoriji, što kolege dovodi „do ludila“),<sup>13</sup> a da obrnuto – jedan nepobitno protivpravni čin ne bude smatran provokacijom.

Zbog toga treba insistirati na zahtevu da pravna dejstva ograničavanja ili čak oduzimanja prava na nužnu odbranu dolaze u obzir samo ukoliko je čin koji je doveo do napada, bilo da predstavlja namernu provokaciju, bilo da je pozicija samo nehatno skrivljena – predstavljao **protivpravni akt**.<sup>14</sup> Dakle, socijalno-etički ne vredno ponašanje kao razlog napada može imati značaj samo na planu odmeravanja kazne, ali nikako i biti povod da se takvom „provokatoru“ uskrati ili ograniči pravo na nužnu odbranu, čak i kada se takva reakcija htela postići. Takav stav nameću zahtevi pravne sigurnosti.

Pored toga, opravdano je dopunski tražiti i *neposrednu vremensku povezanost*. Napad bi trebalo da predstavlja *adekvatan* i *očekivan* ishod protivpravnog čina.<sup>15</sup> Tamo gde veza sa navodnom provokacijom nije jasno vidljiva, ili je neadekvatna učinjenom (napadač je bio izazvan time što mu je drugi vozač navodno „isekao“ put), teško može biti govora o adekvatnom reagovanju, koje bi opravdalo ograničenje ili čak isključenje prava na nužnu odbranu.

### 1.1 Namerno isprovocirani napadi

Najznačajniju kategoriju isprovociranih napada čine situacije koje karakteriše izazivanje sukoba i *namera da se drugi podstakne na protivpravan napad*. To je uostalom i ono što pojam provokacije i podrazumeva; učinilac teži tome da ga drugi napadne kako bi se napadu spremno „suprotstavio“. Na subjektivnom planu ova namera podrazumeva izazivanje protivpravnog napada sa *direktnim umišljajem*.<sup>16</sup> Treba istaći da protivpravni napad nije provokatorov krajnji cilj; on želi da poziciju odbrane iskoristi da najčešće povredi ili čak i da usmrti isprovociranog napadača.<sup>17</sup> Utoliko izazivanje napada predstavlja samo isečak jednog šireg *plana*, jedne slike u kojoj provokator tako manipuliše drugim, da ga iskorišćava za ostvarenje svog krajnjeg nauma povređivanja ili usmrćenja, npr. podbada drugog kako bi razdražio i potakao na napad u kojem će onda, kao telesno slabiji, „biti prinuđen“ da se

13 K. Kühl /1991/: *op. cit.*, s. 62.

14 Ovo je većinsko shvatanje. Vid npr. H.-H. Jescheck, T. Weigend /1996/: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 5. Auflage, s. 347; C. Roxin /2006/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München, 4. Auflage, s. 687–688. U švajcarskoj literaturi K. Seelmann /2007/: in: M. A. Niggli, H. Wiprächtiger (Hrsg.) *et al.*, *Strafrecht I. Basler Kommentar*, Basel, 2. Auflage, s. 340. U jugoslovenskoj literaturi tako P. Novoselec /1983/: Ograničenje prava na nužnu odbranu u slučaju provociranog napada, *Naša zakonitost*, № 3, str. 96.

15 A. Grünwald /2010/: Notwehrein-schränkung – insbesondere bei provoziertem Angriff, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 1, s. 83; H.-H. Jescheck, T. Weigend /1996/: *op. cit.*, s. 347; M. Köhler /1997/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin–Heidelberg, s. 274; R. Rengier /2010/: *op. cit.*, s. 151; C. Roxin /2006/: *op. cit.*, s. 693.

16 Na poziciju provokatora kao napadača ne utiče to što je njegov umišljaj ograničen isključivo na samo izazivanje napada, kao što uostalom sličan argument nije od značaja ni ako se radi o agentu-provokatoru.

17 K. Kühl /1991a/: Die „Notwehrprovokation“, *Juristische Ausbildung*, № 4, s. 175.



odbrani nožem koji je bio prethodno pripremio. Reč je dakle o svojevrsnoj *isceniranoj* nužnoj odbrani.<sup>18</sup> Treba međutim naglasiti da je slično namerno izazivanje protivpravnog napada ako ne retko, onda svakako teško dokazivo u praksi.<sup>19</sup>

Tumačenja eventualnog ograničavanja ili oduzimanja prava na nužnu odbranu u slučaju namerno isprovociranog napada krajnje su raznovrsna i kreću se u granicama opštih razmatranja socijalno-etičkih ograničenja. Tako pojedini autori negiraju nužnu odbranu pozivajući se na konkludentno odricanje provokatora od zaštite vlastitih dobara, zbog čega napadu nedostaje protivpravnost.<sup>20</sup> Utoliko provokacija istovremeno znači **pristanak** na povredu. Pristanak međutim ipak ne postoji. Njegovo zaključivanje predstavlja običnu fikciju, jer provokator sopstveno povređivanje zapravo ne želi.<sup>21</sup> Uostalom, pristanak na teško telesno povređivanje ili usmrćivanje prema srpskom pravu nema nikakvo dejstvo, jer se ovim dobrima ni ne može raspolagati. Oduzimanje prava na nužnu odbranu moguće je i pozivanjem na nedostajanje odbrambene volje. Ovaj argument međutim ne bi bio moguć prema našem pravu, jer se svest o poziciji odbrane i ne prepoznaje kao zasebno subjektivno obeležje protivpravnosti.<sup>22</sup>

Danas najveći broj autora *isključuje pravo na nužnu odbranu* objašnjavajući to idejom **zloupotrebe prava**.<sup>23</sup> Učinioc ovde manipulacijom hoće da iskoristi poziciju nužne odbrane i njeno pravno dejstvo isključenja protivpravnosti učinjenog u njenim granicama, te na nedopušten način zloupotrebljava okvire ovog instituta. Ova zloupotreba se najčešće dovodi u vezu sa osnovnim načelima same nužne odbrane. Tako je moguće tvrditi njenu nespojivost sa *idejom potvrđivanja prava*. Onaj ko zloupotrebi institut sa idejom smišljenog dovođenja u poziciju odbrane teško može da se nazove čuvarom poretka i njegovih vrednosti.<sup>24</sup> Ni *princip samozaštite* nije ovde potpuno ostvaren, jer onome koji svesno iskorišćava poziciju

- 
- 18 Ovaj izraz su u jugoslovenskoj literaturi zastupali F. Bačić /1986/: *Krivično pravo Opći dio*, Zagreb, 3. izdanje, str. 212; P. Novoselec /1983/: *op. cit.*, str. 91, i smatramo ga prihvatljivim. Isceniranu nužnu odbranu trebalo bi međutim razlikovati od tzv. *anticipirane* nužne odbrane, gde branilac samo predviđa mogućnost nekog budućeg napada, zbog čega preuzima odgovarajuće prethodne mere zaštite.
- 19 Ovo ispravno primećuje C. Roxin /2006/: *op. cit.*, s. 687.
- 20 Tako npr. R. Maurach, H. Zipf /1992/: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 1. Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*, Heidelberg, 8. Auflage, s. 368.
- 21 Tako A. Grünwald /2010/: *op. cit.*, s. 71; B. Heinrich /2010/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil I. Grundlagen der Strafbarkeit, Aufbau der Straftat beim Vollendungs- und Versuchsdelikt*, Stuttgart, 2. Auflage, s. 154.
- 22 Štaviše, čisto objektivno obličje nužne odbrane pre govori u prilog potpunom zanemarivanju provokacije napada.
- 23 Vid. npr. U. Ebert /2001/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 3. Auflage, s. 79; T. Fischer /2011/: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, 58. Auflage, s. 294; W. Gropp /2001/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin–Heidelberg, 2. Auflage, s. 195; B. Heinrich /2010/: *op. cit.*, s. 152; K. Himmelreich /1966/: *Erforderlichkeit der Abwehrhandlung, Gebotensein der Notwehrhandlung; Provokation und Rechtsmißbrauch; Notwehrexzeß, Goldammer's Archiv für Strafrecht*, № 5, s. 134; R. Rengier /2010/: *op. cit.*, s. 154; C. Roxin /1963/: *op. cit.*, s. 570; C. Roxin /2006/: *op. cit.*, s. 687; H. Welzel /1969/: *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin, 11. Auflage, s. 88; J. Wessels, W. Beulke /2002/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 32. Auflage, s. 111.
- 24 Slično B. Heinrich /2010/: *op. cit.*, s. 152.

nužne odbrane, zaštita koju ovaj institut načelno pruža očigledno nije neophodna.<sup>25</sup> Stoga bi se i napadač i napadnuti *nalazili u protivpravnom napadu*. Ako provokator ne uzmakne pred napadom – odgovaraće za učinjeno.

Objašnjenje koje isključuje pravo na nužnu odbranu na temelju ideje o zloupotrebi prava dominira i u srpskoj teoriji.<sup>26</sup> Uostalom, pravo na nužnu odbranu u situacijama namerno isprovociranih napada isključuje i sudska praksa. Tako je u jednoj odluci Vrhovni sud Srbije zaključio „da optuženi nije delovao u nužnoj odbrani, jer sukob ispred restorana on je izazvao, a napad oštećenih na optuženog je bio isceniran od strane optuženog koji ih je izazvao da izađu iz restorana, pa se stoga optuženi ne može pozivati na nužnu odbranu ili na njeno prekoračenje“.<sup>27</sup> Slično odricanje prava na nužnu odbranu u slučaju namerne provokacije dominira u uporednoj literaturi i zakonodavstvu.<sup>28</sup> i treba ga prihvatiti, iako ne nalazimo da ideja zloupotrebe prava predstavlja dovoljno operativan kriterijum za obrazloženje ovog pravnog dejstva.<sup>29</sup>

Ne misle svi autori da temeljni principi nužne odbrane u situacijama isprovociranih napada ne mogu da ostvaruju svoju funkciju. Zbog toga *suprotno shvatanje*, polazeći upravo od ideje **potvrđivanja prava**, nalazi da i u situacijama provokacije nužna odbrana treba da važi *neograničeno* i da *isključi protivpravnost dela*.<sup>30</sup> I kod provociranih napada, naime, može se govoriti o realnom ostvarenju generalno-preventivnih interesa očuvanja pravnog poretka zastrašivanjem potencijalnih napadača i istovremenim jačanjem ideje uzdržavanja od protivpravnih zahvata u sferu slobodnog delovanja drugog. Protivpravni napad ne gubi svoju protivpravnost time što drugi svojim veštīm manevrisanjem izaziva njegovo ostvarenje, niti provokator svojim angažovanjem može raspolagati javnopravnom komponentom nužne odbrane. Tu dakle i dalje ostaje važeći princip da pravo ne treba da se sklanja pred nepravom. Štaviše, od provociranog je poredak očekivao ne reakciju, već uzdržanost, ne napad već odolevanje provokaciji.<sup>31</sup> Napadač bi

25 Npr. C. Roxin /2006/: *op. cit.*, s. 688.

26 Tako npr. N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević /1990/: *Krivično pravo SFRJ. Opšti deo*, Beograd, 16. izdanje, str. 168; A. Stajić /1986/: u: N. Srzentić (prir.) *et al.*, *Komentar Krivičnog zakona SFRJ*, Beograd, 3. izdanje, str. 56; Z. Stojanović /2006/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, str. 88.

27 Vid. presudu VSS, Kž. 1278/2003 od 7.10.2003. godine. Takođe vid. presudu Apelacionog suda u Nišu, Kž. 3205/2010(1) od 7.12.2010. godine, gde je zaključeno „da optuženi nije postupao u nužnoj odbrani, jer je on skrivio napad tako što je pretio M. V. i njegovoj supruzi, pozivajući ga na megdan, lupao na kapiju i razvaljivao, vršeći napad na imovinu ovog svedoka.

28 Za švajcarsko pravo vid. K. Seelmann /2007/: *op. cit.*, s. 340; G. Stratenwerth /1996/: *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, Bern, 2. Auflage, s. 237. Za austrijsko pravo vid. npr. P. Lewisch /2005/: 43. Lieferung: § 3, in: F. Höpfel, E. Ratz (Hrsg.) *et al.*, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Wien, 2. Auflage, s. 41.

29 To nije ni neophodno, jer je situacije iscenirane nužne odbrane moguće smisljeno odbaciti na temelju oba njena polazišta – ideje potvrđivanja prava i ideje samozaštite.

30 Tako J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch /2003/: *op. cit.*, s. 364; H. Frister /1988/: Die Notwehr im System der Notrechte, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, № 7, s. 310; R. Hohmann, H. Matt /1989/: Zum Notwehrrecht bei provoziertem Angriff, *Juristische Rundschau*, № 4, s. 162; W. Mitsch /1986/: Mithilfe gegen provozierte Angriffe, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, № 12, s. 545. U austrijskoj literaturi H. Fuchs /2004/: *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Grundlagen und Lehre von der Straftat*, Wien – New York, 6. Auflage, s. 147.

31 Slično Fuchs /2004/: *op. cit.*, s. 147.

dakle ostao odgovoran za učinjeni protivpravni napad. Drugo je pitanje da li će činjenica podsticanja od strane drugog imati kakvog uticaja na blaže kažnjavanje isprovociranog za učinjeni napad. Slična razmišljanja nisu netačna, ali ona zanemaruju da ovde nije u prvom planu protivpravnost napada isprovociranog, već da zbog manipulacije provokatora i njegov čin treba učiniti protivpravnim.

Oni pak autori koji naglasak stavljaju na ideju **samozaštite**,<sup>32</sup> takođe su skloni priznavanju prava na nužnu odbranu, ali i njegovom *ograničavanju* ukoliko je provokatoru prethodno stajala na raspolaganju mogućnost izbegavanja napada. Odbijanje protivpravnog napada, nezavisno od činjenice da se na nastanak napada uticalo, istovremeno je i čin na liniji očuvanja pravnog poretka, a može se priznati i izvestan interes da se u nastaloj situaciji napadnuto dobro odbrani. Ipak, kako je učiniočeva namera bila upravljena na zloupotrebu, njegovo pravo na nužnu odbranu bi zaslužilo dakle da bude ograničeno, pa bi moglo da se vrši samo ako je situacija bezizlazna. Ova modifikacija prava na odbranu ne čini nam se primerena okolnostima manipulacije. Ako je iniciranje pozicije odbrane deo šireg plana, u koji je bilo moguće ukalkulisati bezizlaznost, onda nemogućnost izbegavanja napada predstavlja ili omašku u proračunu, ili njegov sastavni deo – u obe varijante nešto što ne zaslužuje naročite obzire u pogledu zaštite.

Jedno manje zastupljeno shvatanje situacije isprovociranih napada rešava preko instituta „**radnji protivpravnih u uzroku**“ (*actio illicita in causa*).<sup>33</sup> Slično institutu „**radnji slobodnih u uzroku**“ (*actio libera in causa*), gde se neskrivljenost u vreme dela zaobilazi preko krivice u vreme dovođenja u stanje neskrivljenosti, ovde se zbog isključenja protivpravnosti preko nužne odbrane u vreme dela, do krivične odgovornosti dolazi zasnivanjem kažnjivosti na *prethodnom ponašanju provokatora*. Kako učinilac sebe samog angažuje kao sredstvo, već ovo prethodno ponašanje provokatora predstavlja početak izvršenja telesne povrede ili ubistva učinjenog kasnije u vreme neprotivpravnosti.

*Prednost* ove konstrukcije prepoznaje se u tome što ona ne dotiče samu nužnu odbranu, niti protivpravnost napada. Ipak, u teoriji se ukazuje i na njene brojne *nedostatke*. Tako, sporna je protivpravnost same provokacije, ako ona predstavlja samo omogućavanje na pravu zasnovane odbrane. Ispada dakle da delo učinjeno u provociranoj nužnoj odbrani jeste istovremeno i pravu saglasan (kao segment nužne odbrane) i pravu protivan akt (kao završni čin protivpravne provokacije).<sup>34</sup> Zatim,

32 V. Erb /2003/: in: Bernd von Heintschel-Heinegg (Hrsg.) et al., *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1*, München, s. 1328; G. Jakobs /1993/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin – New York, 2. Auflage, s. 403 (upoređujući ove situacije sa prethodnim činjenjem garanta kojim se stvara opasnost); H.-H. Jescheck, T. Weigend /1996/: *op. cit.*, s. 347; K. Kühl /1991a/: *op. cit.*, s. 178; K. Kühl /2002/: *op. cit.*, s. 239; R. Schmidt /2010/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil. Grundlagen der Strafbarkeit. Aufbau des strafrechtlichen Gutachtens*, Grasberg bei Bremen, 9. Auflage, s. 140.

33 Tako npr. C. Bertel /1972/: *Notwehr gegen verschuldete Angriffe*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 1, s. 21; G. Freund /2006/: *Actio illicita in causa*, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, s. 271; H. Frister /2009/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 4. Auflage, s. 198; F. Haft /2004/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Eine Einführung für Anfangssemester*, München, 9. Auflage, s. 91; T. Lenckner, W. Perron /2001/: *op. cit.*, s. 628. U austrijskoj literaturi tako O. Triffterer /1994/: *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Wien – New York, 2. Auflage, s. 222.

34 Tzv. „teza o nespojivosti“, vid. A. Grünewald /2010/: *op. cit.*, s. 76; C. Roxin /2006/: *op. cit.*, s. 689.

radnja provociranja redovno se iscrpljuje u nepravu uvrede ili nekog ekvivalentnog izazivajućeg ponašanja, ali je teško možemo smatrati radnjom usmrćivanja ili povređivanja.<sup>35</sup> Na koncu, iako nije sporna kauzalnost provocirajućeg čina u odnosu na kasnije nedelo, sporno je da li samostalna odgovorna odluka provociranog da reaguje i otpočne napad ne prekida ovu objektivnu vezu, u smislu da kasnije usmrćenje ili povređivanje ne možemo objektivno uračunati provokatoru.<sup>36</sup> Zbog toga navedenu konstrukciju, bar kada se radi o situacijama isprovociranih napada – ne treba prihvatiti.

## 1.2 Izazvani napadi

U ovu kategoriju spadaju sve ostale situacije u kojima napad nije namerno isprovociran, a gde je kasnije napadnuti nekom svojom prethodnom radnjom ipak uticao na nastanak napada.<sup>37</sup> Osim što je ta radnja u uzročno-posledičnoj vezi sa napadom, mogućnost napada je ili obuhvaćena nehatom učinioca, ili između ponašanja i napada postoji samo objektivna veza.<sup>38</sup> Ove situacije imaju i veći praktični značaj. Tako možemo uzeti često navođeni primer ljubavnog para kojeg *in flagranti* zatiče razjareni muž, vrativši se neočekivano ranije s posla, gde ljubavnik, ne mogavši da utekne, ovoga povređuje ili usmrćuje udarivši ga npr. vazom po glavi. Ili, nehatno prouzrokovana saobraćajna nezgoda kao povod agresivne reakcije jednog od učesnika.

Nijedno učenje u situacijama nehatno izazvanog napada ne isključuje pravo na nužnu odbranu, ali se ipak redovno traži izvesno njegovo *ograničavanje*. Osećaj pravne sigurnosti u punom smislu povređuju pre svega oni protivpravni akti koji pogađaju nevine žrtve koji ni na koji način napadu nisu doprinele. Ako to nedostaje, ako je napad delom skriven, u narodnoj svesti ovakva pozicija zahteva uvažavanje izvesnih socijalnih obzira. To se zastupa i u srpskoj teoriji. Tako Stajić ističe da „ako napad nije namerno provociran ali je sa umišljajem ili iz nehata izazvan od napadnutog, napadnutom se priznaje pravo na nužnu odbranu, ali u ograničenoj meri, naročito ako je umišljajem izazvao napad drugoga“.<sup>39</sup> Ipak, svrstavanje umišljajnih situacija u ovu drugu grupu „provokacija“, naročito u obliku direktnog umišljaja, ne čini nam se odgovarajuće, jer pre naliči poziciji namernog nego nehatnog. Pristajanje na mogućnost napada (eventualni umišljaj) nije isključeno, i po dejstvima ga treba svrstati u ovu grupu, jer odbrana ipak nije unapred pripremljena i iscenirana.<sup>40</sup>

35 Tako B. Heinrich /2010/: *op. cit.*, s. 154. Štaviše, ostane li provokacija bez odgovora, delo bi ipak bilo u pokušaju, što je teško prihvatljivo rešenje.

36 V. Erb /2003/: *op. cit.*, s. 1328.

37 Ipak ne možemo govoriti o nehatnoj provokaciji, jer pojam provociranja implicira samo namerno izazivanje napada, pa bi takva sintagma predstavljala *contradictio in adjecto*.

38 Nije dakle neophodno isključivo umišljajno ili nehatno prouzrokovanje nužne odbrane; dovoljno je obično kauzalno proizvođenje ove situacije (s pravom K. Himmelreich /1966/: *op. cit.*, s. 136). Slične uporedive obzire možemo prepoznati i u obličju krivičnog dela nepružanja pomoći licu povređenom u saobraćajnoj nezgodi (čl. 296 KZ).

39 A. Stajić /1986/: *op. cit.*, str. 56.

40 Slično K. Kühl /2002/: *op. cit.*, s. 243. U jugoslovenskoj literaturi tako P. Novoselec /1983/: *op. cit.*, str. 92. Suprotno ranije C. Roxin /1963/: *op. cit.*, s. 575.

Većina teoretičara<sup>41</sup> polazi od toga da od provokatora treba zahtevati trostepeni manevar odbijanja napada (tzv. **teorija tri stepena**): izbegavanje napada, defanzivna, i tek na koncu ofanzivna odbrana.<sup>42</sup> Od napadnutog se najpre traži da izbegne napad. Ako takvo uzmicanje prema okolnostima nije moguće, od napadnutog se na drugom stepeniku zahteva odbrana blažim sredstvima, koja u najvećoj mogućoj meri štedi dobra napadača, čak i ako ona podrazumeva manje siguran uspeh u odbijanju napada. Tek ako i ova defanzivna odbrana ne urodi plodom, i napadača ne odvraća od daljih nasrtaja, dopušteno je pribeci redovnoj ofanzivnoj odbrani u smislu čl. 19. Ako su prethodne mogućnosti iscrpljene, isključena je protivpravnost nehatno izazvanog napada.<sup>43</sup>

## 2. NESKRIVLJENI NAPADI

Pod „neskrivljenim“ napadima se razumeju različite situacije čiji je zajednički imenitelj to što napadač iz određenih razloga *ne postupa sa krivicom*, te se ne smatra krivično odgovornim za svoje ponašanje. Ovde se radi o napadu: **dece, neuračunljivih lica** (duševnih bolesnika, lica pod dejstvom alkohola ili opojnih droga), kao i lica koja očigledno postupaju u kakvoj **zabludi**.<sup>44</sup> Kako se ova lica ne suprotstavljaju svesno zahtevima poretka, to je i interes za potvrđivanjem prava ovde manje izražen, te je preostala samo funkcija zaštite dobra.<sup>45</sup> Da u sličnim slučajevima nužna odbrana zaslužuje ograničenje – zastupa se i u delu srpske teorije,<sup>46</sup> a postoje i odgovarajuće odluke na tragu ovog ograničenja.<sup>47</sup>

41 Vid. primera radi F. Herzog /2005/: *op. cit.*, s. 1180; R. Rengier /2010/: *op. cit.*, s. 152; C. Roxin /2006/: *op. cit.*, s. 690. U švajcarskoj literaturi K. Seelmann /2007/: *op. cit.*, s. 340.

42 Neophodnost ograničavanja negiraju samo zastupnici ideje o potvrđivanju prava. Ako pravo na nužnu odbranu nije ograničeno ni u slučaju provociranih napada, tim pre to važi ako učinilac nehatno izaziva napad.

43 Jedino bi prema učenju *actio illicita in causa* učinilac odgovarao ako je *in causa* učinilac postupao sa nehatom u pogledu kasnije ostvarenog dela, pod uslovom da je nehat uopšte inkriminisan.

44 Treba imati u vidu da bi zabluda o stvarnim okolnostima dopuštenja dela trebalo da ima različito mesto u strukturi krivičnog dela u odnosu na zabludu o biću dela (vid. čl. 28 KZ), između ostalog i zbog uslova protivpravnog napada kod nužne odbrane. Za razliku od neotklonjive zablude o biću dela koja bi isključila već umišljaj kao subjektivno obeležje bića, neotklonjiva zabluda o stvarnim okolnostima dopuštenja dela bi prema *ograničenoj teoriji krivice* delovala tek na planu krivice, pa bi napadač i dalje bio u protivpravnom napadu. Srpski zakonodavac ne pravi ovo razlikovanje, jer umišljaj smatra isključivo oblikom krivice. Utoliko svaka stvarna zabluda ne dotiče protivpravnost dela.

45 Slično U. Ebert /2001/: *op. cit.*, s. 78; H.-H. Jescheck, T. Weigend /1996/: *op. cit.*, s. 345; R. Rengier /2010/: *op. cit.*, s. 149; R. Schmidt /2010/: *op. cit.*, s. 137. Drugim putem ide Mičova argumentacija da „oštrina prava na nužnu odbranu počiva na misli, da se napadač sam može zaštititi, tako što će napad propustiti ili ga prekinuti“. Kako tako nešto kod lica koja nisu odgovorna za svoje postupke nije moguće – izvesno ograničavanje nužne odbrane zadobija svoju legitimaciju (vid. J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch /2003/: *op. cit.*, s. 365).

46 Tako npr. B. M. Ignjatović /1967/: *Nužna odbrana u teoriji i praksi*, Doboj, str. 98; N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević /1990/: *op. cit.*, str. 170; A. Stajić /1986/: *op. cit.*, str. 56; R. Risimović /2009/: *Nužna odbrana u našem krivičnom zakonodavstvu*, doktorska disertacija, Beograd, str. 214.

47 Ostaje otvoreno da li se ograničenje prava na nužnu odbranu prihvata isključivo u okviru tumačenja uslova neophodno potrebne odbrane, koja u uslovima napada lica u teško alkoholisanom stanju



U delu literature se situacije neskrivljenih napada ne rešavaju preko socijalno-etičkih ograničenja odbrane, već preko uslovā napada, tačnije zahteva **skrivenog** odnosno **umišljajnog napada**.<sup>48</sup> Ovo tumačenje iz više razloga *nije prihvatljivo*. Najpre, sam zakon govori samo o *protivpravnom*, a ne i o skrivenom napadu kao uslovu nužne odbrane. Nikakvo ekstenzivno tumačenje ne bi dopustilo da se protivpravan, objektivno shvaćen napad razume kao skriveni napad. To nije ni kriminalno-politički neophodno, jer „neskrivljenom“ napadaču na raspolaganju stoje odgovarajući krivičnopravni mehanizmi, koji će preko isključenja krivice (ili njenog umanjavanja) svakako uvažiti njegovu poziciju.<sup>49</sup> Ali, uslov da je napad skriven otežava krivičnopravno rešavanje pozicije branioca dobra, jer onda njemu više na raspolaganju ne stoji institut nužne odbrane. Tako nešto nije prihvatljivo. Prihvatljivije je da uslov napada ostane samo njegova protivpravnost, a da ako već pravni poredak nalazi da ova lica ne treba krivično da odgovaraju za svoj neskrivljeni napad, da se i od napadnutog zahteva izvesna uviđavnost, koliko je to već prema okolnostima moguće.

Pravna dejstva ograničenja nužne odbrane od neskrivljenih napada, u skladu sa pomenutim trojstvom prepreka, podrazumevaju nekoliko dužnosti, što poziciju napadnutog unekoliko približava poziciji lica što postupa u krajnjoj nuždi.<sup>50</sup> Najpre se od napadnutog traži da tamo gde je to prema okolnostima moguće **uzmakne pred napadom**, ako takva opcija za napadnutog ne podrazumeva rizik, da pozove policiju ili lice koje se stara o napadaču (učitelja, roditelja, vaspitača, medicinsko osoblje), ili da napadaču ukaže na pogrešnu predstavu, ako je ovaj u zabludi.<sup>51</sup> Takvo uzmicanje odnosno odugovlačenje odbrane svakako ne bi povredilo braniočevu čast,<sup>52</sup> jer ono redovno i ne podrazumeva *bekstvo* sa lica mesta.<sup>53</sup> To bi npr. značilo da se ako

---

neretko nedostaje. Tako u jednoj odluci sud govori o dužnosti optuženog *da se kloni kontakata sa oštećenim* (podvukao I. V.), „pošto se očigledno videlo da je u stadijumu teškog pijanstva s obzirom da se teturao pri hodu i padao. Na osnovu toga optuženi je bio svestan da oštećeni nije u stanju da kontroliše svoje pokrete, da izvodi precizne pokrete kojima ga može povrediti, da ne može potrcati za njim...“ (presuda Okružnog suda u Nišu, K. 109/2008 od 29.8.2008. godine).

48 Tako H. Frister /1988/: *op. cit.*, s. 305; G. Jakobs /1993/: *op. cit.*, s. 385.

49 K. Kühl /2002/: *op. cit.*, s. 218.

50 Tako J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch /2003/: *op. cit.*, s. 365; M. Kremnitzer, K. Ghanayim /2004/: *Proportionality and the Aggressor's Culpability in Self-Defense*, *Tulsa Law Review*, № 4, p. 887.

51 Slično K. Kühl /2002/: *op. cit.*, s. 218; T. Lenckner, W. Perron /2001/: *op. cit.*, s. 624; C. Roxin /2006/: *op. cit.*, s. 686; G. Stratenwerth /1996/: *op. cit.*, s. 236; S. Trechsel, P. Noll /1998/: *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, Zürich, 5. Auflage, s. 130.

52 Stajić uzmicanje pred napadačem i druge mere preporučuje uvek „kada takvi postupci ne bi škodili časti i ugledu napadnutog“ (A. Stajić /1986/: *op. cit.*, str. 56). Slično i Ignjatović, koji dužnost sklanjanja pred napadima utvrđuje onda ako su napadnutom poznata psihička svojstva napadača i ako to sklanjanje „ne bi imalo karakter straha odnosno kukavičluka što bi moglo da mu se prebaci“ (B. M. Ignjatović /1967/: *op. cit.*, str. 98). Suprotno navedenom, dužnost uzmicanja ne dovodimo ni u kakvu vezu sa škodenjem časti napadnutog. Niti su čast i ugled onog koji se razumno sklanja pred napadom duševnog bolesnika ugroženi, niti je uslovljavanje uzmicanja subjektivnim osećajem napadnutog smisljeno.

53 K. Lackner, K. Kühl /2001/: *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, München, 24. Auflage, s. 202; R. Maurach, H. Zipf /1992/: *op. cit.*, s. 366. Drugi pak autori ni ne prave razliku između bekstva i sklanjanja pred napadom (tako npr. R. Rengier /2010/: *op. cit.*, s. 146).



je moguće izbegava prepirka sa pijanim, ili da se deci oprostite njihovi mladalački nestašluci.<sup>54</sup> Ako prema okolnostima uzmicanje nije moguće, branilac je ovlašćen na **defanzivnu odbranu**, koja bi podrazumevala samo odbrambene mere odbijanja napada i zahtevala da napadnuti primi i nekoliko lakših udaraca. Tek naposljetku, moguća je i *ofanzivna odbrana* kao krajnje sredstvo.<sup>55</sup> Ako se pariranjem napad konačno ne odbije, od napadnutog se očekuje da što više **štedi dobra napadača**, vodeći naročitog računa o srazmernosti.

Navedena dejstva ograničenja prava na nužnu odbranu u celosti važe pre svega kod *potpuno neskrivljenih napada*. Ovo pitanje je interesantno zbog toga što se skrivljenost napada načelno može stepenovati, pa se postavlja pitanje važe li ikakva socijalno-etička ograničenja ako je **krivica samo umanjena**. Tako napasti može i dete, ali i mlađi ili stariji maloletnik. Napadač može biti i neuračunljiv, ali i bitno smanjeno ili samo smanjeno uračunljiv. Takođe, pored neotklonjive zablude, moguća je i otklonjiva zabluda koju je učinilac skrivio zbog svoje nedovoljne pažnje. Ovo stepenovanje treba uzeti u obzir *u oceni konkretnog slučaja*. To se uostalom ovde ne može ni izbeći, jer se prema okolnostima može ispostaviti da se i kod vidljivo teškog duševnog bolesnika, napad ne može drugojačije izbeći nego njegovim usmrćenjem (npr. napad nožem naoružanog paranoidnog šizofreničara u manjoj prostoriji u kojoj dalje uzmicanje nije moguće), kao što je i kod srednje ali vidljive duševne zaostalosti nekad razumno ustuknuti, jer je ugrožavanje nisko. Uostalom, postavljanje strogih granica nije ni kriminalno-politički opravdano, jer branilac dobra i ne može i ne treba u kratkom intervalu u kojem napad traje – pravno da vrednuje da li napadač ne zna šta radi, ili je ova njegova sposobnost samo umanjena.<sup>56</sup> Na krivičnopravnu ocenu donekle utiče i socijalno-etičko vrednovanje samih pozicija neskrivljenosti, gde se načelno blaže gleda na napade dece i duševnih bolesnika, nego na napade lica u zabludi,<sup>57</sup> ili lica pod dejstvom alkohola ili opojnih droga, naročito ako su sama skrivila stanje sopstvene neskrivljenosti.<sup>58</sup> Nema razloga da se oni koji su se sami doveli u stanje neuračunljivosti drugačije posmatraju, nego druga lica što postupaju bez krivice. Uostalom, zbog skrivljenog dovođenja u to stanje, ova lica verovatno neće izbeći krivičnu odgovornost. Razume se, stepen opijenosti ne mora da ima bilo kakvo dejstvo usporavanja motornih funkcija, već upravo povišavanja stepena agresivnosti. U takvom slučaju, razume se, napadnuti ne duguje bilo kakve posebne obzire.<sup>59</sup>

54 M. Köhler /1997/: *op. cit.*, s. 273.

55 F. Herzog /2005/: *op. cit.*, s. 1177; J. Wessels, W. Beulke /2002/: *op. cit.*, s. 110. Navedenu trostepenost mera odbrane od neskrivljenih napada (izmicanje napadu → defanzivna odbrana → ofanzivna odbrana) preporučuje i Stajić /1986/: *op. cit.*, str. 56).

56 S pravom C. Roxin /2006/: *op. cit.*, s. 687.

57 K. Kühl /1990/: „Sozialethische“ Einschränkungen der Notwehr, *Juristische Ausbildung*, № 5, s. 251.

58 Tako se neretko isključuje ograničavanje prava na nužnu odbranu u slučaju napada lica pod dejstvom alkohola ili droga, ukazujući na samoskrivljenu opijenost kao društveno štetno ponašanje. Ovo stanovište dominira u austrijskoj literaturi (tako npr. H. Fuchs /2004/: *op. cit.*, s. 148; P. Lewisch /2005/: *op. cit.*, s. 38; O. Triffterer /1994/: *op. cit.*, s. 220).

59 V. Erb /2003/: *op. cit.*, s. 1322.

### 3. BLISKI LIČNI (GARANTNI) ODNOSI

Naročito su kontroverzna ograničenja nužne odbrane između lica koja odlikuje **bliska lična povezanost**, kao što je slučaj sa supružnicima. Tipične konstelacije tiču se situacija primarnih porodičnih razmirica, gde na muževljeve udarce supruga odmah odgovara dohvatanjem hladnog oružja i usmrćenjem supruga. Fizička razračunavanja manjeg intenziteta, koja ne zasnivaju opasnost za život ili telo – ne treba da budu praćena jednovremenim mašanjem za oružje koje može dovesti do smrti napadača. Obrazloženje ograničenja se najvećim delom pronalazi u prirodi naročite povezanosti određenih lica, koja porađa uzajamnu solidarnost<sup>60</sup> i naročitu *garantnu dužnost*.<sup>61</sup> Ako tu dakle postoji zaštitna garantna pozicija,<sup>62</sup> koja zaštitnika čini ne samo garantom partnerovog blagostanja, već i subjektom krivične odgovornosti u slučaju propuštanja zaštite, deluje smisleno da takva naročita povezanost ovih lica vodi i pojačanim socijalnim obzirima u situaciji kada je upravo partner napadač.<sup>63</sup> Opravdanje ograničenja prava na nužnu odbranu neretko se prepoznaje i u ideji *potvrđivanja prava*.<sup>64</sup> Naime, ovde pored potrebe očuvanja individualnog interesa zaštite napadnutog dobra, snažno deluje i interes obe strane da se i nakon akutnog i prolaznog konflikta *bliska zajednica življenja nastavi*.<sup>65</sup>

Ovo socijalno-etičko ograničenje pominje se i u srpskoj literaturi. Tako Stajić ukazuje da „posebno treba ocenjivati nužnu odbranu u slučaju napada bliskog srodnika ili uopšte bliskog lica, naročito onog o kojem je napadnuti dužan da se stara... sa naročitim izbegavanjem ubistva ili teških povreda pri odbrani“.<sup>66</sup> Pre ofanzivne odbrane, prednost se daje izbegavanju napada i defanzivnoj odbrani.

Sporan je krug bliskih lica. Pored **supružnika**, u obzir dolaze pre svih **najужи članovi porodice**. Tu se misli pre svega na odnos **roditelja i dece**, ali i na one porodične odnose koji su sa bračnim i odnosom roditelja i dece *uporedivi po*

60 Tako U. Ebert /2001/: *op. cit.*, s. 79; K. Kühl /2002/: *op. cit.*, s. 223; U. Schroth /1984/: Notwehr bei Auseinandersetzungen in engen persönlichen Beziehungen, *Neue juristische Wochenschrift*, № 45, s. 2563; W. Wohlers /1999/: Einschränkungen des Notwehrrechts innerhalb sozialer Näheverhältnisse, *Juristenzeitung*, № 9, s. 438.

61 Objašnjenje ograničenja preko garantne dužnosti se često kritikuje, jer ova ne stoji ni u kakvoj funkcionalnoj vezi sa sužavanjem prava na nužnu odbranu (W. Wohlers /1999/: *op. cit.*, s. 439). „Dosad tako nešto nikome nije palo na pamet, da delimično isključi pravo na nužnu odbranu lekara pozivanjem na njegovu garantnu poziciju, ako ovaj bude napadnut od pacijenta“ (D. Engels /1982/: Der partielle Ausschluss der Notwehr bei tätlichen Auseinandersetzung zwischen Ehegatten, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, № 3, s. 113; slično Šrot, koji ukazuje da bi onda u svim slučajevima u kojima postoji garantna dužnost, pravo na nužnu odbranu moralo biti ograničeno, U. Schroth /1984/: *op. cit.*, s. 2563).

62 U srpskoj doktrini još uvek dominira starije učenje o pravnim izvorima kao osnovima utemeljenja pravne dužnosti da se čini. U savremenoj nauci danas preteže tzv. funkcionalno učenje o garantnim dužnostima, koje razlikuje dve grupe garantnih pozicija: zaštitne i nadzorne.

63 Slično K. Kühl /2002/: *op. cit.*, s. 222.

64 Više se ne navode razlozi iz starije literature koji ukazuju da se kod međubračnih nesuglasica radi o svojevrsnoj privatnoj stvari.

65 Tako V. Erb /2003/: *op. cit.*, s. 1326; F. Herzog /2005/: *op. cit.*, s. 1178; T. Lenckner, W. Perron /2001/: *op. cit.*, s. 625.

66 A. Stajić /1986/: *op. cit.*, str. 56. Suprotno R. Risimović /2009/: *op. cit.*, str. 218.

intenzitetu.<sup>67</sup> To bi recimo prema okolnostima mogli biti i odnosi vanbračnih supružnika ili srodnika po tazbini. Ideja solidarnosti i potvrđivanja prava kao objašnjenje ograničenja nužne odbrane deluje uverljivo kada se radi o odnosima supružnika i roditelja i dece, jer ove veze odlikuje međusobno staranje i odnos „uzajamnog poštovanja i pomaganja“.<sup>68</sup> Problem nastaje kada sužavanje prava na nužnu odbranu treba proširiti i na druge pozicije „bliskosti“. Tu svakako ne bi spadali odnosi koji počivaju isključivo na *socijalnim vezama* (npr. odnosi zaposlenih u istom preduzeću ili licâ koja vezuje pripadnost istoj školi ili udruženju),<sup>69</sup> iako je u stranoj sudskoj praksi bilo odluka što i tu ograničavaju nužnu odbranu,<sup>70</sup> jer ove socijalne kontakte ne odlikuje staranje o drugome. U svakom slučaju, krug članova porodice koji utvrđuje čl. 112 st. 28 KZ kao suviše *ekstenzivan* – nije pouzdan, ali nije neprihvatljivo uzeti ga za polazište u ispitivanju konkretnog slučaja prema navedenom kriterijumu.

Jedno rasprostranjeno shvatanje<sup>71</sup> odbacuje ograničenje nužne odbrane zbog bliske lične povezanosti. „Kršenje norme ponašanjem supružnika koji svoju ženu teško zlostavlja ne teži ništa manje nego odgovarajuće ponašanje ma kog trećeg“.<sup>72</sup> Zaista snažno deluje argument da teško može biti govora o nekakvom partnerskom odnosu i naročitim dužnostima žrtvovanja sopstvenih dobara u korist partnera, koji ne samo da ne uvažava sferu slobodnog delovanja druge strane, već i neposredno napada na njeno dobro.<sup>73</sup> Štaviše, nametanje podnošenja žrtve sa sobom nosi opasnost da se partneru nasilniku dâ svojevršno oprostjenje – pravni okvir u okviru kojeg bi njegovo nasilništvo i nanošenje telesnih patnji drugome bili opravdani. Takav neprihvatljiv ishod vodi potrebi *utvrđivanja strogih pretpostavki* ograničenja nužne odbrane iz razloga bliskih ličnih veza.

Zbog toga, bračni i porodični odnosi moraju biti **nenarušeni**.<sup>74</sup> Zajednica ljubavi i poštovanja može biti ponovo uspostavljena samo ako podizanje ruke na blisko lice s obzirom na dotadašnje odnose predstavlja *prolazni eksces*. Samo tada je opravdano od napadnutog očekivati da britku odbranu zameni štetom po vlastite interese. Ako se nasrtaj na suprugu ponavlja tako da predstavlja svojevrstan *model ponašanja*, to nikako za pravno dejstvo ne može da ima ustanovljenje naročite obaveze supruge da trpi nasilje, niti je takav naročit obzir socijalno opravdan. „Žena koju skoro svakodnevno bez ikakvog povoda prebija muž, ne duguje mu više

67 V. Erb /2003/: *op. cit.*, s. 1326.

68 Vid. čl. 25 Porodičnog zakona („Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 18/2005).

69 V. Erb /2003/: *op. cit.*, s. 1326; T. Fischer /2011/: *op. cit.*, s. 293; F. Herzog /2005/: *op. cit.*, s. 1178; M. Köhler /1997/: *op. cit.*, s. 276; C. Roxin /2006/: *op. cit.*, s. 703.

70 Vid. detaljnije W. Wohlers /1999/: *op. cit.*, s. 434.

71 Tako npr. D. Engels /1982/: *op. cit.*, s. 124; G. Freund /1998/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, Berlin–Heidelberg, s. 103; H. Frister /1988/: *op. cit.*, s. 308; H. Frister /2009/: *op. cit.*, s. 199; H. Fuchs /2004/: *op. cit.*, s. 148; W. Gropp /2001/: *op. cit.*, s. 192; K. Seelmann /2007/: *op. cit.*, s. 341.

72 G. Freund /1998/: *op. cit.*, s. 103.

73 D. Engels /1982/: *op. cit.*, s. 113; W. Gropp /2001/: *op. cit.*, s. 192–193; K. Kühl /2002/: *op. cit.*, s. 223.

74 Bračni odnosi su svakako narušeni ako je zajednica života prestala, supružnici žive odvojeno ili se razvode (tako C. Roxin /2006/: *op. cit.*, s. 703).

nikakvu solidarnost, koje se on još davno odrekao<sup>75</sup>. Nije od značaja što supruga prilikom ranijih zlostavljanja nije pružala nikakav otpor,<sup>76</sup> kao što supruga nije ni obavezna da prethodno najavi nasilniku da će na njegovo sledeće „podizanje ruke“ biti adekvatno odgovoreno.<sup>77</sup> Ali to istovremeno ne znači ni da činjenica da se nasilje vrši po prvi put – za žrtvu treba da predstavlja rizik primanja na sebe i ozbiljnijih povreda.<sup>78</sup>

Pravne posledice ograničenjā – ako već *uzmicanje* ili *upotreba blažeg ali manje sigurnog sredstva* nisu mogući – većina autora svodi na dužnost **trpljenja lakših telesnih povreda**.<sup>79</sup> Dok god napadnutom ne preti teže povređivanje ili smrt, on se ne sme braniti sredstvima što ugrožavaju život napadača, čak i kada se samo tako sa sigurnošću može izbeći udarac.<sup>80</sup> S druge strane, pojedini autori ne idu tako daleko, dopuštajući samo lakša nauđivanja,<sup>81</sup> isključujući svako pa i lako povređivanje, s argumentacijom da to ne odgovara autonomnom statusu ličnosti unutar braka kao institucije, bar na način kako se ona razume u XX veku.<sup>82</sup> Faktički, prema ovom stanovištu, ne bi bilo opravdano nikakvo trpljenje supružnika radi očuvanja braka. Mislimo da je ovakvo tumačenje *suviše strogo*, jer smisleno razlikovanje lakog nauđivanja i lakog povređivanja i nije moguće. To ne samo da ne odgovara kriminalno-političkom interesu suzbijanja nasilja u porodici (radi se podsećamo o primarnom lakom delovanju na blisko lice, a ne o nasilniku-povratniku),<sup>83</sup> već i obesmišljava brak kao zajednicu života muža i žene, promovišući nekakvu idealizovanu zajednicu stranu ljudskom iskustvu, i stimulišući istupanje iz braka već nakon prvih bračnih razmirica. Nesporno, u slučaju ozbiljnijih primarnih napada na život i telo, kao i u slučaju svakog ponovljenog ugrožavanja sa elementima zlostave – nužna odbrana ne trpi nikakva ograničenja.

## LITERATURA

F. Bačić /1986/: *Krivično pravo Opći dio*, Zagreb, 3. izdanje

J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch /2003/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld, 11. Auflage

C. Bertel /1972/: *Notwehr gegen verschuldete Angriffe, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 1

75 C. Roxin /2006/: *op. cit.*, s. 702.

76 T. Lenckner, W. Perron /2001/: *op. cit.*, s. 625.

77 F. Herzog /2005/: *op. cit.*, s. 1178.

78 S pravom V. Erb /2003/: *op. cit.*, s. 1327; R. Rengier /2010/: *op. cit.*, s. 149; W. Wohlers /1999/: *op. cit.*, s. 441.

79 U. Ebert /2001/: *op. cit.*, s. 79; V. Erb /2003/: *op. cit.*, s. 1326; M. Köhler /1997/: *op. cit.*, s. 275; K. Kühl /2002/: *op. cit.*, s. 223. Pojedini autori smatraju da je ovde opravdano od napadnutog tražiti ne samo uzmicanje, već i eventualno bekstvo (tako B. Heinrich /2010/: *op. cit.*, s. 157).

80 I ovde bi prema okolnostima „neophodno potrebna odbrana“ podrazumevala prethodno upozorenje napadača, koje razume se ne treba da pogorša odbranu ili da je obesmisli.

81 Tako F. Herzog /2005/: *op. cit.*, s. 1178.

82 Slično W. Wohlers /1999/: *op. cit.*, s. 441.

83 Zbog toga se može kritikovati postojeća tendencija da kod nasilja u porodici (čl. 194 KZ) sudska praksa više ne traži ponovljeno ugrožavanje spokojstva, telesnog integriteta ili duševnog stanja člana porodice (vid. Z. Stojanović /2006/: *op. cit.*, str. 474).

- U. Ebert /2001/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 3. Auflage
- D. Engels /1982/: Der partielle Ausschluß der Notwehr bei tätlichen Auseinandersetzung zwischen Ehegatten, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, № 3
- V. Erb /2003/: in: Bernd von Heintschel-Heinegg (Hrsg.) et al., *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1*, München
- T. Fischer /2011/: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, 58. Auflage
- G. Freund /2006/: *Actio illicita in causa*, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*
- G. Freund /1998/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, Berlin–Heidelberg
- H. Frister /1988/: Die Notwehr im System der Notrechte, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, № 7
- H. Frister /2009/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 4. Auflage
- H. Fuchs /2004/: *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Grundlagen und Lehre von der Straftat*, Wien – New York, 6. Auflage
- W. Gropp /2001/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin–Heidelberg, 2. Auflage
- A. Grünwald /2010/: Notwehrein-schränkung – insbesondere bei provoziertem Angriff, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 1
- F. Haft /2004/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Eine Einführung für Anfangssemester*, München, 9. Auflage
- B. Heinrich /2010/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil I. Grundlagen der Strafbarkeit, Aufbau der Straftat beim Vollendungs- und Versuchsdelikt*, Stuttgart, 2. Auflage
- F. Herzog /2005/: in: U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (Hrsg.) et al., *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch. Band 1*, Baden-Baden 2. Auflage
- K. Himmelreich /1966/: Erforderlichkeit der Abwehrhandlung, Gebotensein der Notwehrhandlung; Provokation und Rechtsmißbrauch; Notwehrexzeß, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, № 5
- R. Hohmann, H. Matt /1989/: Zum Notwehrrecht bei provoziertem Angriff, *Juristische Rundschau*, № 4
- B. M. Ignjatović /1967/: *Nužna odbrana u teoriji i praksi*, Doboj
- G. Jakobs /1993/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin – New York, 2. Auflage
- H.-H. Jescheck, T. Weigend /1996/: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlin, 5. Auflage
- U. Kindhäuser /2009/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden-Baden, 4. Auflage
- M. Köhler /1997/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin–Heidelberg
- M. Kremnitzer, K. Ghanayim /2004/: Proportionality and the Aggressor's Culpability in Self-Defense, *Tulsa Law Review*, № 4
- K. Kühl /1991/: Die „Notwehrprovokation“, *Juristische Ausbildung*, № 2
- K. Kühl /1991a/: Die „Notwehrprovokation“, *Juristische Ausbildung*, № 4
- K. Kühl /1990/: „Sozialethische“ Einschränkungen der Notwehr, *Juristische Ausbildung*, № 5
- K. Kühl /2002/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 4. Auflage
- K. Lackner, K. Kühl /2001/: *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, München, 24. Auflage
- T. Lenckner, W. Perron /2001/: in: A. Schönke, H. Schröder (Hrsg.) et al., *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 26. Auflage

- P. Lewisch /2005/: 43. Lieferung: § 3, in: F. Höpfel, E. Ratz (Hrsg.) *et al.*, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Wien, 2. Auflage
- R. Maurach, H. Zipf /1992/: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 1. Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat*, Heidelberg, 8. Auflage
- W. Mitsch /1986/: Mithilfe gegen provozierte Angriffe, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, № 12
- P. Novoselec /1983/: Ograničenje prava na nužnu odbranu u slučaju provociranog napada, *Naša zakonitost*, № 3
- J. V. Prieto, W. N. Renke /2010/: A Comparison of the Spanish and Canadian Law of Self-Defence, *Alberta Law Review*, № 4
- R. Rengier /2010/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 2. Auflage
- R. Risimović /2009/: *Nužna odbrana u našem krivičnom zakonodavstvu*, doktorska disertacija, Beograd
- C. Roxin /1963/: Die provozierte Notwehrlage, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 4
- C. Roxin /2006/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München, 4. Auflage
- C. Roxin /2008/: Zlostavljanje u pravnoj državi – slučaj Dašner u Nemačkoj. Da li državnim organima izuzetno može biti dopušteno da pribave iskaz prinudom, *Strani pravni život*, № 3
- R. Schmidt /2010/: *Strafrecht – Allgemeiner Teil. Grundlagen der Strafbarkeit. Aufbau des strafrechtlichen Gutachtens*, Grasberg bei Bremen, 9. Auflage
- U. Schroth /1984/: Notwehr bei Auseinandersetzungen in engen persönlichen Beziehungen, *Neue juristische Wochenschrift*, № 45
- K. Seelmann /2007/: in: M. A. Niggli, H. Wiprächtiger (Hrsg.) *et al.*, *Strafrecht I. Basler Kommentar*, Basel, 2. Auflage
- N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević /1990/: *Krivično pravo SFRJ. Opšti deo*, Beograd, 16. izdanje
- A. Stajić /1986/: u: N. Srzentić (prir.) *et al.*, *Komentar Krivičnog zakona SFRJ*, Beograd, 3. izdanje
- Z. Stojanović /2006/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd
- G. Stratenwerth /1996/: *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, Bern, 2. Auflage
- S. Trechsel, P. Noll /1998/: *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, Zürich, 5. Auflage
- O. Triffterer /1994/: *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Wien – New York, 2. Auflage
- I. Vuković /2011/: O socijalno-etičkim ograničenjima nužne odbrane uopšte i situacije krajnje nesrazmere dobara, u: *Međunarodna naučna konferencija „Pravni sistem i društvena kriza“*, Zbornik radova. Druga sveska, Kosovska Mitrovica.
- H. Welzel /1969/: *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin, 11. Auflage
- J. Wessels, W. Beulke /2002/: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 32. Auflage
- W. Wohlers /1999/: Einschränkungen des Notwehrrechts innerhalb sozialer Näheverhältnisse, *Juristenzeitung*, № 9



*Igor Vuković*

Faculty of Law, University of Belgrade

## PROVOKED ATTACKS AND OTHER LIMITATIONS ON SELF-DEFENCE

### SUMMARY

According to the majority view, the right to self-defense is limited if the aggressor's attack was intentionally provoked by the defender, so the defender could serious bodily harm or even kill the attacker. The right to self-defense is restricted as well, if an attacker acts without culpability, as in the cases of children, insane persons or persons under the influence of alcohol or drugs. Limitations of self-defense are also examined if there is a close personal relationship between the aggressor and the defender, such as husband and wife or family members' relations. In these situations, the defender's actions are limited to defensive means that will protect him, but he is not entitled to offensive counter-attack. The article analyses these socio-ethical reductions and their applicability in practice.

