



Biblioteka

CRIMEN

54

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

© Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet, 2021.

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

www.ius.bg.ac.rs

KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI

XI deo

Tematska monografija

Urednik

Đorđe Ignjatović

Recenzenti

Prof. dr Ljupčo Arnaudovski

Prof. dr Zoran Stojanović

Prof. dr Gorazd Meško

Prof. dr Zoran Ilić

Beograd, 2021.

SADRŽAJ

PREDGOVOR	VII
<i>Dorđe Ignjatović</i> O ORGANIZOVANOM KRIMINALITETU – OPET.....	1
<i>Milan Škulić</i> ZLOČIN NEGIRANJA/ODOBRAVANJA/UMANJENJA ZLOČINA Istorijski kontekst; krivično zakonodavstvo Srbije i „paralele“ sa nemačkim krivičnim pravom.....	34
<i>Boris Begović</i> KRIVIČNOPRAVNA ODGOVORNOST U PRAVU KONKURENCIJE: OSNOVNA PRAVNOEKONOMSKA ANALIZA	71
<i>Nataša Delić</i> NEKOLIKO DILEMA U VEZI POJEDINIH KVALIFIKATORNIH OKOLNOSTI KRIVIČNOG DELA TEŠKOG UBISTVA (član 114. KZ).....	92
<i>Goran P. Ilić</i> ARBITRARNA PRIMENA PRAVA I PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE.....	120
<i>Igor Vuković</i> NEOVLAŠĆENO PRISLUŠKIVANJE I SNIMANJE KAO KRIVIČNO DELO (ČLAN 143. KRIVIČNOG ZAKONIKA)	139
<i>Marija Karanikić Mirić</i> UGOVORNO USTUPANJE POTRAŽIVANJA U SRPSKOM PRAVU	151
<i>Dorđe Đorđević</i> KRIVIČNO DELO PROGANJANJA U KZ REPUBLIKE SRBIJE.....	169
<i>Dragana Kolarić</i> JEDAN OSVRT NA PRIMENU ZAKONA O SPREČAVANJU NASILJA U PORODICI U REPUBLICI SRBIJI	182
<i>Biljana Simeunović-Patić</i> CELISHODNOST TAKTIKA DEESKALACIJE U POLICIJSKOM POSTUPANJU	198

Ljubinka Kovačević

SPREČAVANJE I ZAŠTITA OD DISKRIMINACIJE U ZAPOŠLJAVANJU
– UNIVERZALNI MEĐUNARODNI STANDARDI OD ZNAČAJA ZA
REPUBLIKU SRBIJU 215

Vanja Bajović

RAZLOZI ZA ODBIJANJE EKSTRADICIJE U PRAKSI EVROPSKOG
SUDA ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA 251

Ivan Đokić

NOVE MERE PREMA UČINIOCIMA KRIVIČNIH DELA PROTIV POLNE
SLOBODE – NUŽNOST ILI POVRATAK U MRAČNO DOBA 270

Natalija Lukić

STOPA UBISTAVA U SRBIJI (1951–2019) U POREĐENJU SA DRUGIM
EVROPSKIM DRŽAVAMA 292

Ivana Radisavljević

KRIVIČNO DELO NEZAKONITOG BOGAĆENJA 312

PREDGOVOR

Jedanaesti tom kolektivne monografije *Kaznena reakcija u Srbiji* sadrži petnaest priloga istraživača na istoimenom projektu republičkog Ministarstva nauke koji nosi broj 179051.

Prvi rad, čiji autor je pisac ovog Predgovora bavi se pitanjem kako se na delotvoran način suprotstaviti organizovanom kriminalitetu, a da pri tom izbegnemo široko rasprostranjeni redukcionizam, manipulisanje i populizam. Osnovni zaključak je da se u skoro svim zemljama sadržina ovog oblika kriminalne delatnosti od strane onih koji usmeravaju njegovu kontrolu svodi samo na neke od tih aktivnosti koje sa jedne strane utiču na emocije građana, a sa druge ne ugrožavaju interese onih koji poseduju ekonomsku i političku moć. Otuda u sumnja sa će se značajniji rezultati postići sve dok ne posegnemo za kombinacijom mera socijalne politike, političkog pluralizma i na pravu zasnovanih mera protiv svih onih koji se bave organizovanim kriminalnim aktivnostima.

Milan Škulić piše o tome kako su Nemačka i Srbija inkriminisale zločin negiranja / odobravanja / umanjavanja najtežih zločina propisanih u međunarodnom krivičnom pravu. Iako su te odredbe donete u navedenim zemljama u različito vreme i u nesrodnim uslovima, za različite delikte (Nemačka samo u odnosu na holokaust izvršen od nacista; Srbija u odnosu na genocid i srodna dela utvrđena presudama domaćih i Međunarodnog krivičnog suda), postoji dosta sličnosti između njih. Autor se kritički osvrće na to kako je ovo delo kod nas pravno tehnički uređeno i iznosi niz predloga od kojih je najznačajniji da bi inkriminaciju trebalo proširiti i na negiranje istorijski nepobitno utvrđenih slučajeva genocida koji nisu dokazani u postupcima pred navedenim sudovima.

Nataša Delić piše o načinu na koji je u našem krivičnom pravu normativno uređeno jedno od najtežih dela iz oblasti konvencionalnog kriminaliteta – teško ubistvo. Na osnovu teorijske analize i prikaza bogate sudske prakse ukazano je na niz pravno tehničkih propusta koje bi trebalo ispraviti, naročito zbog toga što se radi o krivičnom delu za koje se može izreći najteža kazna propisana u našem krivičnom pravu – doživotni zatvor.

Goran Ilić, posle terminološkog razjašnjenja o sadržinskom nepodudaranju termina „arbitrarnost“, „diskreciona“ i „pogrešna primena zakona“, ukazuje na jedan od najtežih ogrešenja o princip vladavine prava – na samovolju suda koja se može manifestovati ne samo u primeni normi materijalnog, nego i procesnog krivičnog prava. Analizirane su odluke Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP), kao i one usvojene od Ustavnog suda Srbije u čijem donošenju je kao sudija i sam učestvovao.

Igor Vuković daje detaljnu analizu sadržine krivičnog dela koje je ovih meseci kod nas vrlo pominjano – neovlašćeno prisluškivanje i snimanje, a zatim se osvrće i na procesni značaj tako prikupljenih dokaza.

Iako je tekst Marije Karanikić posvećen građansko pravnoj temi – ugovorno ustupanje (cesija) potraživanja u srpskom pravu – urednik je odlučio da ga uvrsti u ovaj zbornik radova iz krivične materije jer je preuzimanje nenaplativih dugova jedna od aktivnosti aktera koji deluju u oblasti organizovanog kriminaliteta koji onda na kriminalan način iznuđuju sredstva od dužnika zarađujući pri tome značajna sredstva.

Đorđe Đorđević se u prilogu koji je dostavio bavi delom uvedenim u naše zakonodavstvo 2016. i zatim je posle tri godine menjano jer se pokazalo da je sadržalo niz nelogičnosti koje su zadavale probleme u primeni. Međutim, kako navodi autor, i sadašnja rešenja koja se odnose na krivično delo proganjanja su nedovoljno precizna i mogu dovesti do niza problema, pa bi se trebalo ugledati na ona koja su sadržana u drugim pravnim sistemima koje autor detaljno prikazuje.

Dragana Kolarić nastojala je da utvrdi da li je od trenutka stupanja na snagu Zakona o sprečavanju nasilja u porodici (01.01.2017.) došlo do promena u broju krivičnih dela sa elementima nasilja prema članovima porodice. U tu svrhu korišćeni su podaci iz pravosudne statistike, MUP, Republičkog javnog tužilaštva i Ministarstva pravde (kao i dosadašnja praksa Ustavnog suda po ustavnim žalbama). Zaključak je da su rešenja sadržana u navedenom zakonu dala određene pozitivne rezultate, zahvaljujući pre svega preventivnom delovanju policije i tužilaštva.

Biljana Simeunović piše o širenju nove taktike u policijskom delovanju – deeskalacije koja je prema prvim analizama na Zapadu dovela ne samo do smanjenja broja slučajeva u kojima je policija koristila sredstva prinude, nego je i bezbednost policajaca povećana. Potpunija evaluacija pokazaće da li su prvi zaključci do koji se došlo validni, ali nema sumnje da je svaki napor da se pripadnici policije ponašaju na novi način koristan je umanjuje opasnost od policijske brutalnosti i masovnih nemira do kojih ona povremeno dovodi.

Tekst Ljubinke Kovačević bavi se univerzalnim međunarodnim standardima Ujedinjenih nacija i praksom njenih nadzornih tela, kao i standardima Međunarodne organizacije rada koji su značajni za sprečavanje diskriminacije uopšte, a naročito zaštititi lica od različitog postupanja na osnovu rase, boje kože, etničkog porekla, polne pripadnosti, invaliditeta i migrantskog statusa.

Vanja Bajović je za temu svog priloga izabrala razloge za odbijanje ekstradicije u praksi ESLJP; ona se najčešće uskraćuje zbog toga što izručenja traže države za koje postoji osnovana bojazan da izručenom licu ne bi bio omogućen fer postupak, ako je za delo za koje se tereti zaprećena smrtna kazna, doživotni zatvor bez prava na uslovni otpust¹ ili nesrazmerno dugo zatvaranje. S druge strane, razlog za uskraćivanje ekstradicije ne mogu biti zaštita prava na lični i porodični život niti povreda pravila *ne bis in idem*.

Ivan Đokić preispituje opravdanost krivično pravnih mera koje se u novije vreme u svetu uvode u cilju suzbijanja dela protiv polne slobode. Pominju se mere kao

1 Kada smo pre izmene Krivičnog zakonika kojim je za neka dela uveden doživotni zatvor bez prava na uslovni otpust ukazivali na ovu okolnost, oni koji su tada odlučivali nisu se osvrtnali na tu činjenicu. Sada se može desiti da ekstradicija najtežih zločinaca bude zbog toga uskraćena i deluje neverovatno da je nekom odgovaralo da im se ne sudi u Srbiji.

„sigurnosni smeštaj“ u Nemačkoj, „preventivno zatvaranje“ u SAD, a posebno se apostrofiraju one koje zadiru u zdravlje i telesni integritet učinioca (kao što su oba oblika kastracije). Kritički osvrt zaslužuju i mere uvedene u naše krivično zakonodavstvo 2013. godine.

Višedecenijski (1951–2019) trend stope ubistava u Srbiji i njegovo poređenje sa onim koje je zabeleženo u drugim evropskim državama tema je kojom se bavi Natalija Lukić. Komparativne analiza pokazuje da se u odnosu na tu stopu Srbija nalazi u sredini skale formirane po osnovu broja izvršenih ubistava na Starom kontinentu. Sa druge strane, ta stopa u našoj zemlji u navedenom periodu generalno pokazuje tendenciju opadanja; dalje, najčešće žrtve su muškarci srednjih godina, rizik je najmanji za mlada, nepunoletna lica i jedini zabrinjavajući trend je porast stope žena lišenih života.

Ivana Radisavljević razmatra potrebu uvođenja nove inkriminacije u naše krivično pravo: nezakonito bogaćenje koje kao sredstvo borbe protiv korupcije preporučuju neki međunarodni akti. Zaključak je da bi njegovom uvođenju u naš pravni sistem trebalo da prethode brojni legislativno tehnički zahvati, a poslu bi trebalo pristupiti posle ozbiljne analize da li nam je – uz postojeće inkriminacije i poseban 2020. godine usvojeni Zakon o poreklu imovine – ova inkriminacija uopšte potrebna.

Već letimičan pogled na sadržaj ove kolektivne monografije pokazuje da je najveći broj saradnika na Projektu 179051 za teme svojih radova izabrao veoma aktuelna pitanja krivičnih (i srodnih) nauka, da je pisanju prethodio ozbiljan posao na prikupljanju građe i analize rezultata do kojih su došli drugi istraživači, ali i kritički osvrt na zakonodavne rešenja i praksu pravosudnih organa. Učinjen je napor da se objektivno sagledaju dometi i ukaže na moguća rešenja u oblasti kontrole kriminaliteta.

Uz zadovoljstvo što smo naučnoj i stručnoj javnosti ukazali na ovako širok krug pitanja od kojih su neka od ključnog značaja za budućnost našeg društva, zahvaljujem se svim saradnicima – istraživačima na uloženom trudu i nadam se će radovi skupljeni u ovoj obimnoj kolektivnoj monografiji naići na približan odjek na koji su naišli radovi objavljeni u prethodnim tomovima.

Budući da je ovo, po svoj prilici, poslednji Zbornik na Projektu 179051, želim da se u svoje i u ime svih istraživača zahvalim recenzentima koji su godinama svojim sugestijama doprineli da objavljeni radovi budu još kvalitetniji. Malo je kolektivnih monografija čiji recenzenti su takvi naučni autoriteti kakvi su doajen krivičnih nauka prof. dr Ljupčo Arnaudovski iz Skoplja, prof. dr Zoran Stojanović, vodeći krivičar na ovim prostorima, prof. dr Gorazd Meško, svetski autoritet u kriminološkim naukama i prof. dr Zoran Ilić, vrsni poznavalac penološke materije.

U Beogradu,
jula 2021.