**Key words:** Self-Defense, Socio-Ethical Limitations, Provoked Attacks, Close Personal Relationships, Inculpable Attacks.

## NEREAGOVANJE OČEVIDACA ZLOČINA: STRAH, APATIJA, DIFUZIJA ODGOVORNOSTI I (ILI) KONFORMIRANJE

**Apstrakt:** Intervencija očevidaca predstavlja oblik neformalne socijalne kontrole, a mnoga istraživanja su ukazala da ona može ostvariti značajne preventivne efekte, bilo da te aktivnosti uključuju direktno pružanje pomoći žrtvi ili samo obaveštavanje nadležnih organa o izvršenom zločinu. Istraživanje faktora koji utiču na odluku očevidca da interveniše, kao i objašnjenje fenomena nereagovanja očevidaca u prisustvu drugih već nekoliko decenija zaokuplja istraživačku pažnju. Imajući u vidu petostepeni model odlučivanja koji su svojevremeno razvili Latane i Darley zaključuje se da je potrebno osnažiti svaki od tih koraka (opažanje kritičnog događaja, identifikovanje situacije kao zločin/stanja opasnosti, preuzimanje odgovornosti za intervenciju, donošenje odluke o načinu intervenisanja i preduzimanje intervencije) i neutralisati barijere koje pozitivan ishod mogu zaustaviti u svakoj od navedenih faza. Da bi se povećala verovatnoća intervencije i njen preventivni učinak (koji se posebno očekuje u slučaju seksualnog nasilja, vršnjačkog nasilja u školi, nasilja u porodici i dr.), očevidci treba da se osećaju odgovornim za intervenisanje i da znaju da je važno i da se od njih očekuje da intervenišu ukoliko to mogu učiniti ne izlažući opasnosti sebe ili drugog, kao i da ovladaju veštinama i znanjima kako bi intervenisali na odgovarajući način i bezbedno. Na ponašanje očevidaca utiče ponašanje drugih i oni se rukovode socijalnim normama i vlastitim interpretacijama socijalnih očekivanja – s toga je od presudne važnosti jačanje društvenih normi koje nalažu preduzimanje odgovornosti i određenih intervencija u kritičnim situacijama.

**Gljučne reči:** intervencija očevidaca, efekat nemog posmatrača, difuzija odgovornosti, konformiranje.

Spremnost osoba koje se zateknu na mestu kriminalnog događaja da reaguju tako što će bez odlaganja prijaviti krivično delo, direktno priteći u pomoć žrtvi ili pozvati službu hitne medicinske pomoći, ili pak preduzeti neku drugu odgovarajuću aktivnost, može uticati kako na rizik vršenja zločina, tako i na težinu posledica koje pogađaju žrtve krivičnih dela, posebno one koje su pretrpele viktimizaciju nasilnim zločinima. Uprkos tome što je pružanje pomoći žrtvi i prijavljivanje krivičnog dela najpre moralna dužnost,<sup>1</sup> a u određenim slučajevima i zakonska obaveza građana,<sup>2</sup> propuštanje da se te obaveze ispunje nije retko.

---

\* docent, biljana.sp@kpa.edu.rs

1 Ona je praktično osnažena normom iz čl. 223 st. 1 Zakonika o krivičnom postupku, prema kojoj *svako treba da prijavi krivično delo za koje se goni po službenoj dužnosti*.

2 Pod određenim uslovima, nereagovanje očevidaca može predstavljati krivično delo. U domaćem zakonodavstvu postoji nekoliko inkriminacija koje, pored ostalog, pokrivaju propuštanje građa-

Intervencija očevidaca (eng. *bystander intervention*) je pojam kojim se označavaju aktivnosti koje u korist i za dobrobit osobe u nevolji preduzimaju lica koja prisustvuju kritičnom događaju, ali nisu njegovi direktni akteri (Morrison, 2010: 53). Ova intervencija se smatra važnim oblikom neformalne socijalne kontrole (Zhong, 2010) i mnoga istraživanja su pokazala da intervencija očevidaca može ostvariti značajne preventivne efekte, bilo da te aktivnosti uključuju direktno pružanje pomoći žrtvi, ili pak samo obaveštavanje nadležnih organa o izvršenom zločinu. Iskustvo, međutim, pokazuje da postoje značajne razlike u spremnosti očevidaca da interвениšu – tako, dok neke osobe pokazuju spremnost da preduzmu pomagačke aktivnosti<sup>3</sup> i onda kada nisu dužne da to učine i na način kojim sebe izlažu opasnosti, druge će okrenuti glavu čak i u situacijama u kojima je očigledno da mogu pružiti direktnu ili indirektnu pomoć žrtvi bez ikakvog rizika za vlastita dobra. Premda je pružanje pomoći osobama u nevolji prvorazredno etičko pitanje, spremnost očevidaca da interвениšu danas se ne posmatra isključivo kao moralno pitanje, već kao rezultat interakcije različitih ličnih dimenzija, socijalnih činilaca i situacijskih okolnosti.

Danas se u literaturi sreću različite teorijske pretpostavke o prirodi varijabli koje određuju da li će lica koja se zateknu na mestu kriminalnog događaja intervenirati ili ne, uključujući naročito socijalno-kognitivnu, biološku i evolucionističku perspektivu. Sprovedene studije su ukazale na značaj faktora na mikro, mezo i makro-nivou, odnosno kako na biološke osnove prosocijalnih tendencija, tako i na prosocijalne aktivnosti koje se pokreću unutar interpersonalnog odnosa očevidaca i žrtve ili grupnog konteksta. Neurobiološka perspektiva ukazuje na uticaj amigdale, male regije u limbičkom sistemu koja predstavlja centralni regulator pripreme za „borbu ili bekstvo“ u situacijama opasnosti. Na drugoj strani, rezultati brojnih istraživanja upućuju da na javljanje altruističkog ponašanja i stepen spremnosti da se preduzmu pomagačke aktivnosti utiču različiti socijalni i situacijski faktori. Oni pored ostalog zavise od stepena opasnosti koja pretili žrtvi, ozbiljnosti rizika kome bi se očevidac izložio intervenirajući, načina na koji žrtva traži pomoć, pa čak i stepena fizičke privlačnosti žrtve (kada su u pitanju očevidci muškog pola) (Eagly, Crowley,

---

na da u određenim okolnostima pruže pomoć žrtvi u neposrednoj životnoj opasnosti ili pak prijave izvršeno krivično delo. Inkriminacijom iz čl. 127 st. 1 Krivičnog zakonika predviđeno je kažnjavanje svakog ko ne pruži pomoć licu koje se nalazi u neposrednoj opasnosti za život iako je to mogao učiniti bez opasnosti za sebe ili drugog, dok je inkriminacijom iz čl. 285 st. 1 predviđeno kažnjavanje svakog ko ne prijavi nadležnom organu, odnosno drugom nadležnom subjektu da postoji požar, poplava, saobraćajna nezgoda ili neka druga opasnost za život ili telo ljudi ili za imovinu većeg obima, ili ne preduzme mere da se ta opasnost otkloni, iako je to mogao učiniti bez opasnosti za sebe ili drugog. Najzad, inkriminacijom iz čl. 332 st. 1 Krivičnog zakonika predviđeno je kažnjavanje svakog ko zna da je neko lice učinilo krivično delo za koje se po zakonu može izreći zatvor od trideset do četrdeset godina ili zna samo da je takvo delo učinjeno pa to ne prijavi pre nego što su delo, odnosno učinilac otkriveni. Reč je o omisivnim deliktima, odnosno neispunjenju dužnosti da se pruži pomoć licu koje se nalazi u neposrednoj opasnosti za život (uključujući pojedine kategorije žrtava krivičnih dela) i dužnosti da se prijave određena krivična dela. S tim u vezi, danas se u literaturi problematizuje pitanje dokle država zapravo sme ići u nametanju građanima dužnosti pomaganja žrtvi i dužnosti prijavljivanja izvršenog krivičnog dela (Stojanović, 2006: 708; Wenik, 1985).

- 3 Pomagačko ponašanje podrazumeva pružanje direktne pomoći licu kome je ona potrebna, u okviru situacija koje ne uključuju stvarno ili potencijalno žrtvovanje od strane pomagača (Reber, Reber, 2010: 425).

1986; Morrison, 2010). Povrh toga, oni zavise i od stepena zavisnosti žrtve i bliskosti onoga ko pomoć pruža sa onim kome je pomoć potrebna, pa će se pomoć radije pružiti deci nego odraslima, članovima porodice nego prijateljima, susedima nego poznanicima, pripadnicima sopstvene etničke grupe nego osobama koje pripadaju drugim etničkim grupama (Čekrlija, Turjačanin, Puhalo, 2004: 130–131). Neki autori su uputili i na analizu koristi i gubitaka (*cost-benefit* analizu) koja opredeljuje odluku očevidca da li će intervenisati ili ne – očevidac će, naime, pre nego što odluči izvagati sve pozitivne i negativne posledice svoje odluke da preduzme pomagačko ponašanje odnosno prijavi izvršenje krivičnog dela, pri čemu će u obzir uzeti kako psihološku cenu poput osećanja krivice, tako i opipljivije posledice u vidu zakonskih reperkusija ili osвете učinioca (Bleda *et al.*, 1976; Shaffer *et al.*, 1975; Gelfand *et al.*, 1973, prema: Wenik, 1985: 1787).

Do pasivnosti očevidaca zločina, generalno uzev, može doći iz različitih razloga. Ona može biti posledica određenih ličnih neuroloških obeležja, straha od direktnog ili indirektnog izlaganja opasnosti (sebe ili nekog drugog), zbunjujućih situacionih okolnosti, zatim nastojanja da se izbegne kontakt sa organima zaduženim za formalnu kontrolu kriminaliteta i svedočenje u krivičnom postupku, apatije odnosno nezainteresovanosti za situaciju u kojoj se nalaze žrtve, ili pak drugih okolnosti koje utiču na odluku očevidca da se uzdrži od pružanja neposredne pomoći žrtvi, prijavljivanja izvršenog krivičnog dela, pozivanja službe hitne pomoći i drugih aktivnosti upravljenih na otklanjanje opasnosti ili ublažavanje posledica koje pogađaju žrtvu.

Na fenomen nereagovanja u prisustvu drugih očevidaca zločina usmerena je znatna istraživačka pažnja početkom šezdesetih godina XX veka, nakon ubistva devojke po imenu Catherine (Kitty) Genovese u blizini njenog doma u Njujorku. Slučaj „Kitty Genovese“ je opisan u literaturi kao tipičan primer tzv. *apatije očevidaca*, tačnije nereagovanja osoba koje prisustvuju zločinu. Reč je o događaju koji se odigrao 13. marta 1964. godine u njujorškom Kvinsu, kada je nepoznati muškarac nožem nasrnuo na Kitty Genovese koja se u cik zore vraćala s posla. Napadač ju je presreo dok je prilazila svom stanu i počeo da joj nanosi ubode, a kada je ona uzviknula: „O moj Bože, uboo me je! Molim vas pomozite mi!“, na okolnim zgradama su počela da se pale svetla i otvaraju prozori, a jedan od suseda je uzviknuo: „Ostavi tu devojku na miru!“ Čuvši povike, napadač se udaljio, ali se pet minuta kasnije vratio i ponovo uboo Kitty koja je ležala u krvi. Još nekoliko ljudi u okolnim zgradama otvorilo je prozore i napadač je ponovo otišao. Tokom narednih desetak minuta, Kitty je uspela da se dovuče do predvorja svoje zgrade, gde se srušila. Napadač se ponovo vratio i, budući da niko nije pritekao u pomoć povređenoj devojci, pronašao ju je na mestu gde je ležala prateći krvave tragove, rastrgao joj je odeću, silovao je i oduzeo pedesetak dolara. Incident je sveukupno trajao oko 40 minuta i odvijao se pred, kako se veruje, najmanje 38-oro posmatrača koji nisu preduzeli ništa da spase žrtvu. Naposljetku, nekoliko minuta po okončanju poslednjeg ubičinog nasrtaja na devojku, jedan od očevidaca je pozvao policiju. Policija i vozilo hitne pomoći stigli su za nekoliko minuta, ali je bilo prekasno – Kitty je izdahнула na putu ka bolnici.<sup>4</sup>

4 Jedan od novijih dramatičnih primera nereagovanja očevidaca jeste događaj koji se odigrao 23. juna 2007. godine u jednoj samoposluzi u Vičiti u Kanzasu, kada je tokom svade izbodena dva-

Fenomen izostanska reakcije očevidaca prvobitno je objašnjavan kao ravnodušnost prema patnji drugih ljudi uzrokovana „moralnim posrnućem“, „dehumanizujućim efektima urbanizacije i industrijalizacije“, „otuđenjem“ i „anomijom“. U svojoj knjizi posvećenoj fenomenu apatije očevidaca i motivisanom slučaju „Đenoveze“, Rosenthal (1964) iznosi pretpostavku da je ravnodušnost očevidaca prema patnjama žrtve zapravo uslovljeni refleksi stanovnika prenaseljenog grada (prema: Turvey, Petherick, 2009: 42). Socijalni psiholozi John Darley i Bibb Latane (Darley, Latane, 1968) koji su utrljali put izučavanju intervencije očevidaca na mestu kriminalnog događaja pokušali su da eksperimentalno dokažu da očevici koji ne reaguju nisu karakterno izmenjeni i različiti od prosečnih ljudi, te da izostanak pomagačkog ponašanja nije rezultat njihove apatije, bezosećajnosti i ravnodušnosti već nekih drugih faktora, pre svega njihove brojnosti. Ovi autori su izrazili ozbiljnu sumnju da su socijalne norme ili lična obeležja značajni faktori ponašanja očevidaca u kritično vreme – mnoge norme su nejasne jer se s vremenom menjaju, dok su lična obeležja slabi prediktori. Svoje istraživanje u pokušaju da odgovore na pitanje šta je zaista značajno s tim u vezi započeli su pregledom policijskih izveštaja o ubistvu Kitty Genovese. Izneli su stanovište da, pored toga što postoje jasne etičke norme koje nalažu pružanje pomoći licu u nevolji, postoje i racionalna i iracionalna strahovanja vezana za posledice odluke da se interveniše. Iza tipične izjave „nisam želeo/la da se uplićem“ zapravo leži strah od telesnog povređivanja, osramoćenja, uključivanja u policijske procedure, izostajanje sa posla i niza drugih neželjenih posledica (Darley, Latane, 1968: 377). Ovi autori su ukazali na tri različita procesa koji mogu doprineti međusobnom inhibirajućem uticaju očevidaca – to su socijalni uticaj, strepnja da li će vlastiti postupci biti pozitivno ocenjeni od strane drugih i difuzija odgovornosti. Socijalni uticaj znači da će osoba u situacijama u kojima okolnosti nisu u potpunosti jasne, sačekati da je drugi prisutni definišu: prisustvo drugih će inhibirati pomažuće ponašanje ukoliko oni ostanu pasivni („ako niko ne reaguje, biće da je sve u redu“). Pored toga, prisustvo drugih će inhibirati aktivnost posmatrača koji pretpostavi da bi je oni ocenili negativno. Najzad, difuzija odgovornosti zapravo je način snižavanja psihološke cene neintervenisanja. Ukoliko postoje uslovi za rasterećenje od odgovornosti, intervencija će biti manje izvesna, pa je verovatnije da će pojedinac odgovoriti određenim pomagačkim ponašanjem onda kada je jedini očevidac zločina, nego ukoliko su prisutni i drugi (Darley, Latane, 1968; Latane, Darley, 1970,

---

desetsedmogodišnja LaShanda Calloway. Ne samo da niko od očevidaca nije pritekao u pomoć teško povređenoj devojci, već ju je njih nekoliko, nastavljajući sa kupovinom kao da se ništa nije dogodilo, preskočilo dok je ležala na podu samoposluge. Jedan od njih je čak zastao iznad žrtve da napravi fotografiju mobilnim telefonom. Prošlo je dva minuta pre nego što je neko od prisutnih pozvao policiju. Povređena devojka je nešto kasnije umrla u bolnici. Slučaj „Kolovej“ se od slučaja „Đenoveze“ razlikuje pre svega po tome što nije bilo poziva žrtve u pomoć, niti seksualnog nasilja. Međutim, u slučaju „Kolovej“, pored toga što su neki od prisutnih ignorisali zločin i žrtvu, bilo je i onih koji su, načinivši fotografiju pa i video-snimak koji je potom poslat na Jutjub, bili u stanju da se emocionalno distanciraju od događaja u velikoj meri i da objektivizuju žrtvu, posmatrajući njeno stradanje kao izvor razonode za sebe i druge (Turvey, Petherick, 2009: 43). Donekle slično ponašanje očevidaca primećeno je i u slučaju ubistva Barladeanua na stanici metroa u Napulju 26. maja 2009. godine. O tome više u: Ćirić, 2010.

prema: Prevos, 2006).<sup>5</sup> Jer, onda kada je prisutna samo jedna osoba, pomoć mora poteći od nje i, premda ona može odabrati da to ignoriše (zbog straha za vlastitu bezbednost ili nastojeći da se ne uplete u slučaj), pritisak u pravcu preduzimanja pomagačke aktivnosti pogađa samo nju. Ukoliko je prisutno više osoba, pritisak se raspoređuje i deli između njih i ne pogađa nikog jedinstveno, pa je rezultat toga da niko ne reaguje (Darley, Latane, 1968).

Latane i Darley su razvili petostepeni model odlučivanja prema kome u svakoj od faza procesa donošenja odluke očevidca da li će pružiti pomoć žrtvi može doći do inhibicije pomažućeg ponašanja ukoliko postoje barijere koje onemogućavaju ispunjenje sledećih uslova:

1. **Opazanje.** Očevidac treba da primeti odvijanje kritičnog događaja;
2. **Tumačenje.** Očevidac treba da jasno i nedvosmisleno identifikuje događaj kao zločin/stanje opasnosti;
3. **Preuzimanje odgovornosti.** Nužno je da se očevidac oseti odgovornim za pružanje pomoći, što može izbeći ukoliko pretpostavi da će pomoć pružiti neko drugi (difuzija odgovornosti)<sup>6</sup>;
4. **Donošenje odluke o načinu pružanja pomoći.** Očevidac treba da odabere odgovarajuću pomažuću aktivnost; treba imati u vidu da će mnogi po pravilu sebe smatrati nedovoljno kompetentnim da je sprovedu;
5. **Preduzimanje pomagačkih aktivnosti.** Očevidac treba da preduzme određenu pomažuću aktivnost; to može biti u suprotnosti sa njegovim vlastitim interesima, naročito u opasnim situacijama (Latane, Darley, 1970, prema: Prevos, 2006).

Fenomen nereagovanja u prisustvu drugih očevidaca, u literaturi poznat i kao *efekat nemog posmatrača* (eng. *bystander effect*), potvrđen je u brojnim eksperimentalnim situacijama. On se u savremenoj literaturi generalno objašnjava dvojako – pored navedenog, dugo dominirajućeg koncepta difuzije odgovornosti<sup>7</sup> i deindividuacije<sup>8</sup>, postoje i alternativni eksplanatorni modeli koji upućuju na pro-

5 Zanimljivo je da je u slučaju „Denoveze“, čak i sedamdesetogodišnjak koji je napokon pozvao policiju to učinio tek nakon što je pozvao prijatelja koji živi u drugoj državi i od njega zatražio savet kako da postupi. Policiji je kasnije rekao da nije hteo da bude upleten (prema: Time, Payne, Gainey 2010: 793).

6 Prisustvo drugih očevidaca redukuje odgovornost tako što je razdeljuje – premda svaki prisutni pojedinac opaža kritičnu situaciju kao opasnu i svestan je da je žrtvi potrebna pomoć, on ipak ne čini ništa budući da pretpostavlja da će neko drugi preuzeti odgovornost za pružanje pomoći. Psihološka cena nepružanja pomoći, sadržana pre svega u osećanjima stida i krivice, na ovaj način se deli između prisutnih, redukujući verovatnoću intervenisanja svakog od njih.

7 Konceptiju o difuziji odgovornosti kao faktoru koji ključno doprinosi nereagovanju očevidaca podržavaju pored ostalih i Miller i Clinkinbeard upućujući na eksperimentalna psihološka istraživanja koja su otkrila da ljudi nisu uvek voljni da priteknu u pomoć ni onda kada su u mogućnosti da pomognu, te da su pojedinci koji veruju da su jedini koji kao posmatrači prisustvuju incidentu spremniji da preduzmu pomagačku aktivnost i po pravilu je preduzimaju u kraćem roku nego što je to slučaj sa pojedincima koji nisu jedini očevidci (Miller, Clinkinbeard, 2006, prema: Turvey, Petherick, 2009: 42–43).

8 Garcia i saradnici (2002) smatraju da pomažuće ponašanje očevidca može biti inhibirano i ukoliko drugi nisu prisutni, čak i samim zamišljanjem njihovog prisustva. Eroziiju odgovornosti ovi



ces konformiranja socijalnim normama. Prema njima, do altruističkog ponašanja očevidaca će doći ukoliko je pomagačke aktivnosti već preduzeo neko od prisutnih – takvo ponašanje se objašnjava konformizmom, tj. saglašavanjem pojedinca sa socijalnim, odnosno grupnim normama.<sup>9</sup> Ponašanje drugih služi kao putokaz prilikom odlučivanja koji je odgovor adekvatan u određenim situacijama. Čak i u situaciji anonimnosti u grupi, ne dolazi uvek do inhibicije ponašanja usled individuacije i sniženog osećanja lične odgovornosti, već naprotiv – anonimnost u grupi podiže samosvest i socijalnu budnost i zapravo ostvaruje efekat depersonalizacije, a proces depersonalizacije pojačava svest pojedinca o grupnom identitetu, vrednostima i normama i u takvim uslovima povišeno je osećanje lične odgovornosti i spremnosti da se preduzmu pomagačke aktivnosti (Levine, Cassidy, Jenetzsch, 2010: 786). Nereagovanje očevidaca se iz ove perspektive dekodira kao odsustvo njihovog uverenja da je intervencija u konkretnoj situaciji socijalno poželjna i legitimna. Prema teoriji samokategorizacije, javljanje pomagačkog ponašanja ne određuje broj očevidaca, već odnosi između prisutnih osoba.

Mark Levine, jedan od najistrajnijih kritičara klasičnog koncepta efekta nemog posmatrača odnosno inhibirajuće difuzije odgovornosti usled brojnosti očevidaca, oslanjajući se na koncepte teorija socijalnog identiteta i samokategorizacije, zastupa stanovište da voljnost da se pomogne u situacijama opasnosti nije prosta funkcija prisustva ili odsustva drugih, već su prosuđivanje i postupci očevidaca određeni socijalnim odnosima lica koja se nalaze u datoj situaciji, odnosno specifičnim socijalnim kategorijama. Očevidac će biti spremniji da pruži pomoć onoj žrtvi koju percipira kao pripadnika vlastite kategorije, dok će njegovu odluku da reaguje podstaći prisustvo drugih pod uslovom da se opažaju kao članovi grupe/kategorije kojoj i sam očevidac pripada (Levine, Crowther, 2008: 1430). Povećanje broja prisutnih očevidaca može, dakle, kako podstaći, tako i inhibirati pomažuće ponašanje, u zavisnosti od prisustva ili odsustva psihosocijalnih veza između njih.

Svoje teze Levine argumentuje, pored ostalog, kroz analizu slučaja „Baldžer“, odnosno izostanka reakcije očevidaca prilikom otmice i ubistva trogodišnjeg Jamesa Bulgera nedaleko od Liverpula 12. februara 1993. godine (Levine, 1999). Dečaka su najpre otela u tržnom centru, a potom zlostavljala i nekoliko sati kasnije ubila dvojica desetogodišnjaka. Uprkos tome što je veliki broj slučajnih prolaznika bio u prilici da opazi da je dete-žrtva zlostavljano, izostala je njihova reakcija. U postupku koji je usledio svedočilo je na desetine očevidaca, a na osnovu transkripata sa suđenja Levine je primetio da su se oni kritičnom prilikom uzdržali od reakcije pre svega zato što su pretpostavili da su trojica dečaka braća. Ovaj autor je time skrenuo pažnju na značaj perspektive *socijalne kategorizacije* u objašnjenju fenomena nereagovanja slučajnih prolaznika odnosno očevidaca zločina – u konkretnom slučaju, dečaci su socijalno kategorisani kao „članovi porodice“, a ne prosto kao „deca“. Slu-

---

autori objašnjavaju oslanjajući se na klasičnu teoriju o deindividuaciji – percepcija ili samo-mišljanje prisustva drugih dovoljni su da aktiviraju efekat nemog posmatrača, jer biti u grupi pored ostalog znači biti izgubljen u gomili, biti deindividualizovan i imati sniženo osećanje lične odgovornosti.

9 Eksperimentalne studije pokazuju da su ljudi spremni da promene čak i svoja uverenja i sudove, samo da bi se konformirali sa većinom i da ne bi ispali „drugačiji“, „smešni“ i slično.

čajni prolaznici su mogli osećati ličnu odgovornost, ali nisu bili radi da intervenišu i tako se umešaju u stvari druge porodice. Očevidac se rukovodi socijalnim normama kako prilikom tumačenja određenih događaja, tako i u oceni legitimnosti sopstvene intervencije. Uz to, kampanje podizanja svesti javnosti o problemu nasilja nad decom, u okviru kojih se naglašava opasnost koja deci preti od strane nepoznatih odraslih osoba, učinile su da se kontakt odraslog sa decom koja nisu članovi njegove porodice u socijalnom prostoru percipira kao nešto sumnjivo. S toga su i slučajni prolaznici u ovom slučaju, kako dalje upućuje Levine, mogli da se uzdrže od intervencije i prilaženja dečacima bojeći se da ne izazovu podozrenje. Čak i da svedoci nisu otkrili prave razloge nereagovanja, činjenica je da se uverenje da su dečaci braća generalno smatralo legitimnim opravdanjem izostanka intervencije, čime se otvara pitanje socijalnih i kulturalnih kategorija koje određuju ponašanje ljudi u specifičnim situacijama (Levine, 1999: 1151–1153).

Peter Fischer i saradnici (2006), istraživači koji su takođe izrazili skeptičnost prema tezi o generisanju efekta nemog posmatrača pukim prisustvom drugih, eksperimentalno su pokazali da je taj efekat ograničen na situacije u kojima postoji relativno nizak stepen opasnosti. U takvim situacijama posmatrač će pre pokazati pomagačko ponašanje ukoliko je sam nego u prisutvu drugih. S druge strane, u situacijama u kojima postoji visok stepen opasnosti, ponašanje posmatrača ne zavisi od prisustva drugih. Ovi autori su skrenuli pažnju i na slučajeve drugačije od slučaja „Đenoveze“, pored ostalog na događaj koji se odigrao 13. januara 2001. godine u ranim jutarnjim satima u Minhenu, kada je dvadesetak neonaci-shinheda izvelo hajku na jednog mladog Grka i brutalno ga pretukla. Incident se odvijao pred nekoliko očevidaca, a neki od njih su odlučili da priskoče u pomoć žrtvi. Jedan od očevidaca, mladić iz Turske, uspeo je da, izlažući sebe opasnosti po život, izvuče okrvavljenog mladića i spase mu život. Na osnovu ovog i sličnih primera, Fischer i saradnici su zaključili da subjektivna percepcija stepena opasnosti u kojoj se žrtva nalazi igra važnu ulogu u procesu odlučivanja očevica da li će intervenisati. Situacije koje se jasno opažaju kao zaista opasne povećavaju psihološku cenu nepomaganja žrtvi, pa će povišena empatička uznemirenost posmatrača dovesti do preduzimanja pomagačkih aktivnosti, nezavisno od toga da li je posmatrač jedini ili su prisutni i drugi (Fischer *et al.*, 2006: 267–269).

\* \* \*

Da li je i na koji način moguće motivisati ljude da, pod uslovom da to mogu učiniti ne izlažući opasnosti sebe ili drugog, intervenišu radi pružanja pomoći žrtvi ili potencijalnoj žrtvi? Ustanovljenje opšte zakonske obaveze da se pritekne u pomoć žrtvi zločina, premda bi se mogla do određene mere pravdati kriminalnopolitičkim razlozima, ne smatra se ni racionalnim niti pravičnim rešenjem, u smislu očekivanja od ljudske prirode. Dovoljno je, s tim u vezi, imati na umu i samu opasnost od vigilantizma i probleme koji mogu proisteći iz akcija samopomoći građana u ovom domenu (Wenik, 1985).

S druge strane, podsticanje, pa i zakonsko obavezivanje građana da prijavljuju krivična dela,<sup>10</sup> kao i njihovo obučavanje da adekvatno reaguju u određenim kritičnim situacijama nesumnjivo su obećavajuće preventivne strategije. Kako ukazuje Jack Wenik, upravo u domenu prijavljivanja izvršenih krivičnih dela do izražaja dolazi efekat difuzije odgovornosti, budući da su očevici skloni da odgovornost za kontrolu kriminaliteta u potpunosti prebace na pojedine profesionalne i druge grupe u društvu, poput policije ili političara (Wenik, 1985: 1789).<sup>11</sup>

Nastojanja da se unapredi kapacitet građana da adekvatno i blagovremeno reaguju u kritičnim situacijama već prožimaju različite preventivne modele u mnogim zemljama, pre svega modele prevencije seksualnog nasilja, nasilja u porodici i vršnjačkog nasilja u školi. Aktivno ponašanje posmatrača nasilja i njihova spremnost da reaguju, pokazali su naime značajan preventivni učinak. Građani se mogu uvežbavati da u slučaju da se nađu u ulozi posmatrača reaguju, uz osnaživanje njihovih kapaciteta za prepoznavanje i kognitivnu obradu situacije, osećanje odgovornosti i znanje kako da u kritičnim situacijama postupe.<sup>12</sup> Kada je reč, primera radi, o seksualnom nasilju, viktimološke studije pokazuju da se veliki broj silovanja događa na žurkama ili prilikom izlazaka, da im često prethodi upotreba alkohola ili droga od strane jednog ili oba aktera, kao i da posmatrači veoma često prisustvuju fazi koja prethodi incidentu. Budući da su markeri rizika seksualnog nasilja vidljivi u fazi koja se odvija pred posmatračima, smatra se da preventivni programi koji se fokusiraju na interenciju posmatrača itekako mogu biti korisni (Burn, 2009). Empirijski nalazi koji govore da je verovatnoća da će očevici reagovati manja ukoliko veruju da se učinilac i žrtva poznaju, odnosno ukoliko se žrtva ponaša provokativno ili je pod dejstvom psihoaktivnih supstanci (socijalna kategorizacija), upućuju na nužnost da preventivni programi uključe i mere kojima je moguće postići rekategorizaciju u ovom domenu i otklanjanje mitova o silovanju.<sup>13</sup> Neki autori upućuju da posmatrači mogu pomoći u kreiranju novih grupnih normi o intervenciji radi prevencije seksualnog nasilja i podizanju osećanja odgovornosti za intervenisanje, a

10 Obrazlažući svoje zalaganje za inkriminisanje neprijavljivanja krivičnog dela Wenik navodi da bi se predočavanjem građanima da je zakonska dužnost svakog da prijavi krivično delo efikasno suzbio efekat difuzije odgovornosti, a uz to bi se povećali izgledi pozitivnih odluka na osnovu analize koristi i gubitaka od prijavljivanja krivičnog dela, budući da bi neprijavljivanje povlačilo krivičnu sankciju (Wenik, 1985: 1803).

11 Ćirić s pravom ukazuje da nijedno društvo ne bi trebalo da dopusti da sve poslove oko prevencije kriminaliteta i u vezi kriminalne politike obavljaju samo organi i organizacije formalne društvene kontrole (Ćirić, 2010: 135).

12 Prisustvovanje izvršenju krivičnog dela retko je iskustvo za mnoge ljude. Pre nego što interveniš, očevidac mora najpre razaznati da li je zaista nastupila situacija koja zahteva intervenciju, a potom odabrati adekvatan odgovor. Što su okolnosti situacije dvosmisleniji, to je manje verovatno da će očevidac reagovati bilo pomagačkim ponašanjem, bilo prijavljivanjem. Čak i onda kada je očevicu jasno da je u pitanju kriminalni incident, neodlučnost u pogledu toga koja vrsta intervencije je potrebna i koju bi aktivnost trebalo da preduzme može dovesti do izostanka bilo kakve reakcije. Informisanje građana o adekvatnim načinima postupanja u pojedinim situacijama povećalo bi verovatnoću intervencije očevidaca (Wenik, 1985: 1787).

13 Rezultati sprovedenih istraživanja pokazuju da muškarci snažnije usvajaju mitove o silovanju nego žene, što se može odraziti na rodne razlike u odgovornosti za preduzimanje intervencije (Burn, 2009: 782).

moгу odigrati i ulogu modela čije će pomažuće ponašanje usvajati drugi (Banyard *et al.*, 2007, prema: Burn, 2009: 780).<sup>14</sup> Ukoliko građani nauče kako da prepoznaju situacije u kojima postoji rizik vršenja seksualnog nasilja, ukoliko se osete odgovornim za preduzimanje preventivne intervencije i ako znaju kako treba da intervenišu, rizik seksualnog nasilja može biti redukovan (Burn, 2009).

Kada je u pitanju vršnjačko nasilje u školama, istraživanja ukazuju da prisustvo posmatrača, bilo đaka ili odraslih, može kako podsticati, tako i sprečavati nasilje (Stueve *et al.*, 2006). Aktivni posmatrači mogu pružati pomoć žrtvi, ali i podsticati nasilje učinioca. Pasivni posmatrači, premda ne preduzimaju ništa da podstaknu vršenje nasilja, mogu i samim svojim prisustvom doprineti vršenju nasilja budući da će pojačati pritisak na nasilnike da se „pokažu“ pred vršnjacima, demonstriraju svoju čvrstinu i „sačuvaju obraz“. Njihovo prisustvo će ohrabriti i buduće nasilje jer će poslati poruku da je agresivno ponašanje prihvatljivo (O'Connell *et al.*, 1999; Tremlow *et al.*, 1996, prema: Stueve *et al.*, 2006: 119). Neki autori su odlučno ukazali na potencijal posmatrača da prekinu krugove vršnjačkog nasilja u školama, imajući u vidu njihovu brojnost – oni mogu presudno uticati na raspored moći u situaciji nasilja, uključujući i siledžijstvo (Oh, Hazler, 2009). Međutim, više faktora, a pre svega strah od osвете nasilnika i nesigurnost u pogledu ishoda intervencije, doprinose pasivnosti posmatrača vršnjačkog nasilja. Modeli prevencije nasilja u školi koji bi se fokusirali i na intervenciju posmatrača trebalo bi da sadrže mere podizanja svesti i znanja o efektima pasivnog držanja u situacijama nasilja i pogubne efekte svakog nasilja (istraživanja, naime, pokazuju da su posmatrači skloni da podcene ozbiljnost situacije), da sadrže mere i aktivnosti usmerene na obuku dece i odraslih o aktivnostima koje treba da preduzmu u slučaju da prisustvuju vršenju nasilja, kao i mere za redukovanje negativnih reakcija posmatrača, u smislu podsticanja nasilja i pružanja podrške učiniocu (Stueve *et al.*, 2006).

Uopšte uzev, primarnopreventivnim aktivnostima kojima se unapređuju određena znanja i veštine na nivou zajednice razvija se kapacitet za efikasnu intervenciju potencijalnih posmatrača zločina i prevenciju kriminaliteta. Shodno tezama koje su razvili kako autori koji su akcentovali difuziju odgovornosti, tako i oni koji su kao ključni faktor nereagovanja nalazili u socijalnoj kategorizaciji odnosno konformiranju, očevici treba da se osećaju odgovornim i da znaju da je važno i da se od njih očekuje da intervenišu u meri i na način na koji to mogu učiniti ne izlažući sebe i druge opasnosti, kao i da ovladaju veštinama i znanjima kako bi intervenisali adekvatno, efikasno i bezbedno. Empirijske potvrde da na ponašanje očevidaca utiče ponašanje drugih i da se oni rukovode socijalnim normama i vlastitim interpreta-

14 Eksperimentalne studije pokazuju da su muškarci daleko spremniji da reaguju ukoliko poznaju potencijalnog učinioca seksualnog nasilja, nego ukoliko ga ne poznaju (na odluku žene-posmatrača da interveniše poznanstvo sa potencijalnim učiniocem daleko manje utiče). Ovi nalazi osnažuju tezu o *efektu crne ovce* (tendenciji grupe da doslednije i oštrije sankcioniše vlastitog pripadnika koji ugrozi reputaciju grupe, nego što bi sankcionisao nekog ko joj ne pripada), a koji se može iskoristiti za promovisanje preventivne intervencije. To se, primera radi, kako ističe Burn, može činiti naglašavanjem toga da seksualni nasilnici nanose štetu reputaciji svih muškaraca – „Ne dozvoli da nekoliko loših momaka kvari reputaciju muškaraca. Reaguj kada je neki muškarac u riziku da izvrši seksualno nasilje“ (Burn, 2009: 792).

cijama socijalnih očekivanja upućuje na to da je preduslov svega jačanje društvenih normi koje nalažu preduzimanje odgovornosti i određenih intervencija u kritičnim situacijama. Najzad, uvažavajući stavove onih autora koji su uputili na analizu koristi i gubitaka koja kritično utiče na odluku očevidca da li će intervenisati ili ne, potrebno je preduzeti sve što je moguće kako bi se lica koja prijavljuju krivična dela zaštitila od reperkusija.

## LITERATURA

- Burn, Sh. M. (2009). A Situational Model of Sexual Assault Prevention through Bystander Intervention, *Sex Roles*, 60: 779–792.
- Čekrlija, Đ., Turjačanin, V., Puhalo, S. (2004). *Društvene orijentacije mladih*. Banja Luka: Nacionalni institut za borbu protiv narkomanije.
- Čirić, J. (2010). Đenoveze sindrom, *Strani pravni život*, 1: 127–143.
- Darley, J. M., Latane, B. (1968). Bystander Intervention in Emergencies: Diffusion of Responsibility, *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 8(4): 377–383.
- Eagly, A. H., Crowley, M. (1986). Gender and helping behavior: A meta-analytic review of the social psychological literature, *Psychological Bulletin*, 100: 283–308
- Fischer, P., Greitemeyer, T., Pollozek, F., Frey, D. (2006). The unresponsive bystander: Are bystanders more responsive in dangerous emergencies?, *European Journal of Social Psychology*, 36: 267–278.
- Garcia, S. M., Weaver, K., Moskowitz, G. B., Darley, J. M. (2002). Crowded minds: The implicit bystander effect, *Journal of Personality and Social Psychology*, 83: 843–853.
- Levine, M. (1999). Rethinking Bystander Nonintervention: Social Categorization and the Evidence of Witnesses at the James Bulger Murder Trial, *Human Relations*, Vol. 52(9): 1133–1155.
- Levine, M., Crowther, S. (2008). The Responsive Bystander: How Social Group Membership and Group Size Can Encourage as Well as Inhibit Bystander Intervention, *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 95(6): 1429–1439.
- Levine, M., Cassidy, C., Jenetzsch, I. (2010). The implicit identity effect: Identity primes, group size, and helping, *British Journal of Social Psychology*, 49: 785–802.
- Morrison, B. E. (2010). Bystander Intervention, in: B. S. Fisher and S. P. Lab (eds) *Encyclopedia of Victimology and Crime Prevention*. Sage, pp. 53–56.
- Oh, I., Hazler, R. J. (2009). Contributions of Personal and Situational Factors to Bystanders' Reactions to School Bullying, *School Psychology International*, Vol. 30(3): 291–310.
- Prevos, P. (2006). Explanation Models for the Bystander Effect in Helping Behaviour, Tehnički izveštaj, Monash University, Melbourne. Dostupno na: [http://prevos.net/ola/helping\\_behaviour.pdf](http://prevos.net/ola/helping_behaviour.pdf)
- Reber, A. S., Reber, E. S. (2010). *Rečnik psihologije*. Beograd: JP „Službeni glasnik“.
- Stojanović, Z. (2006). *Komentar Krivičnog zakonika*. Beograd: JP „Službeni glasnik“.
- Stueve, A., Dash, K., O'Donnell, L., Tehranifar, P., Wilson-Simmons, R., Slaby, R. G., Link, B. G. (2006). Rethinking the Bystanders Role in School Violence Prevention, *Health Promotion Practice*, Vol. 7(1): 117–124.
- Time, V., Payne, B. K., Gainey, R. R. (2010). Don't help victims of crime if you don't have the time: Assessing support for Good Samaritan laws, *Journal of Criminal Justice*, 38: 790–795.

- Turvey, B. E., Patherick, W. (2009). *Forensic Victimology: Examining Violent Crime Victims in Investigative and Legal Contexts*. Elsevier Inc.
- Wenik, J. (1985). Forcing the Bystander to Get Involved: A Case for a Statute Requiring Witnesses to Report Crime, *The Yale Law Journal*, Vol. 94, pp. 1787–1806.
- Zhong, L. Y. (2010). Bystander Intervention and Fear of Crime, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, Vol. 54(2): 250–263.

*Biljana Simeunović-Patić*

Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

NON-REACTION OF BYSTANDERS:  
FEAR, APATHY, DIFFUSION OF RESPONSIBILITY  
AND (OR) CONFORMITY

SUMMARY

Bystander intervention is a form of informal social control, and lot of research indicates it may achieve significant preventive effects, whether these activities include providing direct help to a victim, or not more than crime reporting. Studying factors that influence bystander's decision concerning intervention, as well as the explanation of the phenomenon of non-reaction of bystanders in the presence of others occupy the interest of researchers for several decades. Having in mind the five stage decision tree developed by Latane and Darley, it has been concluded that it is needed to empower each of these steps (noticing, interpreting, taking responsibility, deciding how to help, and providing help) and to neutralize barriers that can foil the positive result at any stage. In order to raise the possibility of intervention and its preventive effect (that is particularly expected in the case of sexual violence, peer violence in schools, family violence, etc.) bystanders have to feel responsibility to intervene and they have to acknowledge it is important and expected from them to intervene, if they can do it without exposing themselves or others to a risk. They also have to be provided with knowledge and skills needed to intervene adequately and safely. Bystanders' behavior is influenced by others' behavior – they are guided by social norms and their own interpretations of social expectations. Thus it is of crucial importance to empower those social norms that order taking the responsibility and certain intervention in danger situations.

**Key words:** bystander intervention, bystander effect, diffusion of responsibility, conformity.



## CILJ I SMISAO RADNOPRAVNE ZAŠTITE „UZBUNJIVAČA“

**Apstrakt:** Zaposleni koji obelodane podatke o nezakonitom postupanju svog poslodavca ili svojih kolega suočeni su sa rizikom da zbog „uzbunjivanja“ budu šikanirani, uznemiravani, disciplinski kažnjeni, otpušteni ili izloženi nekoj drugoj vrsti poslodavčeve odmazde. Zakonska zaštita „uzbunjivača“ se, otuda, u značajnoj meri, proteže i na područje radnog prava, obuhvatajući „disciplinski imunitet“ i druge aspekte zaštite od odmazde, koji, između ostalog, treba da podstaknu zaposlene koji su upoznati sa nezakonitim radnjama poslodavca ili drugih zaposlenih da ustanu u odbranu javnog interesa. Odgovarajuće radnopravne norme se, u tom smislu, mogu razumeti i kao instrumenti koji mogu da daju određeni doprinos borbi protiv korupcije i drugih radnji koje ugrožavaju život, zdravlje, slobodu ili bilo koji drugi legitiman interes građana kao poslodavčevih klijenata, zaposlenih, akcionara ili poreskih obveznika. Stoga su u radu analizirani smisao, cilj i ključni aspekti radnopravne zaštite „uzbunjivača“ u međunarodnom, uporednom i domaćem pravu. U toj analizi, posebna pažnja posvećena je značaju obaveze vernosti zaposlenog poslodavcu i pitanju da li ova obaveza sprečava zaposlenog da obelodani informacije o nezakonitim radnjama poslodavca ili ne.

**Ključne reči:** „uzbunjivanje“; javni interes; radni odnos; obaveza vernosti; poslodavčeva odmazda.

### UVOD

Odnos između poslodavca i zaposlenog počiva na uzajamnoj lojalnosti, ispoljenoj kroz obavezu saradnje i obavezu vernosti. Obaveza vernosti zaposlenog poslodavcu, tako, podrazumeva uzdržavanje od svake aktivnosti koja bi mogla da naštetiti poslodavcu, kao i preduzimanje radnji koje doprinose zaštiti poslodavčevih interesa. S tim u vezi, treba odgovoriti na pitanje da li obaveza vernosti poslodavcu sprečava zaposlenog da obelodani podatke o korupciji i drugim ozbiljnim nezakonitim radnjama poslodavca ili drugog zaposlenog sa kojima se zaposleni upoznao prilikom obavljanja poverenih poslova. U literaturi se ovo oglašavanje zaposlenih radi rešavanja problema od opšteg značaja označava različitim terminima. Tako se u anglosaksonskoj književnosti prevashodstvo daje terminu „*whistleblowing*“ (bukvalno: zviždanje u pištaljku), koji se objašnjava na primeru sudije koji zviždanjem u pištaljku zaustavlja sportsko takmičenje zbog prekršaja koji igrač jednog tima učini u odnosu na igrača suprotnog tima.<sup>1</sup> U radnom pravu, međutim, nema dovoljno

\* asistent, ljubinka@ius.bg.ac.rs

1 Ronald F. Duska, odrednica „Whistle-Blowing“ u Robert W. Kolb (ed.), *Encyclopedia of Business Ethics and Society*, SAGE Publications, 2007, [http://www.sage-ereference.com/ethics/Article\\_n859.html](http://www.sage-ereference.com/ethics/Article_n859.html), 4. april 2010.

opravdanja za pozivanje na ovu paradigmu, budući da u sportu, uloga „zviždača“ pripada neutralnom posmatraču, za razliku od sveta rada, gde zaposleni upozorava na nezakonito postupanje svog poslodavca ili drugog zaposlenog – dakle, članova organizacije kojoj i sam pripada, zbog čega se u jednom delu literature označava terminom „insajder“ (engl. *insider*). Sa druge strane, otkrivanje informacija u javnom interesu francuski autori označavaju izrazima „obelodanjivanje“ („*denunciation*“), „zvonjenje na uzbunu“ (*lancement d'alerte, déclenchement de la sonnette d'alarme*) i „profesionalna uzbuna“ (*alerte professionnelle*)<sup>2</sup>. Ova terminološka neujednačenost odražava se i na označavanje lica koje se oglašava u javnosti radi zaustavljanja nekog nezakonitog postupka, a za koje se, pored pomenutog termina „insajder“, koriste i termini „zviždač“ (engl. „*whistle-blower*“) i „prijavilac“ (slo. *prijavitelj*), kao i termin „uzbunjivač“ (fr. *donneur d'alerte, lanceur d'alerte*, rum. *avertizor*), koji se čini najprihvatljivijim. Stoga ćemo u radu koristiti izraze „uzbunjivanje“ i „uzbunjivač“ da njima označimo obelodanjivanje informacija u javnom interesu, odnosno zaposlenog koji otkriva informacije o nezakonitom postupku svog poslodavca ili svojih kolega.

U uporednom pravu nije prihvaćena jasna koncepcija „uzbunjivanja“, niti postoji neka opštepriznata definicija ovog pojma. Ovo stoga što se „uzbunjivanju“ pripisuje više različitih funkcija, od aspekta slobode izražavanja,<sup>3</sup> preko instrumenta za borbu protiv korupcije i drugih nezakonitih postupaka, do mehanizma za rešavanje problema u radnoj sredini. No, nezavisno od brojnih funkcija koje mu se pripisuju, pojam „uzbunjivanje“, najopštije posmatrano, podrazumeva „otkrivanje loše prakse, kao i nezakonitih radnji činjenja i propuštanja na radu“.<sup>4</sup> Neki autori, slično, u

2 Cédric Jacquélet, *La vie privée du salarié à l'épreuve des relations de travail*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2008, str. 28. Neki autori za označavanje ovog pojam koriste i izraz „etička uzbuna“ (*alerte éthique*), iako je on primereniji ukazivanju na odstupanje od vrednosti kojima je poslodavac nominalno privržen, nego obelodanjivanju računovodstvenih i finansijskih prevara i drugih nezakonitih postupaka poslodavca, zbog čega se velika većina autora, s pravom, odlučuje za izraz „profesionalna uzbuna“. Alexandre Barège, *L'éthique et le rapport de travail*, L.G.D.J., Paris, 2008, str. 402.

3 Tako je Evropski sud za ljudska prava u slučaju Guja (*Guja*) protiv Moldavije utvrdio da je garancija slobode izražavanja iz Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (član 10) povređena odlukom o otkazu koji je dobio zaposleni u javnom tužlaštvu zato što je pokazao novinarima službene dopise koji dokazuju umešanost političara u jednu istragu. Tim povodom, Sud je zaključio da „državni službenik, u toku rada, može postati svestan unutrašnjih (*in-house*) informacija, uključujući tajne informacije, za čije je razotkrivanje ili objavljivanje javnost snažno zainteresovana. Sud, stoga, smatra da zaposleni u javnom sektoru koji signalizuje nezakonito ponašanje ili pogrešno postupanje na mestu rada, treba da uživa zaštitu u određenim slučajevima. Za tim može postojati potreba ako je određeni zaposleni ili državni službenik jedino lice ili deo male grupe lica, koja je svesna šta se dešava na radu i, stoga, najbolje pozicionirana da reaguje u javnom interesu time što će uzburkati poslodavca ili javnost u celini“. Presuda Evropskog suda za ljudska prava od 12. februara 2008. godine (podnesak br. 14277/04), stav 72. Istovremeno, valja imati u vidu da otkrivanje informacija medijima predstavlja izuzetno delikatno pitanje, koje se, prema preovlađujućem uporednopravnom rešenju, uređuje na način da se neposredno obraćanje „uzbunjivača“ medijima smatra krajnjom merom (*ultima ratio*), koja je opravdana tek ako željeni cilj ne može da se ostvari ni na jedan drugi način, a u nekim državama, samo ako je „uzbunjivač“ otkrio isti podatak državnom organu. Tako i Code of conduct for law enforcement officials adopted by General Assembly Resolution 34/169 of 17 December 1979, komentar člana 8.

4 David Lewis, „Whistleblowing at work: On what principles should legislation be based?“, *Industrial Law Journal*, br. 2/2001, str. 169.

„uzbunjivanju“ prepoznaju činjenicu da saradnici jedne organizacije otkrivaju nezakonite, nemoralne i nelegitimne postupke njihovog poslodavca licima koja mogu da doprinesu zaustavljanju ovih postupaka,<sup>5</sup> dok se „uzbunjivači“ određuju kao lica koja, „verujući da u javnom interesu zaobilaze interes organizacije kojoj služe, javno `zvižde u pištaljku`, ako je organizacija uključena u koruptivnu, nezakonitu, prevarnu ili škodljivu aktivnost“.<sup>6</sup> Osnovni cilj zaštite „uzbunjivača“ se, otuda, sastoji u jačanju odgovornosti i osnaživanju borbe protiv korupcije i drugih nezakonitih postupaka, odnosno u ohrabrivanju lica koja su upoznata sa takvim postupcima da ustanu u odbranu javnog interesa. Ostvarivanje tog cilja pretpostavlja stvaranje uslova da se glas „uzbunjivača“ čuje bez štetnih posledica po njihov radnopravni status. U tom smislu, suštinsko pravno pitanje zaštite „uzbunjivača“ glasi: da li obaveza vernosti poslodavcu sprečava zaposlenog da otkrije informacije o nezakonitim radnjama poslodavca ili ne.

## 1. OBAVEZA VERNOSTI POSLODAVCU I OBELODANJIVANJE INFORMACIJA U JAVNOM INTERESU

Obaveza vernosti zaposlenog poslodavcu i poslodavčeva obaveza vernosti zaposlenom ne predstavljaju glavne, osnovne obaveze iz radnog odnosa, kao što je to bio slučaj u srednjem veku (posebno kada je reč o ugovoru o vernoj službi), ili kao što to razumeju pristalice statusne koncepcije radnog odnosa u Nemačkoj početkom prošlog veka. Umesto toga, savremeno radno pravo poznaje obavezu vernosti kao *dopunsku obavezu*, koja nastaje kao posledica primene *načela savesnosti i poštenja* i nije izričito određena zakonom ili ugovorom o radu.<sup>7</sup> Ona služi ispunjenju glavnih obaveza iz radnog odnosa, odnosno konkretizuje i proširuje sadržaj glavnih obaveza poslodavca (obaveza isplate zarade i obaveza poveravanja poslova zaposle-

5 Tako npr. Mathieu Bouville, „Whistle-blowing and morality“, *Journal of Business Ethics*, br. 3/2008, str. 579 („otkrivanje radnje za koju zaposleni /bivši zaposleni/ veruje da je neetička ili nezakonita upravi /unutrašnje `uzbunjivanje` / ili državnim organima, odnosno javnosti /spoljašnje `uzbunjivanje` /“).

6 R. Nader, P. Petkas, K. Blackwell (eds.), *Whistle blowing: The report of the conference on professional responsibility*, Bantam Books, New York, 1972, str. vii, nav. prema John N. Conway, „Protecting the private sector at will employee who `blows the whistle`: A cause of action based upon determinants of public policy“, *Wisconsin Law Review*, 1977, str. 777–778.

7 Na izuzetak od ovog pravila, primera radi, nailazimo u švajcarskom Zakoniku o obligacijama, koji izričito utvrđuje obavezu zaposlenog da verno štiti poslodavčeve legitimne interese (*le travailleur [...] sauvegarde fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur*) i da se uzdržava od svake radnje koja bi mogla da naškodi poslodavcu (Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse /Livre cinquième: Droit des obligations/, *Recueil systématique du droit suisse* 220, član 321a, st. 1 i 3–4). Ova dužnost zaposlenog se, pri tom, razume kao plod saradnje koja se rađa stupanjem zaposlenog na rad kod poslodavca, budući da od tog trenutka svaka strana preuzima obavezu da štiti interese druge strane: zaposleni preuzima dužnost brižljivog i lojalnog postupanja (*devoir de diligence et fidélité du travailleur*), dok poslodavac preuzima dužnost da štiti i poštuje ličnost zaposlenog (tzv. dužnost brige o zaposlenom /*devoir d'assistance de l'employeur*). Frank Vischer, *Le contrat de travail* u Max Gutzwiller *et al.* (sous la direction de), „*Traité de droit privé suisse*“, volume VII, tome I/2, Éditions universitaires, Fribourg, 1982, str. 75.

nom) i zaposlenog (obaveza stavljanja radnih sposobnosti na raspolaganje poslodavcu i obaveza obavljanja poslova).<sup>8</sup> Poslodavčeva obaveza vernosti zaposlenom se, tako, ispoljava kroz obavezu obaveštavanja zaposlenog o okolnostima od značaja za njegov položaj, obavezu pristojnog ponašanja i ophođenja prema zaposlenom i obavezu uzdržavanja od svih radnji koje su nespojive sa savesnošću i poštenjem, kao što je to, primera radi, slučaj sa provokacijama i drugim radnjama koje zaposlenog mogu da dovedu u situaciju da učini povredu radne obaveze.<sup>9</sup> Poslodavčeva obaveza vernosti podrazumeva i uvažavanje legitimnih interesa zaposlenog i poštovanja njegovog dostojanstva, privatnog života i slobode izražavanja.<sup>10</sup> U tom smislu se može zaključiti da poslodavčeva obaveza vernosti predstavlja i svojevrsnu branu zloupotrebama (upravljačke, normativne i disciplinske) vlasti poslodavca, budući da ga obavezuje da ugovor o radu ne koristi za jačanje ekonomske i pravne nejednakosti ugovornica.<sup>11</sup>

Sa druge strane, *obaveza vernosti zaposlenog poslodavcu* podrazumeva uzdržavanje od svake aktivnosti koja bi mogla da naštetiti poslodavcu, odnosno preduzimanje radnji koje doprinose zaštiti poslodavčevih interesa,<sup>12</sup> kao što je to, npr. slučaj sa obaveštavanjem poslodavca o okolnostima od značaja za primenu ugovora o radu, pristojnim ponašanjem i obzirnim ophođenjem prema interesima poslodavca i ličnosti kolega, uzdržavanjem od konkurencije ili čuvanjem poslovne tajne.<sup>13</sup> U tom

- 
- 8 Obaveza vernosti se, otuda, može kvalifikovati i kao tzv. *obaveza staranja*, u smislu Veberove (*Wilhelm Weber*) klasifikacije sporednih obaveza zasnovanih na savesnosti i poštenju, budući da je svojstvena ugovornim odnosima u kojima su bitni lični odnosi strana ugovornica. Slobodan Perović, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, knjiga prva, Savremena administracija, Beograd, 1995, str. 17–18.
- 9 Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 16 janvier 1991, *Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation*, V, n° 15, nav. prema A. Barège, *op. cit.*, str. 242.
- 10 John D. R. Craig, Hazel D. Oliver, „The right to privacy in the public workplace: Should the private sector be concerned?“, *Industrial Law Journal*, br. 1/98, str. 59.
- 11 A. Barège, *op. cit.*, str. 215–216. i 428. Tako je, primera radi, britanski Apelacioni sud za radne sporove zauzeo stav da poslodavac koji uporno pokušava da promeni uslove rada zaposlenog kako bi ga se „rešio“ postupa na način koji je sračunat na narušavanje odnosa poverenja između zaposlenog i poslodavca ili može da naruši taj odnos. Isti sud je kvalifikovao kao povredu dužnosti poverenja i lažnu optužbu zaposlenog za krađu koja je usledila nakon nekorektno sprovedene istrage, ali i istrajno bezrazložno kritikovanje zaposlenog. Douglas Brodie, „The heart of the matter: Mutual trust and confidence“, *Industrial Law Journal*, br. 2/1996, str. 128. i 133.
- 12 Paul Durand, André Vitu, *Traité de droit du travail*, tome II, Dalloz, Paris, 1950, str. 586.
- 13 Premda je područje poslodavčeve vlasti, u načelu, ograničeno na mesto rada i radno vreme, valja imati u vidu da se u nekim slučajevima, obaveza podređivanja vlasti poslodavca proteže i izvan sfere profesionalnog života zaposlenog. Otuda se kao nelojalno ponašanje zaposlenog mogu kvalifikovati i neki njegovi postupci van mesta rada i radnog vremena, naročito ako je reč o zaposlenima od kojih se, zbog poslova koje obavljaju, očekuje posebna diskrecija, savesnost i lojalnost, kao što je to slučaj sa rukovodećim poslovima (npr. javno kritikovanje poslovne politike poslodavca). Ove slučajeve, međutim, prati dilema da li se takvi postupci zaposlenog mogu smatrati opravdanim razlogom za disciplinsko kažnjavanje ili ne. U tom smislu, čini se korisnim uvid u francusku sudsku praksu, u kojoj je sve do devedesetih godina prošlog veka, bio prihvaćen stav da poslodavac može da otkáže ugovor o radu zbog toga što je izgubio poverenje u zaposlenog. Zaokret je učinjen presudom Kasacionog suda kojom je odlučeno da gubitak poverenja ne predstavlja opravdani otkazni razlog: „otkaz zbog razloga koji je inherentan ličnosti zaposlenog mora biti zasnovan na objektivnim elementima, a gubitak poverenja na koji se poziva poslodavac, sam

smislu se i obelodanjivanje informacija o nezakonitom postupanju poslodavca ili drugog zaposlenog *prima facie* može smatrati povredom pravne obaveze vernosti zaposlenog poslodavcu, ali i povredom istoimene moralne obaveze, budući da poslovna etika pretpostavlja lojalnost zaposlenog organizaciji kojoj pripada, tako da se „uzbunjivanje“ može razumeti kao neetičko i nelojalno ponašanje, koje se, u nekim kulturnim (i radnim sredinama) doživljava i kao „potkazivanje“.<sup>14</sup> Ovo tim pre što je obavezi vernosti zaposlenog poslodavcu korelativna poslodavčeva obaveza vernosti zaposlenom. Otuda, ključno pravno pitanje na koje treba odgovoriti jeste pitanje da li obaveza vernosti poslodavcu može da spreči zaposlenog da obelodani informacije o nezakonitim radnjama poslodavca. Odgovor na ovo pitanje podrazumeva odmeravanje interesa subjekata radnog odnosa, sa jedne strane, i javnog interesa, sa druge strane.

Pojam javnog interesa je mnogoznačan, a, u najopštijem smislu, podrazumeva „interes cele društvene zajednice ili pojedinih njenih znatnih delova o kome pravo uopšte mora da vodi računa“.<sup>15</sup> Pri tom ne treba zaboraviti upozorenje pojedinih autora da se javnost interesa određuje na osnovu dva raznorodna obeležja – vrednosnog karaktera, odnosno kvaliteta interesa, sa jedne strane, i rasporostranjenosti, odnosno kvantiteta interesa, sa druge strane.<sup>16</sup> Budući da se ova obeležja mogu kombinovati na različite načine, povlačenje linije strogo razgraničenja između javnog i privatnog interesa predstavlja izuzetno delikatan, neretko, i nemoguć, zadatak.<sup>17</sup> Na to ukazuju mnogi domaći autori, kada, razmatrajući opravdanost (klasičnog) razlikovanja javnog i privatnog prava prema cilju njihovih normi (uređivanje javnih, odnosno privatnih interesa), zaključuju da su javni i privatni interesi toliko povezani da u nekim slučajevima prelaze jedan u drugi, uzajamno se pomažući i dopunjujući.<sup>18</sup> Sa druge strane, ne treba gubiti iz vida da su individualni interesi

---

po sebi, ne predstavlja razlog za otkaz“ (Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 29 novembre 1990, *Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation*, V, n° 598). Tako je, primera radi, Sud našao da Udruženje ustanova za medicinu rada (*Association Interentreprises de médecine du travail*) nije imalo stvaran i ozbiljan razlog (*cause réelle et sérieuse*) za otkaz ugovora o radu kada je ovu najtežu disciplinsku meru izrekao sekretarici zato što se u slobodno vreme bavila „proricanjem sudbine“ iz tarot karata, i to u lukrativne svrhe (Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation, 21 octobre 2003). Time je ukinuta odluka u kojoj je Apelacioni sud presudio da je poslodavac imao opravdani (disciplinski) razlog za otkaz, smatrajući da je aktivnost kojom se zaposlena bavila u slobodno vreme nespojiva sa poslom koji je obavljala za poslodavca, tim pre što je imala pristup poverljivim dosijeima pacijenata. Kasacioni sud je, s pravom, utvrdio da, u ovom slučaju, nije povređena obaveza poverenja, a da „inkriminisano ponašanje, koje se odnosi na lični život zaposlene, samo po sebi, ne može uspostaviti povredu radne obaveze“. Nav. prema izvodu iz presude objavljenom u časopisu *Droit social*, br. 1/2004, str. 30.

14 Na to, između ostalog, ukazuju i dva izraza koja se u francuskoj i belgijskoj književnosti koriste za označavanje „uzbunjivanja“ – izraz „*denunciation*“, koji znači obelodanjivanje informacija, ali i potkazivanje, baš kao i izraz „*délation*“ (dostavljanje, potkazivanje).

15 Odrednica „Javni interes“ u Borislav T. Blagojević (red.), *Pravna enciklopedija*, Savremena administracija, Beograd, 1979, str. 487.

16 Vladimir V. Vodinić, „Razlikovanje javnog i privatnog prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 5/1982, str. 673.

17 *Ibid.*, str. 673–678.

18 Tako: Feodor Taranovski, *Enciklopedija prava*, Izdavačka knjižarnica Gece Kona, Beograd, 1923, str. 222; Lazar Marković, *Gradansko pravo*, prva knjiga, drugo izdanje, „Narodna samouprava“,



ograničeni opštim interesima, koji su od presudnog značaja za održanje i stabilnost zajednice, zbog čega se privatni interes priznaje samo kada je to potrebno i u opštem interesu.<sup>19</sup> Otuda pojedinačni interesi i ugovori koji ih izražavaju moraju da budu podređeni opštem interesu, što ima za posledicu da pravo štiti pojedinačne interese samo ako su u skladu sa opštim interesom.<sup>20</sup> To, dalje, znači da pravo štiti interes poslodavca da ostvaruje dobit, maksimira profit i ostvaruje konkurentsku prednost na tržištu samo u meri u kojoj su ti poslodavčevi interesi u skladu sa opštim interesom, kakvim se, ni u kom slučaju, ne mogu smatrati proizvodnja i prodaja proizvoda koji nisu bezbedni po životnu sredinu, obmanjivanje građana o kvalitetu i štetnim dejstvima usluga koje pruža poslodavac, prikazivanje neistinitih finansijskih izveštaja, korupcija i druge radnje koje ugrožavaju bilo koji legitiman interes građana kao potrošača, zaposlenih ili akcionara. Otkrivanje informacija o ovim i drugim nezakonitim radnjama poslodavca doprinosi zaštiti prava i sloboda građana, posebno ako se ima u vidu da su građani slabija strana u odnosima koje zasnivaju sa poslodavcem (kao proizvođačem, pružaocem usluga i sl). Budući da zaštita prava i sloboda građana predstavlja vrhovni zadatak prava, „uzbunjivači“, s pravom, stavljaju ovu zaštitu ispred obaveze vernosti poslodavcu, zbog čega im valja obezbediti i delotvornu zaštitu od poslodavčeve odmazde. Zaštita „uzbunjivača“, u tom smislu, svedoči da pravo služi kompromisu i integraciji različitih interesa, zbog čega se javni interes može razumeti i kao „podupiranje jednih interesa na račun drugih“<sup>21</sup>. To, konačno, znači da „uzbunjivanje“ može biti opravdano samo ako se zaposleni nalazi pred izazovom ispunjenja *obaveze odbrane vrednosti koje su važnije od lojalnosti* (javno zdravlje, životna sredina, itd.).

Istovremeno, valja imati u vidu da „uzbunjivanje“ nije usmereno samo na zaštitu ljudskih prava i sloboda i drugih „važnijih“ vrednosti, već da, jednako, ima za cilj i zaštitu interesa poslodavca. Ovo stoga što obaveza preduzimanja radnji koje doprinose zaštiti poslodavčevih interesa *implicite* podrazumeva i obaveštavanje poslodavca o nezakonitim radnjama koje se preduzimaju u radnoj sredini. Neki autori, stoga, definišu „uzbunjivanje“ kao „mogućnost zaposlenog ili drugog lica koje obavlja aktivnost u preduzeću da direktoru preduzeća ili drugom imenovanom licu

Beograd, 1927, str. 18; Đorđe Tasić, *Uvod u pravne nauke*, treće, popravljeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 1941, str. 148; Radomir D. Lukić, Budimir P. Košutić, Dragan M. Mitrović, *Uvod u pravo*, trinaesto prošireno i dopunjeno izdanje, Službeni list, Beograd, 1999, str. 683. Ideja o prožimanju i ublažavanju, pa, i brisanju razlika između javnog i privatnih interesa se, po pravilu, objašnjava društvenim okolnostima koje su se desile u prošlom veku, pre svega državnom intervencijom, a, zatim, i izgradnjom socijalističkog društvenog uređenja, koje je podrazumevalo intenzivno dovođenje u vezu interesā zajednice sa interesima pojedinaca. Stoga se, u novijoj domaćoj književnosti, u svetlu ove ideje, kritikuje, pa, i negira podela na javno i privatno pravo. Suprotno: Zoran R. Tomić, *Opšte upravno pravo*, peto, skraćeno i osavremenjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009, str. 91–92.

19 V. V. Vodinelić, *op. cit.*, str. 674.

20 Florence Canut, *Lordre public en droit du travail*, L.G.D.J., Paris, 2007, str. 2–3. U tom smislu, Gams upozorava da pravo „smera da ustanovi ravnotežu između egoizma i altruizma“, i da, posledično, „ne može da se ograniči na sferu `moga`, jer polazna tačka za svako pravo sastoji se u priznanju tuđeg `ja` (dakle `tvoga`)“. Andrija Gams, *Uvod u građansko pravo (Opšti deo)*, Naučna knjiga, Beograd, 1952, str. 222.

21 V. V. Vodinelić, *op. cit.*, str. 676.



signalizira: a) postojanje radnji koje su suprotne odredbama zakona i podzakonskih akata, kolektivnih ugovora koji se primenjuju na preduzeće ili etičkih i deontoloških pravila, a koje ozbiljno štete funkcionisanju preduzeća; b) ograničenja prava i sloboda koja nisu opravdana prirodom zadataka koje treba izvršiti, niti su srazmerna željenom cilju; v) povrede fizičkog i psihičkog zdravlja zaposlenih.<sup>22</sup> Pored ukazivanja na mnoštvo različitih oblika obavljanja profesionalne aktivnosti, tj. proširivanja pojma „uzbunjivanja“ na sva lica koja obavljaju poslove za poslodavca, bez obzira na njihov radnopravni status, specifičnost ove definicije prepoznajemo i u činjenici da kao poseban oblik „uzbunjivanja“ opredeljuje otkrivanje informacija o nezakonitim i nemoralnim radnjama koje „ozbiljno štete funkcionisanju preduzeća“. U tom smislu, moguće je zaključiti da je „uzbunjivanje“ usmereno kako na zaštitu interesā građana, tako i na zaštitu interesā samog poslodavca. Zbog toga se u jednom delu literature zaključuje da je moralna dilema o odustajanju od obaveze vernosti poslodavcu u korist otkrivanja informacija o nezakonitim radnjama na mestu rada – lažna, budući da, otkrivanjem predmetnih informacija, „uzbunjivač“ nastoji da zaustavi nezakonito i neetičko ponašanje u radnoj sredini.<sup>23</sup>

Obaveza vernosti postoji i u *posebnom režimu radnih odnosa*, gde poprima specifičan izraz, budući da se vrši u jednom posebnom cilju. Ovo stoga što država kao poslodavac ne zasniva radni odnos sa svakim zaposlenim na osnovu ugovora kojim mogu biti ugovorena veća prava i povoljniji uslovi rada od prava i uslova rada utvrđenih zakonom, kolektivnim ugovorom ili pravilnikom o radu, kao i prava i obaveze koje nisu utvrđene zakonom. Prava i obaveze državnih službenika, umesto toga, utvrđuju zakonske norme, koje se uniformno i automatski primenjuju na sve državne službenike.<sup>24</sup> Pri tom, valja imati u vidu da državni službenici ne rade samo da bi na osnovu svoga rada sebi i članovima svoje porodice obezbedili sredstva za izdržavanje. Njihov rad služi i opštim interesima i doprinosi funkcionisanju države i ostvarivanju opravdanih zahteva građana. Otuda se, u skladu sa visokim stepenom odgovornosti koje zahteva njihova profesija, državnim službenicima stavljaju u dužnost služenje zajednici i zaštita svih lica od nezakonitih postupaka,<sup>25</sup> kao i jačanje autoriteta državne vlasti i poverenja građana u državnu službu<sup>26</sup>. U tom smislu, dužnost lojalnog služenja zakonito konstituisanoj (nacionalnoj, regionalnoj ili lokalnoj)

22 Paul-Henri Antonmattei, Philippe Vivien, *Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français: état des lieux et perspectives*, La Documentation Française, Paris, 2007, str. 35.

23 Stoga se, čak, zaključuje da „uzbunjivanje“ i obaveza vernosti zaposlenog poslodavcu nisu protivrečne, već doprinose istom cilju – zaštiti poslodavčevog „moralnog dobra“. Jukka Varelius, „Is whistle-blowing compatible with employee loyalty?“, *Journal of Business Ethics*, br. 2/2009, str. 263–275. Tako i Robert A. Larmer, „Whistleblowing and employee loyalty“, *Journal of Business Ethics*, br. 2/1992, str. 125–128.

24 Francis Delpérée, *L'élaboration du droit disciplinaire de la fonction publique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1969, str. 33.

25 „Pri donošenju odluka i vršenju diskrecionih ovlašćenja državni službenik dužan je da vodi računa o javnom interesu i relevantnim činjenicama i ne sme da deluje na način koji ga dovodi u položaj obaveze vraćanja usluge nekom fizičkom ili pravnom licu“. Kodeks ponašanja državnih službenika (*Službeni glasnik RS*, br. 29/2008), član 6.

26 Up. sa Aleksandar Baltić, *Komentar Zakona o državnim službenicima*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1949, str. 90–91.

vlasti, kao ni potreba za očuvanjem unutrašnje discipline državnih organa ne mogu biti prepreka za „uzbunjivanje“, već, upravo, suprotno, pretpostavljaju prijavljivanje nezakonitih postupaka za koje državni službenik sazna prilikom obavljanja poverenih poslova.<sup>27</sup>

S tim u vezi, valja odgovoriti i na pitanje da li zaposleni (u opštem i posebnim režimima radnog odnosa) imaju obavezu ili samo mogućnost da obelodane informacije o nezakonitim radnjama. „Uzbunjivanje“, po pravilu, ne pretpostavlja obavezu, već samo mogućnost zaposlenog da prijavi nezakonito postupanje poslodavca ili drugih zaposlenih, i to, samo ako određeni problem ne može da se reši na uobičajeni način, npr. zato što postoji opasnost od zloupotrebe i manipulacije prijavljenim informacijama.<sup>28</sup> To pravilo može biti derogirano u izuzetnim slučajevima, budući da nosioci određenih profesija imaju opštu obavezu da otkriju nezakonitosti koje su im poznate (npr. računovođe<sup>29</sup> ili policijski službenici<sup>30</sup>). Osim toga, obaveza „uzbunjivanja“ može postojati i u odnosu na određene informacije, poput informacija o radnjama korupcije ili drugom krivičnom delu ili informacija o nepravilnostima koje bi mogle da ugroze bezbednost i zdravlje radnika, kao što je predviđeno u domaćem i uporednom zakonodavstvu.<sup>31</sup> Izvan ovih slučajeva, zaposleni nemaju dužnost „uzbunjivanja“. Takvu dužnost, uporednopravno posmatrano, ne predviđaju ni posebni zakoni o otkrivanju informacija u javnom interesu, tim pre što njima nije utvrđena ni dužnost poslodavca da ustanove unutrašnji sistem „uzbunjivanja“. To, međutim, ne isključuje pravo poslodavca da, samostalno ili u konsultaciji sa savetom zaposlenih ili drugim predstavnicima zaposlenih, predvide obavezu „uzbunjivanja“ za zaposlene koji obavljaju rukovodeće poslove<sup>32</sup>, pa, i za sve zaposlene kod poslo-

27 Vid. Recommendation No. R (2000) 10 on codes of conduct for public officials adopted by the Committee of Ministers at its 106<sup>th</sup> Session on 11 May 2000, član 12.

28 Committee on Legal Affairs and Human Rights, *The protection of „whistle-blowers“ – Report*, 14 September 2009, stav 116, tačka j.

29 David Lewis, „When do employees have a contractual duty to report wrongdoing?“, *Industrial Law Journal*, br. 3/2004, str. 280.

30 Vid. Code of conduct for law enforcement officials adopted by General Assembly Resolution 34/169 of 17 December 1979, član 8.

31 Tako je, primera radi, Zakonom o državnim službenicima (*Službeni glasnik RS*, br. 79/05, 81/05, 83/05, 64/07, 67/07, 116/08 i 104/09) utvrđena posebna dužnost zaposlenih u državnim organima da obaveste nadležna lica o sumnji postojanja korupcije (član 23a), dok je Krivičnim zakonikom (*Službeni glasnik RS*, br. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09 i 111/09) predviđeno kažnjavanje državnih službenika (i drugih službenih lica, kao i odgovornih lica) koji svesno propuste da prijave krivično delo za koje su saznali u vršenju dužnosti, ako se za to delo može izreći pet godina zatvora ili teža kazna, odnosno krivično delo koje je njihov podređeni učinio pri vršenju svoje službene, vojne ili radne obaveze, a za koje se može izreći zatvor od 30 do 40 godina (član 332, st. 2–4). Sa druge strane, jednu od osnovnih obaveza zaposlenog, u smislu odredbi Zakona o radu (*Službeni glasnik RS*, br. 24/05, 61/05 i 54/09), predstavlja obaveza „da obavesti poslodavca o svakoj vrsti potencijalne opasnosti za život i zdravlje i nastanak materijalne štete“ (član 15 tačka 4), dok je Zakonom o bezbednosti i zdravlju na radu (*Službeni glasnik RS*, broj 101/2005), slično, predviđena obaveza zaposlenog da „u skladu sa svojim saznanjima, odmah obavesti poslodavca o nepravilnostima, štetnostima, opasnostima ili drugoj pojavi koja bi na radnom mestu mogla da ugrozi njegovu bezbednost i zdravlje ili bezbednost i zdravlje drugih zaposlenih“ (član 36).

32 Interesantno je uočiti da je u engleskoj sudskoj praksi afirmisan stav da zaposleni koji za poslodavca obavljaju rukovodeće poslove imaju obavezu da nadziru, sprečavaju i prijavljuju nezakoni-

davca. Predviđanje ove obaveze, međutim, može imati smisla samo ako je unapred iscrpno uređen postupak „uzbunjivanja“, tj. ako je precizirana vrsta informacija na koje se odnosi dužnost „uzbunjivanja“, ako su označena lica kojima treba otkriti te informacije, ako su opredeljeni slučajevi u kojima zaposleni može da koristi spoljašnji sistem „uzbunjivanja“ i ako je obezbeđena zaštita „uzbunjivača“.<sup>33</sup>

## 2. „DISCIPLINSKI IMUNITET“ I DRUGI ASPEKTI ZAŠTITE „UZBUNJIVAČA“ OD POSLODAVČEVE ODMAZDE

Većina evropskih država nema sveobuhvatne propise o zaštiti „uzbunjivača“, već se ovim licima garantuje ograničena zaštita, primera radi, samo u pogledu otkrivanja nezakonitih postupaka u javnom sektoru (npr. u srpskom, rumunskom i holandskom pravu), ili samo u pogledu otkrivanja korupcije (npr. u francuskom i slovenačkom pravu), dok se u nekim državama zaštita „uzbunjivača“, i pored pravnih praznina, obezbeđuje zahvaljujući sudskom tumačenju opštih pravila krivičnog i radnog zakonodavstva.<sup>34</sup>

Celovito uređivanje zaštite „uzbunjivača“ izostaje i na međunarodnom nivou. Jedan aspekt te zaštite je, tako, uređen Konvencijom Međunarodne organizacije rada broj 158, koja zabranjuje da se „podnošenje pritužbe ili učešće u postupcima protiv poslodavca koji se odnose na navodne povrede zakona ili podzakonskih akata ili obraćanje nadležnim državnim organima“ kvalifikuje kao opravdan otkazni razlog.<sup>35</sup> Sa druge strane, najznačajnije međunarodne konvencije o borbi protiv korupcije pozivaju države ugovornice da obezbede zakonsku zaštitu licima koja u dobroj nameri prijave nadležnim subjektima bilo koju činjenicu koja se odnosi na postojanje korupcije.<sup>36</sup> Konvencija Ujedinjenih nacija protiv korupcije, tako, obavezuje ugovornice (samo) da razmotre mogućnost uvođenja takve zaštite<sup>37</sup>, dok Građanskopravna konvencija Saveta Evrope o korupciji garantuje „odgovarajuću zaštitu“ od bilo koje neopravdane sankcije u korist zaposlenih koji imaju osnovanog razloga da sumnjaju u korupciju i koji, u dobroj veri, prijave svoju sumnju odgovornim li-

---

tosti i onda kada ta obaveza nije izričito utvrđena ugovorom o radu. *RBG Resources plc v. Rastogi et al.*, [2000] High Court of England and Wales 278 (Chancery Division), nav. prema D. Lewis, „When do employees have a contractual duty to report wrongdoing?“, *op. cit.*, str. 278–279. Više o dužnosti „uzbunjivanja“ zaposlenih koji obavljaju rukovodeće poslove i direktora privrednih društava vid. u Linda Clarke, „Mutual trust and confidence, fiduciary relationships and the duty of disclosure“, *Industrial Law Journal*, br. 4/1999, str. 348–360.

33 Tako D. Lewis, „When do employees have a contractual duty to report wrongdoing?“, *op. cit.*, str. 280.

34 Vid. Committee on Legal Affairs and Human Rights, *The protection of „whistle-blowers“ – Report*, 14 September 2009, st. 23–109.

35 Konvencija Međunarodne organizacije rada broj 158 o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca (*Službeni list SFRJ-Međunarodni ugovori*, broj 4/84), član 5 tačka c).

36 Više o domašaju ovih konvencija vid. u Indira Carr, David Lewis, „Combating corruption through employment law and whistleblower protection“, *Industrial Law Journal*, br. 1/2010, str. 56–59.

37 Konvencija Ujedinjenih nacija protiv korupcije (*Službeni list SCG-Međunarodni ugovori*, broj 12/2005), član 33.

cima ili organima.<sup>38</sup> To, međutim, nije i jedini akt Saveta Evrope kojim se uređuje predmetno pitanje. Nedavno su pod okriljem ove organizacije usvojene i smernice za obezbeđivanje celovite zaštite „uzbunjivača“. One su sadržane u Rezoluciji o zaštiti „uzbunjivača“<sup>39</sup> i istoimenoj Preporuci,<sup>40</sup> u kojima je državama članicama Saveta Evrope upućen poziv da preispitaju domaće zakonodavstvo u cilju sveobuhvatne zaštite „uzbunjivača“ u privatnom i javnom sektoru, uključujući osetljive sektore vojske i specijalnih službi. Takvu zaštitu valjalo bi obezbediti licima koja u dobroj veri obelodane „različite vrste nezakonitih radnji, uključujući sve ozbiljne povrede ljudskih prava koje ugrožavaju ili utiču na život, zdravlje, slobodu ili bilo koji drugi legitiman interes pojedinaca kao subjekata usluga javne uprave ili poreskih obveznika, odnosno kao akcionara, zaposlenih ili klijenata privatnih kompanija“.<sup>41</sup> Od država se, stoga, očekuje da usvoje odgovarajuća pravna pravila u oblasti radnog, krivičnog, krivičnog procesnog i prava medija, i da obezbede redovan nadzor nad primenom ovih pravila od strane nezavisnih tela. Unaprednje zakonske zaštite „uzbunjivača“ u oblasti radnog prava bi, pritom, trebalo da obuhvati zaštitu „od nekorektnog otpuštanja i drugih oblika odmazde u vezi sa radnim odnosom“; odgovarajuća krivičnopravna zaštita, naročito, podrazumeva zaštitu „uzbunjivača“ od gonjenja za klevetu i povredu službene ili poslovne tajne, kao i zaštitu svedoka, dok se pred pravom medija kao najvažniji zadatak postavlja stvaranje uslova za delotvornu zaštitu novinarskih izvora.<sup>42</sup> Istovremeno, države su pozvane da utiču na promenu odnosa javnosti prema „uzbunjivanju“, što naročito podrazumeva nastojanje da se „uzbunjivanje“ oslobodi balasta povezivanja sa neloyalnošću i izdajom.

Relevantni izvori prava ukazuju da zaštita „uzbunjivača“ treba da osigura „bezbednu alternativu ćutanju“, kako u slučaju internog otkrivanja relevantnih informacija, tako i u slučaju njihovog otkrivanja licima koja ne pripadaju određenoj organi-

38 Građanskopravna konvencija o korupciji (*Službeni glasnik RS*, broj 102/07), član 9. Određenu zaštitu „uzbunjivačima“ garantuje i Krivičnopravna konvencija Saveta Evrope o korupciji (*Službeni list SRJ-Međunarodni ugovori*, broj 2/02 i *Službeni list SCG-Međunarodni ugovori*, broj 18/05), obavezujući države ugovornice da obezbede delotvornu zaštitu svedocima koji daju izjave koje se odnose na korupciju (član 22 tačka b). Ova obaveza podrazumeva zaštitu svih lica koja poseduju informaciju od značaja za krivični postupak koji se odnosi na korupciju, uključujući i „uzbunjivače“. Tako Explanatory Report on the Criminal law convention on corruption of 27 January 1999, stav 111.

39 Resolution 1729 (2010) on a protection of „whistle-blowers“ adopted by the Parliamentary Assembly on 29 April 2010 (17<sup>th</sup> Sitting).

40 Recommendation 1916 (2010) on a protection of „whistle-blowers“ adopted by the Parliamentary Assembly on 29 April 2010 (17<sup>th</sup> Sitting).

41 Resolution 1729 (2010) on a protection of „whistle-blowers“, tačka 6.1.1.

42 *Ibid.*, tač. 6.1.3.1–6.1.3.3. Slično i: Joint declaration by the UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media and the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression, December 2004 („Uzbunjivači“ su pojedinci koji objavljuju poverljivu ili tajnu informaciju iako imaju službenu ili drugu obavezu da zadrže njenu poverljivost ili tajnost. „Uzbunjivači“ koji otkriju informaciju o povredi zakona, nezakonitom postupanju javnih tela, ozbiljnim opasnostima za zdravlje, bezbednost ili okolinu ili o kršenju ljudskih prava ili humanitarnog prava treba da uživaju zaštitu od pravnih i administrativnih sankcija i sankcija koje se odnose na zaposlenje, ako su postupali u „dobraj veri“).

zaciji<sup>43</sup>. U tom smislu se, u literaturi, pravi razlika između *unutrašnjeg i spoljašnjeg sistema „uzbunjivanja“*, pri čemu se ovaj prvi uspostavlja na nivou određenog državnog organa, privrednog društva ili druge organizacije,<sup>44</sup> kako bi zaposleni mogli da ga koriste ukoliko određeni problem ne mogu da reše na uobičajeni način.<sup>45</sup> „Uzbunjivači“ imaju potrebu za zaštitom i u slučaju da u određenoj radnoj sredini ne postoji unutrašnji sistem „uzbunjivanja“ ili on nepravilno funkcioniše, kada mogu da koriste spoljašnje kanale „uzbunjivanja“, poput obraćanja telu za borbu protiv korupcije, povereniku za informacije od javnog značaja, zaštitniku građana, organu unutrašnjih poslova, pa, i medijima. Ista potreba postojeće i ako se, zbog prirode problema koji je „uzbunjivač“ pokrenuo, ne može očekivati da će sistem unutrašnjeg „uzbunjivanja“ pravilno funkcionisati, ali i ako lice koje uživa poverenje „uzbunjivača“ nije preduzelo potrebne mere da zaustavi određeni nezakoniti postupak ili ako unutar određene radne sredine ne postoji nijedno lice koje bi moglo da zaustavi nezakoniti postupak, a da „uzbunjivač“ ne veruje da nije umešano u tu radnju.

Radnopravna zaštita „uzbunjivača“ mora počivati na uvažavanju legitimnih interesa zaposlenih i poslodavaca, zbog čega se, paralelno sa zaštitom zaposlenih od poslodavčeve odmazde, obezbeđuje i zaštita poslodavca od zlonamernih optužbi zaposlenih. Delotvorna zaštita „uzbunjivača“, otuda, podrazumeva ništavost neopravdanih odluka o pravima, obavezama i odgovornostima zaposlenog koje je poslodavac doneo samo zato što je zaposleni obelodanio neku njegovu nezakonitu radnju,

- 
- 43 Zalažući se za restriktivnu definiciju „uzbunjivanja“ i usko tumačenje područja zaštite „uzbunjivača“, neki autori smatraju da se „uzbunjivanje“ ne uspostavlja korišćenjem internog sistema „uzbunjivanja“, već samo ako otkrivena informacija napušta „zidove“ organizacije kojoj „uzbunjivač“ pripada. Vid. Peter Jubb, „Whistleblowing: A restrictive definition and interpretation“, *Journal of Business Ethics*, br. 1/1999, str. 77–94.
- 44 Unutrašnji sistem „uzbunjivanja“ donosi poslodavcima brojne prednosti, uključujući mogućnost razmatranja navoda „uzbunjivača“ bez spoljašnjeg pritiska i negativnog publiciteta. Stoga se u literaturi razmatra mogućnost utvrđivanja obaveze ustanovljavanja unutrašnjih sistema „uzbunjivanja“, dok su države članice Saveta Evrope i Organizacije za ekonomsku saradnju i razvoj, aktima ovih organizacija, pozvane da podstiču donosiocima odluka u državnim organima i privrednim društvima na uspostavljanje unutrašnjih sistema „uzbunjivanja“. Ti sistemi treba da omogućе valjano ispitivanje informacija o mogućim problemima u određenim radnim sredinama, kao i blagovremeno upoznavanje uprave sa relevantnim informacijama, što, nužno, ne isključuje zaobilazjenje uobičajene hijerarhije onda kada je to neophodno. U tom smislu se, u jednom delu literature, uočavaju dva pristupa uređivanju „uzbunjivanja“: prvi model je usmeren na zaštitu zaposlenih od poslodavčeve odmazde zbog „uzbunjivanja“ (*anti-retaliation model*), dok drugi model podrazumeva obavezu poslodavca da zaposlenima obezbede standardizovani unutrašnji sistem prijavljivanja nezakonitih postupaka u radnoj sredini (tzv. strukturni model /*structural model*). Vid.: Resolution 1729 (2010) on a protection of „whistle-blowers“, tačka 6.2.1; OECD Principles of Corporate Governance, IV E.
- 45 Budući da uspostavljanje internog sistema uzbunjivanja može da omogućiti poslodavcu da kontroliše svoje zaposlene, neki zakonodavci uslovljavaju uvođenje internog sistema uzbunjivanja obaveznim obaveštavanjem i konsultovanjem zaposlenih o ciljevima, mogućnostima i strukturi sistema „uzbunjivanja“, kao i o zaštiti ličnih podataka koji se tom prilikom prikupljaju. Ova pitanja se, otuda, u nekim državama, uređuju sporazumom poslodavca i saveta zaposlenih, s tim što je u radnim sredinama u kojima nije osnovan savet zaposlenih primena internog sistema „uzbunjivanja“ dopuštena samo ako je sa njom saglasan svaki zaposleni, kao što je to, npr. slučaj u austrijskom pravu. Rainer Knyrim, Gerald Trieb, „Whistleblowing hotlines in Austria“, *International Data Privacy Law*, br. 1/2011, str. 70–75.



kao i ograničavanje zaštite „uzbunjivača“ samo na slučajeve otkrivanja informacija u dobroj veri. Potonji uslov, međutim, daje povoda različitim tumačenjima, pa, tako, standardi Saveta Evrope predviđaju da treba smatrati da uzbunjivač postupa *bona fide* ako ima osnovani razlog da veruje da su obelodanjene informacije istinite (čak i ako bi se kasnije ustanovilo suprotno), pod uslovom da nije imao nameru da, na osnovu „uzbunjivanja“ ostvari neki nezakoniti ili nemoralan cilj,<sup>46</sup> npr. da izbegne primenu opravdane disciplinske sankcije ili otkaz za koji postoji opravdan razlog koji se tiče ponašanja zaposlenog, ili da izvrši pritisak na poslodavca da mu isplati veću zaradu ili omogućiti unapređenje.<sup>47</sup>

Ključni aspekt zaštite „uzbunjivača“ u okviru unutrašnjeg i spoljašnjeg sistema „uzbunjivanja“ čini njihova *zaštita od svake odmazde*. To znači da su lica na koje se odnose podnete pritužbe dužna da se uzdrže od neopravdanog otpuštanja, uznemiravanja i disciplinskog kažnjavanja zaposlenog, kao i od diskriminatornog postupanja prema zaposlenom, naročito u pogledu ostvarivanja prava na zaradu i stručno usavršavanje i napredovanje, kao i u pogledu izmene ugovorenih uslova rada.<sup>48</sup> Poslodavčevom odmazdom, pri tom, ne treba smatrati redovno (normalno) vršenje upravljačke, disciplinske i normativne vlasti koja pripada poslodavcu, budući da zasnivanjem radnog odnosa, zaposleni dobrovoljno pristaje da se podređuje odgovarajućim poslodavčevim ovlašćenjima. U tom smislu, organizacija rada, upravljanje i nadzor nad radom zaposlenih, autonomno uređivanje uslova rada i kažnjavanje zaposlenih za povrede radnih obaveza predstavljaju sastavni deo radnog odnosa, i obeležje (i kriterijum) pravne subordinacije kao bitnog elementa radnog odnosa (i ugovora o radu). Vršenje ovih ovlašćenja može da se izobliču u odmazdu ako poslo-

46 S tim u vezi valja primetiti da se u jednom delu literature „uzbunjivanje“, po pravilu, vezuje samo za slučajeve u kojima „uzbunjivač“ nije neposredno ili lično pogođen nezakonitom radnjom koju obelodanjuje (odnosno nije lično zainteresovan za ishod istrage), već upozorava na opasnost koja ugrožava druge. Ovaj stav se, s pravom, kritikuje, budući da „uzbunjivač“ mora imati pravo na zaštitu uvek kada upozorava javnost na nezakonito postupanje poslodavca, uključujući i slučajeve u kojima otkrivanje informacija ima i „privatnu dimenziju“, kao što je to, npr. slučaj sa pritužbom da poslodavac ne obezbeđuje bezbedne i zdrave uslove rada svojim zaposlenima, uključujući „uzbunjivača“. David Lewis, „Whistleblowing at work: On what principles should legislation be based?“, *op. cit.*, str. 191.

47 Poslednja dva primera navedena su prema slučajevima iz prakse britanskog Suda za radne sporove (*Aziz v. Muskett & Tottenham Legal Advice Centre /2001/*; *Gulwell v. Consignia /2002/*).

48 U tom smislu, interesantno je ukazati na francuski Zakonik o radu, koji nabroja najznačajnije primere odmazde zbog „uzbunjivanja“ prema zaposlenom i kandidatu za zaposlenje: „Nijedno lice ne može biti isključeno iz postupka zapošljavanja ili uskraćeno za pristup pripravničkom radu ili osposobljavanju u preduzeću, nijedan zaposleni ne može biti kažnjen, otpušten ili neposredno ili posredno diskriminisan, posebno, u pogledu zarade, obuke, premeštanja, raspoređivanja, kvalifikacije, klasifikacije, profesionalnog napredovanja i izmene ili produženja ugovora, zbog toga što je, u dobroj veri, svom poslodavcu ili sudskim ili administrativnim organima, ukazao na ili svedočio o radnji korupcije sa kojom se upoznao prilikom vršenja svoje funkcije. Ništav je svaki raskid ugovora o radu koji usled toga nastane, kao i svaka suprotna odredba i akt“ (Code du travail /la partie législative publiée par l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007/, član L. 1161-1). U literaturi se, s pravom, kritikuje nepostojanje zaštite „uzbunjivača“ u oblasti zapošljavanja, koja bi zabranjivala viktimizaciju „uzbunjivača“ u postupku traženja novog zaposlenja i zasnivanja radnog odnosa sa drugim poslodavcem, kao što to predviđa francuski zakonodavac. D. Lewis, „Whistleblowing at work: On what principles should legislation be based?“, *op. cit.*, str. 192.



davac prekorači granice normalnog i razumnog preduzimanja radnji i donošenja akata koji su inherentni zavisnom radu, ali samo pod uslovom da su njegove radnje i akti motivisani razlozima koji se odnose na „uzbunjivanje“. Stoga se, primera radi, ne može kvalifikovati kao odmazda svaka negativna ocena rezultata rada „uzbunjivača“, već samo one ocene koje nisu zasnovane na objektivnim kriterijumima, baš kao što odmazdu ne predstavlja ni premeštaj „uzbunjivača“ na drugi odgovarajući posao ako je to neophodno zbog organizacije rada. Takvoj kvalifikaciji nema mesta ni u slučaju uvođenja vremenski ograničenog video-nadzora u prostoriji poslodavca u kojoj radi „uzbunjivač“, ako je to jedini način da se zaštiti bezbednost i zdravlje lica i sigurnost imovine, pod uslovom da su zaposleni prethodno obavješteni (i konsultovani) o uvođenju ove nadzorne mere.<sup>49</sup> To, dalje, znači da zaštita od odmazde podrazumeva propisivanje negativnih posledica za one koji vrše odmazdu, kao i poslodavčevu obavezu da dokaže da bilo koja mera koja je preduzeta na štetu „uzbunjivača“ nije bila motivisana razlozima koji se odnose na „uzbunjivanje“. Osim toga, pravično uređivanje položaja „uzbunjivača“ pretpostavlja ustanovljavanje mehanizama za ispitivanje njihovih pritužbi i obavezivanje poslodavca na preduzimanje potrebnih korektivnih i privremenih mera, pa i obezbeđivanje novčane naknade u slučaju da posledice mera odmazde ne mogu da se otklone na odgovarajući način.

### 3. PRAVO REPUBLIKE SRBIJE PRED IZAZOVOM ZAŠTITE „UZBUNJIVAČA“

U pravu Republike Srbije ne postoje posebni propisi koji bi celovito uređivali zaštitu „uzbunjivača“, iako su poslednjih godina učinjeni prvi koraci u uređivanju nekih aspekata predmetne materije. Ipak, valja imati u vidu da je i, do tada, određena zaštita „uzbunjivača“ bila posredno obezbeđena na osnovu više različitih zakona. To, najpre, važi za odredbe Zakonika o krivičnom postupku koje se odnose na zaštitu svedoka, budući da ovu zaštitu uživaju i „uzbunjivači“ kada se pojavljuju kao svedoci pred sudom. Ta zaštita, međutim, nije dovoljna i odgovarajuća, jer se „uzbunjivači“ susreću sa rizikom odmazde od trenutka obelodanjanja informacija o nezakonitim radnjama poslodavca ili svojih kolega, dakle, mnogo pre nego što dođe do pokretanja sudskog postupka. Pored krivičnoprocesnog zakonodavstva, određenu zaštitu „uzbunjivača“ obezbeđuje i Zakon o radu, koji, po uzoru na univerzalne međunarodne radne standarde, kvalifikuje kao neopravdan otkazni razlog „obraćanje zaposlenog sindikatu ili organima nadležnim za zaštitu prava iz radnog odnosa u skladu sa zakonom, opštim aktom i ugovorom o radu“.<sup>50</sup> Ipak, ni ova odredba ne

49 Valja uočiti da „uzbunjivač“ može biti žrtva odmazde ne samo u odnosu koji se uspostavlja sa poslodavcem, već i u odnosu sa kolegama, koji zauzimaju isti rang na hijerarhijskoj lestvici. Iako je poslodavac subjekt opšte obaveze prevencije uznemiravanja na radu, u ovom slučaju, odmazda, redovno, dobija oblik horizontalnog uznemiravanja čiji su nosioci kolege „uzbunjivača“ (tzv. represivno psihičko uznemiravanje /fr. *le harcèlement moral-répression*/). Više o razlozima i ciljevima psihičkog uznemiravanja na radu vid. u: Philippe Ravisy, *Le harcèlement moral au travail*, Delmas, Paris, 2002, str. 60–71.

50 Zakon o radu (*Službeni glasnik RS*, br. 24/05, 61/05 i 54/09), član 183 tačka 6. Svojevrsnu radnopravnu zaštitu „uzbunjivača“ obezbeđuje i opšte pravilo da predmet poslodavčevih naloga mogu

obezbeđuje odgovarajuću zaštitu „uzbunjivačima“, budući da kvalifikacija neopravdanog otkaznog razloga nije proširena na obraćanje zaposlenog odgovornim licima ili nadležnim državnim organima i telima zbog otkrivanja informacija koje ukazuju na neki nezakoniti akt poslodavca. Sa druge strane, valja primetiti da određenu, takođe, ograničenu i nedovoljnu, zaštitu „uzbunjivača“ obezbeđuje i zakonodavstvo o zabrani diskriminacije, budući da zabranjuje pozivanje na odgovornost zaposlenog koji je ponudio ili namerava da ponudi dokaze o diskriminatorском postupanju poslodavca ili drugog zaposlenog.<sup>51</sup>

Prvi oblik specijalne zaštite „uzbunjivača“ uveden je novelom Zakona o državnim službenicima od 2009. godine. Njenim odredbama zajemčena je zaštita državnih službenika i nameštenika koji pismeno obaveste neposredno pretpostavljenog ili rukovodioca da su, u vezi sa obavljanjem poslova, došli do saznanja da je funkcioner, državni službenik ili nameštenik u državnom organu u kojem rade izvršio radnje korupcije.<sup>52</sup> Sa druge strane, novela Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja od 2009. godine, pored otkrivanja informacija o korupciji, garantuje zaštitu i u pogledu otkrivanja informacija koje ukazuju na „prekoračenje ovlašćenja, neracionalno raspolaganje javnim sredstvima i nezakoniti akt ili postupanje organa vlasti“ (državnog organa, organa teritorijalne autonomije, organa lokalne samouprave, organizacije kojoj je delegirano vršenje javnih ovlašćenja ili pravnog lica koje državni organ osniva ili finansira, u celosti ili

---

biti najraznovrsniji poslovi, ali to ne može biti ništa što je zakonom zabranjeno, nemoralno ili nepošteno. Zaposleni, otuda, nije dužan (ni ovlašćen) da postupa u skladu sa poslodavčevim nalogima ako su oni nemoralni ili suprotni prirodi poslova za koje je zasnovao radni odnos. Zaposleni, *a fortiori*, nije dužan da se povinuje poslodavčevom nalogu za preduzimanje određene nezakonite radnje, već je dužan da upozori svog nadređenog na nezakonitost naloga i da posle upozorenja sačeka sa izvršenjem, odnosno da od njega odustane. To, konačno, znači da zaposleni nije dužan (ni ovlašćen) da postupa u skladu sa nezakonitim nalogima i, posledično, ne čini povredu radne obaveze neizvršavanjem takvih naloga. Pravilo o zakonitosti poslodavčevih naloga dobija specifičan oblik u posebnom režimu radnih odnosa, budući da je državni službenik dužan da izvrši nalog za koji smatra da je suprotan propisima, pravilima struke ili da njegovo izvršenje može da prouzrokuje štetu, ali, samo ako pretpostavljeni ponovi nalog u pismenom obliku. Izuzetak od ovog pravila predstavlja izvršenje (usmenog ili pismenog) naloga pretpostavljenog koje predstavlja kažnjivo delo, kada je državni službenik dužan da odbije izvršenje naloga. Vid. Zakon o državnim službenicima (*Službeni glasnik RS*, br. 79/05, 81/05, 83/05, 64/07, 67/07, 116/08 i 104/09), član 18.

- 51 Vid.: Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom (*Službeni glasnik RS*, broj 33/06), član 6 stav 4 tačka 1; Zakon o zabrani diskriminacije (*Službeni glasnik RS*, broj 22/09), član 9; Zakon o ravnopravnosti polova (*Službeni glasnik RS*, br. 104/09), član 4 stav 2. Interesatno je uočiti da se u francuskoj literaturi, proširivanje sistema „uzbunjivanja“ na slučajevne povreda fizičkog i psihičkog integriteta zaposlenih smatra neopravdanim, budući da je prijavljivanje tih povreda celovito uređeno radnim zakonodavstvom. P.-H. Antonmattei, P. Vivien, *op. cit.*, str. 34.
- 52 Zakon o državnim službenicima (*Službeni glasnik RS*, br. 79/05, 81/05, 83/05, 64/07, 67/07, 116/08 i 104/09), član 23a. Kodeks ponašanja državnih službenika (*Službeni glasnik RS*, br. 29/2008), slično, predviđa da „državni službenik koji smatra da se od njega ili drugog državnog službenika traži da postupa na način koji nije u skladu sa ovim kodeksom o tome pismeno obavestava rukovodioca organa“, i zbog toga „ne sme biti stavljen u nepovoljniji položaj u odnosu na druge državne službenike, niti izložen uznemiravanju (mobingu) prilikom obavljanja svojih dužnosti i ostvarivanja prava u organu“ (član 18).

delimično).<sup>53</sup> Uz širi krug informacija, ovaj zakon „pokriva“ i širi krug zaštićenih lica, u koji, „rame uz rame“ sa zaposlenima, ulaze i javni funkcioneri, lica koja na osnovu ugovora obavljaju poslove za organ vlasti, lica kojima organ vlasti pruža usluge, kao i lica sa svojstvom stranke u postupku pred organom vlasti.<sup>54</sup> Iako garantuju zaštitu širem krugu lica, i to u pogledu informacija koje se ne odnose samo na korupciju, već i na druge nepravilnosti u radu organa vlasti, odredbe Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja obezbeđuju samo ograničeni obim zaštite. Ovo, prevashodno, stoga što je odgovarajuća zakonska zaštita rezervisana samo za obelodanjivanje informacija koje su dostupne svima bez ograničenja (informacije za koje se ne može ograničiti slobodan pristup), što može imati za posledicu uskraćivanje zaštite licima koja otkriju poverljive i druge informacije predviđene odredbama čl. 9 i 14 Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja. Pored toga što značajno ograničava zaštitu „uzbunjivača“, ovo rešenje je, u delu koji se odnosi na državne službenike i nameštenike, i neusklađeno sa odredbama Zakona o državnim službenicima, budući da potonji zakon utvrđuje *posebnu dužnost* zaposlenih u državnim organima da obaveste nadležna lica o sumnji postojanja korupcije. Uočene primedbe nisu otklonjene ni novelom Zakona o Agenciji za borbu protiv korupcije od 2010. godine, kojom je zajemčena zaštita lica koja u dobroj nameri prijave Agenciji za borbu protiv korupcije postojanje korupcije u organu u kome rade.<sup>55</sup> Premda je i u ovom slučaju, ograničena na obelodanjivanje korupcije, odgovarajuća zakonska zaštita pripada ne samo zaposlenima u organima Republike Srbije, autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave, već i zaposlenima u organima javnih preduzeća, ustanova i drugih organizacija čiji je osnivač Republika Srbija, autonomna pokrajina ili jedinica lokalne samouprave, kao i zaposlenima u organima privrednih društava čiji je osnivač, odnosno član Republika Srbija, autonomna pokrajina ili jedinica lokalne samouprave. „Uzbunjivačima“ koji koriste ovu vrstu spoljašnjeg sistema „uzbunjivanja“ zajemčena je anonimnost i pomoć Agencije, dok je uređivanje postupka pružanja pomoći „uzbunjivačima“ prepušteno direktoru Agencije. On tek treba da donese odgovarajući opšti akt, bez kojeg prikazane zakonske odredbe ostaju neprimenjive.

Premda su navedenim pozitivnopravnim normama učinjeni prvi koraci u neposrednom uređivanju posebne zaštite „uzbunjivača“, njihova sveobuhvatna i de-

53 Zakon o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja (*Službeni glasnik RS*, br. 120/04, 54/07, 104/09 i 36/10), član 38 st. 4–8 (zakonsko značenje pojma „organ javne vlasti“ precizirano je odredbom člana 3).

54 Navedena lica ne mogu biti pozvana na odgovornost, niti trpeti štetne posledice zbog otkrivanja informacija od javnog značaja, pod uslovom da su ispunjena tri kumulativno određena uslova: a) da su imala razloga da veruju u tačnost informacije; b) da nisu tražila niti primila neku korist u vezi sa omogućavanjem pristupa informaciji; v) da su pre otkrivanja informacije, obavestila nadležno lice u organu vlasti o nepravilnostima, a ono nije preduzelo mere za rešavanje nepravilnosti. Zakonodavac predviđa i mogućnost nagrađivanja „uzbunjivača“, dok „uzbunjivačima“ koji su pozvani na odgovornost ili su pretrpeli kakvu štetu zbog otkrivanja informacija od javnog značaja pripada pravo na naknadu štete.