Urednik
Dorđe Ignjatović

Dorđe Ignjatović*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

O ORGANIZOVANOM KRIMINALITETU – OPET

Apstrakt: U radu se podseća na potrebu da se na osnovu proučavanja pojavnih oblika i delatnosti kriminalnih organizacija osmisle delotvorne mere kojima će organizovani kriminalitet biti sveden na razmere koje društvo u stanju da toleriše. Uz korišćenje stranih izvora i oskudnih podataka koji su dostupni istraživačima u Srbiji autor nastoji da proširi sliku koju o ovoj vrsti protivzakonite aktivnosti stvaraju mediji i kreatori politike suzbijanja kriminaliteta. Oni time dodatno redukuju pojam organizovanog kriminaliteta koji je već u međunarodno usvojenoj definiciji sveden na oblike koji odgovaraju onima koji su odlučujuće uticali na njeno usvajanje u Palermu 2000. godine.

Ključne reči: organizovani kriminalitet, mafije, redukcionizam, kazneni populizam, mediji.

UVODNA RAZMATRANJA

Kao i više puta u novije doba, organizovani kriminalitet je u Srbiji došao u žižu javnosti i zaokupio pažnju građana potiskujući mnoge druge životno važne teme, dovodeći ljude u stanje frustracije, ako ne i straha i panike. Načini na koji se ova pojava medijski predstavlja pojačavaju takva osećanja, jer su zatrpani sadržajima koji odišu senzacionalizmom, uz često mešanje ključnih kategorija kojima se olako operiše. U takvoj situaciji, postoji opasnost da se ponove iskustva nekih zemalja u kojima je u ovoj oblasti demonstrirani diletantizam čak doveo do kompromitovanja akcija države usmerene na kontrolu organizovanog zločina.

Sve ovo utoliko je čudnije kada se zna da se radi o pojavi o kojoj postoji dosta obimna literatura na našem jeziku, dostupna svakom ko se za pitanja organizovanog zločina interesuje. Ono što nedostaje istraživačima su podaci o fenomenologiji ovog tipa kriminaliteta kod nas i to im otežava mogućnost da pomognu u iznalaženju najadekvatnijih sredstava za njegovu kontrolu.¹ Autoru ovog teksta nije poznato da je ijedan istraživač u Srbiji dobio na uvid (naravno, bez imena lica i mesta gde se odvija njihova kriminalna delatnost) sumarne podatke koje sadrže čuvene „Bele knjige“ MUP Srbije; u više prilika lično ih je od nadležnih tražio, bez uspeha. Nije ih dobio, ali je mnogo važnije da su bili dostupni medijima koji se na njih često pozivaju.² Čini se da oni koji donose odluke smatraju da znaju dovoljno o organizova-

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

1 Istini za volju, postoji i jedan izvor koji bi mladi istraživači već sada mogli da koriste: to su dokumenti koji su rezultat delovanja Tužilaštva za organizovani kriminal(itet) i Specijalnog suda. Problem je jedino u tome što je tamna brojka kod ovih dela toliko velika da je unapred jasno: ako bismo koristili samo podatke iz optužnih akata i presuda – sigurno nećemo steći pravu sliku o razmerama i opasnosti koju ovaj tip nedozvoljene delatnosti predstavlja.

2 Pomalo je za istraživače frustrirajuće to što su im u isto vreme dostupni podaci o organizovanom kriminalitetu u drugim zemljama. Navešćemo samo primer Rusije: u literaturi /Varese, 2001:195/

nom zločinu i zato im pomenuta pomoć eksperata (ne „analitičara“) nije potrebna. Tekst koji sledi pokušaj je da se neke stvari razjasne i da se one (umesto u medijima) nađu u okrilju nauke.

1. KRATAK ISTORIJSKI OSVRT – SLUČAJ SRBIJE: OD NEGIRANJA POSTOJANJA DO OBJAVE RATA

Dugo vremena, ideologija socijalističkog društva nije dopuštala ni da se pomisli kako u „zemlji oslobođenog rada i samoupravljača“ postoji organizovani kriminalitet. To ne znači da ga nije bilo, no u javnosti je, kao i u krivičnim naukama tog doba, dominiralo mišljenje da je organizovani zločin „simbol truljenja buržoaskog društva“. U tom zaključivanju pomogla je uprošćena i šematizovana slika koja je počivala na stereotipima po kojima je taj tip kriminaliteta oličen u obračunima kriminalnih bandi u Čikagu iz doba Prohibicije ili likovima poput američkih gangstera (Al Capone, Duch Schultz, Lucky Luciano) onako kako su naslikani u produktima masovne kulture.³ Prvi visoki državni funkcioner koji je tvrdio da na ovom prostoru postoji organizovani kriminalitet bio je savezni (SRJ) ministar pravde Uroš Kljković.⁴ Bilo je to sredinom poslednje decenije prošlog veka. U naučnim krugovima pojavili su se u to doba radovi koji su na novi način gledali na organizovani zločin,⁵ a Policijska akademija objavila je prve dve monografije o ovom tipu kriminaliteta /Bošković, 1998; Ignjatović, 1998/, da bi u godinama koje su sledile publikovano više tekstova sa ovom problematikom.

Činilo se da je većina načelnih stvari koje se odnose na organizovani kriminalitet razjašnjena i da je vreme da se prouči u kakvim se oblicima javlja na ovim prostorima. Posle događaja od Petog oktobra i nasilne promene vlasti, delegacija naše zemlje (nikada nije saopšteno u kom sastavu) decembra 2000. prisustvuje Konferenciji Ujedinjenih nacija (UN) u Palermu na kojoj je usvojena *Konvencija o suzbijanju transnacionalnog organizovanog kriminaliteta* (TOK).⁶ To je bio znak da je u Srbiji, posle ratifikovanja Konvencije⁷ potrebno izvršiti izmene pre svega u krivičnom postupku, pa je 2002. donet Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala, korupcije i posebno teških krivičnih dela (ZONDOSOK).

se mogu naći policijski podaci o tome koliko je u toj zemlji bilo kriminalnih grupa, koliko su članova brojale i kako su geografski bile locirane njihove kriminalne delatnosti.

- 3 Shvatanje koje organizovani kriminalitet poistovećuje sa „američkim gangsterizmom“ nalazimo i u radovima najuticajnijeg kriminologa druge polovine prošlog veka na južnoslovenskim prostorima – Milana Milutinovića /1981:235/.
- 4 Tu funkciju zauzimao je u periodu 1994–1996.
- 5 Bili su to članci koje su objavili Vladan Vasiljević /1985/ i Zorica Mršević /1993/, a naročito Zoran Stojanović /1989/.
- 6 U literaturi se često ističe da su rešenja u ovoj Rezoluciji nametnute od nekoliko najrazvijenijih zemalja, a neki (kao Adam Edwards i Peter Gill /2006/) tvrde da su odlučujući uticaj na njenu sadržinu imale SAD. Ovu činjenicu ne menja to što je prvi nacrt Konvencije predložila Vlada Poljske decembra 1996. /Schloenhardt, 2009:42/.
- 7 To je učinjeno 2001. Zakonom o potvrđivanju Konvencije UN protiv TOK i Dopunskih protokola.

A onda se, marta 2003., dogodilo ubistvo premijera Srbije. U tom trenutku pokrenuta je akcija „Sablja“ kao prototip haotične i neosmišljene reakcije u kojoj je u kratkom vremenu – po principu: ‘prvo hapsi, a onda traži dokaze o njegovoj’⁸ krivici – pritvoren ogroman broj lica; danima je bezuspešno minirana kuća u Zemunu u kojoj su živeli oni koji su proglašeni za glavne krivce za ubistvo premijera;⁹ srušen je ugostiteljski objekat u beogradskom naselju Neimar sa obrazloženjem da su se tu „skupljali kriminalci“;¹⁰ pod sumnjom su bili čak i oni koji su se u bilo kom kontekstu našli na istoj fotografiji sa pripadnicima „kriminalnog klana“; što je još gore, osumnjičeni su umirali tokom istrage,¹¹ vođe tog klana likvidirane su u policijskoj akciji pod do kraja nerazjašnjenim okolnostima,¹² a televizijski izveštaji su pokazivali uhapšene kako stoje u kavezima sličnim onima u kojima su u cirkusima i zoo vrtovima smeštene opasne divlje životinje.

Efekti su bili sledeći: u periodu od nekoliko godina krivični propisi su menjani po hitnom postupku i sa takvim propustima¹³ koji su opravdali upotrebu termina „panično zakonodavstvo“ /Ignjatović, 2005:48/; od skoro 12.000 pritvorenih, protiv manje od dve stotine lica podignute su optužnice; u krivičnom postupku koji je vođen, nekoliko lica je osuđeno na dugotrajne kazne zatvora; Srbija je dobila sudnicu koja podseća na *Tribunale* u Palermu, sa tom razlikom što Italijani vole da suđenja pripadnicima Mafije imaju elemente spektakla, sa stotinama optuženih, dok mi pre ovih zbivanja nismo imali takav običaj. Propisi koji se odnose na suzbijanje organizovanog kriminaliteta su menjani toliko puta¹⁴ da se čak i svetskoj literaturi autoriteti kakav je Tom Obokata /2010:133/ Srbiju pominje u tom kontekstu kao negativan primer i znak da onima koji su ovlašćeni za vođenje politike suzbijanja kriminaliteta i nije baš najjasnije šta je to organizovani zločin.¹⁵

-
- 8 Činjenica je da na području organizovanog zločina dominiraju muškarci (kao uostalom i u svetu – v. tekst koji su objavile Jana Arsovska i Felia Allum /2014/), ali je u Sablji toliko pominjana „kriminalka“ Ibojka da se mogao steći i drugačiji utisak.
 - 9 Mina Zirojević /2016:273/ dovodi u pitanje zvaničnu verziju po kojoj su ubistvo organizovali pripadnici „Zemunskog klana“ jer je, kako se tada tvrdilo, premijer ranije ostvario kontakte sa pripadnicima te organizacije, a onda su oni rešili da ga uklone „jer je predstavljao opasnost za njih“.
 - 10 Po toj logici, budući da ljudi iz kriminalnog podzemlja vole da se pojavljuju u ugostiteljskim objektima (a često su i njihovi pravi vlasnici), moglo se desiti da Beograd ostane bez većine hotela, restorana i kafea.
 - 11 Tada upotreba plastičnih kesica u Srbiji još nije bila ograničena.
 - 12 Tako da do sada nisu otkriveni pravi nalogodavci i njihovi motivi. U većini zemalja, ako je nadležnima zaista stalo da otkriju pozadinu zločina, komanda je morala da glasi „trebaju nam živi“.
 - 13 U jednom od tada donetih izmena KZ stajalo je, umesto određivanja vrste i težine kazne, samo „kazniće se“; takav propust ne bi napravili ni studenti sa početnih godina pravnih fakulteta jer je to značilo da je za krivično delo učiniocu mogla biti izrečena kazna koja se kretala u rasponu od najblaže novčane, do zatvora u trajanju od (tada maksimalnih) 20 godina.
 - 14 Možda bi se moglo naći i u rubrici „Verovali ili ne“ – za ovu materiju krovni, već pominjani, ZONDOSOK menjan je u periodu 2002–2011. *deset puta* (pri tome je 2004. i 2005. noveliran u po dva navrata). U kasnijem periodu izmene su izvršene još najmanje dvaput: 2016. i 2018. godine.
 - 15 Ovaj autor sa čuđenjem konstatuje još nešto što se retko može sresti čak i u zakonodavstvima država koje nemaju tako dugu pravnu tradiciju kao naša: dva ključna zakona iz krivične materije – Krivični zakonik i Zakonik o krivičnom postupku – različito su definisali organizovani kriminalitet!

2. ORGANIZOVANI KRIMINALITET – POLJE NERAZUMEVANJA, SIMPLIFIKACIJA, POPULIZMA ALI I MANIPULISANJA

2.1. Pojmovna konfuzija

Jedan od dokaza za konstataciju kojom je završen prethodni deo je tvrdnja da je namera pripadnika organizovanog kriminalnog klana koji su 2003. učestvovali u ubistvu premijera Srbije bila da osvoje vlast, odn. da vladaju zemljom. Takve izjave pokazale su potpuno nepoznavanje osnovnih kriminoloških pojmova i nerazlikovanje organizovanog kriminaliteta i terorizma. Ma koliko ova dva tipa kriminalne aktivnosti imala dodirnih tačaka, osnovna razlika između njih sastoji se u prostoj činjenici da je krajnji cilj organizovanog zločina profit,¹⁶ a terorista – promena vlasti.

Tamara Makarenko /2003:161/ posle jasnog definisanja pojmova „organizovani zločin“ i „terorizam“ (‘vršenje nasilja u cilju postizanja političkih ciljeva’ okarakterisano sa pet osobina) uvodi pojam „kontinuum zločina – terora“ pomoću koga grafički predstavlja veze ova dva vida kriminalnog ponašanja i modalitete njihovog dodira. Najbliže tački njihovog susticanja (e. *convergence*) su sa jedne strane politički zločini koje vrše pripadnici kriminalnog podzemlja, a sa druge strane „komercijalni terorizam“ /p. 164/.

U novijoj literaturi neki autori, kao Santiago Ballina /2011/ ukazuju da ta dihotomija „profit protiv ideologije“ ne odgovara potpuno onome što se događa u životu (kao primer navode se meksički kriminalni karteli i islamska kriminalna grupa Abu Sayyaf na Filipinima). Sa druge strane Peter Neuman i Ana Salinas De Fias /2017:2 et seq./ u Izveštaju o vezama terorizma i TOK¹⁷ navode mnoštvo dodirnih tačaka u operisanju ove dve grupe kriminalnih organizacija, ne dovodeći u pitanje činjenicu da se radi o dve vrste kriminalnih aktivnosti.