55 Zakon o Agenciji za borbu protiv korupcije (*Službeni glasnik RS*, br. 97/08 i 53/10), član 56 st. 2–5.

lotvorna zaštita pretpostavlja otklanjanje uočenih nedostataka.<sup>56</sup> Ispunjavanje tog zadatka, najpre, podrazumeva (re)definisanje područja zaštite u pravcu njenog proširivanja i na privatni sektor. Takvo rešenje čini se neophodnim budući da rizik korupcije i preduzimanja drugih nezakonitih radnji i loše prakse jednako natkriljuje i radne sredine kojima upravljaju poslodavci sa svojstvom privatnog lica. Ovo tim pre što između javnog i privatnog sektora, zbog njihove međusobne povezanosti i prepletenosti, ponekad, i nije moguće povući granicu sa matematičkom preciznošću. S tim u vezi, valja uočiti i potrebu da se zaštita „uzbunjivača“ proširi na sve postupke poslodavca ili njegovih zaposlenih kojima se ozbiljno povređuju ili ugrožavaju legitimni interesi građana kao korisnika usluga javne uprave, poreskih obveznika, potrošača, korisnika usluga poslodavaca sa svojstvom privatnog lica, akcionara ili zaposlenih. U tako određenom okviru zaštite, valjalo bi preciznije odrediti okolnosti i uslove pod kojima „uzbunjivač“ ima pravo na zaštitu (posebno stepen sumnje), urediti postupak prijavljivanja i ispitivanja relevantnih informacija (način prijavljivanja /anonimni ili poverljivi karakter „uzbunjivanja“/, valjano i blagovremeno ispitivanje pritužbi, zaštita identiteta „uzbunjivača“ i dr.), te uvesti odgovarajuće mehanizme zaštite od odmazde kako u okviru internog, tako i u okviru spoljašnjeg sistema „uzbunjivanja“. Čini se da bi otklanjanje ovih nedostataka i popunjavanje naznačenih pravnih praznina moglo da ohrabri zaposlene da odlučnije ustanu u odbranu javnog interesa, a poslodavce i nadležne organe da brižljivo ispituju navode o korupciji i drugim nezakonitim radnjama. Samo pod tim uslovima, zakonska zaštita „uzbunjivača“ mogla bi da se upotrebi na korist svih subjekata radnog odnosa, kao i društva u celini.

*Ljubinka Kovačević*

Faculty of Law, University of Belgrade

## THE AIM AND PURPOSE OF THE LABOUR LAW PROTECTION OF „WHISTLE-BLOWERS“

### SUMMARY

The employment relationship is marked by duty of mutual trust and confidence of employee and employer. However, important legal issues arise in respect of the position of employee who reveals violations of laws made by the employer or other employee, because the „whistle-blower“ may be considered as disloyal. This paper seeks to examine the complex legal concept of whistleblowing, and analyzes what protection can be expected by employees who disclose informations in the public interest. The author shows that whistleblowing can be justified only on the basis of a duty to defend the value that is more important than loyalty

56 Na taj način bi se obezbedilo i ispunjavanje obaveza preuzetih ratifikacijom Gradanskopravne konvencije Saveta Evrope o korupciji, kao i uvažavanje preporuka Parlamentarne skupštine Saveta Evrope i Grupe zemalja za borbu protiv korupcije (GRECO). Up. sa: The Council of Europe's Group of States against Corruption, Addendum to the Compliance Report on the Republic of Serbia, adopted by GRECO at its 47th plenary meeting (Strasbourg, 7–11 June 2010), tač. 47–52.

(public health, environment, etc). It is noted that the labour law theory debate continues over the whistleblowing procedures and rights and duties that can be imposed (on employers and employees) by labour law legislation. However, a large number of authors recognize the importance of „whistleblowing“ as an instrument to prevent corruption, serious human rights violations and other abuses. Potential „whistle-blowers“ are often discouraged by the fear of unfair dismissal, harassment and other kinds of reprisal by their employers. For this reason, the main purpose of labour law protection of „whistle-blowers“ is to ensure that „whistle-blowers“ warnings are heard without risking their employment or their well-being at work, which can take the form of prohibition all forms of employment-related reprisals.

The problem of legal protection of „whistleblowers“ is most likely to be acute in Serbian labour law. The Republic of Serbia has no comprehensive legislation on the matter, but various statutory provisions provide varying degrees of protection for „whistle-blowers“. The statutes only provide protection to public servants while some of statutory provisions are only applicable in cases of corruption and do not cover other unlawful acts that could be detrimental for the public interest in the widest sense. The author concludes that there are a number of legal issues that Serbian legislator needs to consider in order to ensure effective „whistle-blowers“ protection (e.g. clearer regulation of fundamental principles of this protection; precise identification of types of informations that can be disclosed and the way that disclosure should be made; determination of key requirements for a disclosure of information to be protected under the labour law legislation).

**Key words:** whistleblowing; public interest; employment relationship; employee's duty to be loyal to his employer; reprisal by employer.

Vanja Bajović\*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

## „IZGUBLJENI U PREVODU“ ili greške u zvaničnom prevodu Rimskog statuta

**Apstrakt:** Članak se bavi greškama u zvaničnom prevodu Rimskog statuta koji je Srbija ratifikovala u junu 2001. godine, i nameće pitanje odgovornosti prevodilaca, zaslužnih za niz pogrešnih i besmislenih odredbi u Zakonu o potvrđivanju Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda.

**Ključne reči:** prevođenje, odgovornost, Rimski Statut, Zakon o potvrđivanju Rimskog statuta.

### UVODNE NAPOMENE

Pitanje odgovornosti prevodilaca za pravilnu politiku prevođenja i kvalitet prevoda retko je postavljano u našoj teoriji i praksi.<sup>1</sup> Tihomir Vasiljević ga je postavio pre više od četrdeset godina, upozoravajući da su greške u prevodima „danas dobile takav vid da se o tome više, bez štete za opšti interes, ne bi smelo ćutati.“<sup>2</sup> Decenijama nakon ovih upozorenja ništa nije preduzimano, tako da danas, pored grešaka u prevodima književnih i stručnih dela koje je Vasiljević imao na umu, imamo i greške u pravnim izvorima; tačnije prevodima potvrđenih međunarodnih ugovora. Po članu 16 stav 2 Ustava Republike Srbije: „Opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni su deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju.“ Međunarodni ugovori potvrđuju se zakonima, te pogrešan prevod međunarodnog ugovora samim tim dovodi i do grešaka i nelogičnosti u zakonskim tekstovima. Predmet ove analize je Zakon o potvrđivanju Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda,<sup>3</sup> kao odličan pokazatelj toga koliko loš prevod može da dovede do apsurdnih zakonskih rešenja.

### 1. MATERIJALNO-PRAVNE ODREDBE

U našem Zakonu se kod komandne odgovornosti reč *effective* prevodi kao neposredno, umesto kao efikasno, pa ispada da su vojni zapovednici odgovorni samo za krivična dela koja izvrše snage pod njihovom neposrednom komandom (čl. 28 st.

---

\* asistent, bajovic@ius.bg.ac.rs

1 Jedan od retkih izuzetaka koji se bavi ovom problematikom je članak Tihomira Vasiljevića, Prevođenje i odgovornost prevodilaca, *Naša zakonitost*, Zagreb, br. 4/66, 1966, str. 331–340.

2 T. Vasiljević, *op. cit.*, str. 332.

3 Zakon o potvrđivanju Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda, *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovor*, br. 5/2001, Beograd, 27. jun 2001.



1 i st. 2). Još veći apsurd je u tome što su, za razliku od RS, u našem Zakonu uslovi za komandnu odgovornost postavljeni alternativno umesto kumulativno (*and* se prevodi kao ili), pa proizlazi da je vojni zapovednik odgovoran ili onda kada je znao ili morao znati da su snage izvršile takvo delo, ili onda kada je propustio da spreči njegovo izvršenje i o tome obavesti nadležne organe za pokretanje postupka pred sudom?!

Stavom 2 istog člana regulisana je odgovornost ostalih nadređenih koji se ne mogu podvesti pod kategoriju vojnih zapovednika ili lica koja efektivno deluju u tom svojstvu, što se prvenstveno odnosi na civilne zapovednike. Problem u prevodu nastaje jer je reč *superior* prevedena kao naredbodavac, pa proizlazi da se ovde radi o odgovornosti naredbodavca, umesto o odgovornosti civilnih zapovednika, iako je odgovornost naredbodavca posebno regulisana članom 33 RS. Kao jedan od kumulativno postavljenih uslova za odgovornost nadređenog, u zvaničnom prevodu stoji zahtev da je „*krivična aktivnost preduzeta pod neposrednom kontrolom i naredbom naredbodavca*“ (čl. 28 st. 2. tač. b (ii)). Za razliku od toga, originalni tekst nigde ne pominje neposrednu kontrolu i naredbu, već samo zahteva da su krivična dela bila povezana sa delatnošću koja je bila u okviru njegove efikasne odgovornosti i nadzora.<sup>4</sup>

Članom 30 regulisan je subjektivni element krivičnog dela, tj. krivica, a kao oblike krivice Zakon predviđa direktan i eventualni umišljaj, iako eventualni umišljaj uopšte ne stoji u tekstu Rimskog statuta. Naš prevodilac originalnom tekstu dodaje „pristanak na nastupanje posledice“ čime samoinicijativno i neosnovano uvodi i eventualni umišljaj kao oblik krivice.<sup>5</sup>

Jedan od osnova za isključenje krivične odgovornosti jeste privremena duševna poremećenost, a Rimski statut poznaje institut *actiones liberae in causa* predviđajući da je lice krivično odgovorno ako je samo sebe dovelo u stanje privremene duševne poremećenosti (31 st. 1. tač. b). Problem kod zvaničnog prevoda je u tome što se kao način dovođenja u takvo stanje navodi jedino „opijenost“. Razlog tome je pogrešan prevod reči *intoxication* koja podrazumeva uzimanje bilo kakvih hemijskih supstanci, a ne samo alkohola.<sup>6</sup>

Regulišući nužnu odbranu, Zakon predviđa da nije odgovorno lice koje „*reaguje racionalno kako bi... odbranilo imovinu koja je od važnosti za izvršenje vojnog*

4 U originalnom tekstu odredba glasi: „The crimes concerned activities that were within the effective responsibility and control of the superior“ (čl. 28 st. 2. tač. b ii RS). O greškama u prevodu komandne odgovornosti vidi: Kolarić D., *Stručni komentar– Zablude lošeg i nepreciznog prevoda Rimskog statuta stalnog Međunarodnog krivičnog suda*, E-Press 2007/259, Paragraf Lex, 2007, str. 1–2.

5 Odredba čl. 30 st. 2 b koja glasi: „In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events“, prevedena je kao „U odnosu na posledicu lice želi nastupanje posledice krivičnog dela ili je svesno da usled njegovog činjenja ili nečinjenja zabranjena posledica može nastupiti, pa pristaje na njeno nastupanje“. Vidi: Stojanović Z., *Međunarodno krivično pravo*, VI izdanje, Beograd, 2008, str. 68, fn. 50, Škulić M., *Međunarodni krivični sud– nadležnost i postupak*, Pravni fakultet, Beograd, 2005, str. 206, Kolarić D., *op. cit.*, str. 2.

6 Vidi: <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/intoxication> i <http://en.wikipedia.org/wiki/Intoxication>

zadatka protiv preteće ili nezakonite upotrebe sile, na način koji je proporcionalan stepenu opasnosti po to lice, drugo lice ili imovinu koja se štiti...“ (čl. 31 st. 1 tač. c). Iz ovakvog prevoda proizlazi da je imovina važna za „izvršenje zadatka protiv preteće ili nezakonite upotrebe sile“, a smisao odredbe je u tome da lice brani sebe, drugog ili imovinu od neposredne i nezakonite upotrebe sile.<sup>7</sup>

Stavom 2 istog člana je predviđeno da u svojim predmetima, Sud može primeniti samo osnove isključenja krivične odgovornosti predviđene ovim Statutom.<sup>8</sup> Suština odredbe je u tome da se eliminiše isključenje krivične odgovornosti po nekom drugom osnovu koji nije predviđen Rimskim statutom. U našem Zakonu ova odredba dobija apsurdno značenje i glasi „Sud odlučuje o postojanju osnova za isključenje krivične odgovornosti predviđenih ovim Statutom, a mišljenje Suda o postojanju nekog od osnova za isključenje krivične odgovornosti ima dejstvo samo u konkretnom predmetu po kom Sud vodi postupak.“

Član 32 st. 1 Zakona glasi „Nije krivično odgovoran učinilac koji u vreme izvršenja krivičnog dela nije bio svestan nekog njegovog zakonom određenog obeležja“. Ovaj prevod nema nikakve veze sa tekstom Rimskog statuta koji zapravo predviđa da je „pogrešna predstava o činjeničnoj situaciji u vreme izvršenja dela osnov za isključenje krivične odgovornosti samo ako isključuje krivicu“.<sup>9</sup> I u stavu 2 istog člana prevodilac opet bezrazložno dodaje svoje reči originalnom tekstu predviđajući da „Odsustvo znanja o tome da je delo koje je izvršeno, odredbama određenog pravnog dokumenta predviđeno kao krivično delo iz nadležnosti Suda, ne predstavlja osnov za isključenje krivične odgovornosti.“<sup>10</sup>

Dosta grešaka uočljivo je u prevodu čl. 8 Rimskog statuta, prilikom navođenja oblika ratnih zločina.

Kao jedan od oblika ratnih zločina Zakon navodi: „Neposredno ili posredno preseljenje dela stanovništva, od strane Okupacione sile, na teritoriju koju je ona okupirala ili izmeštanje i preseljenje celokupnog stanovništva ili njegovog dela sa okupirane teritorije na neokupiranu teritoriju (član 8. st. 2 tač. b (viii)).“<sup>11</sup> U Zakonu je odredba izgubila smisao koji su joj dali Rimski statutotvorci, imajući u vidu da prevodilac jednostavno propušta da prevede reči „of its own civilians“, pa ispada da radnju izvršenja predstavlja preseljenje bilo kog stanovništva na okupiranu teritoriju, iako je reč samo o stanovništvu okupacione sile. Pored toga, u prevodu se govori o preseljenju „sa okupirane na neokupiranu teritoriju“ iako je suština inkriminacije u pre-

7 Čl. 31 st. 1 tač. c RS: „The person acts reasonably to defend himself or herself ... or property which is essential for accomplishing a military mission, against an imminent and unlawful use of force...“.

8 Čl 31 st 2 RS: „The Court shall determine the applicability of the grounds for excluding criminal responsibility provided for in this Statute to the case before it.“

9 Član 32 st. 1 RS: „A mistake of fact shall be a ground for excluding criminal responsibility only if it negates the mental element required by the crime.“

10 Član 32 st. 2 RS: „A mistake of law as to whether a particular type of conduct is a crime within the jurisdiction of the Court shall not be a ground for excluding criminal responsibility.“

11 Član 8. st. 2 tač. b (viii) RS: „The transfer, directly or indirectly, by the Occupying Power or parts of its own civilian population into the territory it occupies, or the deportation or transfer of all or parts of the population of the occupied territory within or outside this territory;“

seljenju stanovništva okupiranog područja, bilo unutar tog područja ili van njega. Ispravan prevod ove odredbe bi glasio: „Neposredno ili posredno preseljenje delova sopstvenog civilnog stanovništva od strane Okupacione sile, na okupirano područje, ili deportacija ili prebacivanje celokupnog stanovništva okupiranog područja ili njegovog dela, unutar toga područja ili izvan njega.“

*Killing or wounding treacherously individuals belonging to the hostile nation or army* (čl. 8 st. 2 tač. b (xi)) prevedeno je kao „Ubijanje ili ranjavanje izdajnika koji pripadaju neprijateljskom narodu ili vojsci“ umesto kao podmuklo ubijanje ili ranjavanje pripadnika neprijateljske države ili vojske. Pridev *treacherously* (izdajnički, podmuklo) ne odnosi se na lica, tj. pripadnike „neprijateljskog naroda ili vojske“ već na način izvršenja radnje, odnosno ubijanje ili ranjavanje.<sup>12</sup>

*Declaring abolished, suspended or inadmissible in a court of law the rights and actions of the nationals of the hostile party* (član 8. st. 2 tač. b (xiv)) prevedeno je kao „Ukidanje i suspendovanje prava, i zabrana učešća u postupku pred sudom, državljanima neprijateljske strane“ umesto kao „Proglašenje prava i radnji državljanina neprijateljske strane zabranjenim, suspendovanim ili nedozvoljenim u sudskom postupku;“

*Employing bullets which expand or flatten easily in the human body, such as bullets with a hard envelope which does not entirely cover the core or is pierced with incisions* (čl. 8 st. 2 tač. b (xix)) prevedeno je kao „Korišćenje municije koja se lako rasprskava u ljudskom telu, kao što su meci sa čvrstom čaurom koja ne pokriva u potpunosti sredinu metka i/ili je pokrivena ali sa zasecima;“ umesto kao „upotreba municije koja se lako rasprskava u ljudskom telu, kao što su meci sa čvrstom košuljicom koja ne pokriva u celini jezgro ili je zasečena.“<sup>13</sup>

U prevodu čl. 8 st. 2 tač c (i) je u zagradi ubačeno (kvalifikovano i privilegovano ubistvo) čega nema u originalnom tekstu koji samo govori o „ubistvu bilo koje vrste“ (*murder of all kinds*).<sup>14</sup>

## 2. POLOŽAJ SUDIJA

Međunarodni krivični sud ne poznaje stalne i privremene sudije, već pravi razliku između sudija koji su u punom radnom odnosu u sudu, te moraju stalno biti prisutne u sedištu suda i ne smeju obavljati ni jednu drugu profesionalnu delatnost, tzv. *full-time judges* (čl. 40 st. 3) i ostalih sudija koje i nakon izbora za sudije MKS mogu obavljati svoje dotadašnje delatnosti. Po čl. 35 sve sudije se biraju kao stalne (st. 1), a u punom radnom odnosu su sudije koje čine Predsedništvo i to od trenutka izbora na tu funkciju (st. 2). Za razliku od toga sudije koje čine odeljenja (za prethodni postupak, raspravno i žalbeno odeljenje) nisu u punom radnom odnosu u MKS-u, već mogu i dalje obavljati svoje redovne delatnosti, sve dok se ne uka-

12 Vidi: Škulić M., *op. cit.* str. 275, fn. 446, i Kolarić D., *Stručni komentar– Zablude lošeg i nepreciznog prevoda Rimskog statuta stalnog Međunarodnog krivičnog suda*, E-Press 2007/259, Paragraf Lex, 2007.

13 Opširnije: Škulić M., str. 276, fn. 447.

14 M. Škulić, *op. cit.*, str. 279, fn. 451.

že potreba za njihovim angažmanom u sudu. U zvaničnom prevodu napravljena je greška jer se termin „*full time judges*“ prevodi kao stalne sudije, pa tako čl. 35 st. 2. i 3 glasi „*Sudije koje čine Predsedništvo obavljaju svoju funkciju stalnih članova Predsedništva od momenta postavljanja na ovu funkciju. Predsedništvo može ... da odluči u kojoj meri će ostale sudije obavljati dužnosti stalnih članova pri čemu nijedan takav sporazum ne sme ići na štetu odredbe člana 40. Statuta.*“ Dolazi i do zabune u članu 40 st. 3 koji u Zakonu glasi „*Sudije koje su izabrane za stalne članove Suda, ne mogu obavljati neku drugu delatnost kao svoje profesionalno zanimanje.*“<sup>15</sup> Iz ovakvog prevoda proizlazi da u Međunarodnom krivičnom sudu postoje stalne i privremene sudije, iako čl. 35 st. 1 izričito predviđa da se sve sudije biraju kao stalni članovi suda.

Ista greška napravljena je i u pogledu tužioca i sekretara. Zvaničan prevod čl. 42 st. 2 glasi „*Tužilac i njegovi zamenici su stalni članovi Kancelarije tužioca.*“ Kancelarija tužioca naime, nema stalne i privremene članove, kako proizlazi iz zvaničnog prevoda, već je suština odredbe u tome da su tužilac i njegovi zamenici u punom radnom odnosu i ne mogu obavljati drugu profesionalnu delatnost. Analogno tome, prevodilac greši i u pogledu Sekretara propisujući da je on „stalni član suda“, umesto da je u punom radnom odnosu (čl. 43 st. 5).

U prevodu čl. 34 tačka (b) se umesto o sudskim „odeljenjima“ govori o sudskim većima, što je pogrešno i menja smisao norme, s obzirom da se po čl. 39 RS veća formiraju u okviru odeljenja.<sup>16</sup>

Članom 36 regulisan je izbor sudija, po kome se kandidati svrstavaju na dve liste, listu A i listu B. Prilikom prvih izbora za Sud, najmanje 9 sudija će biti izabrano sa liste A, najmanje 5 sa liste B, a isti odnos u pogledu broja sudija sa obe liste treba zadržati i prilikom svakog sledećeg izbora (čl. 36 st. 5).<sup>17</sup> Za razliku od RS koji insistira na proporcijalnom odnosu liste A i liste B u srazmeri 9:5, Zakon predviđa da su „*Svaki sledeći izbori zamišljeni tako da se svake liste bude biran jednak broj sudija.*“

U stavu 8 tačka (b) istog člana izraz „*violence against women or children*“ preveden je kao „pravna zaštita žena i dece“, pa ova odredba u našem Zakonu glasi „*Države-članice takođe poklanjaju posebnu pažnju angažovanju sudija koji su pravni eksperti za posebne oblasti, uključujući ovde pravnu zaštitu žena i dece*“, umesto da se govori o iskustvu u problematici nasilja nad ženama i decom.<sup>18</sup>

Članom 42 stav 1 Rimskog statuta proklamovano je načelo nezavisnosti Tužilaštva, a poslednja rečenica ovog stava predviđa da nijedan član Kancelarije tužioca ne sme tražiti niti primati uputstva od bilo kakvih spoljnih izvora.<sup>19</sup> U našem Zako-

15 Čl. 40 st. 3: „Judges required to serve on a full-time basis at the seat of the Court shall not engage in any other occupation of a professional nature.“

16 Škulić M., str. 335 fn. 572 i str. 372 fn. 612.

17 Čl. 36 st. 5 RS: „Subsequent elections shall be so organized as to maintain the equivalent proportion on the Court of judges qualified on the two lists.“

18 Čl. 36 st. 8 (b) RS: „The States Parties shall, in the selection of judges, take into account the need ... to include judges with legal expertise on specific issues, including, but not limited to, violence against women or children.“

19 Čl. 42. st. 1 RS: „A member of the Office shall not seek or act on instructions from any external source.“

nu ova odredba dobija drugačiji (be)smisao propisujući da „*Tužilac odnosno njegovi zamenici nisu ovlašćeni da traže savetodavna mišljenja sa strane niti smeju postupati po instrukcijama bilo koga van Sud (Sic!).*“

Članom 43 st. 6 Zakona predviđeno je da Odeljenje za zaštitu oštećenih i svedoka „... u dogovoru sa tužilaštvom, obezbeđuje primenu zaštitnih i bezbednosnih mera kao i drugu odgovarajuću pomoć svedocima, oštećenima koji se pojavljuju pred Sudom, kao i drugim licima koja preuzimaju rizik svedočenja.“ Ovakav prevod nameće pitanje kakva je razlika između svedoka i „drugih lica koja preuzimaju rizik svedočenja“ implicirajući na postojanje neke posebne kategorije procesnih aktera koji se ne smatraju svedocima, ali preduzimaju rizik svedočenja. Do zabune dolazi usled pogrešnog prevoda engleskog teksta koji glasi „... *and others who are at risk on account of testimony given by such witnesses.*“ Ovde se naime ne radi o licima koja „preuzimaju rizik svedočenja“ već o licima čija bezbednost može biti dovedena u pitanje davanjem iskaza od strane svedoka.

### 3. PROCESNO-PRAVNE ODREDBE

#### 3.1. Istraga i krivično gonjenje

U zvaničnom prevodu se reč „*charged*“ prevodi kao okrivljeni, umesto kao optuženi, pa čl. 14 st. 1 Zakona glasi „*Država članica može da prijavi tužiocu izvršenje jednog ili više krivičnih dela iz nadležnosti Suda, zahtevajući time od tužioca da ispita slučaj da bi se utvrdilo da li jedno ili više lica treba da bude okrivljeno za ta krivična dela.*“<sup>20</sup> Ispravan prevod ove odredbe je: „*Država članica ... zahtevajući od Tužioca da istraži situaciju kako bi odlučio o podizanju optužnice protiv jednog ili više lica.*“

U postupku pred Međunarodnim krivičnim sudom važi načelo *ne bis in idem*. Po čl. 17 st. 1 tač. (c) RS, pokretanje postupka nije moguće ako je „okrivljenom već suđeno za to krivično delo, pa vođenje postupka pred MKS nije dozvoljeno po čl. 20 st. 3.“<sup>21</sup> U našem Zakonu ova odredba glasi: „*Određenom licu koje se i u predmetu pred ovim Sudom pojavljuje kao okrivljeno, je već bilo suđeno za krivično delo, a na koju presudu je uložena žalba, pri čemu se suđenje nije smelo dozvoliti u smislu odredbe člana 20. stav 3.*“ Uočljivo je da prevodilac pominje neophodnost ulaganja žalbe na presudu kao preduslov za delovanje načela *ne bis in idem*, što Rimski statut ne zahteva. Do zabune je došlo usled pogrešnog prevoda reči *complaint*. Dok Rimski statut pod time podrazumeva prigovor nedopuštenosti vođenja postupka u smislu članova 17, 18 i 19, u Zakonu se *complaint* prevodi kao „žalba na presudu“.

Po Zakonu (čl. 17. st. 2 tačka c) da bi doneo odluku o dopuštenosti pokretanja i vođenja krivičnog postupka Sud, između ostalog, proverava da li je postupak vođen

20 Član 14 st. 1 RS: „State Party may refer to the Prosecutor a situation in which one or more crimes within the jurisdiction of the Court appear to have been committed requesting the Prosecutor to investigate the situation for the purpose of determining whether one or more specific persons should be charged with the commission of such crimes.“

21 Čl. 20 st. 3 RS: „The person concerned has already been tried for conduct which is the subject of the complaint, and a trial by the Court is not permitted under article 20, paragraph 3“;



ili se vodi nezavisno i nepristrasno, ili vodi na način koji je u datim okolnostima protivan nameri da se okrivljeni izvede pred sud. Ispravniji i smisleniji prevod izraza *bring the person concerned to justice* u kontekstu ove odredbe bio bi „da se okrivljeni privede pravdi“ umesto da se „izvede pred Sud“.

Član 17. st. 3 Zakona glasi: „U cilju donošenja odluke o preuzimanju nadležnosti u konkretnom slučaju, Sud ispituje razloge zbog kojih odnosna država nije sposobna da uhvati okrivljenog...“<sup>22</sup>. Daleko primerenije zakonskom tekstu bilo bi da se izraz *obtain the accused* prevodi kao „obezbedi prisustvo okrivljenog“, umesto da se okrivljeni „uhvati“.

Kada tužilac ustupi sprovođenje istrage državi, ovlašćen je da zahteva periodična obaveštavanja o toku istrage i daljeg postupka (čl. 18 st. 5).<sup>23</sup> U Zakonu se termin „*any subsequent prosecutions*“ prevodi kao „*procesnim radnjama koje namerava da preduzme*“ te ispada da tužilac može da zahteva samo obaveštenja o toku istrage i o procesnim radnjama koje država namerava da preuzme, dok se obaveštavanja o daljem toku postupka uopšte ne spominju.

Čl. 54 st. 1 reguliše ovlašćenja tužioca u istrazi. U prevodu tačke (a) ovog člana stoji da tužilac, u cilju utvrđivanja istine „*podjednaku pažnju posvećuje ispitivanju kako otežavajućih tako i olakšavajućih okolnosti.*“<sup>24</sup> Olakšavajuće i otežavajuće okolnosti ne utvrđuje tužilac već sud, i to nakon što nađe da je okrivljeni kriv, a ne u fazi istrage. Ispravan prevod ove odredbe glasio bi „tužilac će, u cilju utvrđivanja istine... utvrđivati kako činjenice koje idu na štetu, tako i one koje idu u prilog okrivljenog“.<sup>25</sup>

Ako postoji opasnost da se određeni dokazi neće moći izvesti na suđenju, tužilac o tome obaveštava veće za prethodni postupak, koje je ovlašćeno da preduzme odgovarajuće mere tokom istrage, kako bi se obezbedilo efikasno i nesmetano vođenje postupka i zaštitila prava okrivljenog (čl. 56 st. 1 i 2). Jedna od takvih mera je i davanje odobrenja braniocu okrivljenog da prisustvuje preduzimanju radnje, ili ako okrivljeni još nema branioca, postavljanje advokata koji će štititi interese odbrane (čl. 56 st. 2 tač. d).<sup>26</sup> U Zakonu je ova odredba prevedena kao „*Postavljanje branioca za lice koje je uhapšeno ili se odazvalo sudskom pozivu, odnosno ako lice nije uhapšeno odnosno nije se odazvalo sudskom pozivu, ili branilac po službenoj dužnosti nije određen, imenovanje drugog branioca da prisustvuje ili da zastupa interese odbrane.*“ Zvaničan prevod samo govori o „postavljanju branioca“ ne praveći razliku između

22 Čl. 17 st. 3 RS: „In order to determine inability in a particular case, the Court shall consider whether ... the State is unable to obtain the accused...“

23 Čl. 18 st. 5 RS: „When the Prosecutor has deferred an investigation in accordance with paragraph 2, the Prosecutor may request that the State concerned periodically inform the Prosecutor of the progress of its investigations and any subsequent prosecutions.“

24 Odredba u originalu glasi: „The Prosecutor shall: (a) In order to establish the truth, ... investigate incriminating and exonerating circumstances equally“ (čl. 54 st. 1 tač. 8 RS).

25 Škulić M., str. 436, fn. 676.

26 Čl. 56 st. 2 tačka (d) RS: „Authorizing counsel for a person who has been arrested, or appeared before the Court in response to a summons, to participate, or where there has not yet been such an arrest or appearance or counsel has not been designated, appointing another counsel to attend and represent the interests of the defence;“



toga da li okrivljeni ima ili nema branioca i zanemaruje davanje ovlašćenja postojećem braniocu da prisustvuje preduzimanju radnje. Do problema je došlo jer se izraz *authorizing counsel... to participate* prevodi kao „postavljanje branioca“, umesto kao davanje odobrenja postojećem braniocu.

Pored toga, veće za prethodni postupak je ovlašćeno da imenuje jednog od svojih članova, ili drugog slobodnog sudiju odeljenja za prethodni postupak ili raspravnog odeljenja da prati prikupljanje i čuvanje dokaza i ispitivanje osoba i da daje predloge ili naredbe u vezi sa tim. (čl. 56 st. 2 tačka e).<sup>27</sup> Ova odredba u Zakonu glasi: „Imenovanje jednog od stalnih članova Veća koje vodi prethodni postupak ili ako je neophodno drugog slobodnog sudije Odeljenja za prethodni postupak, ili odeljenja Sudećih veća, za praćenje postupka i davanje predloga ili naredbi u vezi sa prikupljanjem i očuvanjem dokaza kao i sa ispitivanjem lica.“ Pored terminoloških nedoumica o značenju izraza „očuvanje dokaza“ ili „odeljenja Sudećih veća“ (!) daleko veći problem je imenovanje jednog od *stalnih* članova Veća za prethodni postupak, kategorija koju Rimski statut uopšte ne poznaje. Sve sudije Međunarodnog krivičnog suda biraju se na period od 9 godina, nemaju pravo na reizbor (čl. 36 st. 9 tač. a), u određenom Veću obavljaju funkciju tri godine (čl. 39 st. 3), tako da je apsurdno govoriti o „stalnim“ i „privremenim“ sudijama.

### 3.2. Potvrđivanje optužnice

Obavezna faza postupka pred Međunarodnim krivičnim sudom je ročište za potvrđivanje optužnice, kome po pravilu prisustvuju tužilac, okrivljeni i njegov branilac. Pre ovog ročišta okrivljenom mora biti dostavljena kopija optužnice i svih dokumenata sadržanih u njoj i mora biti obavešten o dokazima koje tužilac namerava da izvede na ovom ročištu.<sup>28</sup> Zvaničan prevod čl. 61 st. 3 Rimskog Statuta glasi „U razumnom roku pre saslušanja: (a) Licu mora biti dostavljena kopija optužnice koja sadrži osnove i navode na osnovu kojih ga tužilac tereti za izvršenje određenog krivičnog dela; (b) Lice mora biti obavešteno o dokazima na kojima tužilac zasniva svoju optužnicu i koji će se izvesti na glavnom pretresu. Veće koje vodi prethodni postupak može da izda naredbe koje se tiču obelodanjivanja informacija koje će se saopštiti na glavnom pretresu.“. Uočljive su tri greške. 1. Reč „*hearing*“ se najpre prevodi kao saslušanje umesto kao ročište (*confirmation hearing*), pa proizlazi da se navedena dokumenta dostavljaju okrivljenom pre njegovog saslušanja, umesto pre održavanja ročišta za potvrđivanje optužnice. 2. U daljem tekstu *hearing* se prevodi kao glavni pretres pa se u tački (b) pominje obaveštavanje o dokazima „koji će se izvesti na glavnom pretresu“, umesto o dokazima koji će se izvesti na ovom ročištu. 3. Isto

27 Čl. 56 st. 2 tačka (e) RS: „Naming one of its members or, if necessary, another available judge of the Pre-Trial or Trial Division to observe and make recommendations or orders regarding the collection and preservation of evidence and the questioning of persons;“

28 Čl. 61 st. 3 RS: „Within a reasonable time before the hearing, the person shall: (a) Be provided with a copy of the document containing the charges on which the Prosecutor intends to bring the person to trial; and (b) Be informed of the evidence on which the Prosecutor intends to rely at the hearing. The Pre-Trial Chamber may issue orders regarding the disclosure of information for the purposes of the hearing.“

tako, veće za prethodni postupak ne izdaje nikakve naredbe vezane za glavni pretres, pa tako ne može ni da „izda naredbe koje se tiču obelodanjivanja informacija koje će se saopštiti na glavnom pretresu“ već samo za obelodanjivanje podataka i dokaza koji će se izneti na ročištu za potvrđivanje optužnice.

Još apsurdniji je zvaničan prevod stava 1 ovog člana koji glasi „... u razumnom vremenskom roku nakon izručenja ili dobrovoljnog pojavljivanja okrivljenog pred Sudom, Veće koje vodi prethodni postupak izvodi istražnu radnju saslušanjem okrivljenog da bi ispitalo navode optužnice na osnovu kojih tužilac traži da se okrivljeni u daljem toku postupka oglasi krivim i kazni.“<sup>29</sup> Do zabune je opet došlo zbog pogrešnog prevođenja reči *hearing* i očigledne sklonosti prevodioca da originalnom tekstu dodaje svoje reči, čime dodatno obesmišljava i onako besmislen prevod. U originalnom tekstu se naime nigde ne pominje zahtev tužioca da se okrivljeni u daljem toku postupka oglasi krivim i kazni. Ispravan prevod odredbe glasio bi: „... u razumnom vremenskom roku nakon izručenja ili dobrovoljnog pojavljivanja okrivljenog pred Sudom, Veće za prethodni postupak će održati ročišta za potvrđivanje optužnice na osnovu koje tužilac zahteva suđenje.“

Po članu 61 st. 4 pre početka ovog ročišta tužilac može da nastavi započetu istragu, da dopuni optužnicu ili odustane od iste, a okrivljeni mora biti obavešten o svakoj dopuni ili odustanku od optužnice. U slučaju odustanka od optužbe, tužilac obaveštava veće za prethodni postupak o razlozima za donošenje ovakve odluke.<sup>30</sup> U našem Zakonu ova odredba glasi „Pre saslušanja, tužilac može nastaviti započetu istragu a može i da dopuni ili povuče zahtev za sprovođenje istrage. Okrivljeni mora biti blagovremeno obavešten pre saslušanja o svakoj dopuni ili povlačenju zahteva za sprovođenje istrage. U slučaju povlačenja zahteva za sprovođenje istrage, tužilac obaveštava Veće koje vodi prethodni postupak o razlozima za donošenje ovakve odluke.“ Pored već ukazane greške kod prevođenja reči *hearing*, ovde se i reč *charges* pogrešno prevodi kao zahtev za sprovođenje istrage umesto kao optužnica. Dve takve greške dovoljne su da dovedu do ovako apsurdnog prevoda prihvaćenog u našem Zakonu. I u prevodu stava 7 istog člana došlo je do zabune jer se ne vodi računa o tome da RS govori o optužbama (reč *charges* pominje se u množini), pa iz prevoda proizlazi da po završetku ovog ročišta Veće za prethodni postupak može da „potvrdi ili odbije navode optužnice“ a zanemaruje se mogućnost da se samo neke od optužbi potvrde, odnosno odbiju.

### 3.3. Glavni pretres

Pored samoinicijativnog dodavanja nekih izraza odredbama Rimskog statuta na koje je ukazano, prevodilac neke delove teksta jednostavno ne prevodi, što je slučaj sa delom VI Rimskog statuta koji u originalu nosi naziv „the Trial“ ili suđenje.

29 Čl. 61 st. 1 RS: „... within a reasonable time after the person's surrender or voluntary appearance before the Court, the Pre-Trial Chamber shall hold a hearing to confirm the charges on which the Prosecutor intends to seek trial.“

30 Čl. 61 st. 4 RS: „Before the hearing, the Prosecutor may continue the investigation and may amend or withdraw any charges. The person shall be given reasonable notice before the hearing of any amendment to or withdrawal of charges. In case of a withdrawal of charges, the Prosecutor shall notify the Pre-Trial Chamber of the reasons for the withdrawal.“

Štaviše, naš Zakon niti pominje niti odvajava deo VI Rimskog statuta, već nakon dela V koji počinje članom 53 prelazi na deo VII (Kazne, čl. 77).

Za razliku od većine evrokontinentalnih zakonodavstava, Rimski statut ne dozvoljava suđenje *in absentia*. Član 63 st. 1 RS izričito propisuje da se suđenje vodi u prisustvu optuženog. U našem Zakonu ova odredba glasi „*Postupak se vodi protiv okrivljenog čije je prisustvo u postupku obezbeđeno*“. Pored leksičkog pleonazma („postupak se vodi protiv okrivljenog“) suštinska greška je napravljena jer se pominje neophodnost prisustva okrivljenog „u postupku“, što je pogrešno. Po RS prisustvo okrivljenog nije neophodno u svim fazama postupka, već samo na suđenju, odnosno glavnom pretresu. Primera radi ročište za potvrđivanje optužnice može se, pod određenim uslovima, održati i bez prisustva okrivljenog.

Član 64 st. 8 tač b. u našem Zakonu glasi „*U toku glavnog pretresa, Predsedništvo može da preduzima odgovarajuće mere u cilju usmeravanja glavnog pretresa i one mere kojima se obezbeđuje pravično i nepristrasno suđenje. Postupajući po nalogima Predsedništva, stranke u postupku mogu podnositi dokaze u skladu sa odredbama Statuta.*“ Termin *the presiding judge* pogrešno je preveden kao predsedništvo, umesto kao predsednik veća, što je dovelo u pitanje smisao čitave odredbe. Greška utoliko više dobija na značaju imajući u vidu da je predsedništvo po Rimskom statutu poseban organ Međunarodnog krivičnog suda čija su ovlašćenja regulisana članom 38. Ispravan prevod ovog stava glasio bi „*Presedavajući sudija rukovodi glavnim pretresom, starajući se da se ono sprovede na pravičan i nepristrasan način. Postupajući po nalogima predsedavajućeg sudije, stranke mogu podnositi dokaze u skladu sa odredbama Statuta.*“<sup>31</sup>

Po članu 64 st. 9 raspravno veće je, između ostalog, ovlašćeno da po predlogu stranaka ili po sopstvenoj inicijativi: (a) donese odluku o prihvatanju i relevantnosti predloženih dokaza; i (b) preduzme sve neophodne mere radi obezbeđivanja reda tokom ročišta<sup>32</sup>. U zvaničnom prevodu ova odredba glasi „*Sudeće veće je, između ostalog, ovlašćeno da po predlogu stranaka u postupku ili na osnovu svog slobodnog sudijskog uverenja: (a) donese odluku o (ne)prihvatanju i (i)relevantnosti predloženih dokaza; ili (b) preduzme sve neophodne mere radi obezbeđivanja rada u fazi saslušanja stranaka.*“ Do greške je došlo usled pogrešnog prevoda izraza „*on its own motion*“ koja je prevedena kao „na osnovu svog slobodnog sudijskog uverenja“ umesto „po sopstvenoj inicijativi“. I ovde se *hearing* pogrešno prevodi kao saslušanje umesto kao ročište, pa ispada da veće preuzima mere u cilju očuvanja reda u sudnici samo tokom saslušanja stranaka tj. tužioca i optuženog?!

Pretpostavka nevinosti je u čl. 66 st. 1 prevedena kao pretpostavka nekrivice, što je u duhu nekada važećeg ZKP-a, ali nije u skladu sa Rimskim statutom i sadašnjim rešenjem prihvaćenim u našem zakonodavstvu.

31 Odredba u originalnom tekstu glasi: „At the trial, the presiding judge may give directions for the conduct of proceedings, including to ensure that they are conducted in a fair and impartial manner. Subject to any directions of the presiding judge, the parties may submit evidence in accordance with the provisions of this Statute.“ (Član 64 st. 8 tač b RS)

32 Čl. 64 st. 9 RS: „The Trial Chamber shall have, *inter alia*, the power on application of a party or on its own motion to: (a) Rule on the admissibility or relevance of evidence; and (b) Take all necessary steps to maintain order in the course of a hearing.“

U prevodu člana 64 napravljene su terminološke greške te se *expeditious* prevodi kao ekonomičnost umesto kao brzina (čl. 64 st. 2), dok se u stavu 4 istog člana *effective* takođe prevodi kao ekonomičnost, umesto kao efikasnost.

Izraz *beyond reasonable doubt*, tj. van razumne sumnje, se prevodi „da u tom smislu nema nikakve dileme niti sumnje“ (čl. 66 st. 3).

Izraz *determination of truth* se prevodi kao rasvetljavanje slučaja umesto kao utvrđivanje istine (čl. 69 st. 3).

*Restitution* se prevodi kao povraćaj u pređašnje stanje umesto kao naknada štete (član 75 st. 1), pa po našem Zakonu ispada da oštećeni mogu pred Međunarodnim krivičnim sudom tražiti povraćaj u pređašnje stanje!

Engleski termin *in camera* (čl. 68 st. 2, 72 st. 5 tač. d, 72 st. 7 tač. a (i) Rimskog statuta) znači „bez prisustva javnosti“ dok je u našem Zakonu preveden kao „u posebnoj sudskoj prostoriji“. Izraz *ex parte* (čl. 72 st. 5 d, 72 st. 7 a (i) Rimskog statuta) podrazumeva da određenoj procesnoj radnji prisustvuje samo jedna od stranaka.<sup>33</sup> U Zakonu se ovaj termin prevodi kao „parcijalno davanje izjava“! Tako iz našeg Zakona proizlazi da, ako postoji nesaglasnost između stava Suda i države u pogledu dostavljanja određenih dokumenata i informacija, sud može da „naloži dodatne konsultacije sa predstavnicima odnosno države koja, po potrebi, mogu da uključe i davanje izjava u posebnoj sudskoj sobi kao i parcijalno davanje izjava;“ (čl. 72 st. 7 tač. a (i)). Jasno je da se ovde ne misli ni na kakvo parcijalno davanje izjava niti da davanje izjava „u posebnoj sudskoj sobi“, već je smisao odredbe u tome da su konsultacije Suda i države zatvorene za javnost i da im prisustvuje samo jedna od stranaka.<sup>34</sup>

Druga rečenica čl. 69 st. 2 Zakona predviđa da Sud može dozvoliti „*da se izvođenje dokaza svedočenjem obavi u prisustvu svedoka i to u njegovom živom govoru ili posredstvom video, odnosno audio tehnologije ...*“.<sup>35</sup> Ovde se uopšte ne radi o prisustvu svedoka, već o davanju iskaza putem audio i video linka, tako da on daje iskaz usmeno ali se pri tom ne nalazi u sudnici već na nekom drugom mestu.<sup>36</sup>

Zvaničan prevod čl. 74 st. 2 glasi „...*Svoju odluku Sud može zasnivati isključivo na dokazima koji su izvedeni i pretreseni pred sudom*“. Ovakav prevod je po logici stvari besmislen, jer se dokazi pred sudom izvode i na prethodnom ročištu, a na njima se, po pravilu, ne može zasnivati presuda. Prevodilac reč *trial* pogrešno prevodi kao sud umesto kao suđenje pa dobija ovakvu odredbu. Ispravan prevod odredbe glasio bi „... Sud može zasnivati presudu samo na dokazima izvedenim na glavnom pretresu.“<sup>37</sup>

33 Vidi: <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/ex+parte>, ili <http://definitions.uslegal.com/e/ex-parte/>

34 Po logici stvari radiće se o stranci koja je predložila pribavljanje spornog dokaza od odnosne države.

35 Čl. 69. st. 2. RS „...The Court may also permit the giving of *viva voce* (oral) or recorded testimony of a witness by means of video or audio technology...“

36 M. Škulić, *op. cit.*, str. 485, fn. 712.

37 Čl. 74 st. 2 RS: „The Court may base its decision only on evidence submitted and discussed before it at the trial.“

### 3.4. Žalba i revizija

Po našem Zakonu „Zastupnik oštećenog, branilac osuđenog lica ili advokat saveznog vlasnika koji je oštećen u smislu odredbe člana 75. Statuta, mogu izjaviti žalbu protiv odluke o naknadi štete, na način kako je to regulisano Pravilima postupka i izvođenja dokaza.“ (Čl. 82 st. 4). Za razliku od toga, Rimski statut pravo žalbe na odluku o naknadi štete daje pravnom zastupniku oštećenih, optuženom<sup>38</sup> i saveznom vlasniku imovine obuhvaćene naredbom iz čl. 75.<sup>39</sup> Originalni tekst, naime počinje rečima „a legal representative of the victim“ (pravni zastupnik oštećenog) i nastavlja nabrojanjem drugih lica koja imaju pravo žalbe, te je prevodilac pogrešno zaključio da se legal representative odnosi i na branioca osuđenog (što je dodatna nelogičnost jer osuđeno lice ne može imati branioca) i advokata savesnog vlasnika.

Po našem Zakonu jedan od osnova za podnošenje zahteva za reviziju je i okolnost da je „Jedan ili više sudija koji su učestvovali u donošenju odluke u postupku odnosno odluke po žalbi, i koji su okrivljenog oglasili krivim, su počinili ozbiljnu povredu sudijskog kodeksa odnosno ozbiljan prekršaj službene dužnosti po kom osnovu, u smislu člana 46. Statuta, mogu biti razrešeni“ (čl. 84 st. 1. tač. c). Zakon dakle, postavlja dva kumulativna uslova u pogledu sudije i to: a) da je učestvovao u donošenju odluke u postupku odnosno odluke po žalbi i b) da je okrivljenog oglasio krivim. Ovakav prevod nema mnogo veze sa Rimskim statutom, po kome se mora raditi o sudiji koji je učestvovao u donošenju osuđujuće presude ili u postupku potvrđivanja optužnice,<sup>40</sup> dok se učešće u postupku po žalbi uopšte ne pominje. Ispravan prevod ove odredbe glasio bi: „Jedan ili više sudija koji su učestvovali u donošenju presude ili potvrđivanju optužnice je u učinio takvu povredu sudijskog kodeksa ili kršenje sudijske dužnosti da može biti razrešen u smislu člana 46. Statuta.“

## 4. KAZNE

U konkurenciji besmisleno prevedenih odredbi, prevod čl. 77 st. 1 tač. a sigurno je jedan od favorita. Po našem Zakonu Sud osuđenom kao glavnu može izreći kaznu zatvora „u trajanju do 30 dana“ umesto 30 godina!<sup>41</sup>

I tačka b istog člana pogrešno je prevedena, pa ispada da Sud može izreći kaznu doživotnog zatvora „ukoliko je lice osuđeno za najteži oblik krivičnog dela iz nadležnosti Suda i ukoliko ovu kaznu opravdavaju određene okolnosti vezane za ličnost okrivljenog.“ Rimski statut uopšte ne postavlja uslov da je lice „osuđeno za najteži

38 Iako RS upotrebljava termin „convicted person“ tj. osuđeni, ovde je ispravnije govoriti o optuženom imajući u vidu da u ovoj fazi presuda još uvek nije pravnosnažna.

39 Čl. 82 st. 4 RS: „A legal representative of the victims, the convicted person or a bona fide owner of property adversely affected by an order under article 75 may appeal against the order for reparations, as provided in the Rules of Procedure and Evidence.“

40 Čl. 84 st. 1. tač. c RS: „One or more of the judges who participated in conviction or confirmation of the charges has committed, in that case, an act of serious misconduct or serious breach of duty of sufficient gravity to justify the removal of that judge or those judges from office under article 46.“

41 Tako i: Kolarić D., *op. cit.*, str. 3.



oblik krivičnog dela“, niti rangira krivična dela po težini, već se kazna doživotnog zatvora može izreći „ukoliko je to opravdano posebnom težinom krivičnog dela i okolnostima vezanim za ličnost učinioca.“<sup>42</sup>

Zvaničan prevod člana 78 st. 2 glasi „Kada izriče zatvorsku kaznu, Sud u dužinu trajanja kazne uračunava vreme provedeno u pritvoru, ukoliko je prema okrivljenom bio određen pritvor. Sud u dužinu trajanja kazne uračunava sve vreme provedeno u pritvoru određenom s obzirom na težinu krivičnog dela.“ Nelogično je kako se to pritvor određuje „s obzirom na težinu krivičnog dela“ kada se u RS krivična dela ne rangiraju po težini, niti je težina krivičnog dela postavljena kao uslov za određivanje pritvora. Ispravan prevod ove odredbe glasio bi „U dužinu trajanja kazne Sud uračunava sve vreme koje je optuženi proveo u pritvoru po naredbi Suda, a može uračunati i vreme koje je proveo u pritvoru po drugom osnovu, a u vezi sa ponašanjem za koje je osuđen.“<sup>43</sup>

Zvaničan prevod člana 79 stav 1 glasi „Fond se osniva odlukom Skupštine država članica. Fond se osniva u interesu oštećenih i njihovih porodica i u nadležnosti je Suda.“ Izraz upotrebljen u originalnom tekstu *within the jurisdiction of the Court* (u nadležnosti Suda) ne odnosi se na Fond, kako stoji u našem Zakonu, već na oštećene i njihove porodice. Ispravan prevod odredbe glasio bi „Skupština država članica osniva svojom odlukom Fond u korist lica oštećenih krivičnim delima iz nadležnosti Suda i njihovih porodica.“<sup>44</sup>

Zvaničan prevod člana 80 glasi: „Nijedna od odredbi ovog dela Statuta ne predstavlja prepreku za primenu kaznenog sistema predviđenog domaćim pravom država članica niti prepreku za primenu domaćeg prava država koje ne predviđaju kazne predviđene u ovom delu Statuta.“ Ovakav prevod nameće pitanje kakav je to „kazneni sistem“ predviđen domaćim pravom država. Prevodilac je naime penalties proveo kao kazneni sistem umesto kao kazne i time dobio apsurdni prevod prihvaćen u tekstu Zakona. Ispravan prevod glasio bi „Nijedna od ovih odredbi (misli se na odredbe dela VII o sankcijama) ne utiče na pravo država da izriču kazne predviđene njihovim unutrašnjim pravom i da primenjuju zakone koji ne predviđaju kazne propisane u ovom delu Statuta.“<sup>45</sup> Pored toga, Rimski statut u ovoj odredbi, za razliku od našeg Zakona, ne govori samo o državama članicama već o svim državama (ne koristi se State Party već samo State) Rimski statut naime, pravi razliku između država članica, odnosno potpisnica statuta (*State Party*) i ostalih država (*State*). Tako, primera radi, samo država članica može prijaviti izvršenje krivičnog dela (čl. 13 tač. a i čl. 14), sud je nadležan za krivična dela izvršena na teritoriji država članica ili od strane njenih državljana, zvaničnici suda uživaju privilegije i imunitete na teritoriji država članica (čl. 48), tuži-

42 Čl. 77 st. 1 b „A term of life imprisonment when justified by the extreme gravity of the crime and the individual circumstances of the convicted person.“

43 Čl. 78 st. 2 RS: „In imposing a sentence of imprisonment, the Court shall deduct the time, if any, previously spent in detention in accordance with an order of the Court. The Court may deduct any time otherwise spent in detention in connection with conduct underlying the crime.“

44 U originalnom tekstu odredba glasi: „Trust Fund shall be established by decision of the Assembly of States Parties for the benefit of victims of crimes within the jurisdiction of the Court, and of the families of such victims.“ (čl. 79 st. 1)

45 Čl. 80 RS glasi: „Nothing in this Part affects the application by States of penalties prescribed by their national law, nor the law of States which do not provide for penalties prescribed in this Part.“



lac može voditi istragu na teritoriji država članica (čl. 57 st. 3 tač. d) i tsl. Naš Zakon očigledno ovu razliku ne smatra „dovoljno bitnom“ pa i u drugim odredbama dolazi do grešaka u tom smislu. Tako iz Zakona proizlazi da svaka država može prijaviti izvršenje krivičnog dela (čl. 13. tač. a) ili da svaka država može da predloži kandidate za sudije Međunarodnog krivičnog suda (čl. 36 st. 4 tač. b). Sa druge strane, ovlašćenja koja Rimski statut daje svim državama, naš Zakon ostavlja samo državama članicama, pa ispada da samo država članica može da podnese zahtev za preduzimanje mera neophodnih za zaštitu njenih službenika i poverljivih informacija (čl. 68 st. 6).

## 5. MEĐUNARODNA SARADNJA I POMOĆ

Član 89 RS reguliše izručenje okrivljenog. Stav 3 istog člana reguliše tranzit okrivljenog preko teritorije država članica i sadržaj zahteva za odobrenje tranzita. Po našem Zakonu ovaj zahtev između ostalog treba da sadrži „*Kratak opis činjeničnog stanja presude i pravnu ocenu*“ (čl. 89. st. 3. tač. b (iii)). Rimski statut, za razliku od toga ne pominje „opis činjeničnog stanja presude“ već „kratak opis činjeničnog stanja i njihovu pravnu kvalifikaciju“, što je i razumljivo imajući u vidu da presuda i ne postoji u ovoj fazi postupka već se, po logici stvari izručenje okrivljenog i zahteva u cilju vođenja postupka pred MKS i donošenja presude.

Čl. 93 st. 5 Zakona glasi „*Pre nego što odbije da postupi po zahtevu za pružanje pravne pomoći u smislu stava 1. tačka (l) ovog člana, država od koje se pomoć traži će ispitati da li se pomoć može pružiti pod drugim okolnostima, u drugo vreme ili na neki drugi način. Ukoliko Sud ili tužilac prihvati predlog države članice da pomoć pruži pod gore opisanim uslovima, država je obavezna da postupa u skladu sa njima.*“ Pored već uobičajene greške pominjanja države članice onda kada RS govori o bilo kojoj državi, iz ovako prevedene odredbe proizlazi da je država (umesto Sud ili tužilac) dužna da poštuje uslove koje je odredila! Ispravan prevod odredbe glasio bi: „Pre nego što odbije da postupi po zahtevu za pružanje pomoći po stavu 1 (l), zamoljena država će ispitati da li se pomoć može pružiti uz posebne uslove, nešto kasnije ili na neki drugi način. Ukoliko Sud ili tužilac prihvate takve uslove, dužni su ih se kasnije pridržavati.“<sup>46</sup>

## 6. IZVRŠENJE PRESUDE

Po Zakonu, ukoliko Sud za izdržavanje kazne zatvora ne odredi ni jednu državu sa liste država koje su izrazile spremnost da prihvate osuđenog, „*kazna zatvora se ima izdržavati u zatvorskoj ustanovi domaće države*“ (čl. 103 st. 4). Do greške je došlo jer prevodilac termin *host state* prevodi kao domaća država umesto kao „zemlja domaćin“ što se po čl. 3 st. 1 RS odnosi na državu sedišta MKS-a od-

46 Čl. 93 st. 5 RS: „Before denying a request for assistance under paragraph 1 (l), the requested State shall consider whether the assistance can be provided subject to specified conditions, or whether the assistance can be provided at a later date or in an alternative manner, provided that if the Court or the Prosecutor accepts the assistance subject to conditions, the Court or the Prosecutor shall abide by them.“

nosno Holandiju. Tako i dobijamo apsurdan prevod, prihvaćen u našem Zakonu da će osuđeni, ako Sud ne odredi ni jednu od država sa liste, kaznu služiti u svojoj domaćoj državi?!

Termin *state of enforcement* u Zakonu je preveden kao „treća država“ umesto kao država izvršenja, što je čl. 108 st. 1 Zakona dalo drugačiji smisao od onoga koji su imali na umu Rimski statutotvorci. Po Rimskom statutu, osuđeno lice koje se nalazi u zatvoru države izvršenja, ne može biti krivično gonjeno, kažnjeno ili izručeno trećoj državi zbog nekog ranije učinjenog krivičnog dela, osim ako Sud, na zahtev države izvršenja, ne odobri vođenje krivičnog postupka, kažnjavanje ili izručenje tog lica.<sup>47</sup> Dakle za vođenje krivičnog postupka zbog nekog ranije učinjenog krivičnog dela, neophodno je odobrenje Suda koje on izdaje na zahtev države u kojoj se izdržava sankcija. Suprotno tome, u našem Zakonu pogrešno stoji da Sud ovakvo odobrenje izdaje na zahtev „treće države“, te čitava norma dobija pogrešan smisao.<sup>48</sup>

Član 110 st. 1 Zakona glasi „*Država u kojoj se kazna izdržava neće osloboditi lice pre isteka kazne koju joj je Sud izrekao.*“<sup>49</sup> Iz ovakvog prevoda proizlazi da je Sud izrekao kaznu državi, umesto okrivljenom?!

Po čl. 115 Rimskog statuta, troškovi Suda i Skupštine država-članica, pokrivaju se: a) priložima država-članica; b) sredstvima iz fondova Ujedinjenih nacija, a po odobrenju Generalne skupštine, što se posebno odnosi na troškove napravljene povodom krivične prijave Saveta bezbednosti.<sup>50</sup> U zvaničnom prevodu se ne pominju troškovi povodom krivične prijave SB-a, tačnije reč *referral* se uopšte ne prevodi, već se govori o troškovima „koje je napravio Savet bezbednosti“.

## ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Prevod Rimskog statuta nesumnjivo nameće pitanje stručnosti i kompetentnosti prevodioca koji reč *charge* (optužnica) prevodi kao zahtev za sprovođenje istrage, *trial* (suđenje) kao sud, *the presiding judge* (predsednik veća) kao predsedništvo, koji dodavanjem svog teksta dodatno obesmišljava prevodom već obesmišljene odredbe ili im daje drugačiji smisao, koji neke delove teksta jednostavno propušta da prevede, čime čitav Zakon dovodi na granicu apsurdna. Prevodilačka povelja Međunarodne federacije prevodilaca predviđa da prevod mora biti verodostojan i u potpu-

47 Č. 108 st. 1 RS: „A sentenced person in the custody of the State of enforcement shall not be subject to prosecution or punishment or to extradition to a third State for any conduct engaged in prior to that person's delivery to the State of enforcement, unless such prosecution, punishment or extradition has been approved by the Court at the request of the State of enforcement.“

48 Po čl. 108 st. 1 Zakona: „Osuđeno lice koje se nalazi u pritvoru države u kojoj se kazna izdržava ne može biti krivično gonjeno, kažnjeno ili ekstradirano trećoj državi zbog bilo kog krivičnog dela tog lica koje je izvršeno pre izručenja tog lica državi u kojoj se kazna izdržava, osim ukoliko vođenje krivičnog postupka, kažnjavanje ili ekstradiciju ne odobri Sud na zahtev treće države.“

49 Član 110 stav 1 RS: „The State of enforcement shall not release the person before expiry of the sentence pronounced by the Court.“

50 Čl. 115 RS: „The expenses of the Court and the Assembly of States Parties, ... shall be provided by the following sources:... (b) Funds provided by the United Nations, subject to the approval of the General Assembly, in particular in relation to the expenses incurred due to referrals by the Security Council.“

nosti prikazivati ideju i oblik originalnog teksta – verodostojnost prevoda predstavlja moralnu i pravnu obavezu za prevodioca.<sup>51</sup> Vasiljević je smatrao, imajući u vidu književna i stručna dela, da za kvalitet prevoda odgovornost treba da dele izdavač, prevodilac, kritika prevoda i stručna udruženja prevodilaca.<sup>52</sup> Kako se ovde radi o prevodu međunarodnog ugovora ratifikovanog zakonom, nameće se i pitanje moralne odgovornosti onih koji su ovakav Zakon usvojili, ne videvši ništa sporno ni neobično u Zakonu koji predviđa da „*Država u kojoj se kazna izdržava neće osloboditi lice pre isteka kazne koju joj je Sud izrekao.*“

U državi koja sebe kvalifikuje „pravnom“, zaklinjući se nad idealom vladavine prava, zakonske odredbe moraju se poštovati, pa ni Zakon o potvrđivanju Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda nije izuzetak u tom pogledu. Kako se međunarodni ugovori ne primenjuju neposredno, već moraju biti ratifikovani u skupštinskoj proceduri, izvor prava Republike Srbije nije Rimski statut, već Zakon o njegovom potvrđivanju. Ovaj zakon na snazi je već deset godina, ali do sada nije primenjivan u praksi, što je „srećna okolnost“ za našu državu. U suprotnom mogli bismo doći u situaciju da se, ako bi primera radi MKS zahtevao od naše države da mu dostavi određenu dokumentaciju, Srbija pozove na čl. 72 st. 7 tač. a (i) Zakona, zahtevajući da se konsultacije obave „u posebnoj sudskoj sobi“ i insistirati na svom pravu „parcijalnog davanja izjava“?! Ili ako bi Sud zahtevao da se okrivljeni transportuje preko naše teritorije u cilju vođenja krivičnog postupka, država bi po čl. 89. st. 3. tač. b (iii) Zakona mogla insistirati da joj se dostavi i kratak opis činjeničnog stanja presude! Advokati bi, sa druge strane mogli ulagati žalbe pred MKS jer je njihovim klijentima izrečena kazna teža od one propisane Zakonom odnosno od 30 dana zatvora, ili pak insistirati na tome da se kazna služi u „domaćoj državi“ jer Sud nije odredio nijednu državu sa liste!

Niz besmisleno, apsurdno i pogrešno prevedenih odredbi Zakona o potvrđivanju Rimskog statuta Međunarodnog krivičnog suda, ne nameće samo pitanje odgovornosti i stručnosti prevodilaca, već i onih koji su ovakav Zakon usvojili.

*Vanja Bajović*

Faculty of Law, University of Belgrade

„LOST IN TRANSLATION“  
Or Mistranslations in the Serbian Law  
on Ratification of the Rome Statute

SUMMARY

Serbian Law on Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court was put into effect in June 2001. Due to the inadequate and wrong translation, Serbian Law largely differs from the original provisions of the Rome Statute, what raises the question of moral and legal liability of translators.

51 Član 4 Prevodilačke povelje (The Translator's Charter), dostupno na: <http://www.fit-ift.org/en/charter.php>.

52 T. Vasiljević, *op. cit.*, str. 331–332.

According to Serbian Law, for instance, penalty of imprisonment may not exceed 30 days (instead of 30 years), Court's request for transit of person shall contain „A brief statement of the facts of *the verdict*“ (instead of case) or the sentence of imprisonment shall be served, under certain circumstances (art. 103 par. 4) in domestic State (instead of host State)! While article 63 par. 1 of the RS states that „the accused shall be present during the trial“, Serbian Law in the same provision prescribes that „the proceeding is conducted against the accused, whose presence is secured.“

In addition to that, Serbian translator adds some words to the original provisions, giving them in such way, different meaning. Thus, contrary to the Rome Statute, Serbian „version“ prescribes recklessness as one of the mental elements of crime, adding to the article 30 par. 2 (b) „agreement to consequences“.

Besides, Serbian Law does not make a difference between State Party and State, and wrong translation of some expressions is notable. Thus, expression full-time judges is translated as „permanent judges“, violence against women or children like „legal protection of women and children“, determination of truth like „solving the case“, *in camera* procedure as „in special court room“, *ex parte proceeding* like „giving the statements partially“, the presiding judge like „Presidency“ etc. All this leads to the wrong interpretation of the original provisions that the makers of the Rome Statute had in mind.

This paper analyzes mistranslated provisions of Serbian Law, comparing them with the original articles of the ICC Statute. Following the structure of the Rome Statute, the first part of the paper deals with criminal-law provisions, second with administration of the Court, procedural provisions are analyzed in the third part, penalties in the fourth, while the final parts are dedicated to the international cooperation and judicial assistance and the enforcement.

**Key words:** translation, liability, ICC Statute, Serbian Law on Ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court.

Ivan Đokić\*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

## OBJEKTIVNA ODGOVORNOST U ENGLESKOM KRIVIČNOM PRAVU

**Apstrakt:** Nasuprot common law pravilu koje krivicu smatra neophodnim elementom svakog krivičnog dela, englesko krivično pravo kroz institut tzv. striktno odgovornosti (strict liability) poznaje izuzetak od načela nullum crimen sine culpa. Ova pravna figura, koja u krivično pravo unosi elemente objektivne odgovornosti, nastala je u praksi engleskih sudova sredinom 19. veka. Od krivičnih dela protiv opšteg dobra (public welfare offences) primena ove ustanove je proširena na veliki broj delikata, no i pored toga još uvek postoje određene dileme u pogledu kriterijuma relevantnih za izbor striktno odgovornosti. Iako je vladajuće shvatanje da primeni ovog oblika odgovornosti ima mesta samo u sferi lakših krivičnih dela (naročito onih zaprečenih samo novčanom kaznom), u sudskoj praksi se mogu sresti i drugačije odluke. Ipak, osnovni problem čini pitanje socijalno-etičke utemeljenosti ove pravne ustanove, koja suprotno nekim civilizacijskim dostignućima karakterističnim za savremeno krivično pravo, omogućava kažnjavanje i moralno nevinih.

**Ključne reči:** nepravo, krivica, striktna odgovornost, objektivna odgovornost.

### UVOD

Krivičnopravna zaštita, s obzirom na to da se postiže najstrožim pravnim sankcijama koje poznaje jedan državno-pravni poredak, može biti opravdana jedino ukoliko je usmerena na skrivljeno ponašanje. Puko prouzrokovanje kakve zakonom zabranjene posledice koje nije praćeno odgovarajućim subjektivnim odnosom učinoca, ne dovodi do zasnivanja krivičnopravne kažnjivosti. Međutim, u krivičnom pravu se mogu sresti i takve ustanove koje sadrže elemente objektivne odgovornosti i svojim obličjem predstavljaju izuzetak od principa *nullum crimen sine culpa*. Gotovo svi savremeni krivičnopravni sistemi sadrže manje ili više izražena odstupanja od načela individualne subjektivne odgovornosti. Iako je po pravilu reč o opravdanim kriminalno-političkim razlozima koji stoje u pozadini takvih odstupanja, njih treba ako ne sasvim izbeći, onda bar svesti na najmanju moguću meru.<sup>1</sup>

---

\* asistent, [djokic@ius.br.ac.rs](mailto:djokic@ius.br.ac.rs)

1 Z. Stojanović, *Krivično pravo*, Beograd, 2009, str. 24–25. I u srpskom krivičnom zakonodavstvu, i pored toga što je jasno istaknuto da je krivica nužan preduslov kazne (čl. 2 Krivičnog zakonika), postoje ustanove koje otvaraju vrata objektivnoj odgovornosti. Uočljiv primer predstavljaju odredbe čl. 38–41 Krivičnog zakonika koje predviđaju odgovornost za krivična dela učinjena putem štampe ili drugih sredstava javnog informisanja, a koje u cilju uspešnije krivičnopravne intervencije u slučajevima štamparskih delikata, pod određenim uslovima, uspostavljaju odgovornost za radnje drugoga. Pored ovih i u nekim drugim normama krije se opasnost slabljenja načela krivice. Više o problemu objektivne odgovornosti u našem krivičnom pravu vid. J. Čirić, *Objektivna odgovornost u krivičnom pravu*, Beograd, 2008. Ponekad, doduše, i neadekvatna pri-

Iako se krivično pravo zemalja anglosaksonskog pravnog kruga bitno razlikuje od onog koje važi u zemljama kontinentalne Evrope,<sup>2</sup> i njega karakteriše učenje o krivici kao neophodnom elementu krivičnog dela. Dok u Evropi uglavnom dominira neoklasični, trostepeno oblikovan pojam krivičnog dela,<sup>3</sup> u anglosaksonskom krivičnom pravu pojam krivičnog dela je strukturalno pojednostavljen i određen kao jedinstvo objektivnog (*actus reus*) i subjektivnog (*mens rea*) elementa, ali je suštinski isto postavljen – kao skrivljeno nepravo. To je shvatanje u praksi engleskih sudova čvrsto ustanovljeno sredinom 19. veka<sup>4</sup> i obično se izražava kroz maksimu: *actus non facit reum nisi mens sit rea*.<sup>5</sup> Ova maksima je sve do danas ostala osnovni *common law*<sup>6</sup> princip o krivičnoj odgovornosti i subjektivnom elementu krivičnog dela,<sup>7</sup> iako više nema onakvu snagu kao u vreme kada je nastala. Naime, ovo pravilo u savremenom krivičnom pravu Engleske više nema opšte važenje i karakter apsolutnog načela, jer je vremenom došlo do formulisanja određenih pravila shodno kojima je za postojanje nekih krivičnih dela dovoljno utvrditi samo objektivni element (*actus reus*) dok se utvrđivanje krivice (*mens rea*) u odnosu na protivpravnu radnju ne zahteva. U odnosu na takva dela primenjuje se tzv. striktna odgovornost (*strict liability*), tj. u takvim slučajevima je dovoljno obezbediti dokaz da je učinjeno nepravo s tim što je pitanje krivice učiniooca u odnosu na neki

---

mena određenih zakonskih rešenja može voditi na teren objektivne odgovornosti. Npr. primećeno je da naši sudovi u odnosu na krivična dela kvalifikovana težom posledicom primenjuju blaže kriterijume prilikom utvrđivanja nehata u odnosu na težu posledicu, i ovo pitanje praktično rešavaju konstatacijom da između radnje izvršenja i teže posledice postoji uzročna veza, tj. prihvataju ono što se u teoriji naziva *dolus indirectus*. Vid. Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2006, str. 121. Takvo je rešenje bilo prihvaćeno u srednjovekovnom kanonskom pravu u formi učenja *versari in re illicita*. Vid. I. Vuković, „Aggravating consequences of criminal offences-versari in re illicita“, *Yugoslav law*, Beograd, 1–2/2001, str. 74. Slično je i u engleskom krivičnom pravu kod instituta „*constructive liability*“. Vid. A. P. Simester, J. R. Spencer, G. R. Sullivan, G. J. Virgo, *Simester and Sullivan's Criminal Law. Theory and Doctrine*, Oxford, 2010, str. 196–198.

- 2 Vid. M. Cetinić, „Dva sistema krivičnog prava, evro-kontinentalno i anglo-saksonsko pravo“, *Pravni život*, Beograd, 9/2006, str. 321–336.
- 3 Vid. I. Vuković, „Važne novine u određenju opšteg pojma krivičnog dela u Predlogu Krivičnog zakonika Srbije-zakonska definicija kao osnov pokušaja formulisanja jednog didaktički-praktično primenljivog modela“, *Kazneno zakonodavstvo: progresivna ili regresivna rešenja*, Budva, 2005, str. 97–111.
- 4 W. Wilson, *Criminal Law, Doctrine and Theory*, Harlow, England, 2008, str. 151.
- 5 Bez obzira na latinsku formulaciju pravila, izgleda da sam izraz *mens rea* nije bio korišćen u rimskom pravu, već njegove prve pomene treba tražiti u srednjovekovnim učenjima crkve. Vid. M. Aćimović, *Subjektivni elemenat krivičnog dela u američkom pravu*, Beograd, 1966, str. 24.
- 6 *Common law* ili opšte pravo, zasnovano uglavnom na običajnom pravu, za razliku od *statute law* (sistem normi stvoren delatnošću zakonodavca), nastalo je nakon normanskog osvajanja u srednjem veku aktivnošću kraljevskih sudova. Međutim, ovaj izraz se upotrebljava i u drugim značenjima. „Najpre, tim izrazom se obeležava celina važećeg prava u Engleskoj (uključujući i Vels), za razliku od osobenih prava na snazi u Škotskoj i Severnoj Irskoj. Najzad, izrazom *common law* označava se i ukupnost nacionalnih prava u sastavu anglo-američke porodice prava za razliku od *civil law*, tj. pravnih sistema na evropskom kontinentu (i drugde u svetu) utemeljenih na tradiciji rimskog prava“. B. Košutić, *Uvod u velike pravne sisteme današnjice*, Beograd, 2008, str. 166. U ovom radu izraz *common law* biće upotrebljavan u svom najužem značenju.
- 7 M. Aćimović, *nav. delo*, str. 24.



aspekt objektivnog elementa krivičnog dela potpuno irelevantno. Na taj način je u englesko pravo, a to uglavnom važi i za ostale zemlje iste pravne tradicije, unesena pravna figura koja suprotno određenim etičkim principima omogućava efikasniju krivičnopravnu zaštitu.

## POJAM STRIKTNE ODGOVORNOSTI

Striktna odgovornost postoji ukoliko se u odnosu na neki element neprava (*actus reus*)<sup>8</sup> ne zahteva utvrđivanje krivice (*mens rea*).<sup>9</sup> Kod učinioca može postojati *mens rea* u odnosu na sve elemente koji čine *actus reus*, ali on će odgovarati i u situaciji kada u odnosu na neki aspekt objektivnog elementa postupa neskrivljeno; neznanje ili postojanje zablude o određenoj okolnosti koja je deo neprava ne oslobađa učinioca odgovornosti za ono što je ostvario, tj. moglo bi se reći da je uslov osude delimična krivica učinioca. Konstrukcija striktne odgovornosti se dakle primenjuje onda kada je učinilac voljno preduzeo protivpravnu radnju a da pri tom nije nužno da je u odnosu na celokupno nepravu delovao skrivljeno. *Mens rea* je neophodna samo za deo neprava, dok je za preostali deo *actus reus*-a bez značaja da li je učinilac određenu okolnost obuhvatio svojom krivicom. Npr. mesar koji je kupcu prodao pokvareno meso i time ostvario obeležja određene inkriminacije, osuđen je iako nije znao da je stavio u promet pokvarenu namirnicu, a to u konkretnom slučaju nikako nije ni mogao znati, jer je veterinar svojim pečatom potvrdio odgovarajući kvalitet mesa.<sup>10</sup> U ovom slučaju je bilo dovoljno dokazati da je kod učinioca postojala *mens*

8 U ovom radu izraz „nepravu“ koristi se za označavanje objektivnog elementa krivičnog dela, iako između onoga što obuhvata ovaj element u evrokontinentalnoj nauci krivičnog prava i anglosaksonskog shvatanja *actus reus*-a ne postoji potpuno poklapanje. „Actus reus se u doktrini anglosaksonskog prava određuje kao ponašanje koje je rezultat voljnog činjenja ili nečinjenja i koje je prouzrokovalo određenu štetu ili opasnost“. M. Cetinić, *nav. delo*, str. 332. Struktura objektivnog elementa je drugačije određena u odnosu na shvatanje koje je vladajuće u Evropi, gde se nepravom označava voljno ljudsko ponašanje koje je zakonom predviđeno kao krivično delo i koje je protivpravno. U anglosaksonskoj krivičnopravnoj literaturi *actus reus* čine tri elementa: voljna radnja, relevantne prateće okolnosti i posledica (kod tzv. posledičnih krivičnih dela); naime, i ovde se pravi razlika između dela kod kojih je samo ponašanje inkriminisano (*conduct crimes*) i onih kod kojih je osim radnje izvršenja neophodno nastupanje određene posledice (*result crimes*). Vid. C. M. V. Clarkson, H. M. Keating, S. R. Cunningham, *Clarkson and Keating Criminal Law: Text and Materials*, London, 2010, str. 72–73. Razlikovanje ovih elementa je važno, jer se u odnosu na te elemente kod pojedinih dela zahtevaju drugačiji oblici krivice (*mens rea*). Inače, *mens rea* se pojednostavljeno može izraziti kao subjektivni element krivičnog dela. „Mens rea ima sličnosti sa romanističkim pojmom opštih i posebnih subjektivnih elemenata krivičnog dela. Kao psihički elemenat krivičnog dela on se određuje više svešću nego voljom učinioca dela“. M. Aćimović, *nav. delo*, str. 26. I oblici krivice su drugačije određeni u odnosu na kontinentalna shvatanja umišljaja i nehata, a kao najčešće forme subjektivnog elementa u anglosaksonskom pravu smatraju se: namera (*intent*), znanje (*knowledge*), bezobzirnost (*recklessness*) i nehat (*negligence*). Nehat se doduše od strane nekih autora ne smatra oblikom krivice u pravom smislu, jer se najčešće uže shvata nego u evropskim zemljama i uglavnom svodi na nesvesni nehat, pa pre predstavlja povredu dužne pažnje nego što je „*guilty mind*“. Vid. W. Wilson, *nav. delo*, str. 116.

9 M. Jefferson, *Criminal Law*, Harlow, England, 2009, str. 134; R. Card, *Card, Cross & Jones Criminal Law*, Oxford, 2010, str. 139–141.

10 Slučaj *Callow v Tillstone* (1980), vid. M. Jefferson, *nav. delo*, str. 155.

*rea* u odnosu na radnju izvršenja (stavljanje u promet mesa) dok je pitanje njegove svesti o ispravnosti robe bila nevažna za odluku. Slično, i delikti koji se odnose na nedozvoljeno držanje opojne droge se u poslednje vreme smatraju delima kod kojih se primenjuje striktna odgovornost prema činjenici samog posedovanja; drugim rečima, učinilac mora znati da nešto ima u svom pritežanju, ali ne mora nužno znati da je to opojna droga.<sup>11</sup>

Striktne odgovornosti prema tome ne znači potpuno objektivnu odgovornost, jer to nije forma odgovornosti bez obzira na krivicu. *Mens rea* određenog kvaliteta je nužan uslov za njeno postojanje, ali njome ne mora da bude obuhvaćeno celokupno nepravo.<sup>12</sup> U novijoj anglosaksonskoj nauci krivičnog prava pravi se jasna razlika između striktnosti odgovornosti i tzv. apsolutne odgovornosti (*absolute liability*) iako su ti pojmovi u ranijoj literaturi i praksi smatrani sinonimima. Dok striktna odgovornost podrazumeva neki oblik subjektivnog elementa, apsolutna odgovornost postoji kada se uopšte ne traži *mens rea* u odnosu na *actus reus* i njegove elemente a da pri tom nije dozvoljena mogućnost primene nekog osnova isključenja postojanja krivičnog dela (*defence*)<sup>13</sup> osim onog da je učinilac mlađi od deset godina (uzrast neophodan za snošenje krivice u krivičnom pravu).<sup>14</sup> Apsolutna odgovornost je shodno tome u pravom smislu reči objektivna odgovornost, tj. pravna konstrukcija ozbiljno suprotstavljena ideji pravde, jer i moralno nevinog obeležava žigom osude.<sup>15</sup> Iako je ovaj oblik odgovornosti oštro kritikovan, zbog toga što predstavlja oživljavanje primitivnih i davno prevaziđenih formi, engleski sudovi su u pojedinim, iako retkim slučajevima smatrali da se u odnosu na neka dela krivica učinioaca uopšte ne mora

11 W. Wilson, *nav. delo*, str. 152.

12 Ova ustanova u nekim slučajevima veoma podseća na tzv. objektivne uslove kažnjivosti (inkriminacije) iz našeg krivičnog prava, koji su sastavni deo zakonskog opisa nekog krivičnog dela, ali se smatra da su van njegovog bića zbog čega ne moraju biti obuhvaćeni učiniočevom krivicom; važno je jedino da ovi uslovi budu ispunjeni da bi postojalo i delo čijim opisom su predviđeni. Npr. vojno lice koje ne izvrši ili odbije da izvrši naređenje pretpostavljenog u vezi sa službom, odgovaraće za krivično delo iz čl. 400 Krivičnog zakonika bez obzira na to da li je moglo da predvidi da će usled njegove radnje nastupiti teže štetne posledice za službu ili da će služba biti teže ugrožena, ali samo pod uslovom da takva okolnost zaista i nastupi.

13 U krivičnom pravu Engleske ne postoji jasno razgraničenje između osnova koji isključuju protivpravnost i onih koji isključuju krivicu, već se oni po pravilu jedinstveno tretiraju kao prigovori, tj. odbrana koja se može isticati u krivičnom postupku. Vid. M. Cetinić, *nav. delo*, str. 325.

14 R. A. Duff, *Answering for Crime. Responsibility and liability in the Criminal Law*, Oxford, 2007, str. 232–233; M. Allen, *Textbook on Criminal Law*, Oxford, 2005, str. 99; R. Card, *nav. delo*, str. 141. Uzimajući kao kriterijum ove različite oblike odgovornosti, pojedini autori dele sva krivična dela u tri grupe: 1) dela kod kojih je neophodna krivica (*mens rea*), 2) dela u odnosu na koja se primenjuje striktna odgovornost i 3) dela kod kojih se primenjuje apsolutna odgovornost. M. Jefferson, *nav. delo*, str. 136.

15 U literaturi se za ova dva oblika odgovornosti može sresti i upotreba drugačije terminologije. Pojedini autori apsolutnu odgovornost nazivaju „čistom/potpunom striktnom odgovornošću“, dok za striktnu odgovornost, kako je gore određena, koriste izraz „nečista/nepotpuna striktna odgovornost“. Vid. K. W. Simons, „When is Strict Criminal Liability Just?“, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 4/1997, str. 1081. Upravo je ovo razlikovanje uticalo na izbor terminologije. Iako se termin *strict liability* može prevesti kao „objektivna odgovornost“, u radu se koristi bukvalan prevod, kako bi se izbeglo mešanje sa izrazom *absolute liability* koji više odgovara tom značenju.

utvrđivati.<sup>16</sup> Tako je u slučaju *Larsonneur* (1933) stranac koji nije imao dozvolu za boravak u Ujedinjenom Kraljevstvu bio deportovan iz Dablina u Englesku, gde je optužen kao ilegalni imigrant (suprotno *Aliens Order* 1920, koji više ne važi) iako nikako nije mogao da utiče na odluku irskih vlasti.<sup>17</sup> Ova je odluka naišla na veliki otpor i bila je napadana kao „vrhunac striktno nepravde“.<sup>18</sup> Sličan pristup došao je do izražaja i pola veka kasnije u slučaju *Winzar v Chief Constable of Kent* (1983) gde je učinilac smatran odgovornim za delo predviđeno *Licensing Act*-om (1872) koji je zabranjivao licima u stanju pijanstva da se nađu na autoputu, iako na njegovoj strani nije bilo nikakve krivice, pošto nije imao mogućnost kontrole nad svojim ponašanjem kada je iz bolnice, u kojoj se onesvestio, vozilom policije prevezen na autoput.<sup>19</sup>

Smatra se da u Engleskoj postoji više od jedanaest hiljada delikata (*offences*)<sup>20</sup> i da se u odnosu na gotovo polovinu delikata primenjuje *strict liability*.<sup>21</sup> Ovaj oblik odgovornosti se po pravilu primenjuje u slučajevima tzv. dela protiv opšteg dobra (*public welfare offences*)<sup>22</sup> tj. u oblasti zaštite zdravlja i bezbednosti, očuvanja životne sredine, zaštite potrošača, distribucije hrane, sigurnosti na radu i sl.<sup>23</sup> Takođe, mnogi saobraćajni delikti spadaju u tu grupu. Neko može npr. odgovarati za prekoračenje brzine, iako nije znao da je prekoračio dozvoljenu granicu.<sup>24</sup> Takva dela su se prvi put u praksi pojavila u devetnaestom veku<sup>25</sup> i ona predstavljaju kreaciju zakona (*statute*) uz samo nekoliko izuzetaka u pogledu dela koje predviđa *common law*.<sup>26</sup>

16 Npr. sud je u jednom slučaju (*DPP v H* (1997)) zauzeo stav da upravljanje motornim vozilom od strane učinioca koji se nalazio u stanju alkoholisanosti ne zahteva utvrđivanje subjektivnog elementa. R. Card, *nav. delo*, str. 140–141.

17 M. Jefferson, *nav. delo*, str. 137.

18 R. Card, *nav. delo*, str. 142.

19 Isto. Krivična odgovornost je u ovakvim slučajevima poznata i kao „*situational liability*“ a za takva dela koristi se i izraz „*status offences*.“ M. Jefferson, *nav. delo*, str. 138.

20 Stvarni broj krivičnih dela u pravom smislu te reči je, naravno, daleko manji. Najveći broj delikata čine oni lakši, koji bi odgovarali prekršajima u našem kaznenom pravu, i za koje je predviđen znatno uprošćeniji postupak (koji je brz i odvija se bez prisustva porote) pred mesnim sudovima (magistrates' courts).

21 Isto, str. 134.

22 F. B. Sayre, „Public Welfare Offenses“, *Columbia Law Review*, 1/1933, str. 56.

23 Dela koja spadaju u ovu grupu obično se nazivaju „*regulatory offences*.“ C. M. V. Clarkson, H. M. Keating, S. R. Cunningham, *nav. delo*, str. 213; K. Reid, „Strict Liability: Some Principles for Parliament“, *Statute Law Review*, 29(3)/2008, str. 174.

24 Primera radi, zbog toga što je merni instrument bio u kvaru. M. Jefferson, *nav. delo*, str. 134.

25 Interesantno je da je slična praksa u istom periodu došla do izražaja i na američkom kontinentu, ali gotovo je sigurno potpuno nezavisno od uticaja odluka engleskih sudova. Vid. F. B. Sayre, *nav. delo*, str. 62.

26 Sva *common law* krivična dela zahtevaju *mens rea* element. Striktna odgovornost izuzetno može biti primenjena u odnosu na nekoliko dela, koja s obzirom na nemogućnost stvaranja novih *common law* delikata, predstavljaju jedine slučajeve koji dozvoljavaju odstupanje od *mens rea* pretpostavke. To su sledeća krivična dela: povreda javnog morala (*outraging public decency*), razne forme klevete (*the various forms of criminal libel*), nepoštovanje suda (*contempt of court*), remećenje javnog reda (*public nuisance*), kao što je npr. prekomerna emisija buke ili neprijatnih mirisa iz fabrike; Dom lordova je 2005. godine zauzeo stav da je ovo delo supsidijarno u odnosu na zakonom predviđeno delo koje sadrži ista obeležja pa u tom slučaju učinilac neće biti gonjen za

Kod ovih delikata se u svojstvu tužioca uglavnom pojavljuju posebna regulatorna tela a ne policija i javno tužilaštvo (*Crown Prosecution Service*).<sup>27</sup> Uprkos raspravama u pogledu toga koje je delo prvi zabeleženi slučaj primene striktnosti, obično se smatra da je taj pristup najpre izražen u odluci u slučaju *Woodrow* (1846); učinilac je oglašen krivim zbog prodaje pokvarenog duvana iako nikako nije mogao znati za tu okolnost, jer se ona mogla utvrditi samo na osnovu laboratorijske analize.<sup>28</sup> Inače se striktna odgovornost primenjuje u odnosu na dela koja ne spadaju u kategoriju *mala in se*, tj. koja se zbog svoje prirode i kvaliteta nepravda smatraju lakšim, jer nemaju odgovarajući kriminalni sadržaj te zbog toga često i ne povlače moralnu osudu.<sup>29</sup> Međutim, kao što će se videti, nisu retki slučajevi u kojima su se sudovi i kod težih dela pozivali na ovu ustanovu.

## KRITERIJUMI ZA PRIMENU STRIKTNE ODGOVORNOSTI

Osnovni problem u vezi sa ustanovom striktnosti nije, kako kažu pojedini autori, sama činjenica njenog postojanja već nepouzdana kriterijumi za njenu primenu, s obzirom na to da nema jedinstvenog pravila za razlikovanje dela koja zahtevaju krivicu i onih koja ne traže dokaz subjektivnog elementa u odnosu na celokupno nepravo.<sup>30</sup> Pošto zakonodavac prilikom oblikovanja kriminalne zone po pravilu ne upućuje izričito na primenu striktnosti, otvoreno je pitanje kako prepoznati situacije u kojima je opravdano primeniti ovaj oblik odgovornosti. Uglavnom se smatra da ukoliko zakonski opis sadrži izraz koji označava neku formu subjektivnog elementa, poput namerno (*intentionally*), bezobzirno (*recklessly*), znajući (*knowingly*) i sl, u tom slučaju se taj oblik krivice odnosi na sve elemente objektivnog nepravda. Tako je u slučaju *Hallam* (1957) apelacioni sud smatrao da delo neovlašćenog držanja eksplozivne materije u odnosu na koje je *Explosive Substances Act*-om (1883) predviđeno znanje (*knowledge*) kao oblik krivice, zahteva dokaz ne samo da je učinilac bio svestan toga da poseduje određenu materiju, već i da je znao da je ona eksplozivna.<sup>31</sup> U nedostatku izričito navedenog elementa subjektivne prirode u biću nekog dela, sud može pretpostaviti da je namera zakonodavca bila afirmacija ustanove striktnosti. No, vladajući je stav da odsustvo *mens*

*common law* delo već samo za delikt sadržan u zakonu. M. Jefferson, *nav. delo*, str. 140; R. Card, *nav. delo*, str. 144–145.

27 A. P. Simester, J. R. Spencer, G. R. Sullivan, G. J. Virgo, *nav. delo*, str. 175.

28 F. B. Sayre, *nav. delo*, str. 58. U slučaju *Lundy v Le Cocq* (1884) učinilac je osuđen zbog prodaje alkoholnog pića pijanom gostu (delo koje je bilo predviđeno *Licensing Act*-om 1872) iako nije imao razloga da zna da se radi o licu koje se nalazi pod dejstvom alkohola. Sud je smatrao da je zabluda učinioca irelevantna i zaključio je striktnu odgovornost. *Isto*, str. 173.

29 J. Stanton-Ife, „Strict Liability: Stigma and Regret“, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1/2007, str. 154.

30 W. Wilson, *nav. delo*, str. 159. Obično se smatra da najteža krivična dela (poput ubistva, silovanja, krađe) koja povlače i ozbiljni moralni prekor zahtevaju *mens rea* u odnosu na sve elemente *actus reus*-a. Međutim, posledica dela striktnosti može ponekad biti podjednako ozbiljna (npr. smrt nekog lica usled prekoračenja dozvoljene brzine). Vid. M. Jefferson, *nav. delo*, str. 139.

31 R. Card, *nav. delo*, str. 146.

*rea* elementa u zakonskoj odredbi koja inkriminiše neko ponašanje ne znači da se automatski može zaključiti striktna odgovornost, već da i u tom slučaju treba poći od pravila: *actus non facit reum nisi mens sit rea*. Od koristi u cilju rešavanja ovog pitanja može biti i dotadašnja praksa. U slučaju postojanja sudskog precedenta koji *mens rea* element određene forme smatra neophodnim uslovom osude, nema razloga, osim ukoliko je u međuvremenu zakonodavac učinio neku promenu, da se napusti takvo shvatanje, pa nestaju i razlozi da se to pitanje, u duhu pravila *stare decisis et non quieta movere*, ubuduće razmatra.<sup>32</sup> To pravilo ipak ne predstavlja apsolutnu prepreku da sud odstupi od ranijih odluka u sličnim slučajevima; npr. Dom lordova je u slučaju *Warner* (1969) smatrao da delikt nedozvoljenog držanja opojnih droga ne zahteva *znanje* učinioca da je ono što poseduje opojna droga, da bi ovakav pristup bio vrlo brzo napušten, jer je već u slučaju *Sweet v Parsley* (1970) isti sud<sup>33</sup> suprotno odluci apelacionog suda zaključio da se delo omogućavanja uživanja opojnih droga ne može učiniti bez *znanja* zakupodavca da neko lice koristi prostoriju koja mu je iznajmljena za uživanje opojne droge.<sup>34</sup> U situaciji nepostojanja ustaljene prakse, vladajući je stav, treba poći od osnovne pretpostavke – *mens rea* je konstitutivni element svakog krivičnog dela. Tokom prve polovine dvadesetog veka ova je pretpostavka bila u velikom broju slučajeva dovedena u pitanje i često je bila napuštena, ali je praksa ipak potvrdila njen značaj. Interesantan je primer iz novije sudske prakse. U slučaju *B v DPP* (2000) učinilac je optužen za navođenje devojke koja nije navršila četrnaest godina na delo predviđeno *Indecency with Children Act*-om 1960. Učinilac se branio kako nije znao da je devojka mlađa od četrnaest godina. Međutim, sud je smatrao da je odgovornost u odnosu na uzrast objektivna, ali se Dom lordova priklonio stavu da ovo delo ipak ne spada u striktnu odgovornost i da se učinilac ne može smatrati krivim ako nije mogao da izbegne zabludu u pogledu uzrasta pasivnog subjekta. U obrazloženju odluke čvrsto je istaknut zaključak, kome je data dodatna snaga, jer je označen kao ustavni princip, da se *mens rea* odnosi na sve elemente dela.<sup>35</sup> Sličan stav u pogledu dometa *mens rea* principa zauzet je u odluci Doma lordova iz slučaja *DPP v Collins* (2006); učinilac je optužen za delo koje predviđa *Communications Act* 2003, koje čini lice koje pošalje sredstvima javne elektronske komunikacione mreže poruku izrazito uvredljivog ili neprirodnog sadržaja, koja je opscena ili je pretećeg karaktera. Sud je zaključio da bez odgovarajućeg oblika krivice nema uslova za krivičnu odgovornost.<sup>36</sup> Kada sud, kao u navedenim primerima, odluči da primeni *mens rea* prezumpciju treba i da odredi njenu preciznu formu, tj. da odluči koji oblik krivice je neophodan za postojanje dela. Uglavnom se uzima da u zavisnosti od objektivnog elementa treba zaključiti nameru (*intent*), bezobzirnost (*recklessness*), znanje (*knowledge*) ili uverenje (*belief*).

32 Vid. A. P. Simester, J. R. Spencer, G. R. Sullivan, G. J. Virgo, *nav. delo*, str. 175–176.

33 Dom lordova je (iako gornji dom britanskog parlamenta) do nedavno vršio funkciju najvišeg suda u Engleskoj. Tu ulogu je 2009. godine od njega na osnovu *Constitutional Reform Act*-a iz 2005. godine preuzeo Vrhovni sud (*Supreme Court*).

34 W. Wilson, *nav. delo*, str. 154; M. Allen, *nav. delo*, str. 102.

35 Vid. C. M. V. Clarkson, H. M. Keating, S. R. Cunningham, *nav. delo*, str. 215–216; A. Ashworth, *Principles of Criminal Law*, Oxford, 2009, str. 167.

36 R. Card, *nav. delo*, str. 149.



Nehat (*negligence*), opšte je prihvaćeno mišljenje, ne smatra se dovoljnim oblikom subjektivnog elementa koji bi opravdao kažnjivost u takvom slučaju.<sup>37</sup>

I pored toga što je *mens rea* pretpostavka od strane dela sudske prakse označena ustavnim načelom, od nje se u određenim slučajevima može odustati. Nepostojanje subjektivnog obeležja u biću nekog krivičnog dela sud može protumačiti kao volju zakonodavca za primenom konstrukcije striktno odgovornosti. Iako nema opšte saglasnosti u pogledu merila za ocenu koja dela spadaju u ovu kategoriju, moguće je postaviti neke orijentacione kriterijume.<sup>38</sup> U teoriji i sudskoj praksi se najčešće ističe da je ključni faktor priroda i težina dela.<sup>39</sup> Ukoliko se radi o klasičnom krivičnom delu (*mala in se*) kod koga je društveno-negativni supstrat u punoj meri izražen i koje nosi znatan žig osude (*truly criminal*), striktna odgovornost nema realno utemeljenje. Nasuprot tome, delo koje ne povlači moralnu osudu, koje je krivično samo zbog toga što je zakonom predviđeno kao takvo (*mala prohibita*) te u odnosu na koje je stigmatizacija osuđivanosti sasvim neznatna (*quasi-criminal*), može opravdati odstupanje od načela krivice.<sup>40</sup> Ovakvo rezonovanje je zasnovano na razlozima procesne ekonomije i zahtevu jednostavne procedure.<sup>41</sup> Naročito, ako je smisao delikta sprečavanje neke posebno ozbiljne opasnosti po društvo, kao što je npr. inflacija ili zagađenje životne sredine, ima mesta zaključku da se radi o delu kod koga *mens rea* nije neophodna u odnosu na sve elemente *actus reus*-a.<sup>42</sup> Korisna smernica za ocenu da li je *mens rea* potrebna je i propisana kazna za delo,<sup>43</sup> kao i pitanje da li će primena striktno odgovornosti podstaći građane na veći oprez u preduzimanju određenih radnji; stroga kazna upućuje na više zahteve za postojanje odgovornosti pa u tom smislu ima manje opravdanja za odustajanje od *mens rea* pretpostavke. Praksa, ipak, poznaje brojne odluke u kojima su sudovi primenjivali striktnu odgovornost uprkos težini dela, objektu zaštite i propisanoj kazni.<sup>44</sup> U slučaju *Howells*

37 Sud je tu pred izborom „sve ili ništa“ (*full subjective mens rea or strict liability*). Vid. Vid. C. M. V. Clarkson, H. M. Keating, S. R. Cunningham, *nav. delo*, str. 216; A. P. Simester, J. R. Spencer, G. R. Sullivan, G. J. Virgo, *nav. delo*, str. 179.

38 Pomoć u tom pogledu mogu pružiti i određene smernice formulisane od strane pojedinih sudova. Lep primer nudi obrazloženje iz slučaja *Gammon Ltd v A-G of Hong Kong* (1985). Sud je najpre smatrao da je *mens rea* pretpostavljeni element svakog delikta, zatim da ta pretpostavka, koja se odnosi na dela predviđena zakonom, ima naročitu snagu kada se radi o delu koje poseduje istinski kriminalni sadržaj a od koje se može odstupiti samo u nespornim slučajevima u kojima je snažno izražena zainteresovanost društva za očuvanje javne bezbednosti i pod uslovom da primena striktno odgovornosti može u većoj meri doprineti sprečavanju vršenja dela. Vid. M. Jefferson, *nav. delo*, str. 153; K. Reid, *nav. delo*, str. 173–174.

39 F. B. Sayre, *nav. delo*, str. 72.

40 Npr. vožnja automobila je dozvoljena aktivnost, ali ako se to čini bez registracije i odgovarajućeg osiguranja, postaje delikt u odnosu na koji se primenjuje striktna odgovornost. A. P. Simester, J. R. Spencer, G. R. Sullivan, G. J. Virgo, *nav. delo*, str. 179; A. Brudner, „Imprisonment and Strict Liability“, *The University of Toronto Law Journal*, 4/1990, str. 742.

41 A. Ashworth, *nav. delo*, str. 164.

42 R. Card, *nav. delo*, str. 161.

43 M. Allen, *nav. delo*, str. 107.

44 C. M. V. Clarkson, H. M. Keating, S. R. Cunningham, *nav. delo*, str. 219. U slučaju *Harrow London Borough Council v Shah* 1999 učinioci su optuženi za prodaju tiketa nacionalne lutrije detetu koje nije navršilo šesnaest godina iako su opravdano verovali da je kupac (koji je imao trinaest godina) stariji od navedenog uzrasta. Sud je primenio striktnu odgovornost bez obzira na to što je zakonodavac predvideo maksimalnu kaznu zatvora do dve godine. Vid. M. Jefferson, *nav. delo*, str. 154.



(1977) apelacioni sud je smatrao da je neovlašćeno držanje vatrenog oružja *strict liability offence* iako je za delo predviđena kazna zatvora do pet godina.<sup>45</sup> Takođe, u slučaju *Hussain* (1981) učinilac je osuđen zbog nezakonitog držanja vatrenog oružja iako je u zabludi smatrao da je oružje zapravo igračka njegovog sina. Uprkos činjenici da za ovo delo zakon predviđa kaznu zatvora do tri godine sud je primenio striktnu odgovornost. Najsvežiji primer pruža *Sexual Offences Act 2003* koji predviđa doživotni zatvor kao maksimalnu kaznu za silovanje lica koje nije navršilo tri naest godina. Ipak se u odnosu na to delo primenjuje striktna odgovornost, tj. irrelevantno je da li učinilac zna za godine starosti pasivnog subjekta.<sup>46</sup> U kritici ovakvog postupanja sudova ističe se da striktna odgovornost može biti opravdana jedino kod dela koja su zaprećena novčanom kaznom, a da za dela kod kojih je predviđena kazna zatvora mora postojati neki oblik krivice.<sup>47</sup> Od takvog rešenja je pošao američki Model Krivičnog zakonika (*Model Penal Code*)<sup>48</sup> koji pravi razliku između prekršaja (*violations*) i krivičnih dela (*crimes*). „Tvorcii Modela smatraju da su izvršili frontalni napad na apsolutnu ili striktnu odgovornost u kaznenom pravu gdegod se za delo predviđa mogućnost osude na kaznu zatvora. Metod koji je primenjen ne sastoji se u ukidanju takve odgovornosti, nego u predviđanju da u slučajevima kada osuda počiva na ovome osnovu, izvršeno delo se reducira na stepen prekršaja... Prema tome kazna zatvora ne bi mogla da se izrekne kod slučajeva striktno odgovornosti.“<sup>49</sup> I u engleskoj stručnoj literaturi sve su češći glasovi koji predlažu svođenje *strict liability offences* na rang prekršaja, te da je i mogućnost izricanja kazne zatvora *prima facie* jasan razlog za odustajanje od striktno odgovornosti.<sup>50</sup>

Ponekad i tehnika formulisanja određenog bića i upotreba pojedinih izraza može otkriti pravi stav zakonodavca u odnosu na subjektivnu stranu dela. Tako, glagol kojim je određena radnja izvršenja (*actus reus*) može zahtevati odgovarajući subjektivni element. Npr. držanje (*possession*) prema stavu sudova postoji kao radnja izvršenja samo ako je učinilac svestan (*aware*) da nešto ima u posedu. Slično je i kod izraza dati drugome/dozvoliti (*permitting*) koji može postojati samo uz znanje (*knowledge*).<sup>51</sup> Suprotno tome, izraz prouzrokovati (*cause*) obično upućuje na

45 *Dangerous Drugs Act 1965* je predvideo delo za koje je propisana kazna zatvora do deset godina a koje se smatra delom u odnosu na koje se primenjuje striktna odgovornost. *Isto*, str. 144.

46 R. A. Duff, *nav. delo*, str. 257.

47 Vid. A. Ashworth, *nav. delo*, str. 164. Vrhovni sud Kanade je smatrao neustavnim *strict liability offences* kod kojih se može izreći kazna zatvora, osim ukoliko postoji mogućnost za učinioca da dokaže kako je preduzeo odgovarajuće mere predostrožnosti. *Isto*.

48 *Model Penal Code* je tokom jedne decenije rađen od grupe pravnika, a usvojen je 1962. godine od strane Američkog instituta za pravo (*American Law Institute*), nevladine organizacije koja je dosta uradila na planu unifikacije američkog prava. Zbog činjenice da je Model kolektivno rađen od strane velikog broja stručnjaka smatra se da on predstavlja američki *communis opinio doctorum* u odnosu na veliki broj krivičnopravnih pitanja. Inače, Model je, iako nema snagu obavezujućeg akta, izvršio veliki uticaj na praksu, teoriju ali i zakonodavstvo. Vid. M. Acimović, *nav. delo*, str. 18, 56.

49 *Isto*, str. 81–82.