Ako je ono što su „upućeni“ tada tvrdili tačno, onda se nije radilo o organizovanim kriminalcima, nego o teroristima koji su izvršili atentat.¹⁸ U protivnom, na delu je bilo (ne)svesno kompromitovanje ubijenog premijera. Poznato je, naime, da kriminalno podzemlje pokazuje nameru da ubije najviše predstavnike vlasti (koji ne pripadaju policiji i pravosuđu) samo u dva slučaja – ako su im ušli u „sferu poslovanja“, pa im konkurišu na kriminalnom tržištu ili su policija i pravosuđe u užem smislu u nekoj zemlji samo puki izvršiooci naloga sa vrha i zato takve nosioce apsolutne vlasti organi-

16 Zbog toga ga jedan od najvećih svetskih autoriteta u ovoj oblasti Jay Albanese /2000:411/ određuje na sledeći način: (to je) „kontinuirana kriminalna delatnost, racionalno usmerena da stiče profit iz nedozvoljenih aktivnosti; svoje stalno prisustvo obezbeđuje korišćenjem nasilja, zastrašivanjem, održavanjem monopola i / ili korupcijom javnih funkcionera.

17 Izrađen za Komitet eksperata za terorizam (CODEXTER) Saveta Evrope.

18 Naravno, ovo nije jedini slučaj koji pokazuje koliko je važno koje izraze koristimo. Kada su, u vreme SFRJ, poslednjih decenija prošlog veka na Kosmetu izbile demonstracije i nemiri, naši „stručnjaci“ su ih proglasili „kontrarevolucijom“ i „iredentom“. Ne zna se koji izraz je bio gori: za Zapad, kontrarevolucija u jednoj socijalističkoj zemlji uvek je bila nešto što se samo poželeti može; a što se izraza „iredenta“ tiče, on je oznaka za pokret nezadovoljnih koji žele da se vrati staro stanje. Pri tom su, oni koji su taj naziv afirmisali, zaboravili da Kosovo i Metohija nikada nisu bili u sastavu neke albanske države.

zovani kriminalci doživljavaju kao direktne neprijatelje koje treba ukloniti. Koliko je poznato, ubijeni premijer nije bio meta zločinaca ni iz jednog od navedenih razloga.

Ovakvo razmišljanje nimalo ne pobija činjenica da je moguće da organizatori ovakvih zločina za taj „posao“ unajme nekog iz organizovanog kriminalnog podzemlja (uzgred, oni se obično radije opredeljuju za „solo igrače“ – profesionalne ubice kakvih je u svetu na hiljade – jer je verovatnoća da će biti otkriveni mnogo manja).

2.2. Problemi u određivanju sadržine

Najveći poznavaoци fenomena organizovanog kriminaliteta tvrde da je jedno od objašnjenja zbog čega se na planu suprotstavljanja toj delatnosti (i pored svih napora na međunarodnom planu) postižu skromni rezultati delom leže i u definiciji TOK kakva je usvojena 2000. godine u Palermu. Ona je, na insistiranje SAD u prvi plan stavila odgovor na pitanje: „ko“ (vrši dela iz ovog domena), dok je odgovor na pitanje „šta“ (koje delatnosti oni obavljaju) potisnuto u drugi plan.¹⁹ Zbog toga se u većini zemalja koje su samo prenele odredbe iz te Konvencije u zakonodavstvo počele da izjednačavaju kriminalnu organizaciju i organizovani kriminalitet što je dovelo do nove konfuzije. Tako se uobičajila praksa da se sve što zajedno urade tri i više lica proglasi za organizovani zločin, pa se dogodilo da se u jednom trenutku u našoj zemlji govorilo o desetini različitih „mafija“²⁰ čime je ovaj izraz postao oznaka za različite oblike grupnog ponašanja sa elementima nasilja i vandalizma, ilegalne aktivnosti i korupciju.²¹ Kako navodi Guiseppe Carlo Marino, time se stvara dodatna konfuzija, pa ovaj autor konstatuje: „ako je mafija sve – onda mafija nije ništa“ /Marino, 2010:359/.

No, kada treba zaštititi neke učinioce, navedena tendencija širenja pojma organizovani kriminalitet se gubi. Najbolji primer za to je poznata ‘Afera Indeks’ koja ne samo da je jedna od najvećih bruka krivičnog pravosuđa u Srbiji,²² nego je eklatantan primer organizovanog kriminaliteta – onako kako ga naš zakonodavac i praksa shvataju: kako bi inače, neko ko nije ni ušao na Fakultet mogao da diplomira ako na svakom predmetu nije bio neko ko je mogao da mu za novac upiše ocenu?

Očigledno, kod većine praktičara i onih koji pišu zakone postoji konfuzija koja se sastoji u tome da poistovećuju organizovani kriminalitet sa kriminalnom orga-

19 To, naravno ne znači da treba zanemariti razmatranje pitanja ko čini kriminalno podzemlje? Novozelandski kriminolog Zhivan Alach /2011/ pokazuje kako se analizom motivacije i ciljeva organizovanih kriminalnih grupa može doći do značajnih saznanja.

20 Popularni izraz za organizovani zločin. Mediji su pisali o ‘stečajnoj’, ‘putarskoj’, ‘zelenoj’, ‘automobilskoj’, ‘farmaceutskoj’, ‘fudbalskoj’ čak i ‘dubretarskoj mafiji’. Po toj logici, u tu kategoriju se onda mogla podvesti i delatnost grupe mladih ljudi koji su lomili spomenike i prodavali krhotine na otpadima u okolini Beograda.

21 Takva shvatanja mogu se u kriminološkoj literaturi naći čak i kod takvih poznavalaca kakav je Howard Abadinsky u devetom izdanju svoje knjige *Organizovani kriminalitet* u ovu kategoriju svrstava nezakonite međunarodne motorcikličke klubove poput Anđela pakla (e. *Hell's Angels*) /Abadinsky, 2010:250/

22 Najveći korupcionaški skandal u visokom školstvu zemlje otkriven je 2007. godine, suđenje je počelo 2009.; prvostepena presuda do ovih dana nije dostavljena stranama u postupku ni posle godinu dana od izricanja.

nizacijom. Vincenzo Ruggiero zbog toga navodi kriterijume koji mogu pomoći njihovoj distinkciji. Pri tome, treba uzeti u obzir sledeće činjenice: — koliko je grupa brojna; — od ostalih tipova kriminaliteta se razlikuje po tome što preduzimaju ogroman broj kriminalnih aktivnosti; — kontinuelnost (i kad se vrh organizacije onemoguću da dela, nastavljaju /Ianni, 1972/; — strukturalne karakteristike: operacije su fleksibilne i diverzifikovane; — vode računa o odnosu publiciteta i tajnosti; — profesionalizam i preduzimljivost; — kolektivna klijentela; — obezbeđenje dobara i usluga koje su zabranjene /Ruggiero, 2012:5–6/

Uz navedeno, ovaj autor pominje još jedan problem: ne samo Konvencija iz Palerma, nego i zakonodavstva koja su njena rešenja unela u pozitivno krivično pravo uz organizovane kriminalne aktivnosti dodaju i kategoriju „teški zločini“ što, kako kaže Ruggiero /ibid, p. 12/, dodatno doprinosi konfuziji u ovoj oblasti. Tako se u istom zakonu koji je nominalno namenjen kontroli organizovanog kriminaliteta nalaze i dela koja nemaju nikakve veze sa tim oblikom kriminalnog delovanja, što je slučaj i sa našim ZONDOSOK-om.²³

Sledeća dilema u vezi sa definisanjem je: postoje li dva oblika organizovanog kriminaliteta – onaj koji se odvija na nacionalnom planu i onaj transnacionalni o kome govori pomenuta Konvencija usvojena u Palermu? Mnogi autori usvajaju ovu dihotomiju, dok su drugi zauzeli stav da je sav organizovani kriminalitet transnacionalan. Ova druga tvrdnja može se povezati sa činjenicom da je proces globalizacije koji je dobio snažan zamah sa krahom socijalističkog društvenog modela, zajedno sa procesima vizne liberalizacije i tzv. „šengenskim procesom“ (brisanja granica između zemalja Evropske unije) doveo do povećane mobilnosti ne samo roba i poslovnih ljudi, nego i kriminalaca i njihovih delatnosti. Ne sporeći da su danas prestupnici u mogućnosti da svoje kriminalne aktivnosti lakše nego ranije razviju širom sveta, ne treba zaboraviti dve činjenice: 1– da su mnoge aktivnosti kriminalnog podzemlja i dalje „interne“, odn. odvijaju se na nacionalnoj teritoriji, bez potrebe da se šire (reket, otmice i mnoge druge mogu se i dalje vršiti bez ikakve saradnje „na međunarodnom planu“); 2– da čak i kada nameravaju da preliju svoju delatnost na tlo drugih država, kriminalne organizacije ne mogu u tome uspeti ako se ne oslone na lokalne grupe koje su vezane za tu teritoriju.

Oni koji tvrde da postoje dve vrste organizovanog kriminaliteta – „lokalni“ i „transnacionalni“ takođe zanemaruju jednu činjenicu. Jasno je da prisustvo „međunarodnog elementa“, doprinosi masovnosti povreda prava i brojnosti žrtava, komplikuje otkrivanje delatnosti i identifikovanje prestupnika, otežava kažnjavanje ako se oni nalaze van teritorije države koja vodi postupak ... – ali to ne menja suštinu onoga što nazivamo „organizovani kriminalitet“. Radi se, kako bi se figurativno moglo reći o „istom vinu u drugim čašama“.²⁴

Slična argumentacija može se upotrebiti i u vezi sa dilemom koja se među kriminolozima javila pre pola veka i za koju se smatralo da je u međuvremenu rešena.

23 Ovo rešenje, koje je lep primer „mešanja baba i žaba“, trebalo dovesti u vezu sa Trojanskim konjem o kome će biti reči u tekstu koji sledi.

24 To gledište, podstaknuti idejama o tzv. „glokonom“ (kao spoju globalnog i lokalnog i zastupao ga je Dick Hobbs /1998/) dele i Letizia Paoli i Tom Beken /2014/ –v. Ignjatović /2020/.

Naime, 1970-tih godina američki autor John Mack tvrdio je kako postoje dve vrste organizovanog kriminaliteta: jedan sindikalizovan i karakterističan za SAD, za razliku od onog u Evropi koji se javlja u rasponu od onog primitivnog do hijerarhizovanog /Mack, 1973:107/. Takva gledišta su ostala usamljena i sve do poslednje decenije prošlog veka vladala je neka vrsta konsenzusa kako organizovani zločin u svim delovima sveta ima neke zajedničke crte koje čine njegovu suštinu. A onda je niz radova kriminologa počeo da se bavi posebnim tipom – tzv. ‘organizovanim kriminalitetom Orijenta’ – podrazumevajući ono čime se bave grupe koje deluju na području Dalekog Istoka (*Yakuza, Traid, Tong, Snakehead* i slične) a karakterišu ih: egzotičnost, misteriozni rituali i simboli; ne uzdržavaju se od primene ekstremnog nasilja i zbog toga predstavljaju ozbiljnu opasnost.²⁵ Osim toga, kako navodi Federico Varese u nekim od država tog dela sveta (Japanu, pre svega) pripadnici ovih udruženja ulažu znatna sredstva kako bi u medijima i popularnoj kulturi promovisali poželjnu sliku o sebi; to čine u nameri da ih čitaoci i gledaoci dožive kao junake, a ne kao anti-heroje kako su članovi kriminalnog podzemlja predstavljani u SAD /Varese, 2006/.²⁶

Organizovani zločin u Japanu, Tajvanu i Hong Kongu i drugim zemljama ovog područja ima još dosta specifičnosti u odnosu na druge svetske regione.²⁷ James Sheptycki tvrdi da su njegove osobenosti: to što na Dalekom Istoku znatno uspešnije no drugde uspeva da se ubaci u međuprostor moći koji se nalazi u sivoj zoni između legalnog i crnog tržišta; tu gangsteri i državni funkcioneri ostvaruju saradnju u obliku ‘zaštite’ i ‘regulisanja’ nedozvoljenih ekonomskih aktivnosti, ali i suzbijanja i ograničavanja delovanja legitimnih privrednih subjekata.²⁸ Očigledno, „orijentalni organizovani kriminalitet“, može se u pogledu odnosa sa legitimnim biznisom i nosiocima političke vlasti svesti na tri ključne reči: ‘simbioza’, ‘prodiranje’ i ‘konflikt’ /Sheptycki, 2008:24/. Čini se da je tu na delu, nešto više no drugde ono što Ko-lin Chin²⁹ opisuje kao simbiozu kriminalaca („loših ljudi“ – *e. bad people; k.– heidao*) sa

25 Svetski mediji, poput britanskog *Guardian*-a (maj, 2007) ukazuju na još jednu njihovu specifičnost: te organizacije su najvažniji akteri na ilegalnom transnacionalnom tržištu egzotičnih i ugroženih životinjskih vrsta koje u tom delu sveta ima ogromne razmere.