50 K. Reid, *nav. delo*, str. 185.

51 R. Card, *nav. delo*, str. 154–155; W. Wilson, *nav. delo*, str. 156. U slučaju *James & Son Ltd v Smee* (1955) sud je smatrao da davanje drugome na korišćenje motornog vozila neispravnog kočionog mehanizma ne predstavlja *strict liability offence*, pošto učinilac nije znao za takvu okolnost. Vid. M. Jefferson, *nav. delo*, str. 144.

zaključak da se radi o delu koje ne zahteva *mens rea* element; u slučaju *Alphacell v Woodward* (1972) fabrika je odgovarala zbog puštanja otpadnih voda u reku iako direktor i ostali zaposleni nisu znali da je voda zagađena, jer su smatrali da njihov sistem za prečišćavanje efikasno funkcioniše.<sup>52</sup>

Od značaja je i tzv. sistematsko tumačenje; izričito spominjanje određenog izraza koji označava neki oblik subjektivnog elementa (npr. *knowingly*) u opisu pojedinih dela i propuštanje da se isto učini kod drugih dela predviđenih istim zakonom, može značiti da se u tom drugom slučaju ne traži krivica.<sup>53</sup> Ipak, prema pretežnom stavu moderne prakse, korišćenje takve zakonodavne tehnike ne predstavlja dovoljan osnov za primenu striktno odgovornosti, osim ako je jasno da je zakonodavac nastojao da stvori jedan koherentan sistem normi, kada se opravdano može smatrati da u odnosu na dela gde nije izričito naglašen subjektivni element ne važi *mens rea* pretpostavka. Takav primer pruža već navedeni *Sexual Offences Act 2003* koji u odnosu na oblike krivičnih dela kada se kao pasivni subjekt javlja lice mlade od trinaest godina ne zahteva odgovarajući oblik krivice, što inače čini u ostalim slučajevima, pa se to shvata kao nedvosmislen znak ozakonjenja striktno odgovornosti.<sup>54</sup>

Snažna indicija da se radi o delu koje povlači primenu striktno odgovornosti postoji u situaciji kada zakon (*statute*) predviđa neki poseban osnov isključenja krivičnog dela (*non-negligence*), koji bi bio nepotreban ukoliko bi se za delo zahtevao dokaz subjektivnog elementa u odnosu na sve delove *actus reus*-a.<sup>55</sup> Reč je o osnovu koji je tipičan za *strict liability offences* i koji se često označava kao *due diligence defence* (koji isključuje i nehatnu odgovornost), shodno kome krivično delo neće postojati ako učinilac nikako nije mogao da izbegne vršenje dela, tj. ukoliko je poštovao zahteve brižljivosti i preduzeo sve razumne mere u pravcu sprečavanja nastupanja posledice.<sup>56</sup> Mnogi zakoni doneseni u poslednje vreme izričito normom predviđaju ovaj osnov. Npr. *Misuse of Drugs Act 1971* inkriminiše neovlašćeno držanje opojne droge ali predviđa da delo neće postojati ako učinilac nije znao, niti je mogao znati da je materija koju ima u posedu opojna droga.<sup>57</sup> Centralna odlika ovog osnova (*defence*) je činjenica da je teret dokaza na optuženom, tj. da bi izbegao osudu učinilac je dužan da opravda svoj postupak. Upravo je ta okolnost otvorila raspravu u pogledu pitanja da li se na taj način ugrožava ostvarivanje važnog procesnog pravila pretpostavljene nevinosti. Engleski sudovi uglavnom smatraju da primena navedenog osnova (kao i uopšte pravne figure striktno odgovornosti) ne predstavlja povredu relevantnih procesnih garantija, koje između ostalog pruža i Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Polazni osnov za ovakvo zaključivanje sudovi obično pronalaze u slučaju *Salabiaku v France* (1988) i odluke Evropskog suda za ljudska prava, koji je razmatrajući ovo pitanje, zaključio

52 C. M. V. Clarkson, H. M. Keating, S. R. Cunningham, *nav. delo*, str. 213.

53 R. Card, *nav. delo*, str. 157.

54 Vid. A. P. Simester, J. R. Spencer, G. R. Sullivan, G. J. Virgo, *nav. delo*, str. 185.

55 M. Jefferson, *nav. delo*, str. 145.

56 W. Wilson, *nav. delo*, str. 158–159.

57 *Food Safety Act 1990* takođe predviđa za čitav niz krivičnih dela poseban osnov isključenja odgovornosti u slučaju dokaza da je učinilac poštovao zakone dužne pažnje i ispoljio adekvatnu brižljivost. A. P. Simester, J. R. Spencer, G. R. Sullivan, G. J. Virgo, *nav. delo*, str. 185.

da države ugovornice mogu *pod određenim uslovima* smatrati kažnjivim i one radnje koje nisu obuhvaćene nekim oblikom krivice.<sup>58</sup> Vladajuće je mišljenje da primena striktno odgovornosti ne predstavlja povredu člana 6 Konvencije, jer odredbe ovog člana obezbeđuju procesne garancije pravičnog suđenja koje se ne odnose na kvalitet materijalnog prava. Isti stav je zauzeo i Okružni sud u slučaju *Barnfather v Islington Educational Authority* (2003) tvrdnjom da pretpostavka nevinosti iz člana 6(2) Konvencije ne nameće nikakva ograničenja zakonodavcu u predviđanju *strict liability offences*.<sup>59</sup> Poslednja potvrda ovog pristupa došla je od strane Doma lordova u slučaju *G* (2008) u kome je jednoglasno odlučeno da silovanje lica mlađeg od trinaest godina, koje se smatra delom striktno odgovornosti u odnosu na uzrast pasivnog subjekta, ne predstavlja povredu pravila fer postupka i pretpostavke nevinosti.<sup>60</sup>

Kao što je već navedeno, striktnu odgovornost treba razlikovati od apsolutne odgovornosti (*absolute liability*) koja predstavlja pravu objektivnu odgovornost, jer čak ne dopušta ni mogućnost primene nekog osnova isključenja postojanja krivičnog dela. Suprotno, striktna odgovornost neće dovesti do osude ukoliko su ispunjeni uslovi za negaciju neprava ili krivice. Međutim, za razliku od *due diligence* osnova, u literaturi kao i u praksi nema jedinstvenog stava u pogledu mogućnosti primene ostalih osnova. Načelno, *common law* osnovi kao što su prinuda (*dures*), nužna odbrana (*self-defence*), krajnja nužda (*necessity*) mogu isključiti postojanje dela bez obzira na primenu striktno odgovornosti.<sup>61</sup> Situacija je ipak manje jasna kada je u pitanju neuračunljivost (*insanity*).<sup>62</sup> U principu, i ovaj osnov bi se mogao primeniti ali u praksi postoje i takvi primeri u kojima su sudovi isključivali mogućnost pozivanja na ovaj osnov, uz argument da se neuračunljivost može primeniti jedino kod dela koja zahtevaju *mens rea* element.<sup>63</sup> U slučaju *DPP v H* (1997) sud je smatrao da vožnja motornog vozila u stanju pijanstva predstavlja delo u odnosu na koje se primenjuje striktna odgovornost, i kod koga se učinilac ne može pozivati na neuračunljivost, jer se za postojanje dela krivica i ne traži.<sup>64</sup> Ovakav stav je od strane nekih autora ocenjen pogrešnim, s obzirom na to da i u odnosu na *strict liability offences* mora postojati neki oblik krivice, pa je neshvatljivo zašto neuračunljivost ne može predstavljati relevantan osnov.<sup>65</sup>

58 M. Jefferson, *nav. delo*, str. 135.

59 C. M. V. Clarkson, H. M. Keating, S. R. Cunningham, *nav. delo*, str. 225–226.

60 R. Card, *nav. delo*, str. 143–144.

61 A. P. Simester, J. R. Spencer, G. R. Sullivan, G. J. Virgo, *nav. delo*, str. 186. Nesporno je da delo u odnosu na koje se primenjuje striktna odgovornost neće postojati ako učiniočeva radnja kojom je ostvario objektivni element krivičnog dela ne predstavlja voljno ponašanje; u takvom slučaju nije ostvaren *actus reus*, tj. smatra se da nema ni neprava.

62 I u delu anglosaksonske krivičnopravne doktrine pravi se razlika između osnova (*defences*) koji opravdavaju delo (kada ne postoji nepravo) i onih koji izvinjavaju učinioca (kada se smatra da mu se delo ne može subjektivno uračunati uprkos postojanju neprava). Izraženo je mišljenje da u odnosu na ustanovu striktno odgovornosti dolaze u obzir samo oni osnovi koji negiraju nepravo dok bi otpala primena osnova koji isključuju subjektivni element, jer se *mens rea* i inače ne traži za postojanje dela. Vid. C. M. V. Clarkson, H. M. Keating, S. R. Cunningham, *nav. delo*, str. 222.

63 F. B. Sayre, *nav. delo*, str. 83.

64 A. P. Simester, J. R. Spencer, G. R. Sullivan, G. J. Virgo, *nav. delo*, str. 186.

65 *Isto*, str. 187.

## RAZLOZI PRO ET CONTRA USTANOVE STRIKTNE ODGOVORNOSTI

Već decenijama se u engleskoj stručnoj javnosti vodi živa rasprava ne samo o razlozima koji su usloveli pojavu ustanove striktne odgovornosti i merilima relevantnim za njenu primenu, već i u odnosu na centralno pitanje da li je ovakav oblik (objektivne) odgovornosti suštinski opravdan. Potreba da se određenim društvenim vrednostima pruži efikasnija krivičnopravna zaštita ne može sama po sebi predstavljati dovoljan argument za odustajanje od nekih opštih tekovina koje su rezultat dugog istorijskog razvoja i nastojanja da se izgradi humaniji državni mehanizam u borbi protiv kriminaliteta. Prihvatanje utilitarističkih stavova koji osnovnom funkcijom krivičnog prava smatraju suzbijanje određenih posebno opasnih radnji ne bi smelo da dođe u sukob sa nekim temeljnim moralnim vrednostima. Iako se kao osnovni argument u odbrani instituta striktne odgovornosti ističe društvena neophodnost zabrane pojedinih radnji koje štete javnom interesu i opštem dobru, ipak se postavlja pitanje da li je pravedno ostvarivati efikasniju krivičnopravnu zaštitu po svaku cenu i bez obzira na subjektivni odnos učinioca prema delu. Premda je tačno da u obavljanju određenih rizičnih delatnosti, pre svega u oblasti industrijske proizvodnje, treba zahtevati stroge standarde pažnje i preduzimanje odgovarajućih preventivnih mera kako bi se osiguralo sprečavanje nastupanja štetnih posledica, takav argument ipak izolovano uzev nije dovoljan da opravda primenu odgovornosti za samo prouzrokovanje.<sup>66</sup> Često istican razlog u prilog striktnoj odgovornosti je obezbeđenje procesne ekonomije; postupak se odvija mnogo brže ukoliko nije neophodan dokaz subjektivnog elementa u odnosu na sve delove neprava. Osim toga, ovaj oblik odgovornosti je naročito pogodan kada se radi o sankcionisanju određenih štetnih aktivnosti pravnih lica, jer delatnost korporacija, naročito u određenim oblastima, predstavlja daleko ozbiljniji napad na važne društvene interese od opasnosti koju nosi ponašanje pojedinca, pa se u tom kontekstu može opravdati postavljanje strožih uslova odgovornosti ovih subjekata. Ionako dokaz subjektivnog elementa u mnogim takvim slučajevima predstavlja priličnu poteškoću, pa striktna odgovornost u velikoj meri olakšava osudu. Shodno tome učinjen je predlog da se striktna odgovornost zadrži za pravna lica kao učinioce krivičnih dela, dok bi u odnosu na protivpravne radnje fizičkih lica nehat predstavljao minimalni uslov odgovornosti.<sup>67</sup>

Uprkos razlozima koji, naročito u sferi lakših delikata, opravdavaju primenu ove pravne figure, postoje i protivargumenti koji ozbiljno dovode u pitanje etičku ispravnost ovog oblika odgovornosti. Obično se ističe da nema istine u tvrdnji da striktna odgovornost utiče na podizanje pažnje i da doprinosi smanjenju vršenja određenih dela.<sup>68</sup> Po uzoru na američko rešenje iz Modela Krivičnog zakonika mnogi, kao što

66 Broj učinjenih krađa je npr. takođe veoma veliki. Ipak niko ne predlaže da učinilac dela krađe bude kažnjen iako je delo učinjeno bez odgovarajućeg subjektivnog elementa. *Isto*, str. 190.

67 A. Ashworth, *nav. delo*, str. 162–163.

68 R. A. Wasserstrom, „Strict Liability in the Criminal Law“, *Stanford Law Review*, 4/1960, str. 735. Pre svega zbog toga što sud u takvim slučajevima najčešće izriče novčanu kaznu koja po pravilu nema odgovarajući odvratajući potencijal. Vid. M. Jefferson, *nav. delo*, str. 155.

je već napomenuto, predlažu prebacivanje ove kategorije dela iz krivičnog u oblast upravnog (administrativnog) prava i svođenje *strict liability offences* na nivo prekršaja. U tom smislu važan je *Regulatory Enforcement and Sanctions Act 2008* koji dozvoljava upravnim organima (nadležnim ministrima) da određenim aktima predvide građanskopravne sankcije za veliki broj dela sadržanih u izričito navedenim zakonima u odnosu na koja se primenjuje striktna odgovornost.<sup>69</sup> Odgovarajuće regulatorno telo (npr. *Environment Agency, the Food Standards Agency*) može, ukoliko postoji osnovana sumnja da je neko lice učinilo neki od delikata obuhvaćenih ovim aktom, umesto započinjanja krivičnog gonjenja izreći neku od sankcija (npr. novčana kazna, zabrana daljeg obavljanja aktivnosti do ispunjenja određenih uslova, preduzimanje određenih korektivnih mera i sl.) u nekrivičnom postupku. U svim tim slučajevima postoji pravo na žalbu odgovarajućem organu koji nema svojstvo državnog suda. Sve ovo ipak ne znači dekriminalizaciju tih dela, jer krivična odgovornost i dalje ostaje kao mogućnost.<sup>70</sup> Svakako da pored naučnih predloga za reformu, kao i stavova sudske prakse, ovo pitanje pre svega može dobiti drugačije okvire delatnošću zakonodavca. Zato je važno spomenuti da je još 1978. godine *Law Commission* predložila da *strict offences* ostanu u okviru krivičnog prava ali da se smatraju bar nehatnim delima, gde bi teret dokaza bio na tužiocu.<sup>71</sup> Takođe, Nacrt Krivičnog zakonika, koji je sačinjen 1989. godine predviđa da je, samo ako nije izričito drugačije određeno, za svako delo predviđeno zakonikom neophodna *mens rea*.

I pored ukazivanja na socijalno-etičke nedostatke figure striktno odgovornosti koja svojim obličjem obezbeđuje kažnjavanje i nekrivih (ili samo delimično krivih), ostaje činjenica da se ovaj oblik odgovornosti u današnjem engleskom krivičnom pravu primenjuje u odnosu na većinu krivičnih dela, te da su naivna verovanja da sva dela iz ove grupe mogu biti transformisana u *mens rea* delikte ili da sva mogu biti dekriminalizovana.<sup>72</sup> Ipak, ostaje nada da će se budući razvoj kretati u pravcu ublažavanja uočenih nedostataka.

Ivan Đokić

Faculty of Law, University of Belgrade

## STRICT LIABILITY IN THE CRIMINAL LAW OF ENGLAND

### SUMMARY

This work deals with the notion of so called strict liability in English criminal law. This institute makes an exception of the common law presumption that *mens rea* is required to be proved to establish guilt of a criminal offence. Strict liability refers to liability despite the absence of any *mens rea* in relation to one or more elements of the *actus reus* of an offence.

69 K. Reid, *nav. delo*, str. 188.

70 Vid. C. M. V. Clarkson, H. M. Keating, S. R. Cunningham, *nav. delo*, str. 234–235.

71 M. Jefferson, *nav. delo*, str. 157.

72 C. M. V. Clarkson, H. M. Keating, S. R. Cunningham, *nav. delo*, str. 235.

In the past, strict liability was often called absolute liability, but nowadays it is common to distinguish strict from absolute liability, which means that the accused is guilty without any mental element at all and that he has no defence either at common law or under statute. Strict offences do need some type of mental state and some if not all defences are available. Offences of this kind have been in existence since the nineteenth century and they are usually known as a public welfare offences. Typical cases of strict liability are traffic offences, pollution, health and safety and food regulation; they are mostly statutory offences but there are very few common law offences of this type. Certainly, the biggest problem arises from the fact that there is no simple rule how to determine whether an offence is one of strict liability. Guiding criteria could be the nature of the offence. According to this, strict liability is more likely to be imposed in relation to offences that carry a light punishment and which are regarded generally as only „quasi-criminal“. Some propose that availability of imprisonment should be a conclusive reason against strict liability. Nevertheless, in many cases strict liability has been imposed where the crime was held as „truly criminal“. There has been debate over the years as to whether strict liability is justified or not. Among arguments in favour are the ease of proof and that strict liability forces people to adopt high standards of care. The contrary approach includes the arguments that the criminal law should not apply to those who are not at fault. Lately, several suggestions for reform have been made, such as converting all strict offences into negligence based ones and providing a specific defence of due diligence to all strict offences.

**Key words:** actus reus, mens rea, strict liability, absolute liability.



Natalija Lukić\*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

## NASILJE MEĐU PARTNERIMA – ANALIZA KARAKTERISTIKA I UZROKA

**Apstrakt:** U ovom radu autor razmatra karakteristike i uzroke međupartnerskog nasilja kao jednog oblika nasilja u porodici. O fenomenološkoj i etiološkoj dimenziji ovog tipa kriminaliteta dati su rezultati brojnih istraživanja i ponuđeni raznovrsni teorijski koncepti. U radu se najpre izlažu podaci iz strane i domaće literature u pogledu fenomenoloških odlika partnerskog nasilja a potom i stavovi vezani za uzročnike ovog oblika nedozvoljenog ponašanja. Drugi deo rada posvećen je analizi sudskih presuda donetih od strane Osnovnog suda u Beogradu i Osnovnog suda u Šapcu i to za vremenski period od 2006–2010. godine sa ciljem upoređivanja tako prikupljenih podataka sa do sada postojećim zaključcima o nasilju među partnerima.

**Ključne reči:** međupartnersko nasilje, presude, karakteristike, uzroci, analiza.

### UVOD

Porodično nasilje je moguće klasifikovati prema njegovim učesnicima na nasilje među partnerima i međugeneracijsko nasilje. Nasilje unutar partnerskih odnosa smatra se najčešćim kontekstom viktimizacije žena. Prema podacima Svetske zdravstvene organizacije na osnovu istraživanja sprovedenog u većem broju zemalja, između 10–69% žena širom sveta doživi tokom života fizičko zlostavljanje od strane muževa ili partnera<sup>1</sup>. Što se tiče nasilja nad ženama u Srbiji, tokom 2001. godine sprovedeno je istraživanje od strane Viktimološkog društva Srbije pri čemu su dobijeni sledeći podaci: od ukupno 700 ispitanih punoletnih žena skoro svaka druga (46, 1%) izložena je psihičkom nasilju unutar porodice, svaka treća (30,6%) je bila ili još uvek jeste žrtva fizičkog zlostavljanja, svakoj četvrtoj (26,3%) se pretilo nasiljem, u 8,7% slučajeva prijavljeno je seksualno nasilje dok je u 7,4% slučajeva prilikom nasilja upotrebljeno oružje ili oruđe podobno da telo teško povredi ili zdravlje teško naruši<sup>2</sup>. Nasilje među partnerima predstavlja kompleksan fenomen za čije objašnjenje su u literaturi ponuđeni različiti teorijski pristupi koji stavljaju akcenat na individualne, organizacione ili na društvene faktore a neretki su i interdisciplinarni pristupi. U radu će posle pregleda stavova u stranoj i domaćoj literaturi u pogledu karakteristika i uzroka partnerskog nasilja, biti izneti rezultati analize sudskih presuda za nasilje prema partneru za područje gradova Beograd i Šabac za period 2006–2010. godine.

---

\* asistent, natalija.lukic@ius.bg.ac.rs

1 Cit. prema: Đ. Ignjatović, B. Simeunović-Patić, *Viktimologija*, Beograd, 2011, str. 61.

2 Cit. Prema: S. Čopić, Porodično nasilje u zemljama bivše Jugoslavije: pregled najvažnijih rezultata, *Temida*, br. 2/2003, str. 17–25.

## KARAKTERISTIKE NASILJA MEĐU PARTNERIMA

### Vrste nasilja

Nasilje u partnerskim odnosima ima različite oblike. U literaturi je karakteristična njegova podela na psihičko, fizičko, seksualno, ekonomsko a pominje se i socijalno nasilje. Pod psihičkim se podrazumevaju različite forme ponižavanja, uznemiravanja, verbalnih i emocionalnih zloupotreba, zastrašivanja, pretnji, narušavanja samopoštovanja. Seksualno nasilje uključuje prisiljavanje na vršenje neželjene seksualne aktivnosti<sup>3</sup>. Fizičko nasilje se u literaturi često deli u dve kategorije: lakši oblici (guranje, šamaranje, čupanje) i teži (udaranje pesnicama, šutiranje, davljenje, korišćenje nekog predmeta za nanošenje povreda)<sup>4</sup>. Pod ekonomskim nasiljem podrazumeva se preuzimanje kontrole finansija od strane nasilnika koji uskraćuje njihovo korišćenje žrtvi pri čemu se može raditi o sredstvima koje zarađuje nasilnik ali i žrtva<sup>5</sup>. Socijalno nasilje je usmereno na izolaciju žrtve iz društvene sredine zabranjivanjem izlaženja, viđanja i uopšte kontaktiranja sa drugima.

### Odlike i tipologija nasilnika

Istraživanja pokazuju da su u najvećem broju slučajeva nasilnici muškog pola. U poslednje vreme neke studije sprovedene u SAD skreću pažnju na povećano učestće žena u nasilju prema partnerima ali uz isticanje da takvi rezultati imaju teritorijalno ograničenje i da je u najvećem broju država nasilnik ipak muškarac. Podaci za Veliku Britaniju pokazuju da su u međupartnerskom nasilju muškarci žrtve u proseku između 20–25% a žene u 75–80%<sup>6</sup>. Slična statistika važi i za nasilje među partnerima u našoj državi<sup>7</sup>.

Kada je u pitanju uzrast učinilaca najčešće se radi o mlađim muškarcima između 30–35 godina. Do takvih rezultata došli su istraživači u Velikoj Britaniji<sup>8</sup>, Rusiji<sup>9</sup>,

- 
- 3 G. Martin, Bullying and the family– in: N. A. Jackson (ed.), *Encyclopedia of Domestic Violence*, New York, 2007. str. 104.
  - 4 D. A. Hines, K. J. Saudino, Intergenerational transmission of intimate partner violence, *Trauma, violence and abuse*, Vol. 3, n. 3, 2002, str. 210–225. Autori navode da oko 3,4 miliona parova u SAD godišnje iskuse neki od težih oblika napada.
  - 5 G. Martin, Bullying..., *op. cit.*, str. 104. Kod nas se u literaturi navodi da samo odbijanje partnera da deo prihoda odvoji za zadovoljenje potreba ostalih članova porodice ne treba biti podvedeno pod definiciju nasilja u porodici– više o tome: Đ. Ignjatović, B. Simeunović-Patić..., *op. cit.*, str. 60.
  - 6 Government Statistics on Domestic Violence, Estimated numbers of incidents of domestic violence, England and Wales 1995 – 2006/07, British Crime Survey estimates.
  - 7 S. Konstantinović-Vilić, N. Petrušić, *Krivično delo nasilja u porodici-pravna praksa u Republici Srbiji-izvod iz studije za Beograd*, Beograd, 2005, str. 29.
  - 8 S. Walby, J. Allen, Domestic violence, sexual assault and stalking: Findings from the British Crime Survey, Home Office Research, Development and Statistics Directorate March 2004.
  - 9 A. Stickley, I. Timofeeva, P. Sparen, Risk factors for intimate partner violence against women in St. Petersburg, *Violence against women*, Vol. 14, n. 4, 2008, str. 483–495.

Grčkoj<sup>10</sup>, Austriji<sup>11</sup>. Na osnovu studija sprovedenih kod nas može se zaključiti da najzastupljeniju kategoriju nasilnika čine muškarci u uzrastu između 33–40 godina (za područje Beograda) odnosno između 33–48 godina (za područje Niša) što je nešto viša granica u odnosu na podatke za navedene zemlje<sup>12</sup>.

Što se tiče bračnog statusa, podaci iz inostrane literature pokazuju da veći broj nasilnika, odnosno žrtava živi u vanbračnoj zajednici nego u braku što se objašnjava napred navedenom činjenicom da su nasilnici uglavnom mlađeg uzrasta. Kod nas najveći broj učinilaca ovih dela ima bračni status.

Uzimajući u obzir težinu nasilja, psihopatološke karakteristike i situacije u kojima dolazi do ispoljavanja nasilja moguće je nasilnike prema partnerima podeliti u tri grupe: 1. Lica koja ispoljavaju najblaže oblike nasilja i to skoro isključivo prema partneru pri čemu gotovo da ne poseduju psihopatološke karakteristike. Njihovo nasilje predstavlja rezultat stresa, loših odnosa u vezi i manjeg intenziteta impulsivnosti; 2. Nasilnici koji manifestuju srednje do teže oblike nasilja prvenstveno prema partneru ali nije isključeno ni ponavljanje takvih obrazaca ponašanja u sredinama van porodice. Ova lica odlikuju neke karakteristike koje se graniče sa psihopatološkim (ljubomora, izuzetna emotivna labilnost, strah od odbacivanja i gubitka partnera, impulsivnost, bes, pozitivan stav prema nasilju). Često potiču iz porodica u kojima su bili izloženi nasilju bilo u obliku lične viktimizacije ili samog prisustvovanja takvim modelima ponašanja; 3. Najnasilnija kategorija lica sa odlikama antisocijalnog tipa poremećaja ličnosti što uključuje kriminalno ponašanje, raniju osuđivanost, pozitivan stav prema nasilju, loše i nestalne emotivne odnose. Njihovo nasilje prema partnerima predstavlja samo segment opšteg agresivnog ponašanja i antisocijalnosti<sup>13</sup>.

## UZROCI MEĐUPARTNERSKOG NASILJA

Od brojnih teorijskih objašnjenja biće izdvojena ključna gledišta kojima se objašnjava međupartnersko nasilje.

*Teorija vezivanja* (John Bowlby). Po ovom shvatanju svaki pojedinac crpi snagu i zadovoljstvo u bliskosti i povezanosti sa drugim ljudima. Na primeru proučavanja odvajanja novorođenčeta od majke Bowlby je uočio kakve negativne posledice po emotivno stanje novorođenčeta to odvajanje može imati<sup>14</sup>. Kao i deca, i odrasli

- 10 M. Papadakaki et al., Seeking for Risk Factors of Intimate Partner Violence (IPV) in a Greek National Sample, The Role of Self-Esteem, *Journal of Interpersonal Violence* Volume 24 Number 5, 2009, str. 732–750.
- 11 B. Appelt, A. Höllriegl, R. Logar, *Gewalt gegen Frauen und ihre Kinder*, Gewaltbericht 2001, Bundesministerium für soziale Sicherheit und Generationen (Hrsg.), Wien 2001.
- 12 S. Konstantinović-Vilić, N. Petrušić, *op. cit.*, str. 29.
- 13 A. H. Munroe, Batterer typology– in: N. A. Jackson (ed.), *Encyclopedia of Domestic Violence*, New York, 2007. str. 98–100.
- 14 Novorođenče ima potrebu za prisustvom bliske osobe i čim je ta potreba zadovoljena redukuje se anksioznost i uzbuđenost. Ako se potreba za bliskošću povremeno zadovoljava dolazi do prouzrokovanja osetljivosti na takva ponašanja. Ako se duži vremenski period potreba za

imaju potrebu za uspostavljanjem bliskosti sa određenim ljudima zarad ostvarivanja fizičke i psihičke sigurnosti. Postoji nekoliko modela vezivanja: sigurnost, preokupiranost (zabrinutost), distanciranje. Preokupiranost kod partnera podrazumeva zabrinutost zbog straha od odbacivanja i gubitka druge osobe što može rezultirati nasiljem kako bi se sprečio odlazak. Distanciranje jednog partnera ukazuje na neprijatnost u pogledu vezivanja i intimnosti. Do nasilja među partnerima dolazi najčešće kada se stilovi vezivanja razlikuju i to pretežno kada je kod jednog partnera prisutna zabrinutost a kod drugog distanciranje<sup>15</sup>.

*Medicinski model.* Usredsređen je na individualne psihijatrijske i psihopatološke probleme kao faktore nasilništva. Ukazuje se na to da određeni problemi među kojima su depresija, zloupotreba psihoaktivnih supstanci, duševna bolest, slaba kontrola besa, nizak socio-ekonomski status povećavaju rizik od vršenja nasilja u partnerskim odnosima<sup>16</sup>. Jedan od tih problema je i antisocijalni poremećaj ličnosti. Radi se o jednom obliku poremećaja ličnosti a odlikuju ga sledeće karakteristike: nesposobnost odlaganja zadovoljstva, agresivnost, kriminalne aktivnosti, polimorfne seksualne perverzije, zloupotreba alkohola i droga, nesposobnost održavanja trajnih veza, odsustvo osećanja krivice, izložena sklonost ka okrivljavanju drugih za svoje postupke, nedostatak empatije itd<sup>17</sup>. U literaturi se skreće pažnja na povećano učešće ovih lica u nasilju nad partnerima a u nekim studijama je ova pretpostavka i empirijski potvrđena<sup>18</sup>. Kada se radi o ličnosti nasilnika u porodici, jedan od faktora koji ima značajan uticaj na vršenje nasilje je korišćenje alkohola. Neki autori navode da je konzumiranje alkohola zapravo posledica napred navedenog antisocijalnog poremećaja ličnosti a istim faktorom objašnjava se već pominjana veća ugroženost partnera u vanbračnim odnosima, imajući u vidu da su antisocijalne ličnosti nestalne u emotivnim odnosima i da zato retko ostaju u braku ili ga zaključuju<sup>19</sup>. Autori koji su sprovodili istraživanja u zemljama tranzije navode da značajan procenat nasilnika u porodici konzumira alkohol zbog uticaja ekonomskih i druš-

---

kontaktom ne zadovoljava može imati brojne negativne posledice kasnije u životu. Dokazano je da ovakvo ponašanje roditelja utiče na organizaciju mozga (desnog predfrontalnog korteksa) čime se stvaraju neurološki kapaciteti za empatiju i emocionalnu regulaciju. Kako je kod velikog broja nasilnika u porodici prisutna nesigurnost u pogledu ostvarivanja bliskosti sa drugim članovima porodice, jasno je da ih odlikuju navedeni neurološki defekti koji su uslovljeni specifičnim socio-psihološkim kontekstom. Navedeno prema: D. J. Sonkin, Attachment Theory and Domestic Violence-in: N. A. Jackson (ed.), *Encyclopedia of Domestic Violence*, New York, 2007. str. 41–48.

- 15 D. M. Dumas et al., Adult Attachment as a Risk Factor for Intimate Partner Violence, The „Mismatching“ of Partners' Attachment Styles, *Journal of Interpersonal Violence*, Volume 23 Number 5, 2008, str. 616–634.
- 16 Đ. Ignjatović, B. Simeunović-Patić..., *op. cit.*, str. 63.
- 17 J. Marić, M. Lukić, *Pravna medicina*, Beograd, 1998, str. 88–90.
- 18 G. T. Harris, N. Z. Hilton, M. E. Rice, Explaining the Frequency of Intimate Partner Violence by Male Perpetrators: Do Attitude, Relationship and Neighborhood Variables Add to Antisociality?, *Criminal Justice and Behavior*, February 2011, str. 309–331.
- 19 G. T. Harris, N. Z. Hilton, M. E. Rice, Explaining the Frequency of Intimate Partner Violence by Male Perpetrators..., *op. cit.*, str. 312.

tvenih pritisaka<sup>20</sup>. Bez obzira na moguća objašnjenja razloga korišćenja alkohola, istraživanja u značajnom broju pokazuju da se učešće lica koja su bila u alkoholisanom stanju u trenutku vršenja nasilja nad partnerom kreće između 50–90% kao i da je konzumiranje alkohola povezano sa nanošenjem ozbiljnijih povreda i hroničnim trajanjem međupartnerskog nasilja<sup>21</sup>. Što se tiče socioekonomskog statusa, brojna istraživanja pokazuju da loša finansijska situacija ima značajan uticaj na međupartnersko nasilje<sup>22</sup> a ovaj faktor se posebno dovodi u vezu sa nemogućnošću žrtve da napusti nasilnika<sup>23</sup>.

*Teorija o učenju.* Tvorac ove teorije je Edwin Sutherland, a kriminalno ponašanje po ovom shvatanju naučeno je kroz kontakte sa nekonformističkim obrascima. Kako čovek prisustvuje i konformističkim modelima ponašanja od pretežnosti kontakata i njihove učestalosti dolazi do opredeljivanja za jednu opciju. Primenjena na međupartnersko nasilje, ova teorija pokazuje da deca koja prisustvuju nasilju u porodici ili su sama viktimizovana imaju velike šanse za ponavljanje takvih obrazaca u svojim porodicama. Istraživanja pokazuju da najmanje mogućnosti (oko 1–2%) da postanu nasilnici u porodici imaju deca koja nisu izložena nasilju ni na jedan način, kod dece koja su zlostavljana mogućnosti za kasnije nasilje se uvećavaju i iznose 3–4%, odnosno 6–8% ako su deca samo posmatrala nasilje među roditeljima. Najveće šanse za nasilje nad partnerom (oko 12–17%) imaju deca koja su kumulativno bila i viktimizovana i prisustvovala nasilnom ponašanju. Zanimljivo je da pored predispozicija za kasnije nasilje, nastaju i velike mogućnosti za kasniju viktimizaciju pri čemu se nije došlo do zaključaka zašto neka deca postaju nasilnici a druga žrtve.

*Feministička objašnjenja.* Na osnovu ovog pristupa nasilje nad ženama objašnjava se patrijarhalnim rasporedom moći i kontrole između muškaraca i žena, tradicionalnom rodnom socijalizacijom i odsustvom pružanja pomoći od strane institucija<sup>24</sup>. Nedostatak socijalne podrške kao jednog od uzroka nasilja nad partnerom navode i drugi autori ukazujući da socijalna izolacija, udaljenost žene od bliskih lica, npr. roditelja, službi za pomoć i savete povećava rizik od viktimizacije<sup>25</sup>.

20 A. Stickley, I. Timofeeva, P. Sparen, Risk factors for intimate partner violence against women in St. Petersburg..., *op. cit.*, str. 491.

21 J. Schafer, R. Caetano and C. B. Cunradi, A Path Model of Risk Factors for Intimate Partner Violence among Couples in the United States, *Journal of Interpersonal Violence*, Vol. 19 No. 2, February 2004, str. 127–142.

22 A. P. Worden, B. E. Carlson, Attitudes and Beliefs About Domestic Violence: Results of a Public Opinion Survey: II. Beliefs About Causes, *Journal of Interpersonal Violence*, Vol. 20 No. 10, October 2005 1219–1243.

23 *Ibidem*.

24 Đ. Ignjatović, B. Simeunović-Patić..., *op. cit.*, str. 64.

25 J. H. Michalsky, Making Sociological Sense out of trends in Intimate Partner Violence, *Violence against women*, Vol. 10, n. 6, 2004, str. 652–675. Zanimljivo je jedno istraživanje sprovedeno u Rusiji koje takođe ukazuje na značaj prisutnosti javnosti zarad sprečavanja nasilja u porodici. Rezultati su pokazali da je stopa međupartnerskog nasilja manja u tkz. *komunalkama* (stanari dele kuhinju, kupatilo) nego u odvojenim stanovima a kao objašnjenje se navodi prisutnost drugih stanara – navedeno prema: A. Stickley, I. Timofeeva, P. Sparen, Risk factors for intimate partner violence against women in St. Petersburg..., *op. cit.*, str. 485.

## ANALIZA SUDSKIH PRESUDA

Za analiziranje karakteristika i uzroka međupartnerskog nasilja prikupljeno je ukupno 82 presude i to 36 za područje Beograda i 46 za područje Šapca. U pitanju su presude osnovnih sudova pri čemu je analiza rađena odvojeno za dva područja kako bi se moglo upoređivati stanje međupartnerskog nasilja u različitim sredinama. Cilj je bio proveriti neke od stavova do kojih se došlo u stranoj i domaćoj literaturi u pogledu karakteristika i uzroka nasilja u partnerskim odnosima. Treba napomenuti da zaključivanje na osnovu samo sudskih presuda može imati određene nedostatke. Prvo, u kriminološkoj literaturi ima mišljenja da kriminalni fenomen treba proučavati uzimajući u obzir prijavljena a ne presuđena krivična dela jer predstavljaju najpribližniju sliku stvarnog stanja kriminaliteta u jednoj zemlji. U tom smislu, zaključivanje na osnovu samo manjeg broja presuda može imati određena ograničenja. Drugo, uvek treba imati u vidu i tamno polje kriminaliteta zbog čega možemo samo okvirno da procenjujemo koliko je zapravo rasprostranjeno nasilje među partnerima u Srbiji. Ipak, to i nije cilj ove analize već pre svega pokušaj utvrđivanja nekih karakteristika učinilaca i uzroka nasilja nad partnerom i komparacija sa do sada postojećim rezultatima.

U analiziranju su uzete u obzir presude kojima je izrečena krivična sankcija za delo Nasilja u porodici iz člana 194. KZ-a za period od 2006–2011. godine ali analizirane su i presude kojima je izrečena krivična sankcija za neko drugo nasilno krivično delo učinjeno protiv partnera. Krug lica koja se smatraju partnerom određen je na osnovu definicije člana porodice iz KZ RS (član 112) po kojoj su to bračni i vanbračni partneri, bivši supružnici kao i lica koja imaju ili čekaju zajedničko dete iako nikada nisu živeli u zajedničkom domaćinstvu.

### *Podaci za područje Beograda i Šapca*

Vrsta krivičnog dela. U Beogradu je najveći broj lica osuđen za krivično delo nasilja u porodici i to za stav 1. čl. 194. KZ-a njih 25 ili 69,4%, potom 5 lica za stav 3. istog dela tj. 13,88% i 4 lica za stav 2. čl. 194. odnosno 11,11%. Jedno lice osuđeno je za krivična dela nasilničkog ponašanja i ugrožavanja sigurnosti prema partnerki a jedno za dela nasilničkog ponašanja i oduzimanja maloletnog lica. Slična je situacija za područje Šapca gde je od ukupnog uzorka 27 lica odnosno 59% osuđeno za čl. 194. st. 1, za stav 2 11 lica a za stav 3 osuđeno je 6 lica. Pored nasilja u porodici, lica su osuđivana i za sledeća krivična dela: nedavanje izdržavanja, oduzimanje maloletnog lica, protivpravno lišenje slobode a jedan napad na partnera kvalifikovan je kao krivično delo ugrožavanja opasnim oruđem pri tuči i svađi.

Što se tiče pola učinioca, u samo jednom slučaju izvršilac nasilja u porodici bila je žena. U ostalih 35 presuda (za Beograd) i svih 46 slučajeva za područje Šapca učinilac je bio muškog pola čime se potvrđuju rezultati drugih istraživanja koja pokazuju da u međupartnerskom nasilju ulogu nasilnika u najvećem broju slučajeva ima muškarac.

Uzrast osuđenih. Analiza presuda pokazuje da su najmanje zastupljena lica u kategoriji od 25–29 godina. Od 36 presuda u Beogradu samo dva lica su u trenutku



izvršenja dela bila u ovoj starosnoj grupi<sup>26</sup>. U kategoriji uzrasta od 30–39 godina ukupno je 9 lica odnosno 25%. Od toga su dva lica nasilje vršila nekoliko godina tako da ulaze i u kategoriju od 40–49 godina. Isti podaci važe i za grupu od 40–49 godina. U kategoriji od 50–59 godina ukupno je 13 osuđenih što čini 36,1% a kategoriji lica starijih od 60 godina ukupno je 4 lica osuđeno, odnosno 11,11%<sup>27</sup>. Od ukupnog uzorka za Šabac, u kategoriji od 20–29 godina bilo je samo 4 lica odnosno 8,7%, u grupi od 30–39 godina 9 lica odnosno 19,5%. Najviše osuđenih bilo je uzrasta između 40–49 godina, njih 17 odnosno 36,9%, u grupi od 50–59 godina bilo je 8 lica a broj osuđenih koji su imali preko 60 godina je 7 što iznosi 15%. Najveći broj osuđenih je prema tome u trenutku izvršenja dela imao između 30–39 i 40–49 godina a prosečan uzrast iznosi 46,66 godina što u principu odgovara rezultatima istraživanja sprovedenih u našoj zemlji a pokazuje da su učinioci međupartnerskog nasilja kod nas nešto stariji u odnosu na druge države.

Obrazovanje. Najveći broj osuđenih sa područja Beograda (njih 15) završilo je srednju školu, odnosno 41,66%. Osnovno obrazovanje ima 7 lica a zanimljivo je da je u uzorku od 36 lica njih 10 završilo fakultet što iznosi 27,77%. Što se tiče Šapca, najviše osuđenih (21) završilo je srednju školu, 12 lica između 4 i 8 razreda osnovne škole, jedno lice završilo je višu školu a za 12 nije bilo podataka o stepenu obrazovanja. Zanimanja osuđenih lica su, imajući u vidu zastupljenost svih nivoa obrazovanja, vrlo raznovrsna pa je tako među izvršiocima nasilja nad partnerom bilo elektrotehničara, pravnika, inženjera, muzičara, vozača, vulkanizera itd a u Šapcu je često bilo zanimanje poljoprivrednika.

Zaposlenost. U pogledu Beograda, od 36 lica njih 16 imalo je stalno zaposlenje odnosno 44,44%, njih 3 se izdržavalo od povremenog rada, 7 lica je bilo u penziji odnosno 19,44% a 10 je bilo nezaposleno odnosno 27,77%. Ako se uzmu u obzir lica koja imaju stalno zaposlenje i oni koji se izdržavaju od povremenog rada, znatno veći procenat osuđenih je imao posao. Situacija je nešto drugačija za područje Šapca. Samo 12 lica je zaposleno pri čemu su ovde uračunata i lica koja rade povremeno u poljoprivredi. Za 12 lica u presudama uopšte nisu navedeni podaci o njihovoj zaposlenosti. U penziji je bilo 6 lica a njih 16 nije imalo zaposlenje što je oko 35%.

Što se tiče žrtve u 22 slučaja u pitanju je bila venčana supruga odnosno u 61,11%. Od toga su u dva slučaja pored supruge, žrtve bile i deca. U 6 slučajeva žrtva je bila vanbračna supruga odnosno u 16,66% a isto toliko žrtava je imalo status bivših supruge. Jedna žrtva bila je ranije u vezi sa osuđenim i iz te veze imaju zajedničko dete dok je u jednom slučaju žrtva bio suprug. Zanimljiv je podatak da su nevenčane i bivše supruge bile žrtve uglavnom ranije osuđenih lica, tačnije 72,7%

26 Podaci Republičkog zavoda za statistiku u periodu od 2004–2008. godine pokazuju da učešće osuđenih u ovoj starosnoj kategoriji čini između 13,6–15,3% od ukupne osuđeničke populacije za sva krivična dela na teritoriji Srbije što je znatno više u poređenju sa navedenim podacima za nasilje nad partnerom.

27 U pogledu ovih kategorija lica takođe je vidljiva razlika u odnosu na ukupnu osuđeničku populaciju. Prema Republičkom zavodu za statistiku udeo osuđenih u kategoriji od 50–59 godina u celokupnoj osuđeničkoj populaciji varira između 11–13% a u kategoriji preko 60 godina taj udeo iznosi između 6–7%.

povratnika u uzorku za Beograd nasilje je izvršilo prema jednoj od ove dve grupe žrtvi. Što se tiče Šapca, u 29 slučajeva žrtva bila venčana supruga što je oko 63%, u 11 slučajeva vanbračna i u 6 slučajeva bivša supruga.

Ranija osuđivanost. Najveći broj lica ranije nije osuđivan za neko krivično delo, tačnije njih 25 za područje Beograda. Što se tiče ranije osuđivanih moguće je izvršiti određenu klasifikaciju. Najviše su zastupljeni polimorfni povratnici (ili generalni povratnici) koji su osuđivani za različita krivična dela, uglavnom protiv imovine, bezbednosti javnog saobraćaja, protiv javnog reda i mira, protiv života i tela. Dva lica su ranija osuđivana samo za imovinska krivična dela a njih 8 (od toga su 2 lica prekršajno osuđivana za narušavanje javnog reda i mira) za dela kod kojih je upotrebljena sila ili pretnja što iznosi 72,7%. Za područje Šapca primetan je veći broj ranije osuđenih, od ukupno 46 lica njih 24 (52%) ranije je izvršilo neko krivično delo. I ovde su najčešće bili u pitanju polimorfni prestupnici a uglavnom su vršena krivična dela protiv imovine, protiv bezbednosti javnog saobraćaja, protiv života i tela, protiv braka i porodice. Samo jedno lice ranije je osuđeno za krivično delo nasilja u porodici dok je njih 8 ranije učinilo neko delo sa elementima nasilja.

Bez obzira što najveći broj lica ranije nije osuđivan, na osnovu iskaza okrivljenih, oštećenih i svedoka bilo je moguće prikupiti podatke o ranijoj istoriji nasilja među partnerima. Analizom presuda utvrđeno je da je u 24 slučaja za područje Beograda odnosno u 66,6% ranije dolazilo do nasilja. Od toga, u 6 situacija bila je obaveštavana policija, 3 žrtve su bile u Sigurnoj kući a u 3 slučaja bila je određena mera zabrane približavanja oštećenoj. Što se tiče Šapca, u 29 slučajeva što je 63% ranije je dolazilo do nasilja pri čemu u 7 presuda nisu navedeni podaci o eventualno ranijoj istoriji psihičkog ili fizičkog maltretiranja.

Kada su u pitanju podaci o ekonomskoj situaciji, za najveći broj osuđenih lica prikupljeni su podaci o mesečnim primanjima ali to nije moglo biti urađeno u pogledu njihovih partnera tako da se ne može dobiti kompletna slika o materijalnom položaju. Podaci pokazuju da 11 lica ima mesečna primanja između 20 i 30 hiljada dinara a skoro isto toliko (10 lica) primanja manja od 20 hiljada dinara mesečno. Samo 5 lica zarađuje između 50 i 90 hiljada dinara mesečno dok njih 10 ne radi i nema bilo kakva primanja. Kada se uzmu u obzir nezaposleni kao i lica koja imaju primanja ispod 20 hiljada dinara mesečno, može se zaključiti da 55,5% osuđenih ima loš ekonomski položaj. Za nekoliko slučajeva je potvrđeno da materijalni status ima direktnog uticaja na nasilje prema partneru. Iz iskaza okrivljenog i oštećene proizlazi da je muškarac počeo nasilno da se ponaša od trenutka gubitka posla i nemogućnosti da pronađe novo radno mesto pri čemu po pravilu sa gubitkom zaposlenja počinje i konzumiranje alkohola. U najvećem broju slučajeva koje odlikuje loš ekonomski položaj partnera ne može se ipak znati da li je to jedini uzrok nasilja. U presudama za područje Šapca skoro da uopšte nisu navođeni podaci o mesečnim primanjima okrivljenog tako da se u pogledu ove okolnosti ne mogu izvoditi zaključci. U nekih 20 presuda navedeno je da je materijalno stanje okrivljenog loše i da je zbog toga delimično ili potpuno došlo do oslobođenja u pogledu troškova postupka.

Što se tiče konzumiranja alkohola, analizom je utvrđeno da je u 19 od 36 slučajeva za područje Beograda osuđeni imao problema sa prekomernim korišćenjem alkohola pri čemu je sud u 11 slučajeva izrekao i meru bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara. U presudama za područje Šapca u 7 slučajeva određena je navedena mera bezbednosti dok je u 21 slučaju tokom sprovođenja pretresa izjavljeno da okrivljeni ima problema sa alkoholom, bilo što je u trenutku nasilja bio pod njegovim dejstvom ili što već duže vremena prekomerno konzumira alkohol. Ovi podaci takođe potvrđuju stavove iz literature po kojima alkohol predstavlja jedan od važnih faktora međupartnerskog nasilja.

U pogledu psihičkih karakteristika osuđenih lica podaci su prikupljeni na osnovu nalaza i mišljenja veštaka psihijatrijske struke. Treba napomenuti da sud nije u svim slučajevima tražio sprovođenje veštačenja dok se u mnogim presudama nalazi veštaka svode na konstataciju da kod okrivljenog u trenutku izvršenja dela nije postojala neuračunljivost bez daljeg analiziranja njegove ličnosti. Od ukupnog broja presuda za grad Beograd u 11 slučajeva veštak je našao da se radi o licima sa pasivno-zavisnom strukturom ličnosti a kod kojih su prisutne i sledeće karakteristike: impulsivnost, nizak prag tolerancije na spoljašnje frustracije, egocentrizam, emocionalna labilnost i ljubomora. Ova lica (osim jednog) nisu ranije osuđivana. Navedena kategorija učinilaca bi odgovarala drugom tipu nasilnika prema partneru iz klasifikacije navedene u prvom delu rada a na pasivno-zavisnu strukturu ličnosti ukazivali su autori teorije vezivanja. Ni u jednom od svih slučajeva za Beograd veštak nije konstatovao da se radi o nekom poremećaju ličnosti kod okrivljenog. U presudama za područje Šapca, osim nalaza vezanih za pitanje uračunljivosti okrivljenog, nisu sadržani podaci u pogledu njegovih psihičkih karakteristika.

Struktura izrečenih krivičnih sankcija za područje Beograda izgleda ovako: u 22 slučaja izrečena je uslovna osuda, odnosno u 61,1%, u 9 slučajeva izrečena je kazna zatvora pri čemu je najmanja kazna iznosila 2 meseca i 6 dana a najviša izrečena 2 godine. U 3 slučaja sud je izrekao sudsku opomenu a u jednom kaznu rada u javnom interesu. Što se tiče lica kojima je izrečena kazna zatvora u 7 slučajeva radilo se o povratnicima. Za uslovnu osudu sud se u najvećem broju slučajeva opredeljavao kada se radi o ranije neosuđivanim licima (samo tri od ukupno 22 uslovno osuđena lica bila su povratnici). Sudska opomena je izrečena licima kod kojih nije postojala ni ranija istorija nasilja niti osuđivanost. I u Šapcu je na prvom mestu u pogledu izrečenih krivičnih sankcija uslovna osuda za koju se sud 39 puta opredelio odnosno u 84,7% slučajeva. U pet situacija izrečena je безусловna kazna zatvora a u jednoj novčana kazna.

Što se tiče vrste nasilja u 7 slučajeva u pitanju je bilo samo psihičko maltretiranje i to u vidu vređanja ili pretnji. Imajući u vidu napred navedenu podelu fizičkog nasilja na lakše i teže oblike, analiziranje presuda je pokazalo da je u 6 slučajeva u pitanju bilo lakše fizičko povređivanje koje se sastojalo u šamaranju. U preostala 23 slučaja radilo se najčešće o kumulativnom psihičkom nasilju i fizičkim povredama koje su nanošene udaranjem, šutiranjem, davljenjem, gađanjem predmetima ili korišćenjem različitih predmeta poput metalne šipke, noža, čekića. Lica koja su osuđena na kaznu zatvora ispoljavala su upravo teže oblike fizičkog nasilja pri čemu za ostale okrivljene

nema pravilnosti, teže su fizički povređivali partnerke i ranije neosuđivani, i stariji i mlađi učinioci pa čak i lica koja nikada do tada nisu bila nasilna prema partnerki. U presudama za područje Šapca u 44 slučaja radilo se ili samo o težim oblicima fizičkog nasilja ili o kumulativnom težem fizičkom i psihičkom nasilju. Samo dva lica osuđena su za ispoljavanje psihičkog nasilja u vidu pretnji ili vređanja<sup>28</sup>.

Analizom presuda prikupljeni su i podaci o tome da li je žrtva posle osude nastavila da živi sa učiniocem ili ostala sa njim u braku. Imajući u vidu da je u uzorku za Beograd 6 žrtvi imalo status bivših supruga, analiziranje je obuhvatilo preostalih 30 slučajeva. Odluku da se razvede posle donete presude ili od započinjanja krivičnog postupka ili da prekine vanbračnu zajednicu donelo je 13 žrtvi odnosno njih 43%. U ostalim slučajevima žrtva često nije želela ni da svedoči protiv okrivljenog a po pravilu nije isticala imovinsko pravni zahtev niti se pridruživala krivičnom gonjenju. Obaveštavanje policije je u velikom broju slučajeva pokušaj žrtve da utiče na partnera kako bi se promenio i prestao sa daljim nasiljem. Nekoliko žrtava je potpuno izgledilo odnos sa svojim partnerom, a tokom postupka je svedočilo o okrivljenom u pozitivnom svetlu identifikujući često kao uzrok nasilja i sopstveno ponašanje. Neke žrtve su bile protiv izricanja kazni zatvora jer im se to „ne isplati.“ Ne može se napraviti neka klasifikacija žena koje su donele odluku o prestanku braka odnosno zajednice i onih koje to nisu uradile. Među jednim i drugima bilo je onih koje su godinama trpele nasilje, koje nikada nisu bile ni psihički maltretirane a takođe ni dužina trajanja braka odnosno vanbračne zajednice nije imala uticaja na odluku kod žena. Moguće je ipak ukazati na jednu zajedničku karakteristiku a to je loš ekonomski položaj najvećeg broja osuđenih lica sa kojima je partnerka ostala i posle nasilja. Što se tiče područja Šapca, u 16 slučajeva oštećena nije napustila partnera. Kao razloge oštećene su navodile promenjeno ponašanje okrivljenog u poslednje vreme, prestanak konzumiranja alkohola ili su isticale svoj doprinos u izvršenom nasilju. U dva slučaja one su ostale u zajednici zbog ekonomskih razloga, tačnije nemogućnosti da se osamostale. Od ukupnog uzorka tačno 50% oštećenih donelo je odluku o razvodu odnosno o prekidu vanbračne zajednice dok za 7 slučajeva nisu navedeni podaci u pogledu ove okolnosti.

Određeni broj presuda sadržao je podatke o ponašanju oštećene strane koje je doprinelo vršenju nasilja. Za područje Beograda u 4 slučaja žrtva je dala doprinos sopstvenoj viktimizaciji tako što je ona provocirala ili napadala okrivljenog dok je za područje Šapca to bila situacija u 12 slučajeva kada je oštećena započinjala sukob, bila pod dejstvom alkohola ili na drugi način doprinela nasilnom ponašanju.

## ZAKLJUČAK

Analiza sudskih presuda o nasilju među partnerima pruža mogućnost donošenja određenih zaključaka u pogledu karakteristika učinilaca kao i uzroka nasilja nad partnerom. Sumirajući napred navedeno može se reći da nasilje u partnerskim

<sup>28</sup> Na osnovu poređenja presuda iz oba područja, može se uvideti da su sudovi u Beogradu, naročito tokom 2010. godine, u odnosu na presude iz Šapca češće osuđivali lica za samo primenjeno psihičko nasilje u vidu pretnji ili vređanja.

odnosima vrše muškarci. Žene su retko učinioci a kada i imaju tu ulogu radi se uglavnom o međusobnom nasilju partnera. Učinioci su često starosti između 40–49 godina pri čemu nema pravilnosti u pogledu karakteristika poput zaposlenosti ili obrazovanja odnosno to mogu biti i zaposlena lica sa završenim fakultetom kao i lica bez posla i obrazovanja. Izvršeno nasilje pretežno ulazi u grupu težih oblika fizičkog nasilja dok je u poslednje vreme primetno češće osuđivanje i za isključivo psihičko nasilje. U pogledu uzroka međupartnerskog nasilja može se navesti nekoliko zaključaka. Iako najveći broj učinilaca nije ranije osuđivan za delo nasilja u porodici, primetno je da donošenju sudskih presuda uglavnom prethodi istorija međupartnerskog nasilja. Analizirajući podatke o materijalnom položaju učinilaca, zaključuje se da najveći broj ovih lica živi u skromnim ili lošim ekonomskim uslovima. Prekomerno konzumiranje alkohola predstavlja još jedan od faktora koji doprinosi međupartnerskom nasilju. Teorijski stavovi u pogledu psihičkih karakteristika i vrste odnosa među partnerima bili su delimično potvrđeni, odnosno može se tvrditi da u određenom broju slučajeva važe navedene teorijske pretpostavke. Na nasilje među partnerima sudovi prvenstveno reaguju izricanjem uslovnih osuda a kazna zatvorom smatra se opravdanom u pogledu povratnika ili težih slučajeva nasilja nad partnerom. Što se tiče žrtve može se navesti da je u određenom manjem broju situacija ona doprinela nasilju a analiza je pokazala da u skoro polovini svih slučajeva žrtve neposredno po pokretanju krivičnog postupka napuštaju nasilnike iako je određeni broj među njima do tada trpeo dugogodišnje nasilje.