26 U ovom delu sveta postoje i sasvim drugačije prakse: tako Yui Kong Chu /2000:71/ navodi činjenicu da su januara 1992. filmski radnici u Hong Kongu održali protest protiv ekstremnog nasilja koje trpe od Trijada. Reket i drugi oblici iznuđivanja, nametanje svojih ljudi na važna mesta u filmskoj industriji su samo neke od stvari koje su dovele do revolta pripadnika ove grane popularne kulture.

27 Peter Hill /2006:276/ piše o tome da poslednjih decenija japanske *Yakuza* primenjuju neočekivanu strategiju prema stranim kriminalnim grupama (ruske, korejske, vijetnamske, kineske, tajvanske) koje, zbog bavljenja istim kriminalnim poslovima konkuruišu *Yakuzama*; one međutim, umesto rivalstva i nasilja prema „novim igračima na svojoj teritoriji“ biraju da ih kooptiraju. Zbog toga se događa nešto neočekivano: u suzbijanju ovih „stranih elemenata“ u Japanu više se angažuju organi reda nego domaći kriminalci; između ostalog i zbog toga što Japanci gaje antipatiju prema ovim stranim kriminalcima (kakvu nikada nisu pokazivali prema „zemljacima“). Kao da se u ovoj zemlji preslikala nekadašnja američka ideja o „zaveri stranaca“.

28 Zbog ovoga Varese /2001/ pravi razliku između dva tipa organizacija koje deluju u kriminalnom podzemlju: prvu čine *mafijaške grupe* (kao ruska *Vory-v-Vakone*, američka *Cosa Nostre*, japanske *Yakuza* i hongkonške *Trijads*) i teže da monopolišu ‘zaštitu’ u oblasti nezakonitih tržišnih transakcija; drugu naziva organizovane kriminalne grupe – one nastoje da ostvare monopol u snabdevanju nedozvoljenim dobrima i uslugama u najširem smislu reči.

29 Pišuci o organizovanom kriminalitetu na Tajvanu.

tajkunima („zlatnom volovima“ – e. *golden oxen*, k. *jiaotou*) koja se ostvaruje preko političara; taj sklop ovaj autor označava terminom „politika crnog zlata“ (e. *black gold politics*), pri čemu je „crno“ – kriminalno podzemlje, a „zlato“ – novac, odn. biznis /Chin, 2003:20/; Michael Woodiwiss /2005/ naziva ga „gangsterski kapitalizam“.

Međutim, ovaj poslednji jasno ističe da taj termin važi kako za Istok, tako i za Zapad i time jasno ukazuje kako šema serije interkonekcija gangstera, biznismena i političara koju Chin /2003:17/ predstavlja kao trougao gde: ● gangsteri obezbeđuju privatnu zaštitu biznismenima, a ovi njima mogućnost da dođu do profita; ● gangsteri političarima obezbeđuju glasove na izborima, a ovi njima zaštitu od progona; ● političari im pomažu u nezakonitom bogaćenju, a ovi njima uplaćuju novac u fondove iz kojih finansiraju izborne kampanje – nikako nije karakteristična samo za Daleki Istok. Drugim rečima, „gangsterski kapitalizam“ u kome ljudi iz sveta biznisa i političari saraduju sa kriminalcima je svetski fenomen.

2.3. Redukcionizam

U daljem izlaganju biće učinjen napor da se dokaže osnovna teza: da je i na međunarodnom i na nacionalnom nivou lako zapaziti redukcionizam kada se piše i govori organizovanom kriminalitetu.

Kako je već naglašeno, pri definisanju organizovanog kriminaliteta na međunarodnom planu primetno je insistiranje na odgovoru na pitanje „ko“ uz zanemarivanje pitanja „šta“. To je svakako jedan od razloga zašto se u većini zemalja kriminalne delatnosti organizovanih kriminalnih grupa svode samo na određene nedozvoljene aktivnosti – ili su to one na koje su građani najosetljiviji (dilovanje narkotika kojima „truju našu decu“) ili za koje postoji poseban interes „međunarodne zajednice“ (u našem slučaju – razvijenih zemalja Starog kontinenta) koja npr. trgovinu ljudima i još više krijumčarenje migranata vidi kao nešto što je ugrožava.³⁰

Istovremeno se zanemaruje da se organizovani kriminalci bave i mnogim drugim delatnostima koje mogu biti isto tako opasne kao i one koje su pomenute. Michael Levi pišući o „profesionalnim transnacionalnim finansijskim delatnostima“, pored pomenutih navodi i: – iznuđivanje (reket); – kidnapovanje uz otkup; – ilegalno odlaganje opasnog otpada;³¹ – prevare sa kreditnim karticama i drugim sredstvima plaćanja; – pomorsku pirateriju; – krijumčarenje alkohola i cigareta³² u

30 Čak i letimičan pogled na literaturu o organizovanom kriminalitetu pokazuje koliko te dve teme dominiraju u radovima naših autora.

31 Kao deo ekološkog kriminaliteta.

32 Georgios Antonopoulos /2006/ pokazuje kako je laička ocena da se švercom cigareta bave hijerarhijski uređene organizacije poput Mafije pogrešno. Po njemu, radi se o mreži saradnika sa različitim ulogama koje se dopunjavaju i gde se jasno vidi da jedan deo pripada onome što se označava kao „legitimna ekonomija“. Takođe, u ‘biznisu’ učestvuju akteri sa oba strane nekadašnje Gvozdene zavese; veći broj njih je iz bivših socijalističkih zemalja (u slučaju šverca u Grčku – iz Bugarske). Alberto Aziani, Francesco Calderoni i Marco Dugato /2020/ podsećaju kako se u literaturi tvrdi da na razmere šverca cigareta deluju dve grupe činilaca: ekonomski (diskrepancija u tome koliko ova roba košta u različitim zemljama) i oni koji nisu povezani sa njenom cenom: postojanje neformalne ekonomije i korupcija. Njihovo istraživanje koje se fokusiralo na 247 re-

cilju izbegavanja plaćanja poreza; – intelektualnu krađu i povredu autorskih prava; i – korumpiranje kojim se ove delatnosti omogućavaju ili olakšavaju /Levi, 2003:119/. Naravno, moglo bi se u ovu grupu svrstati još dosta protivzakonitih aktivnosti – od organizovanja ilegalnog kockanja, ‘seks industrije’, preko pranja novca, ilegalne trgovine oružjem, šverca naftnih derivata – do prodaje lažnih vakcina u ovo doba pandemije ... ali je za nas ovde važnije da pomenemo ono što na čemu insistira Levi – da je mnoštvo od nabrojanih i ostalih delatnosti koje spadaju u organizovani kriminalitet povezano sa legitimnim biznisom.³³

Na povezanost „podzemne“ i „nadzemne ekonomije“ skreću pažnju i mnogi drugi autori. U uvodniku zbornika sa Drugog kolokvijuma o prekograničnom kriminalitetu, održanom septembra 2000. u Budimpešti Petrus van Duyne jasno ukazuje da između ove dve ekonomije postoji mnoštvo veza, zbog kojih je u nekim slučajevima teško konkretnu profitabilnu delatnost svrstati u jednu ili drugu grupu /van Duyne, 2002:2/ jer kao što kriminalno podzemlje teži da se uključi u „nadzemnu ekonomiju“, tako se legalne privredne kompanije u nekim slučajevima odlučuju za zakonom zabranjene aktivnosti.³⁴

Ta pojava svakako nije nova – David Friedrichs /2010:195/ navodi reči jednog autora (Stephen Fox, 1989), koji tvrdi da su još u doba Prohibicije u SAD uspostavljene veze između sindikalizovanog organizovanog kriminaliteta i „kriminalaca sa belim kragnama“ i navodi poznate preduzimače iz legitimne ekonomije (među kojima i osnivača dinastije Kennedy)³⁵ koji su sa kriminalnim gangovima učestvovali u proizvodnji i švercu zabranjenih roba, organizovanju ilegalnog kockanja i ostalim delatnostima organizovanog kriminaliteta. Marilyn Peterson /1993/ takvu saradnju tumači kao treću sukcesivnu fazu u odnosima legalne ekonomije i organizovanog zločina. Prva je predatorska (u kojoj kriminalno podzemlje iznuđuje novac od legitirnog biznisa), druga je parazitska, a konačno, treća simbiotska /-v. Ruggiero, 2012:7/. U njoj nastaje ono što kriminolozi nazivaju „loš biznis“ /Hobbs, 1995/ i „prljava ekonomija“ /Punch, 1996/.

Polje na kome se, naravno, uspostavlja najtešnja saradnja između ove dve ekonomije je **pranje novca** kao vitalno važna aktivnost kojom organizovani kriminalitet ‘legalizuje’ protivzakonite prihode. Ta delatnost ne bi bila moguća bez saradnje banaka i drugih finansijskih institucija i tu je simbioza pomenuta dva sveta najjasnija.³⁶

giona EU u periodu 2007–2013. dalo je vrlo zanimljive rezultate po kojima su ovi drugi činioci bitniji od razlika u cenama.

33 Nekada je, pak, linija koja razdvaja kriminalitet korporacija i organizovani zločin tako tanka da se skoro gubi. Kao primer može se navesti protivzakoniti dogovor (e. *conspiracy*) najvećih svetskih farmaceutskih kompanija o podeli tržišta sintetičkih vitamina o kome piše Jay Albanese /2000/ –v. Ignjatović /2016/.

34 Za njih van Duyne /p. 3/ koristi izraz koji je afirmisao Mokhiber /1988/ „kriminalni legalni entiteti“.

35 Milan Škulić /2015:177/ navodi i osnivače drugih privrednih i finansijskih imperija (Astor, Vanderbilt, Stanford, Rockefeller, Morgan).

36 Zato Marino /2010:364/ s pravom konstatuje da su finansijeri i bankari isto toliko krivi kao i obični kriminalci iz podzemlja. A Chambliss /1971/ čak tvrdi da u Sijetlu finansijeri stoje na vrhu „mreže organizovanog zločina“ i da oni često iniciraju „prljavi biznis“ koji im donosi enormni profit, a neposredno ga vrše drugi.

Ova delatnost inače nije nova (začeta je u doba Prohibicije u SAD)³⁷, ali je tek 1980ih godina sa širenjem ideje o potrebi „praćenja tokova novca“ (e. *following the money*);³⁸ u nameri da se kriminalci spreče da uživaju plodove svoje nedozvoljene delatnosti postala ne samo predmet naučnih proučavanja, nego i međunarodnih napora da se organizovani kriminalitet suzbije. Od tada, kako tvrde Mike Levi i Soudijin Melvin /2020:580/ počinje igra mačke i miša između kriminalaca i državnih vlasti.

Navedeni autori ukazuju da je za razumevanje i suzbijanje pranja novca od pravnog pristupa³⁹ plodotvorniji ekonomski. On se fokusira na pitanje: kako novac stečen kriminalnim delima dospeva u legalnu ekonomiju? Za odgovor na ovo pitanje krajem prošlog veka korišćen je model sastavljen iz tri faze. Jedan od najboljih poznavalaca ove problematike, Italijan Ernesto Savona /1993/ govori o: 1) pribavljanju; 2) pozakonjenju; i 3) integraciji⁴⁰ i to objašnjenje dugo se smatralo neprikosnovenim. Međutim, nova proučavanja ukazuju na sledeće okolnosti koje traže novo promišljanje: – pre svega, nije neophodno da se pranje novca uvek obavi u tri navedene faze; – kriminalni novac ne mora u nekim slučajevima uopšte biti opran;⁴¹ – model koji je podrazumevao pre svega pranje keš novca koji su pribavili dileri droga sada se pokazuje kao nedovoljan jer kriminalci u finansijskoj sferi sve više koriste tehnološke inovacije kakve su kriptovalute, elektronsko plaćanje i bankarsko poslovanje uz korišćenje mobilnih telefona;⁴² – najzad, malo prestupnika za pranje novca koristi složene mehanizme međunarodnih transakcija kakve su npr. „Panamski papiri“ (e. *Panama Papers*).

Ovaj naziv je kodno ime za veliki finansijski skandal koji je 2016. obelodanio jedan nemački list ukazujući da je otkriveno 11,5 miliona transakcija kojim su lica iz više od 200 država, a preko 214.488 kompanija pokušala da prikriju svoje prihode pranjem novca. Kako navode Will Fitzgibbon i Michael Hudson /2021/, otkrivanje ovih transakcija dovelo je u nizu država (na Malti, u Peruu, Danskoj i SAD) do različitih posledica za one koji su koristili ovu of-šor šemu. Ono što je za temu ovog rada još zanimljivije, EUROPOL je izvestio da postoji sumnja kako je oko 3.500 pojedinaca i kompanija, učesnika u transakcijama pod navedenim nazivom pove-

-
- 37 U odrednici 'Pranje novca – istorija' u *Enciklopediji transnacionalnog kriminaliteta i pravde*, David Hicks /2012:262/ tvrdi da je potreba da se prikriju prihodi koji su stečeni nelegalno prisutna mnogo pre našeg vremena i da su za to korišćena (sa današnjeg stanovišta) dosta primitivna sredstva.
- 38 Slađana Taseva navodi da je izraz „pranje novca“ stavljen u pravni kontekst u SAD 1982. kada su preduzeti koraci da suzbije investiranje mafije u legalnu privredu /Taseva, 2007:26/.
- 39 Svodi se na primenu odredaba nekoliko akata o kojima će biti reči kasnije.
- 40 –v. detaljnije: Ignjatović /1998:183/
- 41 Radi se o onome što Petrus van Duyne još 1997. označio kao „akvarijumska ekonomija zločinačke zajednice“ gde znatan deo tog novca ostaje u podzemnoj ekonomiji.
- 42 Takvom anonimizacijom novca (e. *money anonymization*) olakšava se njegovo pranje. James Richards /1999:83/ navodi da se još pre dve decenije počeo stvarati sistem kiber bankarstva (e. *cyberbanking*) koji je u odnosu na tradicionalno bankarsko poslovanje pokazao mnoštvo prednosti: lak za korišćenje, široko primenljiv, anoniman, omogućava neograničene transfere novca, multinacionalne transakcije i brzinu transfera. Drugim rečima, on omogućava svakom da trenutno prebaci miliona dolara bilo gde u svetu. Sve to apsolutno anonimno. Wojciech Filipkowski /2008:24/ naziva ovakvu aktivnost „virtuelno pranje novca“ (e. *virtual money laundering*) i ukazuje na brojne pojavne oblike u kojima se može vršiti.

zano sa kriminalitetom, uključujući one koji se bave terorizmom, kiber zločinima, švercom cigareta i drugim organizovanim kriminalnim delatnostima /Pegg, 2016/.

Model pranja novca i nivo njegove složenosti zavisi od: – tipa zločina kojim je stečen; – iznosa zarade od „posla“;⁴³ – ciljeva prestupnika; i – modela koji vlast primenjuje kako bi suzbila pranje novca /Levi, Soudijn, 2020:589/.

Inače, praksa pranja novca ima u nekim slučajevima i mnogo teže posledice po društvo. Tako je, kako piše Dennis Cox /2014:286/, propast piramidalnih finansijskih šema, 1997. doveo Albaniju u stanje finansijskog kolapsa zbog koga su izbili masovni nemiri u kojima je život izgubilo oko 2.000 ljudi. Autor tvrdi da su ove prevarne šeme štednje bile povezane sa pranjem novca narko gangova sa Kosmeta i italijanske mafije.

Jedan od izazova koji stoje pred naučnicima je da objasne kako razlikovati organizovani kriminalitet od kriminalnih aktivnosti onoga što se smatra legitimnim biznisom? Kriminalitet belog okovratnika, ili preciznije – kriminalitet korporacija, se od organizovanog zločina razlikuje pre svega po tome što tu legalni privredni subjekti preduzimaju nedozvoljene delatnosti u cilju uvećanja svoje zarade. Radi se o najrazličitijim delatnostima vezanim za privredno poslovanje i sferu finansija koje nanose ogromne materijalne štete zajednici, a u najčešće ostaju nesankcionisane.⁴⁴ Što je najgore, mnoge od tih aktivnosti direktno ugrožavaju zdravlje ljudi, a neke dovode čak i do fatalnih ishoda.

Izvanredan poznavalac kriminaliteta koji se odvija u sferi finansija, Gregg Barak ukazuje da se poslednjih decenija umesto zaoštavanja odgovornosti kriminalaca sa belim kragnama, a posebno mešetara sa Volstrita (žile kucavice finansijskog kapitala SAD), Amerika opredelila za sasvim drugačiju strategiju koju on naziva „rutinizovanjem“ takvih kriminalnih aktivnosti: one se sve više tolerišu i postaju deo nove poslovne filozofije /Barak, 2017/.

Globalizacija svetske ekonomije dovela je do porasta kriminaliteta belog okovratnika koji pospešuje nemoć siromašnih zemalja da se suprotstave takvim delima multinacionalnih kompanija jer su nerazvijene, a sa druge strane neke od njih su bogate prirodnim resursima čiju enormnu eksploataciju su primorane da dozvole.⁴⁵ Tako dolazi do degradiranja životne sredine ljudi nastanjenih u tim zemljama. Kao primeri bi se mogli navesti uništavanje šumskog fonda (deforestacija),⁴⁶ preterano

43 O troškovima se u analizi organizovanog kriminaliteta obično ne govori: međutim, ne samo inicijalna kriminalna aktivnost (uzmimo za primer trgovinu narkoticima: droga se plaća, kao i oni koji je diluju), nego i pranje njome zarađenog novca podrazumeva troškove koje tvorci raznih međunarodnih i nacionalnih statistika ne pominju: zato oni govore o „milijardama \$ ili € zarade“ umesto o „milijardama sredstava koja su angažovana“.

44 Očigledno je da se od vremena kada je (1939.) Edwin Sutherland u kriminologiju uveo pojam kriminaliteta belog okovratnika, nije mnogo promenilo: on je tada konstatovao da se krivični zakoni, čak i kada na papiru predviđaju strogo kažnjavanje za dela ekonomskog kriminaliteta – uglavnom ne primenjuju.

45 Holandski kriminolog Tim Boekhout van Solinge ovu pojavu naziva „prokletstvo resursa“ (e. *resource curse*) /van Solinge, 2014:500/.

46 van Solinge /2014/ detaljno navodi kakve to posledice ostavlja na život ljudi u ekvatorijalnom pojasu Afrike, Južne Amerike i Aziji.

izlovljavanje ribe /Uljanov, 2020/, uništenje ostalih životinjskih vrsta, zagađenje zemlje, voda i vazduha.⁴⁷

Jedan od najboljih primera do kakvih posledica dovodi pohlepa za profitom je ono što se dogodilo u Somaliji o Božiću 2004. Katastrofalni „Božićni cunami“ otkrio je nešto što se događalo dugo vremena van očiju javnosti. Primorski deo Somalije (koju je razdirao građanski rat započet još 1980-ih godina) postala je vremenom obećana zemlja za odlaganje opasnog otpada iz razvijenih država. Mimo svih propisa o zaštiti zdravlja ljudi i sredine u kojoj oni obitavaju, godinama su u običnim kontejnerima na morskoj obali deponovani radioaktivni uran i olovo, živa, industrijski, hemijski i bolnički otrovni otpad. Kada je prošao cunami, došlo je do nekontrolisanog širenja tih materija koje su zagađile pijaću vodu i izazvale brojne zdravstvene probleme kod lokalnog stanovništva (problemi sa respiratornim i organima abdomena, patološke promene na koži), prouzrokujući čak i smrt lica koja su udisala toksične materije.

Izveštaj UN o posledicama cunamija jasno je pokazao na ove posledice, ali se očito tu i zadržao konstatujući da je u pitanju kršenje međunarodne regulative koja se odnosi na problematiku odlaganja opasnog otpada kvalifikujući takvo ponašanje kao „nemoralno“ i „etički neprihvatljivo“. Odbrana kompanija (pre svega evropskih) koje su ovako ugrozile lokalno stanovništvo bila je da su ugovori o odlaganju zaključeni sa nadležnim vlastima zemlje odn. po svim pravilima ugovaranja u građanskom pravu.⁴⁸ Objasnjenje cele ove „rabote“ koje daje Peter Eichsteadt /2010:39/ je vrlo jednostavno: evropske kompanije koje se na ovaj način oslobađale hazardnog otpada imale su jasnu računicu – odlaganje tone opasnog otpada na obalama Somalije koštalo ih je sto puta manje (2,5\$) no negde na Starom kontinentu (250\$).

Nikos Passas u tekstu *Zakonito, a odvratno* ovakve delatnosti naziva „zločini kompanija kojima se ne krši zakon“ (e. *corporate crimes without lawbreaking*) jer ispunjavaju sve uslove da budu sankcionisane u krivičnom pravu, a ipak to nisu. One nanose ozbiljne štete (po ljude, ekonomski sistem, čak ugrožavaju demokratski poredak u državi) i zbog toga se on zalaže da se sistem inkriminacija u kaznenom pravu temeljno preispita i da se neka od tih dela sankcionišu /Passas, 2005/.

Istraživači su odavno utvrdili da su najuspešnije kriminalne grupe one koje su uspele da uspostave zajednički interes sa oficijelnim akterima. Što su njihovi kontakti sa legitimnim biznisom i političarima intenzivniji, smanjuje se i potreba da koriste nasilje – njegova primena je bitno sredstvo za ostvarenje ciljeva samo u fazi koja prethodi „uključivanju u legalnu ekonomiju“ – za doba „primitivne akumulacije“. Posle uspostavljanja navedenih veza, one koji im konkurišu uklanjaju – umesto njih korumpirani predstavnici policije.

Otuda veliki broj autora u kriminologiji umesto ranijeg svođenja modela organizovanog kriminaliteta na piramidalne grupe (čije ustrojstvo podseća na birokratski model neke velike kompanije) prihvata ideju o postojanju tzv. **kriminalnih**

47 Naravno, ni stanovnici razvijenih država nisu uvek pošteđeni vitimizacije ovakvim delima. Gregg Barak /2017/ piše kako je jedna od najvećih svetskih kompanija za proizvodnju genetski modifikovane hrane (*Monsanto*) postala sinonim za svetskog korporativnog zlikovca koji je koristio moć američke administracije da lobira protiv otpora GMO u Evropi i drugde u svetu.

48 O „slobodi ugovaranja“ kod koga se jedna strana nalazi u iznudici zbog teških posledica građanskog rata koji se vodi na njenoj teritoriji moglo bi se dosta diskutovati.

mreža, odn. o 'isprepletanoj organizaciji kriminalnog podzemlja' koja se pojavila pre više decenija.⁴⁹ Ruggiero podseća na tvrdnju jednog autora (Scott McIlwain /1999/) da su takve mreže koje organizovane kriminalne grupe uspostavljaju sa svetom biznisa i politike fluidne, veoma prilagodljive i obnovljive, a akteri koji se mogu povezati su najrazličitiji;⁵⁰ pri tom, uopšte nije ključno koje kulturne vrednosti prihvataju, kao ni koje im je etničko poreklo i profesionalno usmerenje. Saradnja je najplodotvornija ako ti drugi „umreženi igrači“ na prvi pogled nemaju nikakve veze sa organizovanim kriminalitetom /Ruggiero, 2011/

Pre nego što pređemo na izlaganje o vezama organizovanih kriminalaca i javne vlasti, zadržaćemo se na jednom specifičnom vidu delatnosti koji ukazuje na umrežavanje države sa kriminalitetom kompanija. Radi se o **državno-korporativnom kriminalitetu** koji obuhvata nezakonito ili po zajednicu štetno ponašanje preduzeto radi ostvarenja zajedničkih ciljeva političkih i privrednih subjekata (motivisano, naravno, pre svega željom za enormnom zaradom). U pitanju je stara pojava koja je krajem prošlog veka dobila naziv /Lukić, 2021:29/. Radi se mnoštvu dela, a najčešće o onima koja ugrožavaju čovekovu okolinu.

Vincenzo Ruggiero i Nigel South /2013/ se posebno fokusiraju na tzv. „naftne zločine“ i otrovne hemikalije kakvi su slučajevi „Dow Chemicals“ i „Agent Orange“ koji često prerastaju u ekocid (e. *ecocide*) – nepopravljive štete ili gubitke nanete ekološkim sistemima u razmerama koje dovode u pitanje opstanak stanovnika određenih područja.⁵¹

Jedan od doajena skandinavske i evropske kriminologije Thomas Mathiesen /2017/ u autobiografskoj knjizi *Kadencia* piše o tzv. Slučaju Alta (*Alta Case*) – odn. o tome kako se javnost njegove zemlje organizovala da spreči promenu toka reke Alta na severu Norveške u cilju izgradnje hidrocentrale koja bi koristila snagu vodotoka za proizvodnju električne energije. Takav zahvat direktno je dovodio u pitanje opstanak lokalnog starosedelačkog stanovništva (*Sami*) koje je egzistenciju zasnivalo na uzgoju irvasa, a brana bi ugrozila i biljni i ostali životinjske svet u dolini Soutso. Mathiesen piše da su se brojni aktivisti civilnog sektora i delatnici iz akademske sredine⁵² (počev od leta 1979) mesecima opirali takvim zahvatima sprečavajući svojim prisustvom radove.

Snage reda su u prvom trenutku izašle na lice mesta „kako bi sprečile sukobe“, a onda su u pogodnom trenutku (posle odluka nadležnih tela)⁵³ jednostavno primenile silu kako bi one koji su blokirali radove fizički uklonili sa tog područja. /Mathiesen, 2017:268/. Bilo je potpuno jasno da je zadatak predstavnika države bio da po

49 Tako je Alan Block /1980/ tvrdio da koncept kriminalnih mreža podrazumeva mnoštvo organizacionih modela i po tom kriterijumu razlikuje dve vrste kriminalnih sindikata „preduzimačke“ i „nasilničke“.

50 Ovaj kriminolog ukazuje i da organizovani kriminalitet posebno nastoji da u njih uključi i aktere civilnog društva – pre svega medije i nevladine sektor.

51 Naravno, nisu sve takve štete plod ljudske aktivnosti – no, kada jesu, kako navodi Polly Higgins /2012/, onda bez sumnje predstavljaju zločin.

52 Poput njega, njegovog čuvenog zemljaka i kolege (Nils Christie) i mnogih drugih.

53 U međuvremenu je norveški Parlament više puta razmatrao i svaku put podržao ovaj poduhvat, a 1982. i Vrhovni sud je konstatovao da je izgradnja u skladu sa zakonom. Formalno, bili su u pravu: nadležni organi doneli su odluku i to i zakonom predviđenom postupku: to kakve će to posledice imati, nije bilo predmet razmatranja.

svaku cenu omogućće nastavak radova koji su bili isključivo u interesu preduzimača i doveli su do teških posledica ne samo po životnu sredinu, nego i za lokalno stanovništvo.⁵⁴ Ovakvi slučajevi su tipičan primer državno – korporativnog kriminaliteta.