## LITERATURA

- Appelt B., Höllriegl A., Logar R., *Gewalt gegen Frauen und ihre Kinder*, Gewaltbericht 2001, Bundesministerium für soziale Sicherheit und Generationen (Hrsg.), Wien 2001.
- Ćopić S., Porodično nasilje u zemljama bivše Jugoslavije: pregled najvažnijih rezultata, *Temida*, br. 2/2003.
- Doumas D. M. et al., Adult Attachment as a Risk Factor for Intimate Partner Violence, The „Mispairing“ of Partners' Attachment Styles, *Journal of Interpersonal Violence*, Volume 23 Number 5, 2008.
- Government Statistics on Domestic Violence, Estimated numbers of incidents of domestic violence, England and Wales 1995 – 2006/07, British Crime Survey estimates.
- Harris G. T., Hilton N. Z., Rice M. E., Explaining the Frequency of Intimate Partner Violence by Male Perpetrators: Do Attitude, Relationship and Neighborhood Variables Add to Antisociality?, *Criminal Justice and Behavior*, February 2011.
- Hines D. A., Saudino K. J., Intergenerational transmission of intimate partner violence, *Trauma, violence and abuse*, Vol. 3, n. 3, 2002.
- Ignjatović Đ., Simeunović-Patić B., *Viktimologija*, Beograd, 2011.
- Konstantinović-Vilić S., Petrušić N., *Krivično delo nasilja u porodici-pravna praksa u Republici Srbiji-izvod iz studije za Beograd*, Beograd, 2005.
- Marić J., Lukić M., *Pravna medicina*, Beograd, 1998, str. 88–90.
- Martin G., Bullying and the family– in: Jackson N. A. (ed.), *Encyclopedia of Domestic Violence*, New York, 2007.

- Michalsky J. H., Making Sociological Sense out of trends in Intimate Partner Violence, *Violence against women*, Vol. 10, n. 6, 2004.
- Papadakaki M. et al., Seeking for Risk Factors of Intimate Partner Violence (IPV) in a Greek National Sample, The Role of Self-Esteem, *Journal of Interpersonal Violence* Volume 24 Number 5, 2009.
- Ristanović-Nikolić V., *Od žrtve do zatvorenice: nasilje u porodici i kriminalitet žena*, Beograd 2000.
- Schafer J., Caetano R. and Cunradi C. B., A Path Model of Risk Factors for Intimate Partner Violence among Couples in the United States, *Journal of Interpersonal Violence*, Vol. 19 No. 2, February 2004.
- Sonkin D. J., Attachment Theory and Domestic Violence-in: N. A. Jackson (ed.), *Encyclopedia of Domestic Violence*, New York, 2007.
- Stickley A., Timofeeva I., Sparen P., Risk factors for intimate partner violence against women in St. Petersburg, *Violence against women*, Vol. 14, n. 4, 2008.
- Walby S., Allen J., Domestic violence, sexual assault and stalking: Findings from the British Crime Survey, Home Office Research, Development and Statistics Directorate March 2004.
- Worden A. P., Carlson B. E., Attitudes and Beliefs About Domestic Violence: Results of a Public Opinion Survey: II. Beliefs About Causes, *Journal of Interpersonal Violence*, Vol. 20 No. 10, October 2005.

*Natalija Lukić*

Law Faculty, University of Belgrade

## INTIMATE PARTNER VIOLENCE – ANALYSIS OF CHARACTERISTICS AND CAUSES

### SUMMARY

In this paper author analyzes characteristics and causes of intimate partner violence. Violence within the partnership is considered as one the most common context of victimization of women. In 2001 Victimology society of Serbia conducted one research (700 women were interviewed) and toward data every second woman in Serbia was or it is the victim of psychological violence, every third of physical violence and every fourth was or it is threatened by the use of violence. Criminological literature offers many research results about fenomenology of intimate partner violence and different theoretical approaches about it's etiology. In the first part of this article author points to these results and explanations. Fenomenological dimension includes data about sex, age, marital status of offender and also typology of different forms of intimate partner violence. As for the factors of this illegal behaviour, author mentions Attachment theory, Theory of Differential Association, Feminist explanations and a Medical model which includes factors such as alcohol abuse, psychopathology and socio-economic status.

In the second part of the article 82 verdicts are analyzed. Verdicts are collected for 2006–2010. period and from two courts-Belgrade and Šabac. The aim of analysis was to compare results from other researches with data from verdicts and also to see if there is any



difference in intimate partner violence between two cities. Analysis shows that in almost all cases perpetrators were men, mostly in middle ages. Characteristics like employment and education had no significance. Women are usually victims of physical violence, especially of heavier forms and in many cases they were victims of both, physical and psychological violence. Analysis of factors which contribute to intimate partner violence, shows that alcohol abuse has a significant influence and that most of the perpetrators live in poor economic conditions. In many cases criminal act was preceded by long history of violence toward partner and some of the psychopathological characteristics, mentioned in the first part of the article, were confirmed through analysis of verdicts.

Courts usually pronounce suspended sentences while imprisonment is often in cases of recidivism. It is also interesting to notice that in many cases victims have decided to divorce or to leave a partner after beginning of criminal procedure even though many of them were victimised for a long period during marriage or cohabitation.

**Key words:** intimate partner violence, analysis, verdicts, characteristics, causes.

## PRISTANAK POVREĐENOG U KRIVIČNOM PRAVU

**Apstrakt:** Autor u ovom radu razmatra krivičnopravnu problematiku pristanka povređenog. Nakon uvodnih napomena u kojima je skicirano stanje u srpskom krivičnom zakonodavstvu po pitanju (ne)regulisanja pristanka povređenog (a koje je ocenjeno u zaključnim napomenama na kraju rada), sledi određenje njegovog mesta u krivičnopravnom sistemu, gde on deluje na drugi i/ili treći element u opštem pojmu krivičnog dela – ili na predviđenost u zakonu (kada nije ispunjen zakonski opis), ili kao osnov isključenja protivpravnosti (što predstavlja glavni predmet naučne obrade). Njegov osnov čini čovekovo pravo samoodređenja koje je višestruko teorijski uobličeno, što je takođe prikazano u radu. Posebna pažnja posvećena je uslovima (nosilac pravnog dobra; disponibilnost pravnog dobra; sposobnost pristajanja; nepostojanje mana volje; manifestacija, vreme i opozivost pristanka) koji moraju da budu ispunjeni ne bi li bila isključena protivpravnost dela. Nakon toga sledi prikaz mogućeg postupanja kod telesnih povreda nastalih na sportskim takmičenjima. Naposljetku je razmotren pretpostavljeni pristanak povređenog kao osnov isključenja protivpravnosti koji se nalazi između krajnje nužde i pristanka povređenog.

**Ključne reči:** pristanak povređenog, pretpostavljeni pristanak, predviđenost u zakonu, protivpravnost, sportska takmičenja.

### UVOD

U važećem Krivičnom zakoniku Srbije ne postoji odredba opšteg dela koja bi sadržala definiciju sâmog pojma pristanka povređenog (što u suštini i nije nužno ako postoji odgovarajući konsenzus prakse i teorije oko toga šta se pod time podrazumeva), ili određenje njegovog dejstva (bilo u pogledu postojanja krivičnog dela, bilo na planu odmeravanja kazne) i uslova koji bi konstituisali njegovu punovažnost, tako da ostaje krivičnopravnoj nauci i sudskoj praksi da se tome posvete. Ono što je nesporno, to je da pristanak povređenog<sup>1</sup> poseduje određeni krivičnopravni

---

\* saradnik u nastavi, [ivana.markovic@ius.bg.ac.rs](mailto:ivana.markovic@ius.bg.ac.rs)

1 Smatramo da je ovaj izraz nepotpun, pošto se jezičkim tumačenjem dolazi do toga da se on odnosi samo na povredu, odnosno na pristanak na povredu, a da ne obuhvata situacije u kojima neko lice pristaje na ugrožavanje. Na primer, ako neko pristane da ga odveze kući pijani vozač, onda on pristaje na opasnost, ali time još uvek ne i na povredu koja bi proistekla iz saobraćajnog udesa. Još uže je značenje pojma pristanka oštećenog koji se koristi u delu naše literature, jer je time obuhvaćen samo jedan (oštećenje) vid povrede, ne i drugi (uništenje). No, ovaj izraz (koji je bliži svakodnevnom govoru, nego preciznoj krivičnopravnoj terminologiji) može donekle da bude prihvatljiv ukoliko se smatra da je radnjom učinioca „oštećen“ pasivni subjekt povredom (uništenjem ili oštećenjem) njegovog pravnog dobra, s tim što, kako je već napomenuto, i ovde ostaje po strani ugrožavanje kao posledica (u užem smislu). Najprecizniji izraz bi glasio „pristanak pasivnog subjekta“, no zbog u našoj nauci prihvaćenog, samim tim i prepoznatljivog izraza

značaj. Neslaganje pojedinih (stranih) teoretičara postoji u pogledu njegovog mesta u sistemu krivičnog prava: da li pristanak povređenog utiče na predviđenost u zakonu i/ili on predstavlja osnov isključenja protivpravnosti.

## 1. MESTO U SISTEMU KRIVIČNOG PRAVA I TEORIJSKA OSNOVA

I dok se u stranim zakonodavstvima, uprkos nedostatku izričite zakonske regulative o ovom institutu, ipak može poslužiti odredbama u kojima se posredno pominju pristajanje, njegovo dejstvo i, što je posebno važno, navode njegova ograničenja,<sup>2</sup> u srpskom krivičnom zakonodavstvu sličnih polaznih osnova nema. No, uprkos tome, kod nas danas postoji veći stepen saglasnosti u pogledu dejstva, odnosno mesta pristanka povređenog nego što je to slučaj u stranoj nauci. Naime, kada se govori o protivpravnosti kao elementu u opštem pojmu krivičnog dela i osnovima koje je isključuju, pored dela malog značaja (čl. 18. KZ), nužne odbrane (čl. 19. KZ) i krajnje nužde (čl. 20. KZ) kao opštih osnova predviđenih zakon(ik)om, kao osnovi koje zakon ne poznaje pominju se vršenje službene dužnosti, naređenje pretpostavljenog, dozvoljeni rizik, preduzimanje medicinskih zahvata,<sup>3</sup> vršenje roditeljskog prava.<sup>4</sup> U ovu poslednju grupu svrstava se i pristanak povređenog.

„pristanak povređenog“, u ovom radu je korišćen upravo ovaj opšteusvojeni pojam, koji će se, pak, tumačiti šire, kao pristanak na povredu, odnosno ugrožavanje.

- 2 Tako se u nemačkom Krivičnom zakoniku u § 228 govori o pristajanju na telesnu povredu („Ko preduzme radnju telesne povrede sa pristankom povređenog, postupa protivpravno samo ako se delo, uprkos pristanku, protivi dobrom moralu“) dok se u § 90 st. 1 austrijskog Krivičnog zakonika reguliše pristajanje na telesnu povredu, odnosno ugrožavanje telesnog integriteta, tj. telesne sigurnosti („Telesna povreda ili ugrožavanje telesne sigurnosti nisu protivpravne, ako je povređeni ili ugroženi pristao na njih i kada povreda ili ugrožavanje kao takvi ne krše dobar moral“). Iako najviše kritika na račun shvatanja koji pristanak povređenog vide kao osnov koji isključuje protivpravnost potiče upravo sa nemačkog govornog područja (Roxin, Schmidhäuser), iz ovih odredaba je jasno da pristanak ima upravo to dejstvo, a da uz pomoć argumentum a maiori ad minus možemo da tumačimo da će u tamošnjem pravu pristanak tim pre važiti za povredu ili ugrožavanje nekog imovinskog dobra. Više o pojmu „dobrog morala“ (gute Sitten) vid. P.-R. Gülpel, *Der Begriff der guten Sitten in § 228 StGB*, Troisdorf, 2009.
- 3 Iako je (pretpostavljeni) pristanak povređenog usko povezan sa preduzimanjem medicinskih zahvata (on je jedan od nekoliko uslova koji kumulativno moraju da budu ispunjeni ne bi li se isključila protivpravnost dela), obim članka i, što je još važnije, značaj preduzimanja medicinskih zahvata u praksi i mnoštvo spornih situacija koje oni nose sa sobom, čine opravdanim određenje predmeta ovog rada na jedan uopšten način, dok bi se preduzimanju medicinskih intervencija kao mogućem osnovu isključenja protivpravnosti drugom prilikom posvetila odgovarajuća pažnja. O njima će u ovom radu biti reči u meri u kojoj je to neizostavno potrebno za, koliko je to moguće, celovit prikaz problematike pristanka povređenog.
- 4 Z. Stojanović, *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd, 2010, str. 133 i dalje. Slično: T. Živanović, *Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije – opšti deo*, Beograd, 1935, str. 239. i dalje. Đorđević razlikuje slučajeve u kojima će pristanak povređenog, u skladu sa ranije važećim, materijalno-formalnim pojmom krivičnog dela, ispuniti uslove za neznatnu društvenu opasnost (društvena opasnost, dakle, i kod pristanka povređenog postoji, pošto, premda se pojedinac odrekao interesa očuvanja svog dobra, postoji i interes društva za njegovim očuvanjem) ili će imati implikacije kod odmeravanja kazne. Vid. M. Đorđević, *Krivičnopravni značaj pristanka povređenog*, *Pravni život* br. 4, Beograd, 1963, str. 3. i dalje. Slično: S. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević, *Krivično pravo*,

Kako je napred već napomenuto, pristanak povređenog može imati uticaja na drugi (predviđenost u zakonu) i treći element (protivpravnost) u opštem pojmu krivičnog dela. U prvom slučaju radi se o tome da nije ispunjen zakonski opis, odnosno (objektivno) biće nekog krivičnog dela, jer saglašavanje lica prema kome se neke radnje preduzimaju isključuje prinudu kao bitan element tih krivičnih dela (npr. kod krivičnog dela silovanja iz čl. 178. KZ koje je sastavljeno iz obljube i prinude, odnosno predstavlja prinudu na obljubu; ili kod krivičnog dela razbojništva iz čl. 206. KZ). Druga grupa slučajeva odnosi se na krivična dela kod kojih se zahteva nepostojanje „ovlašćenja“ lica, a ukoliko ono postoji, delo se ne vrši neovlašćeno (npr. krivično delo narušavanja nepovredivosti stana iz čl. 139. KZ, krivično delo neovlašćenog korišćenja tuđeg vozila iz čl. 213. KZ<sup>5</sup>). Međutim, treba napomenuti da u ovoj konstelaciji pristanak povređenog ne predstavlja opšti institut, već da se radi o tumačenju konkretnog slučaja, odnosno ispunjenosti zakonskog opisa.<sup>6</sup> Bilo bi, razumevanja, bolje prepoznatljivosti i lakšeg razlikovanja radi, pristanak povređenog onako kako u ovde opisanom smislu isključuje postojanje krivičnog dela (tako što nema elementa predviđenosti u zakonu) i terminološki odvojiti od pristanka povređenog kao osnova isključenja protivpravnosti. U nemačkoj i austrijskoj literaturi i sudskoj praksi je to već učinjeno, te se do sada opisano dejstvo na predviđenost u zakonu označava kao (*tatbestandsausschließendes*) *Einverständnis*, dok se pristanak kao osnov isključenja protivpravnosti naziva (*rechtfertigende*) *Einwilligung*, a postoji termin i za naknadno dat pristanak, tj. saglasnost (*nachträgliche Genehmigung*). U našem pravu bi se mogla zamisliti naučno predložena i potom u sudskim odlukama potvrđena slična terminološka diferencijacija.<sup>7</sup> Naredno pitanje na koje treba dati odgovor jeste zapravo sâmo polazište; naime, šta čini teorijsku osnovu pristanka povređenog?

Još u rimskom pravu je važno da *volenti non fit iniuria*.<sup>8</sup> Tome se danas priključuje čovekovo pravo samoodređenja,<sup>9</sup> kao segment Ustavom zajemčenog pra-

---

*opšti deo*, Beograd, 2000, str. 151. I tada se, dakle, kao i sada, u našoj teoriji polazilo od koncepcije da pristanak povređenog utiče na protivpravnost (tada kao neznatna društvena opasnost, što bi se moglo upodobiti današnjem opštem osnovu isključenja protivpravnosti – delu malog značaja, a danas kao osnov isključenja istog elementa, a čiji su uslovi tako postavljeni da je moguće proširiti raspravu o njemu i postaviti pitanje da li se on pre može okarakterisati kao opšti, ili, pak, kao posebni osnov isključenja protivpravnosti).

- 5 Kod ovog krivičnog dela se izričito i pominje pristanak: „Ko bez pristanka ovlašćenog lica koristi tuđe motorno vozilo, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do tri godine.“
- 6 U tom smislu: D. Kienapfel, F. Höpfel, *Grundriss des Strafrechts AT*, 12. Auflage, Wien, 2007, p. 76; H. Hinterhofer, *Die Einwilligung im Strafrecht*, Salzburg, 1998, p. 11; slično: Z. Stojanović, *op. cit.*, str. 134.
- 7 Tako bi se, na primer, pristanak koji negira ostvarenost zakonskog opisa mogao nazvati „saglasnošću“; dalje bi pristanak kao osnov isključenja protivpravnosti zadržao termin „pristanak“, a naknadno dat pristanak bi se mogao označiti kao „odobrenje“, s tim što bi, nevezano za konkretno prihvaćene pojmove, u svakom slučaju morao da postoji nedvosmislen konsenzus prakse i teorije (s obzirom na to da kod ovog pitanja nema zakonske regulative) u vezi sa njihovim značenjima.
- 8 „Onom ko želi (pristaje) ne čini se nepravo“.
- 9 Pominje se i kao pravo samoopredeljenja (the right of self determination). Z. M. Petrović, Telesne povrede i pristanak povređenog, *Pravni život* br. 9/1996, str. 125. O pravu samoodređenja „one

va na slobodan razvoj ličnosti (čl. 23. Ustava RS).<sup>10</sup> To znači da nosilac pravnog dobra može njime da raspolaže, pa tako i drugima da dozvoli da unište to (njego-vo individualno) dobro i da (i na taj način) slobodno razvija svoju ličnost, ukoliko to nije ograničeno nekim opštim interesima. Time to drugo lice ne samo da ne povređuje tuđe dobro; ono, naprotiv, sudeluje u ostvarenju prava nosioca dobra;<sup>11</sup> navodi se čak da učinilac dela kao njegov „izvršni organ“.<sup>12</sup> Zagovornici ideje o neispunjenju zakonskog opisa bića govore o tome da je lice koje je dalo pristanak preuzelo odgovornost za povredu sopstvenih dobara, te da izmena dobra koja odgovara dispoziciji njegovog nosioca i koju prouzrokuje učinilac ovome ne može da se pripiše (poseban slučaj isključenja objektivnog uračunavanja).<sup>13</sup> Iza ovakve koncepcije stoji shvatanje pravnog dobra kao jedinstva sâmog dobra i mogućnosti raspolaganja njime.

*Ratio* na kome počiva pristanak povređenog je, dakle, pravo samoodređenja, a razmimoilaženja postoje oko sistematskog pozicioniranja pristanka.<sup>14</sup> Prvi susret sa opštim pojmom krivičnog dela je upravo opisan, a naredno pitanje koje se postavlja jeste ono koje zapravo najviše zaokupira pažnju naše stručne javnosti: da li pristan-ku povređenog dati karakter osnova isključenja protivpravnosti?<sup>15</sup>

Centralni problem ovde glasi: gde povući granicu između krivičnih dela za koja je društvo apsolutno zainteresovano i za čiju zaštitu se ne može dati pravo pojedincu da odlučuje o tome da li će krivično delo biti isključeno, i onih gde bi se eventualno moglo dozvoliti pasivnom subjektu da svojim pristankom isključi njihovu protivpravnost.<sup>16</sup> Isključujuće dejstvo pristanka se mahom obrazlaže pu-tem dve teorije. Prema teoriji o odricanju pravne zaštite (*Rechtsschutzverzichtstheorie*), pristanak je odricanje od (krivično)pravne zaštite koje svoje opravdanje crpi iz prava na samoodređenje, tako da se prohibitivna norma, na kraju, povlači, tj. biva potisnuta.<sup>17</sup> Iza toga stoji shvatanje prema kome nema potrebe štititi nečije pravno dobro, ukoliko već sâm nosilac ne iskazuje interes za time (princip nepo-stojanja interesa, *Prinzip des mangelnden Interesses*).<sup>18</sup> Zastupnici teorije o vaganju interesa (*Interessenabwägungstheorie*) smatraju da se pravo samoodređenja suče-ljava sa zaštićenim pravnim dobrom, te da se potom odmerava, „vaga“ koji interes

druge strane“, tj. učinioca en générale vid. D. Drakić, T. Lukić, Krivično pravo i sposobnost čovekovog samoodređenja, *Crimen*, br. 1/2011, str. 88 i dalje.

10 Čl. 23. Ustava Republike Srbije glasi: „Svako ima pravo na slobodan razvoj ličnosti, ako time ne krši prava drugih zajemčena Ustavom.“

11 K. Kühl, *Strafrecht AT*, München, 1994, p. 293.

12 U. Kindhäuser, *Strafrecht AT*, 4. Auflage, Bonn, 2009, p. 108.

13 U. Kindhäuser, *ibid.*

14 H. Hinterhofer, *op. cit.*, p. 10.

15 Z. Stojanović, *op. cit.*, str. 135.

16 Z. Stojanović, *ibid.*

17 Th. Lenckner, D. Sternberg-Lieben, u: A. Schönke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Auflage, München, 2010, p. 572; H. Kienapfel, F. Höpfel, *op. cit.*, p. 76. Davanjem pristanka na povredu svoga dobra, povređeni se u stvari odriče svog interesa za očuvanjem istoga, te time otpada i potreba krivičnopravne zaštite povređenog dobra u odnosu na njegovog nosioca (...). M. Dorđević, *op. cit.*, str. 4.

18 Th. Lenckner, D. Sternberg-Lieben, *ibid.*

ima prednost. Ovde se, dakle, pravo samoodređenja i pravno dobro shvataju kao dve samostalne vrednosti (za razliku od napred opisanog shvatanja o njihovom jedinstvu, kada pristanak isključuje postojanje krivičnog dela već na drugom, tj. na nivou predviđenosti u zakonu).<sup>19</sup> Ukoliko autonomija pojedinca odnese prevagu nad povredom dobra, nastalu učiniočevom radnjom, tada će biti isključena protivpravnost. Premda se teorija o odricanju pravne zaštite i teorija o vaganju interesa postavljaju kao dve suprotstavljene, smatramo da su obe ispravne, čak povezane. Naime, pojedinac se najpre (moglo bi se reći pod odložnim uslovom) odriče pravne zaštite svog dobra, a potom se stavlja na tas taj njegov izraz volje (što predstavlja zapravo manifestaciju njegovog prava samoodređenja) i pravno dobro koje je zaštićeno određenom inkriminacijom.<sup>20</sup> Ovakvo odmeravanje slikovito pokazuje da pomenuto pravo (naravno) nije neograničeno, da će zavisi od prirode pravnog dobra koje se nalazi na drugom tasu, čime dolazimo do većitog (i ujedno našeg, nešto drugačije formulisanog, uvodnog) pitanja krivičnog prava: šta treba i u kojoj meri njime uopšte štiti.

Pre no što pređemo na uslove čija ispunjenost isključuje protivpravnost, a donekle odgovara i na upravo postavljeno pitanje, ostaje da pomenemo dalja (moguća) dejstva pristanka povređenog koja postoje na planu odmeravanja kazne. On se može tretirati kao olakšavajuća okolnost kada se ocenjuju pobude iz kojih je delo učinjeno. Može isto tako da predstavlja doprinos ne samo pri odmeravanju kazne, već i u svim slučajevima gde dolazi u obzir ocena ličnosti učinioca (uslovna osuda, sudska opomena i dr).<sup>21</sup> Moguće je i da sâm zakonodavac ovo ima na umu prilikom propisivanja krivičnih dela, kao što je to na primer slučaj sa krivičnim delom nedozvoljenog prekida trudnoće iz čl. 120. KZ, gde pobačaj izvršen ili započet bez pristanka bremenite žene predstavlja teži oblik ovog krivičnog dela.

## 2. USLOVI PRISTANKA POVREĐENOG KAO OSNOVA ISKLJUČENJA PROTIVPRAVNOSTI

Da bi podudaranje volje povređenog (ugroženog) sa nanetom mu povredom (ugroženjem)<sup>22</sup> moglo da bude krivičnopravno relevantno za učinioca koji je prouzrokovao tu povredu (ugrožavanje), neophodno je da budu kumulativno ispunjeni određeni uslovi. S obzirom na to da ne postoji izričita zakonska odredba o ovome, zadatak je sudske prakse i u mnogo većoj meri teorije da barem okvirno odredi uslove koji će isključiti protivpravnost dela.

19 D. Sternberg-Lieben, *Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht*, Tübingen, 1997, p. 59.

20 Fuchs inače ispravno zapaža da u konstelaciji pristanka povređenog „dobro koje se štiti“ i „dobro koje se žrtvuje“ pripadaju jednoj te istoj osobi, tako da ovde nema sukoba interesa različitih lica, već postoji sukob vrednosti nosioca zaštićenog pravnog dobra. H. Fuchs, *Österreichisches Strafrecht AT I*, 7. Auflage, Wien, 2008, p. 134. Tome se može dodati da (naspram ovom internom) postoji svojevrсни eksterni sukob između interesa pojedinca i interesa društva (koje će omeđiti slobodu raspolaganja pojedinca. Vid. 2.1. Disponibilnost pravnog dobra).

21 M. Đorđević, *op. cit.*, str. 7.

22 T. Živanović, *op. cit.*, str. 239.



## 2.1. Nosilac povređenog dobra

Prvi i osnovni uslov za pravovaljani pristanak povređenog jeste da je on dat od strane nosioca povređenog (individualnog) dobra. Izuzetno, njegov zakonski zastupnik (roditelj, staralac) može da nadomesti njegovu volju. Ukoliko se radi o zastupanju u davanju izjave, ograničenja ne postoje, dok je zastupanje u sâmoj (sadržini) volje restriktivno određeno.<sup>23</sup>

## 2.2. Disponibilnost pravnog dobra

Priroda dobra koje je predmet krivičnopravne zaštite i kojim neko lice može (manje ili više) slobodno da raspolaze zapravo je centralni uslov pristanka povređenog. U našoj ranijoj teoriji je pravljena razlika između urođenih i stečenih prava, otuđivih i neotuđivih, između prava koja se štite u javnom i prava koja se štite u privatnom interesu.<sup>24</sup> U stranoj teoriji je u međuvremenu prihvaćeno obeležje disponibilitnosti, koje deluje prihvatljivo i za našu teoriju, s obzirom na to da se pod njime svi napred navedeni pojmovi mogu podvesti. Disponibilna su ona dobra kojima pojedinac može da raspolaze, te tako i da se odrekne njihove zaštite. On to može da čini neograničeno sa individualnim pravnim dobrima poput časti i ugleda, slobode, imovine, pri čemu motivi za davanje pristanka na povredu tih dobara nisu od značaja.<sup>25</sup> Najviše pravno dobro pojedinca – život, u potpunosti je izuzet iz ove kategorije, što se može zaključiti već na osnovu inkriminisanja eutanazije (krivično delo lišenja života iz samilosti iz čl. 117. KZ), kao i krivičnog dela navođenja na samoubistvo i pomaganja u samoubistvu (čl. 119. KZ). Što se telesnog integriteta i zdravlja ljudi tiče, pristanak na tešku telesnu povredu bi se mogao okarakterisati kao suprotan zaštiti čoveka, osnovnih društvenih vrednosti (čl. 3. KZ) i etičkim principima društva, dok je kod lake telesne povrede indirektno priznat pristanak povređenog kroz odredbu da se gonjenje za ovo delo preduzima po privatnoj tužbi (čl. 122, st. 4. KZ). No, kako je još T. Živanović uočio, „po pristanku naneta laka telesna povreda treba da se smatra kao protivpravno delo samo onda, ako je sredstvo za izvršenje kog krivičnog dela, gde pristanak ne isključuje protivpravnost“.<sup>26</sup> Jer, ako je cilj povređivanja ostvarivanje nezakonitih prava ili naknada iz zdravstvenog ili penzijskog osiguranja (vid. čl. 168. KZ) ili npr. izbegavanje služenja vojnog roka (vid. čl. 397. KZ), nikakav pristanak na povređivanje ne bi mogao da isključi protivpravnost.<sup>27</sup>

## 2.3. Sposobnost pristajanja

Pristajanje na samu po sebi pravom zabranjenu posledicu je akt kojim se iskazuje pravo samoodređenja, ali samo ukoliko su ispunjeni određeni uslovi koji se

23 C. Roxin, *Strafrecht AT I*, München, 2006, r. 580.

24 M. Đorđević, *op. cit.*, str. 5.

25 Tako, na primer, ukoliko lice A na molbu lica B zapali kuću lica B, a u cilju naplate sume na koju je kuća bila osigurana, onda lice A, uprkos negativno vrednovanom motivu, neće odgovarati za uništenje tuđe stvari, ali će moći da odgovara za druga krivična dela, poput prevare u osiguranju (čl. 208 a KZ) ili izazivanje opšte opasnosti (čl. 278. KZ).

26 T. Živanović, *op. cit.*, str. 245.

27 I. Vuković, Krivičnopravni problemi prenošenja HIV-a, *Crimen*, br. 1/2010, str. 73.

vezuju za davaoca pristanka. On, naime, mora da poseduje tzv. stvarnu („prirodnu“) sposobnost razumevanja (shvatanja) i odlučivanja, tj. konkretni davalac pristanka u konkretnom slučaju u potpunosti mora da prepozna i proceni prirodu, značaj i razmere svog pristanka. Poslovna sposobnost u građanskopravnom smislu ovde nije neophodna, kao što nije postavljena ni neka starosna granica, tako da se kao davalac pristanka može pojaviti i dete, i duševno bolesno lice, pod uslovom da kod njih u konkretnom slučaju postoji sposobnost da na osnovu svog individualnog stepena duševnog razvoja shvate značaj, prirodu i razmere pristanka koji daju. Kod punoletnih lica se jedna ovakva sposobnost pretpostavlja i ne može se negirati čak i ako je pristanak očigledno nerazuman;<sup>28</sup> u suprotnom bi se pristanak „od instrumenta samoodređenja pretvorio u sredstvo pametovanja prava.“<sup>29</sup> Kod maloletnika se u pogledu njihovog individualnog stepena zrelosti uslovi postavljaju srazmerno težini povrede pravnog dobra. Što je povreda veća, to važe stroži uslovi za njegovu sposobnost pristajanja. Obrnuto, ona će se pretpostaviti tim pre ako se maloletnik bliži punoletstvu, odnosno ako je zadiranje u njegovo dobro manje.

#### 2.4. *Nepostojanje mana volje*

Pristanak kojim se dozvoljava zadiranje u prava pasivnog subjekta koje ispunjava zakonski opis krivičnog dela i koje bi inače bilo protivpravno mora da bude dat svesno i dobrovoljno; drugim rečima, takva dalekosežna odluka ne sme da predstavlja proizvod mana volje davaoca pristanka. Postojanje prinude, prevare ili zablude, stoga isključuje dejstvo pristanka, o čemu postoji jednoglasnost u teoriji,<sup>30</sup> dok se mišljenja razilaze u pogledu pojedinačnih uslova za svaku od njih.

Nesporno je da se mane volje ne shvataju u građanskopravnom smislu; ovo već zbog toga što se ni pristanak povređenog ne tretira kao izjava volje radi zaključenja pravnog posla, odnosno „kao prenos jednog prava ili vršenja jednog prava od povređenog na povredioca, na osnovu čega druga strana i njeni pravni poslednici do-

28 Suprotan stav je zauzeo nemački Savezni sud u svojoj odluci iz 1978 godine: Stomatolog S je svojoj pacijentkinji A, koja je godinama болоvala od jake glavobolje čiji uzrok ni nakon mnogo brojnih ispitivanja nije mogao da se utvrdi, na njeno insistiranje izvadio svih 16 zuba iz gornje vilice, iako je smatrao da ta mera nije medicinski indikovana. Međutim, prethodno je došlo do nesporazuma, pošto je pacijentkinja smatrala da postoji povezanost između njenih bolova i plombiranih zuba, te je samo i te želela da izvadi, a ne svih 16. Njeno zdravstveno stanje se nakon preduzete ekstrakcije zuba nije popravilo. Savezni sud je u svojoj odluci u ovom slučaju stao na stanovište da pacijentkinja A nije posedovala sposobnost za pristanak. Njeno laičko (ne) razumevanje i zahtev za vađenjem svih zuba, donet na osnovu besmislene dijagnoze koju je sama sebi postavila, ne mogu njen pristanak da učine punovažnim. Iz toga proizlazi da nerazuman pristanak neće isključiti protivpravnost. BGH NJW 1978, 1206. R. Hefendehl, Vorlesung Strafrecht AT (WS 08/09), predavanje dostupno na: [www.strafrecht-online.org](http://www.strafrecht-online.org). Pristupljeno stranici: 23.06.2011. godine. Ovakvo shvatanje kritikuje Roxsin. On smatra da mora da postoji sloboda delanja u ustavom dozvoljenim granicama, a to obuhvata kako razumne, tako i nerazumne odluke. Uostalom, ako je opšteprihvaćeno da lekar mora da odustane od intervencije čak i kada je pacijentovo protivljenje toj intervenciji nerazumno, onda to mora da važi i u obrnutom slučaju, kada se intervencija vrši na osnovu nerazumnog pristanka pacijenta. C. Roxin, *op. cit.*, p. 575.

29 Th. Lenckner, D. Sternberg-Lieben, *op. cit.*, p. 575.

30 H. Fuchs, *op. cit.*, p. 141; H. Kienapfel, F. Höpfel, *op. cit.*, p. 77; Th. Lenckner, D. Sternberg-Lieben, *op. cit.*, p. 577.

bijaju pravo na izvršenje povrede<sup>31</sup> kako su tvrdili zastupnici teorije pravnog posla (*Rechtsgeschäftstheorie*). Dalje je u krivičnom pravu pravilo da je pristanak nevažeći već ako postoje mane volje (*ex nunc*), tj. pristanak se ne mora naknadno pobijati. Građanskopravnim terminima izraženo: pristanak je ništav, a ne tek rušljiv.<sup>32</sup>

Primena prinude (sile i/ili pretnje) isključuje slobodu volje, tako da nema punovažnog pristanka povređenog. Pri tome se pojam prinude može odrediti prema krivičnom delu prinude iz čl. 135. KZ, a nije važno da li prinudu primenjuje primalac pristanka ili treće lice.<sup>33</sup>

Više diskusije nego stepen intenziteta prinude izazvalo je pitanje prevare. Tradicionalno shvatanje polazi od toga da nema punovažnog pristanka ako se prevarem izazvana zabluda odnosi bilo na glavne, bilo na sporedne aspekte odustanka od određenog pravnog dobra.<sup>34</sup> Druga teorija, koju je postavio Arzt, postavlja granice opštoj nevažnosti pristanka i vezuje ga za prevare u pogledu pravnog dobra. Prema tom shvatanju, relevantne su samo one prevare koje se odnose na posledicu, značaj i razmere odustanka od pravnog dobra. Tako, na primer, neće važiti onaj pristanak lica koje je ono dalo misleći da će medicinski zahvat da preduzme hirurrg, a ne student medicine koji se predstavio kao lekar. Irelevantne su, sa druge strane, zablude o motivu i zablude u pogledu pratećih okolnosti; kada na primer lekar prevari svog pacijenta u pogledu troškova lečenja. Nije ključno da je lice bilo u zabludi, već je bitno u kom pogledu je ono to bilo. Iako se i tu radi o zabludi, ona ipak nije takva da se suprotstavlja autonomnom raspolaganju davaoca pristanka; on zna šta čini, on zna da pristaje na lečenje, tako da je njegova odluka slobodno doneta. Kompromisna rešenja se trude da pomire ova dva shvatanja, te tako Roksinski aspektu pravnog dobra dodaje još prevaru u vezi sa altruističkim ciljem kojim je davalac pristanka bio vođen;<sup>35</sup> na primer kada neko pristane na telesnu povredu misleći da to čini zarad sprovođenja važnog eksperimenta koji služi otkrivanju leka za rak, ne znajući da je učiniočeva jedina namera ta da mu naškodi.

Tipična situacija koja spada u treću grupu mana volje (zabludu koja nije posledica prevarnog postupanja) jeste ona u kojoj lekar ima obavezu da svom pacijentu pruži potrebna obaveštenja u vezi sa preduzimanjem medicinskih zahvata.<sup>36</sup>

Naposletku, treba reći da volja treba da bude izjavljena ne samo slobodno i dobrovoljno, već ona mora da bude i ozbiljna, tj. isključene su tzv. prividne ili šaljive izjave volje.

## 2.5. Manifestacija pristanka, vreme i opozivost

Prema teoriji usmerenosti volje (*Willensrichtungstheorie*), dovoljno je da postoji unutrašnja saglasnost lica koje daje svoj pristanak; ne zahteva se njena spoljna manifestacija. Ova teorija se, međutim, iz razloga pravne sigurnosti ne može prihvatiti.

31 T. Živanović, *op. cit.*, str. 16.

32 H. Hinterhofer, *op. cit.*, p. 87.

33 H. Hinterhofer, *ibid.*, p. 89.

34 Tako Amelung, Baumann/Weber/Mitsch, Hirsch, Maurach/Zipf. H. Hinterhofer, *ibid.*, p. 93.

35 C. Roxin, *op. cit.*, p. 584.

36 Više o tome: Lj. Krulj, *Odgovornost lekara zbog neobaveštavanja pacijenta o rizicima operacije, Pravo – teorija i praksa*, Novi Sad, 2000, str. 69 i dalje.

Njen antipod je teorija izjave volje (*Willenserklärungstheorie*), koja zahteva ne samo da je volja izjavljena, već i da je to učinjeno u skladu sa odgovarajućim pravilima građanskog prava. No, kako su ovi uslovi suviše striktno postavljeni i kako se jedna krivičnopravna situacija, koja imaju svoju logiku i svoja pravila postupanja, ne može posmatrati očima građanskog prava, tako je prihvaćena ublažena teorija izjave volje (*abgeschwächte Willenserklärungstheorie*), prema kojoj je dovoljno da je volja izjavljena, da je izričito ili konkludentno, pisanim ili usmenim putem ispoljena, ne nužno učiniocu,<sup>37</sup> a posebno ne u građanskopravnom smislu. Pasivno trpljenje, pak, ne bi bilo dovoljno.<sup>38</sup> Na ovom mestu valja spomenuti tzv. subjektivni element isključenja protivpravnosti, što zapravo predstavlja delovanje učinioca na osnovu pristanka ili barem sa znanjem o njegovom postojanju,<sup>39</sup> drugim rečima, dovoljno je da učinilac zna da postoji pristanak povređenog, ali to ne mora da bude motiv njegovog (ne)činjenja, pošto je ne vrednost radnje „neutralizovana“ već samim njegovim (učiniočevim) znanjem o tome da se nosilac pravnog dobra odrekao tog dobra, odnosno njegove pravne zaštite.<sup>40</sup> Pošto volja mora da se ispolji, ali ne nužno prema učiniocu, može da se desi da učinilac ni ne zna da je pristanak uopšte dat. U tom slučaju on će odgovarati za nepodoban pokušaj.

Izražavanje volje ne zahteva određenu formu, tako da se izjava tog unutrašnjeg stava može javiti u obliku molbe, pristanka, zahteva, zapovesti,<sup>41</sup> ali u svakom slučaju mora da bude jasno manifestovana i ne sme se dovesti u sumnju.<sup>42</sup>

Pristanak treba da bude dat pre ili najkasnije istovremeno sa započinjanjem radnje izvršenja, i mora da postoji i u trenutku dovršenja krivičnog dela. Ako je pristanak dat nakon započinjanja radnje izvršenja, ali pre dovršenja dela, biće isključena kažnjivost zbog dovršenog krivičnog dela, ali će postojati odgovornost za pokušaj. Ako ni u trenutku dovršenja dela nema (važjećeg) pristanka, tada će učinilac biti kažnjen za dovršeno krivično delo. Naknadna saglasnost ne utiče na postojanje krivičnog dela.

Jednom dat pristanak se do dovršenja krivičnog dela bezuslovno može opozvati.

37 U tom smislu: F. Salimi, *Das subjektive Rechtfertigungselement im Strafrecht*, Wien, 2010, p. 78; U. Kindhäuser, *op. cit.* p. 109. Kao primer bi se mogao navesti nalog upućen zaposlenom u supermarketu da ne interveniše u slučaju da primeti krađu. Th. Lenckner, D. Sternberg-Lieben, *op. cit.*, p. 577.

38 „To što je oštećena nakon što je optuženi primenio silu i pretnju nad njom izjavila da je prestala da pruža otpor i dobrovoljno pristala na polni odnos, nikako ne znači da je ona dobrovoljno pristala na polni odnos. (...) S obzirom na njenu ličnost, te činjenicu da je bila zlostavljana u porodici od strane oca alkoholičara i navikla na trpljenje, što proizlazi iz njenog iskaza i iz nalaza i mišljenja veštaka, očito je da je usled svog psihičkog stanja pasivno trpela obljubu, a koje trpljenje je bilo izazvano silom i pretnjom.“ Presuda Vrhovnog suda Srbije Kž. 267/96 od 11. juna 1996 i Okružnog suda u Beogradu K. 312/95 od 18. oktobra 1995. godine. I. Simić, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, druga knjiga*, Beograd, 1998, str. 93.

39 D. Kienapfel, F. Höpfel, *op. cit.* p. 79. Više o subjektivnom elementu isključenja protivpravnosti vid. F. Salimi, *op. cit.*

40 K. Kühl, *op. cit.*, p. 299.

41 Razlika kod ovih oblika se sastoji u intenzitetu traženja (od molbe do zapovesti) i u pogledu lica od kog potiče inicijativa za davanje pristanka (pristanak implicira da postoji ponuda na koju neko lice pristaje, dok zapovest ukazuje na izvornu volju nekog lica kojoj nije prethodila ponuda).

42 Zoran M. Petrović, *op. cit.*, str. 129.

### 3. TELESNE POVREDE PRI SPORTSKIM TAKMIČENJIMA

Pristanak povređenog je, pored preduzimanja medicinskih zahvata, naročito interesantan kod povreda nanetih prilikom sportskih takmičenja. Ranije su običaj-nopravna pravila razdvajala dozvoljeno od nedozvoljenog ponašanja u ovoj oblasti, a vremenom se započelo i sa formulisanim regulisanjem povreda u sportu, mahom u vidu pravila koje donose međunarodne sportske asocijacije za svaku sportsku disciplinu ponaosob.<sup>43</sup>

Najopštiji argument koji se može čuti, jeste taj da je dozvoljeno sve što nije suprotno zakonima javnog poretka, pa će to važiti i za većinu sportskih disciplina.<sup>44</sup> Dalje preciziranje je svakako neophodno, tako da će krivično delo biti isključeno ukoliko je povreda naneta u okviru pravila sportskog takmičenja; dakle, ili kada je povreda sama po sebi dozvoljena (npr. kod borilačkih sportova, a posebno u boksu) ili je povreda uobičajena i kažnjava se u okviru pravila igre (npr. faul u fudbalu). Ukoliko je do nje došlo umišljajno, ili ona nije naneta u okviru pravila sporta, već iz nekih drugih razloga ili motiva, postojaće krivično delo.<sup>45</sup> U tom pravcu se i naša sudska praksa nedvosmisleno izjasnila.<sup>46</sup>

Fuchs se zalaže za uvođenje posebnog osnova isključenja protivpravnosti koji naziva „priznato bavljenje sportom“ (*anerkannte Sportausübung*) i nudi za to i konkretne, nešto strože postavljene uslove. On smatra da su opasne radnje prilikom bavljenja jednim u društvu priznatim sportom (dakle, ne i npr. borbe gladijatora) opravdane ako se lice ili pridržavalo važećih pravila igre i takmičenja (uključujući merodavne bezbednosne mere), ili ako opasna radnja proizlazi iz tipičnih, za određenu sportsku disciplinu praktično neizbežnih povreda pravila igre. Pretpostavka

43 Krivičnopravne mere koje se previđaju u zakoni(ci)ma su uglavnom usmerene na sprečavanje i suzbijanje nasilničkog ponašanja među navijačima čime se štiti javni red i mir (krivično delo nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi iz čl. 344a KZ, nova mera bezbednosti uvedena Novelom KZ iz decembra 2009. godine – mera zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama iz čl. 89 b KZ). Ekstenzivnim tumačenjem bismo i povrede nastale u pomenutim okvirima mogli da smatramo povredama pri sportskim takmičenjima. Teleološki metod nas ipak vraća na sportski teren.

44 Z. M. Petrović, *op. cit.*, str. 127.

45 Z. Stojanović, *op. cit.*, str. 135.

46 „Ne može se primeniti pravni institut ‘pristanak povređenog’ kada je optuženi prilikom utakmice u malom fudbalu udario oštećenog pesnicom i naneo mu tešku telesnu povredu. Optuženi je revoltiran padom na terenu zbog podmetnute noge od strane oštećenog podigavši se sa zemlje udario oštećenog pesnicom u predelu lica i naneo mu tešku telesnu povredu u vidu nasilnog izbijanja jednog sekutića i rasklačenja sa ispadanjem drugog zuba. Nesporno je da učesnici u sportskoj igri pristaju i prihvataju da u žaru sportske borbe eventualno budu i povređeni. Ali, u konkretnom slučaju fudbalski sudija je zbog prekršaja oštećenog dao znak za prekid igre, a postupak optuženog koji je nakon toga prišao i udario oštećenog u predelu lica nikako se ne može smatrati slučajnošću, ni reakcijom u žaru sportske borbe, već njegovom namerom da se osveti oštećenom za sportski prekršaj, koji je ovaj nad njim prethodno učinio. Neprikladna su poređenja nastale povrede sa povredama zadobijenim u sportovima kao što su boks, karate i slično, koje branilac navodi u nameri da tešku telesnu povredu nanetu oštećenom prikaže kao uobičajenu fudbalsku utakmicu.“ Presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. 2400/99 od 31. decembra 1999. godine i presuda Opštinskog suda u Lazarevcu K. 82/99 od 12. jula 1999. godine). I. Simić, *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, treća knjiga*, Beograd, 2000, str. 83.

svemu ovo jeste da je povređeni dobrovoljno učestvovao u konkretnoj igri, odnosno takmičenju. Ne bi ovim, dakle, bile pokrivenne neuobičajene, posebno opasne povrede pravila igre.

#### 4. PRETPOSTAVLJENI PRISTANAK

Pretpostavljeni pristanak (*mutmaßliche Einwilligung*) se kao mogući osnov isključenja protivpravnosti najčešće pominje kod preduzimanja medicinskih zahvata, ali nije ograničen samo na te situacije. On predstavlja neku vrstu „surogata pristanka“.<sup>47</sup> Iz takvog njegovog određenja proističe to da sa jedne strane svi uslovi (osim postojanja izjave volje) koji se zahtevaju kod pristanka moraju i ovde da važe, a sa druge strane to da je on supsidijeran<sup>48</sup> naspram pristanku povređenog. Pretpostavljeni pristanak se javlja u dve situacije.

Prvi slučaj se opisuje kao radnja u interesu povređenog. Radi se o tome da postoji tzv. stanje nužde kada treba doneti odluku (*Entscheidungsnotstand*), tj. postoji neposredno preteća opasnost za pravno dobro povređenog koja iziskuje brzo delovanje da bi se otklonila opasnost koja preti drugom pravnom dobru povređenog, a za šta se ne može ili ne može pravovremeno dobiti pristanak nosioca tih pravnih dobara.<sup>49</sup> Na primer, kada lice F primeti da je u kući lica B pukla vodovodna cev, pa razbije stakla na prozoru njegove kuće i uđe ne bi li sprečio dalje izlivanje vode. Povreda tuđeg pravnog dobra na osnovu pretpostavljenog pristanka je opravdana ako se *ex ante* posmatrajući zaključi da bi se nosilac pravnog dobra, da je mogao blagovremeno da se pita, saglasio sa povredom (Bačić govori o „postupanju u pr(ij)eko potrebnom interesu“).<sup>50</sup> Bitna je, prema tome, njegova hipotetička volja *in concreto*, pri čemu se posebno moraju uzeti u obzir njegovi individualni interesi, želje i vrednosna shvatanja.<sup>51</sup> Ukoliko nema objektivnih indicija o njegovoj volji, treba poći od razumne odluke jednog običnog čoveka (*vernünftiger Normalmensch*) i u skladu sa time izvršiti odmeravanje vrednosti dobara o kojima se u konkretnom slučaju radi. Međutim, ukoliko postoji izričita, odrična volja nosioca, njegovo jasno „ne“, ma koliko ono delovalo nerazumno, onda se mora time voditi, pošto se, ponavljamo, radi o surogatu njegovog pristanka, te je odlučujuća njegova individualna, hipotetička volja, a ne objektivni interes.<sup>52</sup> U navedenom primeru, ako je opštepoznato da vlasnik kuće ni pod kojim uslovima ne dozvoljava da bilo ko ulazi na njegov posed dok on nije tu, onda bi se ta njegova volja morala i u ovom slučaju poštovati. Ne sme se smetnuti sa uma da se ovde u opasnosti od povrede nalaze dva dobra jednog te istog lica, te je važno kom dobru će on kao njihov nosilac dati prednost; primarna

47 Th. Lenckner, D. Sternberg-Lieben, *op. cit.*, p. 581.

48 Roxin, *op. cit.*, p. 826.

49 H. Fuchs, *op. cit.*, p. 143.

50 „U ovakvim slučajevima, da poduzeta djelatnost ne bi bila protupravna, ona mora biti poduzeta u interesu oštećenog. Ono što opravdava ovakva djela, mada se ona poduzimaju bez pristanka oštećenog, jest onaj krajnji pozitivni učinak za oštećenoga u jednoj specifičnoj situaciji, koja nameće hitnu, neodgodivu intervenciju.“ F. Bačić, *Krivično pravo, opći dio*, Zagreb, 1980, p. 221.

51 K. Kühl, *op. cit.*, p. 301.

52 Th. Lenckner, D. Sternberg-Lieben, *op. cit.*, p. 582.



je, dakle, njegova subjektivna ocena, tek sekundarno njihova objektivna vrednost, dok se kod krajnje nužde (na koju ova situacija u prvi mah podseća) radi o sukobu interesa različitih lica gde će objektivna procena okolnosti biti odlučujuća.<sup>53</sup> Tako će u situaciji krajnje nužde, kada je u stanu lica F pukla vodovodna cev i kada preti opasnost od prodiranja vode u stan suseda koji se nalazi ispod njega, biti opravdano da se otkloni opasnost tako što će se nasilno otvoriti vrata stana lica F da bi se sanirao nastali kvar i tako sprečila (dalja) šteta.

Drugi slučaj pretpostavljenog pristanka postoji kada (navodno) ne postoji interes povređenog, ali kada se sa sigurnošću može pretpostaviti da bi nosilac dobra, čak nezavisno od svojih interesa, pristao na povredu.<sup>54</sup> To će naročito biti verovatno ako je povreda neznatna (npr. deca pakuje voće koje je palo sa drveća suseda dok je on bio na odmoru), ako se učinilac nalazi u bliskom ličnom odnosu sa nosiocem dobra (npr. brat koristi motorno vozilo svoje odsutne sestre za jednu kratku vožnju), kao i kada je nosilac dobra u ranijim prilikama više puta pristao na to (npr. sestra je bratu više puta do tada dozvolila da koristi njeno vozilo).<sup>55</sup> Mogućnost zloupotrebe u ovakvim konstelacijama je velika; zato je neophodno da je za svakog razumnog čoveka jasno da bi pristanak bio dat da je bilo mogućnosti za to, a zasniva se na savesnoj proveri učinioaca, da je velika verovatnoća da bi pristanak bio dat. Ako se naknadno ispostavi da pristanak ipak ne bi bio dat, onda se protivpravnost i ovde isključuje, ali na osnovu dozvoljenog rizika.<sup>56</sup> Ako delo odgovara pravoj volji povređenog, onda povreda obaveze savesne provere nije od značaja.<sup>57</sup>

## 5. ZAKLJUČNE NAPOMENE

Kada se govori o osnovima isključenja protivpravnosti, uglavnom se misli na opšte osnove koje sadrži Krivični zakonik. No, pored dela malog značaja, nužne odbrane i krajnje nužde, izričito zakonski regulisanih i u velikom broju radova naučno obrađenih, postoji nemali broj osnova koje poznaju teorija i sudska praksa; između ostalih, u tu grupu spada i pristanak povređenog. Iako je zakon jedini glavni i neposredni izvor krivičnog prava, deluje preterano ako bi se zahtevalo iscrpno regulisanje apsolutno svih potencijalno krivičnopravno relevantnih odnosa i situacija. Stoga deluje prihvatljivo to što naš Zakonik nema odredbu koja bi se bavila pristankom povređenog. Pa ipak, treba napomenuti da osnovi isključenja protivpravnosti, poput dozvoljenog rizika, vršenja roditeljskog prava, ovde analiziranog pristanka povređenog itd. ne samo da nisu (podjednako) prihvaćeni, već da nisu ni u potpunosti precizirani. Razlozi pravne sigurnosti još uvek ne nalažu, ali preporučuju da se, ko-

53 H. Fuchs, *op. cit.*, p. 144.

54 Salimi ispravno primećuje da je ovakva konstelacija bliža pristanku povređenog kao osnovu isključenja protivpravnosti nego prva, pošto se ovde pretpostavlja odricanje od zaštite pravnog dobra. F. Salimi, *op. cit.*, p. 82. Drugim rečima, prva situacija podseća na krajnju nuždu, a druga je bliža pristanku povređenog. Još uopštenije rečeno: pretpostavljeni pristanak se nalazi između krajnje nužde i pristanka povređenog.