Za pripadnike organizovanog kriminaliteta, kao što je to već naglašeno, poseban značaj imaju **veze sa nosiocima javnih funkcija** (pre svega sa onima koji su deo policijskog aparata) i to na svim nivoima vlasti.⁵⁵ Kao i veze sa svetom biznisa, i ove se vrlo lako prilagođavaju situaciji i mogu u svakom trenutku obnoviti. Jedan od najboljih načina da se ovo umrežavanje organizovanih kriminalaca i političara ostvari je korumpiranje. Ovi drugi kriminalcima obezbeđuju „čista sredstva i resurse, pouzdane i poverljive podatke, kao i povlašćeni pristup. Uz to – kao što je to već naglašeno – organi reda im omoguććavaju da zadrže monopol na određenom području jer gone one koji konkurišu njihovim protivzakonitim delatnostima.

Često se zaboravlja je da ovakvo prožimanje organizovanog kriminaliteta i „legitimnog sveta“ ne počinje u SAD. Italijanski autor Franco Angeli Scarpinato tvrdi da je partnerstvo između navedenih aktera u njegovoj zemlji začeto još u XIX veku kada su se organizovane kriminalne delatnosti bile opisivane kao vid političkog kriminaliteta promovisan od strane vladajuće klase u saradnji sa „vojnom mafijom“ /Scarpinato, 2004/.

Dok se u kriminološkoj literaturi poslednjih decenija se sve više pažnja skreće na već pomenuti državno-korporativni kriminalitet, istovremeno, mnogo manje se govori o od države organizovanom kriminalitetu iako on ima veoma dugu istoriju. Jasnno je zašto mnogi istraživači taj vid kriminalne aktivnosti zanemaruju – on direktno optužuje države da se služe istim sredstvima kojima i kriminalno podzemlje (ili čak angažuju njegove pripadnike da obave prljave poslove za nju).⁵⁶

Američki istraživači Daw Rothe i Jeffrey Ross /2010/ pišu o fenomenu privatnih vojnih preduzimača (PVP) koji se, po njima nalazi na granici državnog i državno – korporativnog kriminaliteta. Ovo zbog činjenice da podrazumeva simbiotsku vezu između države i ovih kompanija. Poslednjih decenija one širom sveta učestvuju u mnogim vojnim konfliktima i to ne samo kršenjem embarga za snabdevanje oružjem zaraćenih strana, nego i kroz pružanje vojnih usluga (od logističke podrške, usluga obezbeđenja, izvođenja specijalnih operacija – do neposrednog učešća u

- 54 Da bi sprečio da se ovakve stvari ubuduće događaju, Parlament Norveške doneo je 1987. poseban „Zakon Sami“ kako bi se zaštitila prava ove i drugih manjinskih zajednica /ibid., p. 267/. Nije jasno zašto se u Srbiji stvari poput Afere Alta (na primer kontroverze sa izgradnjom mini hidroelektrana) događaju nekoliko decenija kasnije i kako to da i ne pokušavamo da izvučemo pouke iz iskustava drugih.
- 55 Već citirani Hill /2006/ ukazuje da se, kada se radi o odnosu policije i organizovanih kriminalnih grupa, treba čuvati pojednostavljenih zaključaka. Pišući o Japanu on prvo konstatuje da je odnos policije i Yakuza pre dinamičan nego statičan; drugo, Yakuza nisu monolitna organizacija, već pre zajednički naziv za vrlo različite grupe; treće, ni policija nije monolitna organizacija (ona se može podeliti po dva kriterijuma – vertikalnom i horizontalnom). Zato su sve generalizacije u ovoj oblasti opasne /Hill, 2006:248/.
- 56 Ovde treba podsetiti da se ovaj vid saradnje često završavao tragično po aktere iz legitimnog sveta. Interesantno je da mnogi narodi, a ne samo naš, imaju poslovicu koja govori šta se događa sa onima koji sade tikve sa đavolom.

oružanim sukobima. Uz ostale, kao njihovi naručiocu pojavljuju se militantne grupe, narko karteli, džihadisti i drugi.⁵⁷ Brojni su dokazi o kriminalnim radnjama u zemljama u kojima su delovale – ubistva, prevare, ratno profiterstvo, organizovanje pučeva protiv režima koji se ne uklapaju u geostrateške interese matične države. Naravno, za izvršene zločine pripadnici PVP (tipični „psi rata“) ne odgovaraju ne samo prema odredbama domicilnog prava SAD⁵⁸, nego je to onemogućeno i na međunarodnom planu je se njihova delatnost ne može podvesti pod definiciju organizovanog kriminaliteta usvojenu u Palermu 2000.⁵⁹

U naučnu terminologiju pojam „**organizovani kriminalitet države**“ (e. *state-organized crime*) uveo je jedan od najoriginalnijih kriminologa prošlog veka – William Chambliss. U svom poznatom radu koji je zasnovao na dugogodišnjim istraživanjima u različitim delovima sveta i uz obimnu istorijsku građu, ovaj autor dolazi do zaključka da se ova pojava u novije doba po prvi put vezuje za od država (Francuska, Holandija i ponajviše Engleska) organizovanu pomorsku pirateriju koja se na Atlantiku odigravala u XVI i XVII veku; sastojala se u otimanju dragocenosti koje su španski i portugalski kolonizatori prethodno opljačkali od starosedelaca sa područja Novog sveta i onda ih brodovima prevozili u matične države. U Engleskoj su neki od tih razbojnika u ratu služili u mornarici Kraljevstva, a u miru su bili pirati.⁶⁰ Kasnije, ti od države opunomoćeni organizovani kriminalci su se bavili krijumčarenjem narkotika i oružja, vršili atentate i ubistva /Chambliss, 1989/.

U zaključku, ovaj autor ukazuje da je jedan od najtežih zadataka koji stoje pred istraživačima u ovoj oblasti da obezbede dovoljno relevantnih i pouzdanih podataka, koje uvek treba primiti sa rezervom. Utoliko pre što se radi o tajnim operacijama sa kojima je upoznat mali broj ljudi /Chambliss, 1989:204/. Da je bio u pravu pokazuje i već pominjani James Sheptycki koji pominje kako se u literaturi mogu naći podaci je Burma primer državnog organizovanog kriminaliteta jer je u toj zemlji institucionalizovana tortura; da je Kina to isto zbog broja zatvorenika u kaznionicama (sa stopom od 118 na 100.000. stanovnika)⁶¹ i prodaje organa osuđenika nad kojima je izvršena smrtna kazna. Za Severnu Koreju neki upotrebljavaju naziv ‘Soprano država’ (e. *Sopranos state*) jer, kako tvrde, njene vlasti krivotvore američke dolare i švercuju cigarete i narkotike.

-
- 57 Na prvi pogled, može izgledati apsurdno da PVA formirani u Americi služe i ovakvim organizacijama, ali se treba podsetiti koliko puta je najmoćnija država sveta menjala svoj stav o pojedinim od navedenih aktera, smatrajući ih u jednom trenutku saveznicima, a u drugom ih anatemišući – Al qaida u Avganistanu, odnos prema kolumbijskim narko kartelima, prema panamskom predsedniku (Noriega) i obratno – status OVK (odn. UÇK) na Kosmetu.
- 58 Čak i kada se njihova delatnost može podvesti pod odredbe čuvenog američkog zakona RICO (*Racketeer Influenced & Corrupt Organizations Act*) /Rothe, Ross, 2010:598/.
- 59 Sada se vidi zašto je, kako navode već citirani Edwards i Gill /2006/, septembra 1994. u Vašingtonu održan kolokvijum na kome su uvodna izlaganja imali šefovi FBI, CIA i Mreže za suzbijanje finansijskog kriminaliteta (*Financial Crimes Enforcement Network – FinCEN*). Na njemu je rođena ideja o „novom globalnom pluralističkom“ razumevanju organizovanog kriminaliteta koja je šest godina kasnije u Palermu pretočena u Konvenciju o TOK.
- 60 Neki su čak na kraju karijere za zasluge koje su imali za domovinu čak dobijali i plemićke titule –v. Ignjatović /2015a/.
- 61 Šta onda reći za SAD u kojima je stopa zatvorenika čak pet puta viša no u Kini – za 2020. ona iznosi 655 i po tome je Amerika svetski šampion /www.statista.com/statistics/ (27.03.2021)

Autor naglašava da je žigosanje nekih zemalja kao sredina u kojima država organizuje kriminalno podzemlje najčešće politički akt i da su mnoge optužbe opovrgnute (na primer, pomenuto krivotvorenje dolara je zaista vršeno, ali u organizaciji američke CIA-e /Sheptycki, 2008:29/), kao i da su podaci često dobijeni od prebeglih koji žele da obezbede bolji status u novoj sredini ocrnjujući onu koju su napustili (u tom smislu treba shvatiti tvrdnje da je u Hong Kongu Kina navodno angažovala pripadnike kriminalnog podzemlja da razbiju studentske demonstracije i sl.).

Pored već pomenutog angažovanja pripadnika organizovanog kriminaliteta za vršenje prljavih poslova za državu,⁶² poseban vid saradnje političkih aktera i pripadnika organizovanog kriminaliteta tiču se onoga što se u literaturi označava kao „vladavina kriminalaca“, „kriminokracija“ odn. „mafijacizacija institucija“. Italijanski autor Umberto Santino /2013:73/ koristi ove izraze da označi stanje na Siciliji gde je jedna politička stranka (Demohrišćanska) više decenija vladala uz pomoć mafije tako što su političari imali „sigurne glasove“, a mafijaši ne samo zaštitu od progona, nego i unosne poslove iz budžeta države za podsticanje razvoja nerazvijenih područja.⁶³

Drugi već pominjani Italijan Giuseppe Marino koristi izraz „mafijaške države“ (i. *Stati-mafia*).⁶⁴ U knjizi *Istorija Mafije* u delu pod naslovom ‘Mafija, mafije, svet’ on ukazuje na to da su kao produkt globalizacije u sferi politike, ekonomije i kriminaliteta nastale „mafijaške države“ koje predstavljaju logističku bazu i centre za razmenu dobara gde političari i ‘preduzimači’ formiraju jednu specifičnu tvorevinu u kojoj su zastupljeni kako ilegalni, tako i legalni i legitimni subjekti u nekoj vrsti fluidne i kapilarne strukture potpuno različite od one koju ima *Cosa nostra*. Njihov osnovni ‘biznis’ je trgovina zabranjenim robama, a bitna crta simbioza kriminalnih struktura sa političkom vlašću. Taj pojam obično se koristi za neke od država Latinske Amerike (Kolumbija, Venecuela),⁶⁵ ali ovaj autor smatra je ta sprega vidljiva i kod zemalja koje su nastale na ruševinama Istočnog bloka i državama koje su bile deo ranije SFRJ (Rusija, Rumunija, Bugarska, Albanija, Makedonija, Crna Gora,⁶⁶ i – Srbija /Marino, 2010:367/. Kao najbolji primer mafijaške države Marino navodi (samoproglashenu) „državu Kosovo kao epicentar balkanskih mafija“ – preciznije kao centar organizovanog zločina ne samo u regionalnim, nego u međunarodnim razmerama. Priština je – tvrdi on – „nova metropola mafija“, gde se razvija saradnja između kriminalnih grupa različitog etničkog i nacionalnog porekla.⁶⁷

62 Passas /2002/ za taj spoj upotrebljava izraz „hibridni kriminalitet“.

63 Mnogi pripadnici te stranke koji su se suprotstavljali takvoj simbiozi su bili ubijeni – v. Ignjatović /2016/

64 Njih treba razlikovati od „zlikovačkih država“ (i. *Stati-canaglia*); taj izraz plasirao je raniji predsednik SAD Bush i on mu je poslužio kao opravdanje za napad i vođenje rata protiv tih zemalja.

65 Marino /2010:359/ kao kuriozitet pominje činjenicu da dve velike zemlje iz tog područja već dugo vremena javno ističu da na njihovoj teritoriji organizovani kriminalitet ne postoji. Pozivajući se na neke autore /Roqué, 1981; Padoan, 2005/, on naglašava da u njima mafiju zamenjuju vojne vlasti i tajne organizacije – poput masonerije ili verskih struktura koje brutalno krše elementarna ljudska prava stanovništva.

66 Naglašava da je raniji premijer i ekspredsednik te zemlje od strane dva italijanska tužilaštva optužen za „mafijaško udruživanje“ (i. *associazione mafiosa*) /ibid., p. 369/

67 Rosario Aitala /2006:62/ tvrdi da najtešnju vezu uspostavljaju sa italijanskim kriminalnim organizacijama iz Kalabrije i Pulje.

Osnovna delatnost kojom se bave je trgovina drogama, a prema podacima EURO-POL-a prištinska hobotnica (sa ogrankom u Londonu) dospela je na prvo mesto u trgovini heroinom na Starom kontinentu, naročito na severu (sa učešćem od 80%) i u Zapadnoj Evropi (40%) /Marino, 2009:363/.⁶⁸

U Prištini se akumulirao ogroman kapital stečen trgovinom narkotika⁶⁹ i ljudi, tu se ukrštaju interesi organizovanog kriminaliteta i terorista i obrću ogromna sredstva. Ceo „biznis“ ima i političku dimenziju: tako su, kaže Marino, „namicana sredstva za antisrpsku gerilu OVK (a. UÇK), a sada se na toj teritoriji koja nastoji da postane nezavisna razvija ‘mafijaška buržoazija’, /ibid., p. 364/. I jedan drugi autor – Martin Augustus /2014:257/ – pišući o odnosu terorizma i transnacionalnog organizovanog kriminaliteta napominje da je sa porašću albanskog nacionalizma i u želji da obezbede sredstva pobunjeničkim⁷⁰ grupama u Srbiji (OVK, e. Kosovo Liberation Army) i Makedoniji (e. National Liberation Army) albanski oranizovani kriminalitet postao glavni snabdevač Evrope heroinom. Od novca zarađenog prodajom droge oni su od čečenskih i gruzijskih kriminalnih organizacija kupovali oružje za oružanu pobunu.

2.4. Pokušaj objašnjenja organizovanog kriminaliteta uz pomoć teorije haosa

Australijanka Julie Beesley /2011/ se zalaže za to da, upravo zbog složenosti i višedimenzionalnosti organizovanog kriminaliteta kao pojave, za njegovo razumevanje koristimo teoriju haosa. Polazeći od postmodernog shvatanja o primeni ove teorije u kriminologiji koje je popularisao američki kriminolog našeg porekla Dragan Milovanovic /2003/, Beesley tvrdi da je ona sasvim primenjiva na organizovani zločin jer se naslanja na stavove niza uticajnih poznavalaca koji su ga proučavali i ukazali da je njegovo razumevanje neophodno: – podsetiti se reči dvojice poznatih kriminologa /van Duyne, van Dijck, 2007/ i njihove tvrdnje da je „organizovani kriminalitet u dobroj meri dezorganizovan;⁷¹ – uporedno proučavati i njegove lokalne i globalne dimenzije /Findlay, 2008/; – da je pri njegovom objašnjenju potrebno primeniti nelinearni model koji, kako ističe Klaus von Lampe /2003/, uzima u obzir njegove socijalne, psihološke, kulturne, ekonomske i političke dimenzije (kao i istorijske uslove i geografsko okruženje); – imati u vidu da je u pitanju jedna dinamična pojava koja u znatnoj meri zavisi od sposobnosti prestupnika da se prilagodi okolini u kojoj se nalazi /Levi, 2007/; – najzad, jedna od najvažnijih principa: organizovani kriminalitet buja u simbiozi crnog i legalnog tržišta.

68 Škulić /2015:151/ navodi da je u novije vreme primetno širenje delatnosti organizovanih kriminalnih grupa etničkih Albanaca i u SAD.

69 Maršruta polazi iz Avganistana gde se proizvodi opijum, u Pakistanu i Turskoj se prerađuje u heroin, preko Kosmeta on, uglavnom preko Italije, ide u Zapadnu Evropu.

70 Autor izbegava da ih označi kao terorističke iako je, ne samo zbog naslova njegovog teksta, jasno o kakvim se organizacijama radi.

71 Tvorac ovog izraza je Peter Reuter /1983/ koji je smatrao da poznate *Cosa Nostra* (koja su u njegovo vreme smatrana tipičnim predstavnikom organizovanog zločina) nije u stanju da kontroliše ilegalna tržišta na kojima dominiraju „sitni preduzetnici“, efemerne koalicije i kratkotrajna partnerstva.

Ova koncepcija predstavlja jednu inovaciju u poimanju organizovanog zločina i zaslužuje pažnju, utoliko pre što su neke od njenih postavki zasnovane na istraživanjima pomenutih velikana krivičnih nauka. No, sledi joj dug proces evaluacije u kome će se potvrditi ili opovrgnuti njeni stavovi, u zavisnosti od toga zadovoljava li šest kriterijuma 'kritičkog mišljenja' koje navodi James Treadwell.⁷²

2.5. Medijsko predstavljanje organizovanog kriminaliteta

Zadržimo se pri kraju ovog izlaganja na jednoj temi koja je, čini se, zapostavljena – o tome kako se organizovani kriminalitet predstavlja u medijima Srbije. U našoj literaturi /Ignjatović, 1998:131/ već skoro četvrt veka može se naći na podatak da je jedna od zemalja koja se među prvima suočila sa razornim efektima organizovanog kriminaliteta uspela da građane ohrabri da mu se – makar i simbolično – suprotstave i pokažu koliko se ne slažu sa onim što on radi. Početkom 1990ih u Italiji je formirana Antimafija istražna direkcija (*Direzione Investigativa Antimafia* – DIA) koja je kao jedan od osnovnih zadataka imala da ohrabri sredstva masovnih komunikacija da prikažu pravu sliku mafije i teškoće sa kojima se sreću oni koji joj se suprotstavljaju. Italijanski mediji su se uključili u tu akciju, snimljeni su brojni filmovi, a televizijske kuće producirale su igrane serije koje su (poput u svetu poznate „Hobotnice“ –i. *La piovra*) bez romantiziranja prikazale kako se, uz mnogo žrtava (na ličnom i društvenom planu) mogu postići uspesi u suprotstavljanju organizacijama za koje se u javnosti ranije verovalo da su nedodirljive.

Šteta je što iz Italije nismo uvezli takav medijski pristup. Umesto toga, u većini naših televizijskih serija i filmova sa tematikom kriminalnog podzemlja kao da reklamiramo ono čime se ono bavi, junaci se skoro bez izuzetka drogiraju i jasno pokazuju kako se zločin isplati. Prave se posebne emisije u kojima pripadnici kriminalnih organizacija pričaju svoja iskustva stvarajući lažnu sliku kako su prestupnici sa ovog područja vladali kriminalnim podzemljem mnogih evropskih metropola.

Među retke autore koji u novijoj naučnoj literaturi pominju kriminalce sa ovog područja spadaju Jan van Dijk i Toine Spapens /2014:220/ koji pišu o (po zlu) poznatoj kriminalnoj grupi Pink Panter koja je u više od 20 država izvršila preko 200 razbojništava u jevelirskim radnjama. Izlažući o modelima delovanja kriminalnih grupa, ovu pominju kao primer organizacije koja je zločine vršila izvan teritorije svoje matične zemlje.

Istini za volju, stanovnike Srbije pominje i jedan drugi autor u istom zborniku. Pišući o istoriji transnacionalnog kriminaliteta Michel Roth /2014:13/ piše kako je sredinom 1930ih stvorena od strane Jevreja i Grka globalna mreža trgovine opijumom. U toj mreži bio je veći broj stanovnika država koje su pre toga pripadale Otomanskoj imperiji (Jugoslavija, Grčka i Bugarska). Prema izveštaju Federalnog biroa za narkotike, 1933. njih 40% bili su iz Istočne Evrope – Jevreji, Srbi⁷³ i Jermeni.

72 To su: logička konzistentnost; obuhvatnost; škrtoš (jednostavnost u objašnjavanju); proverljivost; empirijska validnost; korisnost i primenljivost /Treadwell, 2006:130 et seq./.

73 U ovakvim navodima često se radi o nepreciznosti: strani mediji navode, a naši automatski prenose kako je „za zločin u Italiji, Nemačkoj ... osumnjičen Srbin (H. P.)“ iako se radi o državljaninu Srbije koji ne mora biti Srbin. Interesantno je da su ti isti strani mediji mnogo senzitivniji

3. KAKO KONTROLISATI ORGANIZOVANI ZLOČINI I SVISTI GA NA NAJMANJU MOGUĆU MERU? KAKO TO VIDE STRUČNJACI, A KAKO PREDSTAVNICI VLASTI?

U ranijoj literaturi vrsni poznavaoци ove problematike predlagali su više načina kako da se moderne države suprotstave organizovanom kriminalitetu. Tako je Američki autor Howard Abadinsky /1994/ naveo četiri strategije koje možemo primeniti u cilju kontrole organizovanog kriminaliteta: 1. prva je striktna primena zakona i stvaranje uslova da organi otkrivanja i krivičnog progona posao obave na optimalan način (ovde se podrazumeva da oni budu kadrovski, tehnički i na sve ostale načine osposobljeni za taj posao);⁷⁴ 2. druga je osmišljena zakonodavna delatnost koja će onemogućiti mehanizme pranja novca i stvoriti uslove za efikasno oduzimanje imovine koje su pripadnici podzemlja stekli kriminalnim aktivnostima; 3. primena odgovarajuće socijalne politike koja će ljudima sa društvene margine omogućiti da na zakonit način obezbede sredstva za život (školovanjem i profesionalnim osposobljavanjem, zapošljavanjem, rešavanjem njihovih stambenih i ostalih egzistencijalnih problema); 4. dekriminalizacija i legalizacija inkriminiranih delatnosti u nameri da se suzi polje delovanja kriminalnog podzemlja.

Na sličan način razmišlja i italijanski kriminolog Ernesto Savona. On smatra da politiku kontrole kriminaliteta u ovom domenu treba usmeriti u tri pravca: a) otklanjanje pojava koje onemogućavaju primenu normi krivičnog prava na pripadnike kriminalnog podzemlja; b) stalno nastojanje da zakonodavstvo i konkretne aktivnosti organa represija prilagodimo modifikacijama koje se odigravaju na kriminalnim tržištima; i c) razvijanje sistema preventivnih mera /Savona, 1993/.

Britanski kriminolog italijanskog porekla Diego Gambetta, koji inače smatra da je osnovna delatnost organizovanog kriminaliteta nuđenje usluge zaštite, ukazuje na potrebu da se to polje zaštite suzi i zbog toga predlaže: – liberalizaciju tržišta droga i cigareta; – ugovori u javnom sektoru moraju biti transparentni; – antimonopolsko zakonodavstvo neizostavno primeniti na sve delove tržišta; i – neophodno je sprečiti svaku krađu glasova na izborima. Ovi ciljevi su ostvarivi, iako zahtevaju ozbiljne promene u pravnom i društvenom sistemu. Problem može biti samo u motivaciji, preciznije – u političkoj volji da se one sprovedu /Gambetta, 1996:256/.

Jedan od najlucidnijih krivičara našeg vremena, Italijan Giovanni Fiandaca /1993/, ističe da u svim aspektima suprotstavljanja organizovanom kriminalitetu moramo poći od stava da je neophodno uspostaviti balans između efikasnog progona i poštovanja prava čoveka jer je upravo to – činjenica da država sama sebe ograničava u korišćenju sredstava koja zadiru u slobode i prava građana – dokaz da je u pitanju pravna država.

kada se radi o državljanima ostalih zemalja koje su nacionalno mešovite, pa jasno naglašavaju da je npr. „osumnjičen mađarski državljanin rumunskog porekla.“

74 U *Enciklopediji kriminaliteta belog okovratnika i korporacija* /Salinger, 2013:684/, Arthur Lurigo, autor odrednice 'Organizovani kriminalitet' navodi da se u SAD u tom pogledu primenjuju tri strategije kontrole tog oblika kriminalne delatnosti: 1. primena zakona RICO; 2. elektronski nadzor komunikacija; i 3. korišćenje iskaza „pokajnika“.

U novije vreme, u tekstu koji govori o paradoksu efekata kažnjavanja za organizovani zločin, jedan drugi izuzetni poznavalac, Edoardo Buscaglia, je na osnovu jurimetrijske analize⁷⁵ rezultata koje je u periodu 2001–2007. postiglo 107 država koje su ratifikovale Konvenciju iz Palerma zaključio je da klasičan pristup kontroli organizovanog kriminaliteta, zasnovan pre svega na kažnjavanju i zatvaranju prestupnika, ne daje očekivane rezultate. Bez oduzimanja imovinske dobiti stečene kriminalnim poslovima, te organizacije svoje ogromne finansijske resurse usmeravaju na korumpiranje onih koji im mogu pružiti zaštitu, a bez planski vođene preventivne (socijalne) politike, uvek će se naći mladi zainteresovani / primorani da se uključe u „posao u podzemnoj ekonomiji“. Da apsurd bude veći, događa se da pojedine države na prvi pogled postižu značajne rezultate (znatan broj pripadnika ovih kriminalnih grupa se hapsi i sankcioniše, kazne se pooštravaju), za rad pravosuđa odvajaju se sve značajnija finansijska sredstva, a opasnost od organizovanog kriminaliteta se ne smanjuje. Jasno je, kaže ovaj autor, da je za stvarne reforme u ovoj oblasti neophodno da vlade budu istinski posvećene postizanju zacrtanog cilja, da je potrebno ostvariti društveno – politički konsenzus, društvenu stabilnost i uticaj civilnog društva /Buscaglia, 2008:315/.

Ovaj autor u jednom novijem radu ističe da su najvažnija sredstva da se organizovanom kriminalitetu suzi polje delovanja jačanje prava građana da učestvuju u fer političkim izborima bez bilo kog oblika prisile (e. *clean political elections with no coercion*) i širenje prava žrtava organizovanog zločina da pristupe pravosuđu /Buscaglia, 2017:795/. Ovaj tip kriminalne aktivnosti koristi „vakuume“ koje stvara državna vlast nesposobna da građanima obezbedi javna dobra (vodu, bazičnu ličnu bezbednost ili pristup mehanizmima pravde). U tu prazninu ubacuju se organizovane kriminalne grupe koje koriste nesposobnost pravosudnog sistema, komplikovanost procedura, razrađenu korupciju i nepostojanje vanpravnih mehanizama za rešavanje konflikata. Kao jedan od uzora šta činiti, autor navodi da su se u nekoliko država koje su bile dramatično ugrožene aktivnostima organizovanog kriminaliteta (pre svega Kolumbija i Italija) kao najvažnije mere za obuzdavanje ovog društvenog zla pokazale: reforme izbornog procesa (koje su omogućile smenjivost vlasti), reforme u finansiranju izbornih kampanja i inicijative civilnog društva /ibid, p. 796/.