55 H. Fuchs, *op. cit.*, p. 144. U tom smislu i: F. Bačić, *op. cit.*, p. 221.

56 Th. Lenckner, D. Sternberg-Lieben, *op. cit.*, pp. 582, 583; K. Kühl, *op. cit.*, p. 301.

57 Th. Lenckner, D. Sternberg-Lieben, *ibid.*, p. 583.

liko je to zbog neobično dinamičnog i ne u svim rešenjima zadovoljavajućeg razvoja krivičnog prava kod nas<sup>58</sup> moguće, izvrše osnovna preciziranja uslova i dejstva tih osnova, prevashodno od strane sudova uz odgovarajuću teorijsku potporu koju bi pružila nauka. Potreba za time nije još dostigla stepen koji bi zahtevao hitno postupanje, između ostalog i zbog toga što kod nas, za razliku od stranih prava, još uvek postoji saglasnost oko njihovih osnovnih crta. No, usložnjavanje životnih procesa u svim segmentima neminovno će se odraziti i na krivično pravo, tako da razmišljanja (kakva npr. postoje u stranoj teoriji u pogledu pristanka povređenog) u pogledu nekih doskora opšteprihvaćenih rezultata nisu isključena. Govoreći u tom kontekstu o pristanku povređenog, ne deluje da će se radikalni zaokret u dogledno vreme (ako uopšte) desiti. On se shvata kao osnov isključenja protivpravnosti, što smatramo opravdanim. Ako krajnja nužda, gde dolazi do povrede jednog dobra radi zaštite tuđeg dobra, neutrališe protivpravnost, onda bi to tim pre trebalo da važi za pretpostavljeni pristanak povređenog gde su nosilac povređenog i zaštićenog dobra jedna ista osoba, a koji se opet oslanja na pristanak povređenog. Kod nas, dakle, nema još razloga za zabrinutost, ali bi pojačana (harmonizovana) aktivnost sudija i naučnika u vezi sa tim pitanjem bila poželjna.

## LITERATURA

- Bačić, F.: Krivično pravo, opći dio, Zagreb, 1980
- Vuković, I.: Krivičnopravni problemi prenošenja HIV-a, *Crimen*, br. 1/2010
- Drakić, D., Lukić, T.: Krivično pravo i sposobnost čovekovog samoodređenja, *Crimen*, br. 1/2011
- Dorđević, M.: Krivičnopravni značaj pristanka povređenog, *Pravni život* br. 4, Beograd, 1963
- Živanović, T.: Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije – opšti deo, Beograd, 1935
- Fuchs, H.: Österreichisches Strafrecht AT I, 7. Auflage, Wien, 2008
- Gülpen, P.-R.: Der Begriff der guten Sitten in § 228 StGB, Troisdorf, 2009
- Hefendehl, R.: Vorlesung Strafrecht AT (WS 08/09), predavanje dostupno na: [www.strafrecht-online.org](http://www.strafrecht-online.org). Pristup stranici: 23.06.2011. godine.
- Hinterhofer, H.: Die Einwilligung im Strafrecht, Salzburg, 1998
- Kienapfel, D., Höpfel, F.: Grundriss des Strafrechts AT, 12. Auflage, Wien, 2007
- Kindhäuser, U.: Strafrecht AT, 4. Auflage, Bonn, 2009
- Krulj, Lj.: Odgovornost lekara zbog neobaveštavanja pacijenta o rizicima operacije, *Pravo – teorija i praksa*, Novi Sad, 2000
- Kühl, K.: Strafrecht AT, München, 1994
- Lenckner, Th., Sternberg-Lieben, D., u: Schönke, A., Schröder, H.: Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Auflage, München, 2010
- Petrović, Z. M.: Telesne povrede i pristanak povređenog, *Pravni život* br. 9/1996
- Roxin, C.: Strafrecht AT I, München, 2006

58 Više o negativnim propratnim pojavama čestih i umnogome nekvalitetnih izmena krivičnog zakonodavstva kod nas, vidi: Z. Stojanović, Krivičnopravni ekspanzionizam i zakonodavstvo Srbije, u: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, IV deo*, Beograd, 2010, str. 32 i dalje.

- Salimi, F.: Das subjektive Rechtfertigungselement im Strafrecht, Wien, 2010
- Simić, I.: Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, druga knjiga, Beograd, 1998
- Simić, I.: Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije, treća knjiga, Beograd, 2000
- Srzić, S., Stajić, A., Lazarević, Lj.: Krivično pravo, opšti deo, Beograd, 2000
- Sternberg-Lieben, D.: Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, Tübingen, 1997
- Stojanović, Z.: Krivično pravo – opšti deo, Beograd, 2010
- Stojanović, Z.: Krivičnopravni ekspanzionizam i zakonodavstvo Srbije, u: Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, IV deo, Beograd, 2010

*Ivana Marković*

Juristische Fakultät, Universität Belgrad

## DIE EINWILLIGUNG IM STRAFRECHT

### ZUSAMMENFASSUNG

Das aktuelle serbische Strafgesetzbuch enthält weder eine explizite Regelung über die strafrechtliche Bedeutung der Einwilligung, noch über die erforderlichen Voraussetzungen einer solchen. Nichtsdestotrotz ist ihre strafrechtliche Relevanz nicht von der Hand zu weisen, worin sich Rechtsprechung und Lehre einig sind. Im Gegensatz zu divergenten Auffassungen über die genaue strafrechtssystematische Verortung der Einwilligung, wie sie in Deutschland und Österreich, vor allem in jüngster Zeit, anzutreffen sind, bejaht im serbischen Recht die herrschende Meinung diese als Rechtfertigungsgrund.

Im ersten Teil der vorliegenden Arbeit wird eben diese systematische Einordnung nochmals vertiefend dargelegt. Zudem wird die theoretische Grundlage, ausgehend vom Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen und weitergeführt durch zunächst als entgegengesetzt wahrgenommenen, jedoch kombinierbaren Theorien des Rechtsschutzverzichts und der Interessenabwägung, dargelegt. Anzumerken sei, dass es im serbischen Strafrecht keine terminologische Aufspaltung von Einverständnis als Tatbestandsausschluß und Einwilligung als Rechtfertigungsgrund gibt, was u.a. auch ein Zeichen dafür ist, wie wenig Bedeutung der tatbestandsausschließenden Funktion beigemessen wird, bzw. die Einwilligung mit ihrer Rechtfertigungsfunktion im Vordergrund steht. Ferner wird noch kurz auf die Bedeutung der Einwilligung bei der Strafzumessung hingewiesen.

Der Rechtfertigungscharakter wird im zweiten Teil der Abhandlung durch die Beschreibung der nötigen Voraussetzungen für ihre Wirksamkeit näher beleuchtet. Zu nennen seien in diesem Zusammenhang der Träger des Rechtsguts und seine mögliche gesetzliche Vertretung durch die Eltern oder einen Betreuer; weiters die Disponibilität des Rechtsguts, was zugleich der zentrale Punkt der Einwilligungsproblematik ist. Im Gegensatz zu den frei disponiblen Gütern wie Ehre, Freiheit und Vermögen, gehört das Leben zweifelsfrei zu den indisponiblen Werten, was sich in den Tatbeständen der Tötung auf Verlangen (Tötung aus Barmherzigkeit im § 117 StGB) und der Anstiftung zum und (Bei)Hilfe beim (zum) Selbstmord (§ 119 StGB) widerspiegelt. Die Körperintegrität gehört ebenfalls dazu, wobei bei der leichten Körperverletzung (§ 122 StGB) die Strafverfolgung durch Privatklage inisiert wird, was, zugegeben zeitversetzt, den Willen des Verletzten strafrechtlich wirksam werden lässt.

Die Einwilligungsfähigkeit ist als dritte Voraussetzung genannt. Dabei wird von der tatsächlichen („natürlichen“) Einsichts- und Urteilsfähigkeit über Wesen, Bedeutung und Tragweite des Eingriffs ausgegangen, jedoch nicht im zivilrechtlichen Sinne und unabhängig von einer bestimmten Altersgrenze. Dem Selbstbestimmungsrecht entsprechend sind hier auch unvernünftige Entscheidungen des Betroffenen anzunehmen. Desweiteren muß der Wille des Entscheidungsträgers frei von Mängeln (auch hier wieder nicht im zivilrechtlichen Sinne) sein, d. h. er darf nicht durch Gewalt oder Drohung, Täuschung oder Irrtum beeinflusst worden sein, sondern muß eine bewusste, freiwillige und ernstliche Entscheidung über die Rechtsgutbeeinträchtigung getroffen haben. Abschließend wird noch entsprechend der abgeschwächten Willenserklärungstheorie eine Kundgabe dieses Willens nach außen hin verlangt, die *expressis verbis* oder konkludent, schriftlich oder mündlich erfolgen kann, aber sonst keiner besonderen Form bedarf. Sie muß vor oder spätestens bei der Tat vorliegen und im Zeitpunkt der Rechtsgutsverletzung noch bestehen. Eine nachträgliche Genehmigung ist dagegen für das Bestehen des Verbrechens unbeachtlich. Der Täter muß aufgrund oder mindestens in Kenntnis der Einwilligung handeln. Sie ist zudem uneingeschränkt widerrufbar.

Der nächste Abschnitt beschäftigt sich mit Sportverletzungen. Dabei werden ebenfalls spezifische Anforderungen gestellt, die bei Erfüllung die Strafbarkeit hemmen. Es geht dabei um Verletzungen die im Rahmen der geltenden Spiel- und Wettkampffregeln entstanden sind, d. h. wenn die Verletzungen an und für sich erlaubt sind (beispielsweise bei Boxkämpfen) oder sich aus typischen, unvermeidbaren Regelverstößen der jeweiligen Sportart ergeben und als solche auch geahndet werden. Wichtig dabei ist, dass sie nicht vorsätzlich begangen wurden oder auf sonstigen (sportfremden) Motiven beruhen.

Die mutmaßliche Einwilligung ist Untersuchungsgegenstand des vorletzten Abschnitts. Sie wird als Einwilligungssurrogat erkannt und in zwei Situationen – beim Handeln im Interesse des Berechtigten und beim Handeln bei (mutmaßlich) fehlendem Interesse, zum Tragen kommen. Im ersten Fall liegt ein Entscheidungsnotstand vor, bei welchem der hypothetische Wille des Berechtigten ermittelt werden muß, während im zweiten Fall von einer Zustimmung, trotz angeblich fehlenden Interesses, ausgegangen wird. Die mutmaßliche Einwilligung läßt sich zusammenfassend als Rechtfertigungsgrund zwischen dem (rechtfertigendem) Notstand und der Einwilligung verorten.

In den Schlußbemerkungen nimmt der Autor zu der aktuellen Rechtslage im serbischen Strafrecht betreffend der Einwilligung und einer möglichen Vorgehensweise in der Zukunft noch eingehend Stellung.

**Schlüsselwörter:** Einverständnis, Einwilligung, Tatbestandsausschluß, Rechtfertigungsgrund, mutmaßliche Einwilligung, Sportverletzung.

Miloš Čavić\*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

## UTICAJ KULTUROLOŠKIH FAKTORA NA KRIMINALITET

**Apstrakt:** Predmet rada obuhvata dva aspekta. S jedne strane, rad se bavi pitanjima uticaja kulture i kulturoloških faktora kao celine na kriminalitet, a s druge strane, govori nam o hakerskoj potklturi i shvatanju kriminaliteta od strane ljudi koji su u stanju da izvrše neka od kompjuterskih krivičnih dela. Prvi deo rada bavi se kulturalnom kriminologijom kao posebnom orijentacijom u okviru kriminologije i socijologije. U okviru toga dela, obrađen je pojam „zločina časti“ i proučeno je nekoliko slučajeva sudske prakse vezane za uticaj kulturoloških faktora na kriminalitet. Drugi deo rada se bavi hakerskom potkulturom u Srbiji kao potencijalnom kriminalnom potkulturalnom grupom.

**Cljučne reči:** kultura, kulturalna kriminologija, kulturološki faktori, zločini časti, hakeri, kompjuterski kriminalitet.

### 1. UVOD

Među karakteristikama koje čine jednu civilizaciju, kultura zauzima najvažnije mesto. Zahvaljujući njoj moguće je videti razliku između životinje i čoveka, između napredne i nazadne civilizacije, između naroda uopšte. Zahvaljujući njenoj važnosti, sam pojam njen pojam definisali su mnogi teoretičari. Pa šta je onda kultura?

Kulturu (lat. *colere* – uzgajati, poštovati) čini skup stavova i ponašanja koji su karakteristični za određene društvene grupe i organizacije.<sup>1</sup> Ili, kako kaže *Geert Hofstede*, poznati holandski sociolog, „kultura predstavlja jedno kolektivno programiranje ljudskog uma, kako bi isti naučio da razlikuje jedne ljudske grupe od drugih. U tom mislu, ona predstavlja jedan sistem zajednički usvojenih vrednosti.“<sup>2</sup> Kultura kao takva sastoji se od velikog broja pojedinačnih segmenata. Svaki od tih segmenata utiče na ponašanje ljudi u svakodnevnom životu. Stoga, sve što čini jednu kulturu jednog društva – simboli, jezik, vrednosti, norme i rituali – može uticati na sliku kriminaliteta u državi.

Ove segmente možemo dalje raščlanjivati na pojedinačne kulturne faktore koji samostalno utiču na ljudsko ponašanje. Kulturalni faktori su dakle, jedan oblik društvenih pojava koji utiču na čitav niz ljudskih ponašanja i to onih koji se uče vremenom zahvaljujući interakciji sa drugim ljudima (dakle, tu ne spadaju urođene ljudske osobine koje utiču na njegovo ponašanje). Njih čine različiti stavovi, vred-

---

\* student, milospv@gmail.com

1 Hofstede, G. *Cultures and organizations: Software of the mind*. New York: McGraw Hill, 1997 <http://www.tamu.edu/classes/cosc/choudhury/culture.html>, Texas A&M University.

2 Hofstede, G. *Culture and organizations. International Studies of Management and Organization*, 1981.

nosti i norme usvojene u društvu. Nama su naročito zanimljivi oni faktori koji utiču na stanje i sliku kriminaliteta u društvu.

Veliki broj naučnika do sada istraživao je uticaje raznih kulturnih faktora na kriminalitet. Pomenimo samo: Browerstein, Websdalea i Alvareza koji su se bavili proučavanjem uticaja novinarskih članaka na kriminalitet i kontrolu kriminaliteta; Newman, Cheatwood, Niesel su proučavali uticaj filmskih prikaza na kriminalitet; Fishman, Cavender, Tunell su se bavili temom televizijskog programa i njegovim uticajem na kriminalitet; Tunell je proučavao i predstavu kriminaliteta koja se javlja u modernoj muzici; predstavom kriminala u stripovima i među mlađom populacijom bavili su se Nyberg i Williams; kriminalitetom u IT prostoru bavio se Greek. Valja pomenuti i Farell-ovo proučavanje veze između umetnosti slikanja grafita i kriminaliteta. Razlike između pojedinih civilizacija (između evropske i japanske npr.) takođe utiču na shvatanje kriminaliteta i na njegovu pojavu uopšte. Tu se pre svega misli na razne oblike „zločina časti“ koji gotovo i ne postoje u razvijenim zemljama.

Osim toga, kulturološke razlike mogu postojati u samom društvu – Sutherland (1939) tako uzima kulturni sukob unutar procesa razvoja kriminalnog ponašanja kao osnov samog ponašanja. Sellin (1938) kaže da pravni sistem u stvari predstavlja sistem vrednosti i normi koje je usvojila dominantna etnička ili vladauća grupa. Tada se pojavljuju tzv. kulturne nesuglasice ili kulturni konflikti kao rezultat sukoba potčinjene sa vladajućom kulturnom grupom.

Kako je već navedeno, kulturalnih faktora koji utiču na kriminalitet ima gotovo beskonačno. Na jednom mestu nikako nije moguće proučiti sve faktore odjednom. Stoga će dalje izlaganje biti posvećeno kulturološkim razlikama između civilizacija koje utiču na sam kriminalitet uopšte, pre svega onih koji utiču na tzv. „zločine časti“. Na kraju, izdvojena je hakerska potkultura u Srbiji, jedna od potencijalnih kriminalnih grupa ovog novog oblika kriminaliteta. Unutar same sprovedena je anketa, koja bi trebala da kaže šta oni sami misle o sebi i o drugim članovima grupe, te da li se smatraju kriminalcima ili ne.

Pre izučavanja nekih pojedinačnih kulturoloških faktora koji utiču na kriminalitet faktora, valja napraviti jedan zajednički opšti deo i pomenuti jedan kriminološki pravac koji se upravo bavi ovim pitanjem. Reč je, naravno, o *kulturalnoj krimiologiji*.

### 1.1 Kulturalna kriminologija

Jedna od modernih orijentacija koja kombinuje saznanja iz sociologije i kriminologije je *kulturalna kriminologija*.<sup>3</sup> Ovaj naučni pravac nastoji da spoji saznanja ove dve nauke, odnosno da integriše sociološka znanja unutar kriminologije radi stvaranja jedne nove i moderne kriminološke nauke.

Sam Farell istraživanja unutar kulturne kriminologije deli na *proučavanje zločina (kriminaliteta) kao kulture i kulture kao zločina (kriminaliteta)*.<sup>4</sup>

3 Jeff Ferrell, Cultural Criminology, *Annual Review of Sociology*, 1999 Annual Reviews, p. 395.

4 *Ibid*, p. 403.



U prvom slučaju kriminalci se proučavaju s obzirom na potkulturnu grupu kojoj pripadaju. Tada se posmatraju ponašanje koje je karakteristično za tu potkulturnu grupu, simboli grupa i njihova zajednička shvatanja. Tu spadaju npr. krijumčari narkoticima, bajkerske bande, kompjuterski hakeri (o njima će biti reći nešto kasnije), razni gangovi i sl. Za takve kulturne grupe karakteristično je da imaju neki oblik svog „kodeksa časti“ i da pravila koja te potkulturne grupe poštuju nastaju samom interakcijom između članova grupe s jedne strane, i postojanjem jednog opšteg kulturnog obrasca za takvu grupu.

S druge strane, *kultura kao kriminalitet* se shvata onako kako to javnost označava. Drugim rečima, dešava se jedan proces kriminalizacije – etiketiranja, te označavanja određene grupe kriminalnom. U SAD je obično reč o raznim hip-hop bendovima koji često imaju probleme sa policijom, koje mediji, a ne tako retko i sama policija, te određene religijske vođe optužuju za „poganluk“ i nemoral. Međutim, to je i njihov cilj – njima prija takva reputacija (bez obzira što ne odgovara realnosti). Onda policijske snage i sudstvo bivaju pod velikim pritiskom javnosti da izvrše hapšenje kriminalno etiketiranih lica, iako za to nema osnova.

Da kulturna shvatanja javnosti imaju snažan uticaj na rad pravosudnih i policijskih organa, najbolje ilustruje primer američkog fotografa Roberta Marpltro-pa.<sup>5</sup> On je posedovao studio za snimanje pornografskog materijala. Među gomilom njegovih radova našle su se i pornografske fotografije homoseksualnog karaktera. Tada kreću mnoge javne kampanje protiv njega, te pritisci na policiju da ga uhapse, što je rezultovalo upadom američke federalne policije u njegov studio i podizanjem optužnice za stvaranje teške razvratnosti. Da li je on zaslužio da bude u zatvoru ili nije – to ovde nije pitanje. Pitanje je da li bi ga uhapsili da nije bilo snažne reakcije javnog mnjenja?

Kulturalna kriminologija dakle, obuhvata istraživanje i opisivanje značenja koja se pojavljuju unutar i između medijskih članaka, političkih formacija i potkulutra vezanih za kriminalitet.<sup>6</sup>

## 2. KULTUROLOŠKE RAZLIKE I KRIMINALITET

Kultura je jedno živo biće. Ljudska shvatanja i oblici ponašanja su u mnogome različiti u raznim delovima sveta. Čak i na vrlo bliskim mestima, postoje dijametralne razlike shvatanja kriminaliteta. Tako na primer, u francuskoj provinciji Bretanji, sve do početka 20. veka deteubistvo bilo je smatrano prekršajem (franc. *fraule*). Ono što je još zanimljivije je to da vam je sledila kazna linčovanja ukoliko ste ukrali najobičnije pile u drugoj francuskoj regiji Potiu, koja se nalazi par stotina kilometara južno od Bretanje!<sup>7</sup> Strah od zločina u različitim sredinama može se manifestovati tako što se obični građani počinju snadbevat ličnim naoružanjem, a to posredno

5 *Ibid*, p. 405.

6 *Ibid*, p. 212.

7 Lisa Downing, *Crime et culture au XIXe siecle*, University of Exter <http://fs.oxfordjournals.org/cgi/reprint/61/2/228?maxtoshow=&hits=10&RESULTFORMAT=&fulltext=culture+and+crimes&searchid=1&FIRSTINDEX=0&resource=HWCIT>.

dovodi do porasta kriminaliteta.<sup>8</sup> Dobro naoružani građani juga SAD već su postali filmski stereotip.

Međutim, kulturološke razlike u shvatanju šta su krivična dela i koja krivična dela treba kažnjavati naročito su drastične u slučajevima postojanja krivičnih dela vezanih za nasilje u porodici. U raznim kulturama na takav oblik nasilja se različito reaguje – od apsolutne osude nasilja do podrške takvom načinu „vaspitanja žena i dece“. Obično se takva dela osuđuju i kažnjavaju u skladu sa normama i pravnim pravilima koja vladaju u tim društvima. Ipak, problem se može javiti kada ljudi sa jednog područja migriraju na drugo, i ponesu svoja shvatanja i oblike ponašanja. Stoga je bilo slučajeva kada su sudovi razvijenih zemalja uvažili kulturne razlike između društava te su doneli presude na nešto drugačiji način nego što bi to učinili da su u pitanju sopstveni građani starosedeooci. O tome nešto više u redovima koji slede.

## 2.1 „Zločini časti“

U određenim patrijarhalnim društvima, imamo nešto što možemo nazvati „zločinima časti“ (eng. *crimes of honour*). To su zločini u kojima se kao motiv javlja uvreda učinjena samom učiniocu ili njegovoj porodici. U takvim sredinama, čast je jedna od najvažnijih vrednosti koje čuvaju integritet i dostojanstvo određene ličnosti. Takve zločine možemo sresti širom planete, od Indije i država Indokine, pa sve do Grčke, Albanije i Crne Gore.

U modernoj Albaniji (ako se ta država i može nazvati modernom) krvna osveta i dalje predstavlja veliki problem. Albanske vlasti su 1997. godine registrovale čak 1542 ubistva, a ta brojka posle 2000. godine prelazi 2100 ubistava. Pretpostavlja se da dobar deo čine ubistva vezana za krvnu osvetu. Prema nekim istraživanjima Univerziteta u Tirani, čak 200 000 Albanaca je „zaraženo“ sindromom krvne osvete. Mnoge porodice iz straha da ih ne ubiju godinama i ne izlaze iz svojih domova.

Pravilo krvne osvete, a i mnoga druga takva pravila, potekla uglavnom iz 15. v. kodifikovana su u Kanonu Leke Dukadžina, objavljenog prvi put 1933. godine.<sup>9</sup> Sva pravna pravila koja čine ovu kodifikaciju zasnivaju se na principu *bese* – jedinstvene zakletve životom na ispunjenje određene radnje. Prema Kanonu, osoba čije je porodica povređena na određeni način, može nastaviti sa kontinuiranim napadima na bilo kog člana iz porodice štetnika, sve dok pravda ne bude zadovoljena, odnosno dok ne bude uspostavljeno isto stanje. Jedan član Kanona kaže: „*Ne postoji kazna za uvredu časti. Takva uvreda nikada ne može biti oprošćena. Svako ima pravo da sam osveti za povredu časti, i za to nije potrebna presuda.*“

Kako je albansko društvo bilo izrazito patrijarhalno, i položaj žene prema ovoj kodifikaciji bio je izrazito nazadan. Prema Kanonu, muž je imao pravo da fizički kažnjava ženu i da je javno ponižava ako ne sluša njegova naređenja, dok je mogao

8 William B. Bankston Carol Y. Thompson, Quentin A. L. Jenkins and Craig J. Forsyth, *The Influence of Fear of Crime, Gender, and Southern Culture on Carrying Firearms for Protection*, *The Sociological Quarterly* © 1990 Midwest Sociological Society. p. 288.

9 Jana Arsovska and Philippe Verduyn, *Globalization, conduct norms and culture conflict, Perceptions of Violence and Crime in an Ethnic Albanian Context*, Univerzitet u Beogradu, p. 232.

da je ubije iz dva razloga: ukoliko mu je bila neverna, odnosno ukoliko mu uskratiti vođenje domaćinstva.<sup>10</sup>

Ova dva navedena primera su samo kap u moru onih koji čine ovaj Zakonik. Prema istraživanju koje su sproveli Arsovska i Verdun<sup>11</sup> čak 80% Albanaca podržava norme koje stoje u ovom Zakoniku. Međutim, samo 10% je reklo da norme poštuju u potpunosti. Ono što je zanimljivo je da se među Albancima javlja jedan oblik kulturnog sukoba. Zbog kulturne zaostalosti društva, nove norme nisu prihvaćene u potpunosti, i zbog toga se nadopunjuju sa starim. Sama činjenica, da je svaki dan u Albaniji na nišanu oko 200 000 ljudi govori koliki problem predstavlja krvna osveta. Bez obira na to, svest o pravičnosti drevnog pravila krvne osвете je toliko uvržena među Albancima, da se teško može iskoreniti. Setimo se samo napora vladike Petra II Petrovića Njegoša na iskorenivanju „narodnih zala“. I pored toga, u pojedinim krajevima Crne Gore krvna osveta i dalje postoji.<sup>12</sup>

Ni mnogo razvijenija susedna Grčka nije pošteđena nekih oblika „zločina časti“. Naime, u Grčkoj postoje takvi oblici zločina su vezani za koncept *filonima* (grč. φιλότιμο). On predstavlja jednu kombinaciju ljubavi prema časti i porodici, osećaja zajedničkog pripadanja jednoj grupi i međusobnog poštovanja.<sup>13</sup> Grk ili Grkinja, koje nazivamo filonimosima, predstavljaju konformiste – oni usvajaju tradicionalne norme i u javnosti uživaju poštovanje. Nasuprot njima, postoji manjina afilonimosa, koji ne mare za običaje i stare norme, koje „nije briga šta drugi kažu“. Upravo se kod ovih prvih javljaju oblici zločina časti.

Žena kojoj je pripisana etiketa bludnice ili žene koja je neverna, vrlo verovatno će izvršiti samoubistvo. U slučaju da se to ne desi, muška glava porodice ima pravo da, na agresivan i veoma nasilan način, ubije obećasčenu ženu i na taj način, uz pomoć krvi, skine ljagu sa porodičnog imena.

Ovakav način ponašanja je bio veoma raširen u patrijarhalnoj novijoj istoriji Grčke. Ne samo da to nije smatrano kriminalitetom, već je to bilo poželjno i očekivano ponašanje. Zahvaljujući tome što je čitavo društvo prihvatilo ovakvo ponašanje, bilo je slučajeva da je lokalna policija zataškavala ovakva dela i mnogi učinioci su prošli nekažnjeno.<sup>14</sup> Ubice čak nisu ni hapšene.

Naravno, sa opštim razvojem grčkog društva te masovnom selidbom u gradove, ovakvo ponašanje nije moglo da opstane i zadržalo se samo u seoskim sredinama. Najveći dio ovakvih zločina ostao je zabeležen 1960-tih i početkom 1970-tih godina. U tom periodu registrovano je 197 „zločina iz časti“. Najveći dio njih izvršili su muškarci, oko 75%. Ono što je zanimljivo je to da su muški izvršioци najčešće ubijali svoje žrtve, dok su žene koristile sredstva poput sumporne kiseline i time žrtvu izlagale doživotnom slepilu i mučenju. Muški zločinci su uglavnom bili dosta stariji nego ženski. To se može objasniti činjenicom da su izvršioци obično stariji

10 *Ibid*, p. 233.

11 *Ibid*, p. 235.

12 Sada je aktuelna priča oko glumca Žarka Lauševića koji se krije u SAD upravo od ljudi koji žele da se osвете njemu ili njegovoj porodici, a on bi hteo čak i da se vrati da izdrži kaznu.

13 C. Safilios-Rothschild, 'Honour' Crimes in Contemporary Greece *The British Journal of Sociology*, The London School of Economics and Political Science, 1969.

14 *Ibid*, p. 2.

ljudi, glave porodice, i da su oni smatrani zaduženim da brane čast i ugled familije. Tek 46% ovakvih zločina zabeleženo je na selu. Međutim, većina žrtava i izvršilaca bila je iz gradskih radničkih predgrađa i to su uglavnom činile porodice koje su se doselile u grad iz ruralnih područja, tako da hipoteza po kojoj ljudi u gradu gube tradicionalna shvatanja i vrednosti pada u vodu. Osim toga, ovakvi zločini su mnogo više bili individualizovani u gradskim sredinama, nego što su to bili na selu, kada je u njihovom izvršenju često učestvovala čitava porodica.<sup>15</sup>

U vremenu jedne opšte globalizacije, i samo grčko društvo se menja. Sami ideali pravde, i shvatanja zločina idu, reklo bi se, u pravom smeru. Tako, i zločina časti u Grčkoj ima sve manje, da su gotovo i nestali, a i ako se koji dogodi – vrlo vjerovatno nije posledica koncepta filonima. Ipak, sam koncept postaje više jedna istorijska činjenica, koja se čak i posmatra u pozitivnom svetlu.<sup>16</sup>

„Zločini časti“ postoje još u mnogim državama. Najkonkretniji primer su Indija i Pakistan. Mnogi zločini su učinjeni upravo onda kada su devojke odlučile da prekrše porodične kodekse i same odluče ko će biti njihov životni partner.<sup>17</sup> Ovakvim zločinima dosta je doprineo i sam pravni sistem koji postoji u Indiji i Pakistanu. Zahvaljujući tome što su bili bivše britanske kolonije, ove dve zemlje su prihvatile common law sistem. Na njega su se nadovezala različita pravila koja su važila za različite kaste a povrh svega, na nivou države su čak i donošeni zakoni koji su gušili prava žena.<sup>18</sup>

Većina oblika „*crimes of honour-a*“ zabeležena je i u nizu tradicionalno islamskih zemalja, u prvom redu Avganistana tokom talibanske vladavine.<sup>19</sup> U jednom opštem beznađu i haosu koji je zavladao u izrazito patrijarhalnoj zemlji, potpomognutim čvrstim islamskim pravilima i siromaštvom, mnoge žene koje su obeščastile porodicu kažnjavane su teškim fizičkim kaznama, odsecanjem ušiju i nosa, ili drugih delova tela.

Međutim, razvojem društva i opštom globalizacijom, ovakvi zločini sve više nestaju ili postoje uglavnom u seoskim nerazvijenim sredinama. Mogu opstati jedino ukoliko im postoji uporište u zakonodavstvu. A takvi zakoni postoje u određenim arapskim zemljama.

## 2.2 Uvažavanje kulturoloških razlika pri gonjenju učinilaca

U sudovima common law država, bilo je više zanimljivih slučajeva u kojima je sud prihvatio kulturološke razlike koje postoje između različitih naroda.

U slučaju *People v. Chen*<sup>20</sup> koji se vodio pred američkim Vrhovnim sudom, kineski emigrant Dong Lu Čen optužen je za zlostavljanje i brutalno ubistvo svoje

15 *Ibid*, p. 7.

16 Predsednik SAD Barak Obama ga je pomenuo u jednom svom govoru: <http://www.ellopos.com/blog/?p=1169>.

17 Pratiksha Baxi, Shirin M. Rai, Shaheen Sardar, *Legacies of Common Law: 'Crimes of Honour' in India and Pakistan*, *Ali Third World Quarterly*, 2006, p. 1.

18 *Ibid*, p. 2.

19 Mark A. Drumbl, *The Taliban's 'Other' Crimes*, *Third World Quarterly*, 2002, pp. 1–3.

20 Princeton University Law journal, <http://www.princeton.edu/~lawjourn/Spring98/ferraro.html>.

žene čekićem. To je učinio nedugo pošto je otkrio da je imala vezu sa drugim muškarcem. Prema tvrdnji eksperta za kinesku kulturu, ženino neverstvo je, po tradicionalnim kineskim shvatanjima, bacalo tešku ljagu na mužev ugled, zbog čega bi se vrlo teško mogao opet oženiti. Takođe, ekspert je sudu naveo da je takav oblik nasilja svojstven kineskim tradicionalnim vrednostima.<sup>21</sup> Porota ga je osudila za drugostepeno ubistvo i odredila mu je kaznu od mizernih 5 godina zatvora.

Drugi poznati slučaj sudske prakse u kome su kulturološke razlike uticale na izricanje kazne i osudu bio je slučaj *People of the State of California v. Kong Pheng Moua*.<sup>22</sup> Reč je o jednom imigrantu iz Laosa, koji je bio optužen za kidnapovanje i silovanje jedne devojke iz Hmong etničke grupacije. Na sudu se branio da je takav način ponašanja uobičajen u Hmong kulturi – to je ostatak starih običaja vjenčavanja otmicom i zarobljavanjem. Kažnjen je sa 120 dana zatvora i samo 1000 američkih dolara. Plus, morao je da isplati žrtvi još 900 dolara za pretrpljeni strah i bol. Ne smemo ni da pomislimo šta bi se desilo sa javnim mnjenjem u Srbiji kada bi jedan srpski sud donio ovakvu presudu.

Povodom ova dva slučaja sudske prakse s kraja 80tih, digla se velika prašina u američkim naučnim krugovima. Jedan dio njih je smatrao da uvažavanju kulturoloških različitosti nije mesto u sudnici. Drugi su, opet, tvrdili da je to u stvari jedan novi oblik odbrane optuženih i da se optuženi svakako ne bi tako ponašao da je to bilo zabranjeno njegovim običajnim pravom (ili drugim rečima, zahvaljujući tim moralnim normama tako se i ponašao). Na kraju, došlo se do zaključka da sud treba da uvaži kulturalne razlike, ali da ne dozvoli ono što su nazvali „odbrana kulturom“ (eng. „cultural defence“). Neki autori smatraju da bi sud mogao da uvažava kulturološke razlike kod imigranata samo tokom prvih pet godina stanovanja u SAD.<sup>23</sup>

U engleskom krivičnom pravu postoji pravilo koje kaže da se odbrana ne može zasnivati na etničkoj posebnosti i dozvoljenosti određene radnje, osim ako to nije posebnim zakonom dozvoljeno.<sup>24</sup> Naime, jedna nigerijska žena optužena je da je nanela trajne ožiljke na telima svojih maloletnih sinova vršeći tradicionalni Joruba ritual. Međutim, kako su sinovi tvrdili da su dobrovoljno pristali na ritual, te da je njihova majka po oceni suda bila „sjajnog karaktera“, sud ju je proglasio krivom, ali oslobodio od kazne.

### 3. HAKERSKA POTKULTURA I KRIMINALITET

Kompjuterski kriminalitet predstavlja jedan potpuno novi oblik kriminaliteta. Iako ga kod nas ljudi uglavnom smatraju bezopasnim, takvo shvatanje ne odgovara stvarnosti. Da sajber zločinci predstavljaju veliku opasnost, govori i tvrdnja

21 Anne Phillips, *When Culture Means Gender: Issues of Cultural Defence in the English Courts*, *The Modern Law Review*, 2003. p. 510.

22 *Ibid.*

23 *Ibid.*, p. 513.

24 Slučaj iz sudske prakse *R v Adesanya*, <http://webdb.lse.ac.uk/gender/Casefinaldetail.asp?id=54&pageno=1>

Pentagona da bi dobro organizovan napad tridesetak hakera, finansiran sa oko 10 miliona američkih dolara, mogao da napravi ozbiljnu štetu odbrambenom sistemu SAD.<sup>25</sup>

Iako su naši „sajber ratnici“ daleko od onih svetskog kalibra, bilo je dosta slučajeva sajber kriminala u našoj zemlji. Da im ne nedostaje sposobnost, govori i podatak da je jedan grupa hakera iz Srbije, prije desetak godina, uspela da upadne u sistem američke baze San Antonio, i tamo dođe do mnoštva vojnih informacija.

S obzirom da sam više godina član nekoliko domaćih kompjuterskih foruma, imao sam priliku da duže vreme posmatram i upoznam niz ljudi koje bismo mogli nazvati hakerima. To su ljudi koji su izuzetno dobro upoznati sa sistemom funkcionisanja softvera i hardvera te mogu da koriste isti na mnogo više načina nego što to čine obični korisnici.

Međutim, u opštoj kulturi se vrlo često pravi greška. Sama reč „haker“ je dosta iskompromitovana pa odmah podseća na kompjutersku krađu, probijanje zaštitnih šifara i lozinki i sl. U stvarnosti, situacija je dosta drugačija. Hakeri su ljudi koji proučavaju programske greške i upozoravaju programere na takve propuste. Ljude koji razbijaju sisteme zaštite programa, omogućavaju pirateriju i prave razne oblike virusa zovemo lejmerima (eng. lamer). Ipak, reč se toliko odomaćila, da je i dalje koristimo za ljude koji se bave ovim savremenim oblikom kriminaliteta.

Ono što je bilo moguće zapaziti je karakterističan oblik ponašanja – svi koriste izraze koji drugim ljudima nisu mnogo poznati, i koji su obično „posrbljeni“ izrazi na engleskom jeziku. Svako od njih ima nadimke, koji se često pišu ne samo slovima već i u kombinaciji sa brojevima i raznim znakovima. Zatim, ljudi koji su u svačijim očima kriminalci, ne moraju biti u njihovim. Mnoge prevare koje su takvi ljudi učinili korišćenjem kompjuterskog znanja su velika dela u očima potkulture grupe. Tako na primer, poznata prevara sistema „najniže jedinstvene ponude“ Lutrije Srbije izazvala je po srpskim forumima talas oduševljenja. Među stotinama komentara vesti o podizanju optužnice protiv lica koje je napravilo taj algoritam, retki su oni koji osuđuju ovaj način pribavljanja „hleba bez motike“. Samim tim, to podstiče ostale hakere da i sami pokušaju da „prevare sistem“. Jer, ne samo da će dobiti novčanu korist, već će postati i popularni u svojim krugovima.

Ta popularnost je često mnogo značajnija nego sam novac. Čuveni su primeri ljudi kao što je Dark. Alex, haker koji je poznat milionima igrača širom sveta time što je omogućio igranje piratskih igara na Sonijevoj *Play Station Portable* igračkoj konzoli i time napravio štetu od više stotina miliona dolara firmama koje se bave proizvodnjom igara. Jedina korist koju je napravio sebi bila je ta što ga je kompanija Soni, odustavši od uzaludne borbe za zaštitu svog sistema, zaposlila da radi za njih.

Za razliku od mnogih subkulturnih grupa, hakeri uglavnom komuniciraju preko raznih blogova i foruma, a vrlo retko to čine uživo. Mnogi od njih se međusobno odlično poznaju, iako se nikada u životu vidjeli nisu.

25 Slobodan Petrovic, *Cyber criminal*, Ministry of internal affairs, Belgrade 2000, p. 339.



U vezi toga, na par srpskih sajtova gde se skuplja dobar dio naše „hakerske omladine“ napravio sam anketu. Neki su odgovorili na pitanja javno, dok su mi drugi odgovorili privatnim porukama. Napravio sam sistem od pet pitanja:<sup>26</sup>

1. *Da li ste u stanju da napravite kompjuterski virus? Makar i neki najprostiji?*
2. *Da li smatrate da treba krivično goniti i zatvorski kažnjavati ljude koji pišu viruse? I time ih izjednačiti sa ljudima koji čine ostala krivična dela? (To znači i podela iste ćelije u zatvoru, kriminalni dosije i sl...)*
3. *Da li smatrate da treba kažnjavati ljude koji naprave virus, a ne upotrebe ga?*
4. *Ako je odgovor na drugo pitanje potvrđan, a vi ste sudija, kako biste ih kaznili? Novčano ili zatvorom?*
5. *Ako biste ih kaznili zatvorom, na koliko dugu vremensku kaznu biste ih osudili?*

Naravno, svi su mogli na svoj način da odgovore, ili prokomentarišu pitanje. Svrha prvog pitanja je bila ta da odvojim one koji zaista pripadaju hakerskoj subkulturi. Skoro svi su bili iskreni u prvom odgovoru, jer se, prema pisanju tema i postovanju poruka manje-više zna kakvo znanje ko poseduje.

Drugo pitanje sam morao malo da uprostim. Reč je o ljudima koji uglavnom ne poseduju ni minimalna znanja iz oblasti kriminologije i prava uopšte. Skoro niko od njih ne studira neki fakultet društvenih nauka. Svrha pitanja bi bila – da li oni hakere uopšte smatraju kriminalcima? Da li shvataju da šteta koju sami mogu relativno lako napraviti može biti mnogo veća od štete koju prave provalnici, razbojnici i pljačkaši?

Odgovori koje su ispitanici dali na treće i četvrto pitanje su naročito zanimljivi, mada više spadaju u domen krivičnog prava nego same kriminologije. Da li se virusi zaista prave isključivo radi pravljenja štete drugome i da li postoji virus koji nije zlonamjeran? Obično kod laika, tamo gde postoji novčana kazna – to ne predstavlja krivično delo. Zato sam i postavio pitanje – novčano ili zatvorom.

Peto pitanje sam čisto dao da vidim kakva će biti reakcija na sam pomen lišavanja slobode. Zatvor je jedan zajednički simbol svih kriminalaca. Barem onih koji su uhvaćeni. Da li bi kažnjavali svoje kolege?

Što javno što tajno, dobio sam oko četrdesetak odgovora, što se može činiti veoma malo za jednu anketu. Ali, moramo uzeti u obzir da samo 15% građana Srbije ima pristup širokopojasnoj mreži. Od tih 15%, možda polovina je računarski potpuno pismena. A od tih pismenih, vrlo mali broj odlično poznaje principe funkcionisanja softvera. Stoga, pravo je čudo da sam dobio i ovoliki broj odgovora. Neki su čak i posumnjali da je u pitanju naše odelenje policije za visoko-tehnološki kriminal.

Od onih koji su rekli da su u stanju da naprave kompjuterski virus, jedna četvrtina je dodala svoj odgovor da su u stanju ali da „nisu probala“, „da ih to ne privlači“, „da ne žele da se ponašaju kao klinici“ i sl. Mogu reći da sam očekivao ovakve odgovore. Već sam pomenuo da je mnogima ugled važniji od novca i koristi koju

26 Neke od javnih odgovora moguće je videti na adresi: <http://www.sk.rs/forum/showthread.php?t=57774>.

dobiju obavljanjem svog posla. Sa te strane, pojavio se jedan otpor – pojedinima takvo „hvalisanje“ smeta. Naravno, uvek postoji jedan broj onih koji su dovoljno stručni da prave zlonameran softver, ali to nikada neće učiniti.

Najveći broj ispitanika, oko 95% je rekao da hakere treba goniti. Ono što je većina dodala je to da krivično gonjenje treba da zavisi od štete koju hakeri naprave. Mali broj njih je rekao da su korisnici interneta sami krivi što kupe viruse i da su za širenje virusa odgovorne anti-virusne kompanije oko kojih se obrće veliki novac. Međutim, ovde možemo videti jedno totalno neshvatanje šta je „sajber zločin“ uopšte. Mnogi misle laički – to je ona situacija kada „*provališ u sistem određene banke i ukradeš više miliona dolara*“. Ili, to je pravljenje virusa koji se instaliraju na tuđi računar, te prate važne podatke koji se kucaju unutar internet kupovine – brojevi i šifre kreditnih kartica, platnih naloga i sl. Međutim, već sam naveo primer korišćenja raznih propusta (eng. *exploit*) te razbijanje određenih zaštita (kao u Sonijevom slučaju) i pravljenje ogromne štete. Mnogi od njih to i ne smatraju zločinom.

Osamdeset procenata ispitivanih je reklo da ne treba kažnjavati one koji prave viruse, a ne upotrebljavaju ih. Jedan dio njih je tvrdio da su pravili viruse čisto radi testiranja svog antivirusnog programa.

Odgovori na poslednje i pretposlednje pitanje su bili dosta neprecizni, jer sam i sam malko pogrešio prilikom odabira pitanja. Ali, sve u svemu, nekih 70% je reklo da zatvorska kazna ne dolazi u obzir, a ovi koji su rekli da bi ih kaznili zatvorom, uglavnom su pominjali kraće vreme lišavanja slobode.

Poenta ove priče je da se kod nas ne obraća dovoljno pažnje na ovaj oblik kriminaliteta. Bilo je svega par hapšenja vezanih za kompjuterski kriminalitet uopšte. Pozitivna stvar je što je MUP Srbije osnovao jedincu za borbu protiv Hi Tech kriminala. Kako svake godine sve više građana Srbije dobija aktivnu internet konekciju, vrši kupovinu preko interneta, koristi e-banking usluge, ugovara razne novčane transakcije, tako i raste opasnost od zloupotrebe istog i raznih prevara. Šteta koju prave sajber kriminalci ne može se samo u novcu izraziti – ljudi koji su na taj način prevareni obično kasnije izbegavaju korišćenje brzih internet servisa, šire paniku i strah među građanima od krađe, a sve to može dovesti do stvaranja nepoverenja prema novim sistemima, koji su neophodni za razvoj društva.

Zbog toga, treba upoznati hakersku podkulturu, njihov način razmišljanja i njihova shvatanja, kako bismo mogli da im se suprotstavimo na pravi način i u pravo vreme.

#### 4. ZAKLJUČAK

Pri proučavanju fenomena zločina moramo koristiti metode i znanja mnogih nauka, a ne samo kriminologije. U ovom slučaju izuzetno su važna saznanja do kojih dolazi sociologija, psihologija, kao i krivično pravo. Neophodno je dobro izučiti pozadinu svakog zločina i kulturu kojoj pripada sam zločinac. Npr. seksualna krivična dela se ne shvataju svuda isto. Pravni sistem može biti ma koliko izjednačen ili isti, shvatanja ljudi šta je dozvoljeno ili nije, odnosno šta je moralno ili nije može

biti totalno različito. Kao što kaže Donald Bloh: „*Problem seksualnog kriminaliteta nije samo pravni; on je pre svega sociološki, psihijatrski i psihološki problem*“.<sup>27</sup>

U suštini, to bi trebalo da se odnosi na sve zločine uopšte, a ne samo na tu jednu grupu. Kulturalni faktori kod pojedinih oblika kriminaliteta mogu nam dati glavno objašnjenje zašto uopšte postoji taj oblik zločina i na koji način je najbolje boriti se protiv istog.

Naravno, treba što više obratiti pažnju na pojedine oblike kriminaliteta i na opasnosti koje ti oblici donose. Mediji a i javnost mnogo pažnje posvećuju raznim serijskim ubicama, kojih ima vrlo malo i sa stanovišta statistike predstavljaju beznačajnu brojku.

Sa druge strane, imamo potkulturnu grupu koja pravi štetu od više milijardi dolara godišnje, a na nju se malo pažnje obraća. Tek kada na sve oblike kriminaliteta budemo gledali sa podjednakom pažnjom, možemo očekivati neke rezultate u vidu otkrivanja zločinaca i bolje borbe protiv njih.

*Milos Čavić*

Faculty of Law, University of Belgrade

## IMPACT OF THE CULTURAL FACTORS IN DELINQUENCY

### SUMMARY

Subject-matter of this paper includes two aspects. First, this paper considers cultural factors impact on crime and on the other hand, tells us about hackers subcultural group and their understanding of computer crimes. The first part deals with the cultural criminology as a special orientation in the criminology and sociology. Within this part, the concept of „crimes of honor“ is treated as well as a few cases of case law related to the impact of cultural factors on criminality is studied. The second part deals with the hacker culture in Serbia as a potential criminal subcultural group.

**Key words:** culture, cultural criminology, cultural factors, crimes of honour, hackers, computer crimes.

---

27 Sex Crimes and Criminals, by Donald A. Bloch The American Journal of Nursing © 1953 Wolters Kluwer Health, Inc. p 1.



# PENAL REACTION IN SERBIA

– Monograph –

Editor Đorđe Ignjatović

Faculty of Law, University of Belgrade, 2011.

## Contents

FOREWORD .....	7
<i>Zoran Stojanović</i> DER VERBRECHENSBEGRIF IN DER SERBISCHEN STRAFRECHTSLEHRE .....	11
<i>Đorđe Ignjatović</i> INNOVATIONS IN SERBIAN PENAL SANCTIONS EXECUTION LAW.....	35
<i>Milan Škulić</i> BASES OF THE COMPARATIVE CRIMINAL PROCEDURE LAW AND MAIN PROBLEMS OF THE REFORM OF SERBIAN CRIMINAL PROCEDURE LAW .....	54
<i>Milovan M. Mitrović</i> PRIVATIZATION CAMPAIGN IN SERBIA – A JOINT VENTURE FOR PLUNDERING .....	126
<i>Boris Begović</i> DEMOCRACY AND CRIME: ECONOMIC ANALYSIS .....	139
<i>Djordje Djordjević</i> PROHIBITION TO ATTEND CERTAIN SPORT EVENTS .....	158
<i>Nataša Delić</i> CRIMINAL ASPECT OF DRUG ABUSE .....	167
<i>Igor Vuković</i> PROVOKED ATTACKS AND OTHER LIMITATIONS ON SELF-DEFENCE.....	193
<i>Biljana Simeunović-Patić</i> NON-REACTION OF BYSTANDERS: FEAR, APATHY, DIFFUSION OF RESPONSIBILITY AND (OR) CONFORMITY .....	210

*Ljubinka Kovačević*

THE AIM AND PURPOSE OF THE LABOUR LAW PROTECTION  
OF „WHISTLE-BLOWERS“ ..... 221

*Vanja Bajović*

“LOST IN TRANSLATION” – OR MISTRANSLATIONS  
IN THE SERBIAN LAW ON RATIFICATION OF THE ROME STATUT ..... 238

*Ivan Đokić*

STRICT LIABILITY IN THE CRIMINAL LAW OF ENGLAND ..... 255

*Natalija Lukić*

INTIMATE PARTNER VIOLENCE – ANALYSIS OF CHARACTERISTICS  
AND CAUSES ..... 269

*Ivana Marković*

DIE EINWILLIGUNG IM STRAFRECHT ..... 282

*Miloš Čavić*

IMPACT OF THE CULTURAL FACTORS IN DELINQUENCY ..... 297



KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI  
Tematska monografija

*Biblioteka*  
CRIMEN  
19

*Priredio*  
prof. dr Đorđe Ignjatović

*Izdavač*  
Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu  
u saradnji sa Krimiološkom sekcijom  
Srpskog udruženja za krivično pravnu teoriju i praksu

*Za izdavača*  
Prof. dr Mirko Vasiljević

*Dizajn korica*  
Đorđe Ignjatović

*Tehnička priprema*  
Natalija Lukić  
Ivana Marković

*Grafičko uređenje*  
Irena Đaković

*Tiraž*  
100

ISBN 978-86-7630-326-7

*Štampa*  
Dosije studio, Beograd

CIP – Каталогизација у публикацији  
Народна библиотека Србије, Београд

343.2/.7(497.11)(082)

343.97(497.11)(082)

KAZNENA reakcija u Srbiji : tematska monografija  
/ urednik Đorđe Ignjatović. – Beograd : Pravni fakultet  
Univerziteta, 2011 (Beograd : Dosije studio). – 310 str. ; 24 cm.  
– (Biblioteka Crimen / Pravni fakultet, Beograd ; 19)

Tiraž 100. – Str. 7–9: Predgovor / urednik. – Napomene i  
bibliografske reference uz tekst. – Bibliografija uz većinu  
radova. – Summaries ; Zusammenfassung.

ISBN 978-86-7630-326-7

1. Игњатовић, Ђорђе [уредник] [аутор додатног текста]

а) Кривично законодавство – Србија – Зборници

б) Криминалитет – Србија – Зборници

COBISS.SR-ID 186238476



## U EDICIJI CRIMEN DO SADA OBJAVLJENO:

1. Ignjatović Đ.: PRAVO IZVRŠENJA KRIVIČNIH SANKCIJA (4 izdanja)
2. KORUPCIJA – OSNOVNI POJMOVI I MEHANIZMI ZA BORBU (Ilić G. ed.)
3. STANJE KRIMINALITETA U SRBIJI I PRAVNA SREDSTVA REAGOVANJA – I (Ignjatović Đ. ed.)
4. Pradel Ž.: ISTORIJAT KRIVIČNIH DOKTRINA (prevod. Perić O.)
5. STANJE KRIMINALITETA U SRBIJI I PRAVNA SREDSTVA REAGOVANJA – II (Ignjatović Đ. ed.)
6. Ignjatović Đ.: METODOLOGIJA ISTRAŽIVANJA KRIMINALITETA sa metodikom izrade naučnog rada
7. Delić N.: NOVA REŠENJA OPŠTIH INSTITUTA U KZS
8. Klark R.: KRIMINALITET U AMERICI (prevod Simeunović B.)
9. Simeunović D.: TERORIZAM (2 izdanja)
10. STANJE KRIMINALITETA U SRBIJI I PRAVNA SREDSTVA REAGOVANJA – III (Ignjatović Đ. ed.)
11. Pradel Ž.: KOMPARATIVNO KRIVIČNO PRAVO – Sankcije (prevod: Perić O.)
12. Ignjatović Đ.: TEORIJE U KRIMINOLOGIJI
13. Bajović V.: SPORAZUM O PRIZNANJU KRIVICE – Upporedno-pravni prikaz
14. Sabo D.: OD ANTROPOLOGIJE DO KOMPARATIVNE KRIMINOLOGIJE (prevod: Đokić I.)
15. Stojanović Z, Kolarić D.: KRIVIČNOPRAVNO REAGOVANJE NA TEŠKE OBLIKE KRIMINALITETA
16. STANJE KRIMINALITETA U SRBIJI I PRAVNA SREDSTVA REAGOVANJA – IV (Ignjatović Đ. ed.)
17. Hulsman L, Bernat de Celis J.: IZGUBLJENE KAZNE (prevod: Đokić I.)
18. Ignjatović Đ., Simeunović-Patić B.: VIKTIMOLOGIJA
19. KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI (Ignjatović Đ. ed.)

ISBN 978-86-7630-326-7