Ovako o kontroli organizovanog kriminaliteta pišu i govore oni koji su ga proučavali, a oni koji su zaduženi da usmeravaju politiku njegove kontrole kao da to retko kada čuju. Svaka od navedenih strategija i mera izgleda im manje prikladna od onoga na šta su navikli. U nastojanju da uđemo u njihov način razmišljanja; podimo redom:

- a) zahtev da se osmisli zakonodavna i pravosudna politika koja je u stanju da se prilagodi novim manifestacijama organizovanog zločina ne samo da je „na dugom štapu“, nego traži ozbiljne zahvate u pravosudni sistem i odvajanje značajnih finansijskih sredstva;

75 Jurimetrija predstavlja primenu kvantitativnih metoda (pre svega statističkih i teorije verovatnoće) pri evaluaciji pravnih propisa.

- b) vođenje (preventivne) socijalne politike koja bi umanjila „popunjavanje“ kriminalnih organizacija „svežom krvi“ takođe ne može dati rezultate „u ovom trenutku“;
- c) pominjanje dekriminalizacije nekih od zabranjenih roba i usluga neće se dopasti uhu konzervativne javnosti koja u većini zemalja nije pristalica takvih izmena u oblasti reagovanja na „biznise“ sa narkoticima i prostitucijom, na primer.⁷⁶
- d) ideja o zaštiti ljudskih prava, čak i učinilaca dela iz ove oblasti kao protivteža efikasnom suzbijanju nije im često bliska između ostalog i zbog toga što je organizovani kriminalitet, kako tvrde Cyrille Fijnaut i Letizia Paoli /2006:22/ može poslužiti kao izvanredan „Trojanski konj“ koji omogućava da se na manipulisanjem (često veštački) izazvanim strahom od „zlih mafijaša“ u krivično zakonodavstvo unesu i odredbe koje ograničavaju prava čoveka u meri koja nikada ne bi bila prihvaćena bez te „pripreme“.⁷⁷

Umesto napred navedenih strateških postupaka zasnovanih na poznavanju mehanizama delovanja i održavanja organizovanog kriminaliteta, od 1970ih do danas, političari u mnogim zemljama radije pribegavaju kampanjama i velikim rečima za koje pretpostavljaju da će odjeknuti pozitivno u biračkom telu na narednim izborima. U literaturi se mogu naći bombaste izjave poput onih: „ili će Amerika uništiti organizovani kriminalitet ili će mafija uništiti nju“;⁷⁸ „organizovani kriminalitet u SAD ... je zloćudni tumor koga treba iskoreniti“⁷⁹; „... Mafija je kiselo drvo koje se primilo u italijanskom društvu i razara ga. Mi ćemo to kiselo drvo odlučno i defi-

- 76 Ima i drugačijih primera: kada se radi o narkoticima, prema podacima za 2020. u više od deset zemalja legalizovana je marihuana, kao i posedovanje manje količine kanabisa: pominju se više država Srednje i Južne Amerike, Holandija, Portugal (od 2001. droge su i dalje zabranjene, ali se konzumiranje i posedovanje nijedne od njih ne kažnjava); Španija (od 2017. legalizovani su pušački klubovi); Kanada (od 2018. punoletna lica mogu posedovati 30 grama marihuane, a mogu je i privatno uzgajati; no nabavljanje je moguće samo kod firmi koje imaju licencu lokalnih ili federalnih vlasti –v. Gligorijević, 2020), Gruzija (od 2018. konzumiranje i posedovanje je legalizovani, ali ne i uzgajanje i promet); Južna Afrika (od 2018. dozvoljeni su uzgajanje, posedovanje i konzumiranje); Hrvatska (legalizovano je korišćenje u medicinske svrhe, kao i lična upotreba) –v. Ignjatović, 2021:227/.
- 77 Zahvaljujući tome su u krivično postupanje uvedene ne samo posebne istražne tehnike, nego i mere koje suštinski ugrožavaju pravo čoveka na privatnost. Neka kao ilustracija posluži predlog koji se skoro čuo – da se kao posebno krivično delo uvede korišćenje mobilnih telefona sa kriptom zaštitom, umesto da uslov kažnjivosti bude korišćenje takvih uređaja u kriminalne svrhe; bez toga bi pod udar ove inkriminacije došle sve legalne (pre svega poslovne) delatnosti u kojima akteri žele da njihova korespondencija bude zaštićena od privredne špijunaže i sličnih protivpravnih dela.
- 78 Američki predsednik John F. Kennedy, izrekao je u vreme dok je sa svojim bratom Robertom (državnim pravobranicem – ministrom pravde – SAD) i pripadnicima američkog krila Mafije (*Cosa nostra*) pravio plan kako da ovi „loši momci“ ubiju kubanskog predsednika (Fidel Castro). Neku godinu kasnije, J. Kennedy je ubijen u atentatu koji do danas nije razjašnjen.
- 79 Te reči izrekao je i američki predsednik Richard Nixon za koga se zna da iz osвете zbog toga što je *Cosa nostra* na predsedničkim izborima novac uložila u protivkandidata, Meselsku vezu zamenu snabdevačima američkog podzemnog tržišta heroinom iz dalekoistočnog Zlatnog trougla. Ostao je zapamćen kao jedini američki predsednik koji je (iz drugih razloga) bio prinuđen da 1974. da ostavku na taj položaj.

nitivno iščupati“;⁸⁰ najzad, „Organizovani kriminalitet danas je novi komunizam, nova monolitna pretnja“.⁸¹

Ovakve izjave su klasičan primer penalnog populizma čiju suštinu Fiandaca /2013:97/ određuje u nekoliko reči: – počiva na ideji da krivični mehanizam treba da omogući ostvarenje političkih ciljeva na populistički način;⁸² – primenjuju se tehnike retoričke i manipulativne; i – neskrivena je želja vršilaca najviših političkih funkcija da se predstave kao najkredibilniji zaštitnici interesa naroda). Na tom talasu u mnogim zemljama se povremeno praktikuje pompezna „objava rata“ organizovanom kriminalitetu. Nju je, u sklopu brojnih takvih objava kakve su uobičajene u SAD,⁸³ izrekao već pominjani predsednik Nixon. Potreba da se dodvori biračima bila je u tom i kasnijim slučajevima jača od stava brojnih kriminologa koji ukazuju da je „objava rata“, čak i kada je retorička, ne samo zavaravanje javnosti kako će se u kratkom periodu kampanjom (koja se vodi na sva zvana) postići značajni rezultati, nego je opasna i zbog toga što se u svakom ratu podrazumeva da su sve sredstva dozvoljena, a pravna država ne može tako postupati sa prestupnicima.⁸⁴ Stojanović i Kolarić /2014:13/ citiraju jednog nemačkog autora (Albrecht) koji tvrdi da se „rat“ protiv organizovanog kriminaliteta (terorizma i korupcije) pretvorio u „rat protiv prava“ u kome se krivično pravo zloupotrebljava iz sasvim drugih razloga koji nisu povezani sa kontrolom ovih teških oblika zločinačke aktivnosti.

Naravno, u Evropi se ne može zamisliti takva praksa koju je na Filipinima kao svoju verziju „rata drogama i organizovanom zločinu“ ozvaničio predsednik Rodrigo Duterte. On je po stupanju na tu dužnost juna 2016. godine dao instrukciju policiji da može ubiti svakog za koga smatra da je povezan sa trgovinom drogama. Postupajući po tom ovlašćenju pripadnici snaga reda, ali i grupe dobrovoljaca (vigilanata) koji su im se pridružili, lišili su od jula 2016. do januara 2017. života po kratkom postupku, bez suđenja, više od 7.000 ljudi /Amnesty International, 2020/. Ono što su novinari sa Zapada приметili je da 2/3 Filipinaca podržava ovu kampanju svog predsednika /Economist, 2020/.⁸⁵

80 Italijanski predsednik Giovanni Leone (inače profesor Krivičnog prava) – juna 1978. demisionirao je zbog učešća u jednom od najvećih međunarodnih korupcionaških skandala XX veka – aferi sa nabavkom vojnih aviona Lokid (Loheed Martrin). Tada je zabeležen odgovor koji je na pitanje: „koja mafija je najopasnija?“ dao legandarni italijanski borac protiv ove organizacije, kasnija jedna od njenih žrtava, sudija Paolo Borsellino – „najopasnija je politička mafija“.

81 Ovo su reči koje je izrekao američki senator John Kerry. – v. R. Naylor /2002:13/.

82 Ovaj autor kao najbolji primer navodi reči predsednika italijanske Antimafija parlamentarne komisije (Rosy Brindi): „jasno mi je da bi se tekst izmena zakona“ (koji je namenjen suzbijanju mafijaških aktivnosti) „mogao još doraditi, ali moramo žuriti kako bi izmene stupile na snagu pre najavljenih izbora“ /ibid. p. 101/.

83 U pitanju su četiri poznata američka javno objavljena rata: „rat protiv siromaštva“ (od 1960ih do 1970ih godina), „rat protiv kriminaliteta“ (od 1960ih do 1980ih), „rat protiv droga (od 1960ih do danas) i „rat protiv terorizma“ (od 1990ih do danas) / – v. Ignjatović, 2015:209/.

84 Italijanski autor Sergio Moccia /1995/ citira reči jednog od velikana krivičnih nauka svoje zemlje (Alessandro Baratta) – efekat zakona koji krše (druge) ustavne norme koje ograničavaju kaznenu intervenciju je – nula.

85 Interesantno je da je u jednom novijem radu /Ljubičić, 2021/ zapaženo da je ovakav brutalan obračun sa trgovcima drogama na Filipinima naišao na podršku i korisnika društvenih mreža u našoj zemlji.

Populističkom nastojanju da se javnost ubedi da nadležni čine sve kako bi građane zaštitila od delovanja 'mafijaša' očigledno je svojstveno da od brojnih (u ovom tekstu delom navedenih) nedozvoljenih delatnosti kojima se bavi kriminalno podzemlje izdvoji one koji izazivaju najveći strah i odbojnost kod građana. Zato se govori o trgovini narkoticima, a ne o finansijskim kriminalnim aktivnostima koje su ugrozile ekonomske temelje nekih zemalja (pre svega onih u tranziciji) i dovele u pitanje egzistenciju stotina hiljada zaposlenih.

U tom kontekstu valja podsetiti na efekte privatizacije koja je u našoj zemlji uglavnom izvršena po modelu „pljačkaške prvobitne akumulacije kapitala“. Priča o sada već legendarne „24 sporne privatizacije“ pokazuje na šta se na kraju svedu entuzijazam i velike reči koje se povremeno tako snažno demonstriraju u oblasti u kojoj se susiču beskurpulozna otmica i moć novoobogaćenih i nemoć države koju čak i evropske institucije opominju da je krajnje vreme da iskoristi svoja ovlašćenja.⁸⁶

Sve do sada navedeno objašnjava skromne rezultate u kontroli organizovanog kriminaliteta i zašto i danas za stanje u većini zemalja važi konstatacija koju su pre više od četiri decenije izrekli Peter Reuter i Jonathan Rubinstein /1978:77/: kampanje protiv organizovanog zločina vođene su mitovima i pogrešim tumačenjima; zasnivane su na lošim zakonima i još goroj kaznenoj politici.

Nekom se može učiniti da je ova ocena, naročito u pogledu nastojanja da se inoviranjem zakonodavstva ostvari kontrola organizovanog kriminaliteta, preoštra. Da bismo proverili radi li se o preterivanju, koncentrisaćemo se na jedan deo te zakonodavne delatnosti i koji bi mogao da bude najbolji primer: zakonska rešenja doneta radi sprečavanja pranja novca (e. *anti-money laundering* – AML).⁸⁷ To AML zakonodavstvo je plod iskustava više država u kojima se pokazalo da reakcija koja se svodi isključivo na slanje u kaznionice kriminalaca (čak i onih za koje se smatra da pripadaju vrhu organizacije) ne daje efekte; zato su se organi socijalne kontrole preorijentisali na akcije usmerene na ugrožavanje njihove ekonomske moći uz pomoć mera kakve su oduzimanje i konfiskaciju prihoda /Naylor, 2002/. Kako navodi Verena Zoppei /2015:134/, kada se pokazalo da „rat protiv droga“ ne daje očekivane rezultate, naciljana je „Ahilova tetiva“ organizovanog kriminaliteta – njegovo nastojanje da integriše i koristi od zločina ostvarenu zaradu u legalnoj ekonomiji. Donosi se niz pravnih akata, ne samo na međunarodnom nego i na nacionalnom, planu.⁸⁸

86 Mnoštvo zakona iz krivične oblasti rađeno je u Srbiji po uzoru na Republiku Hrvatsku – ne samo zato što je ona već postala član Evropske Unije, već pre svega zbog jezičke bliskosti (pa je piscima nacrtu propisa jednostavnije da prepisu odredbe iz zakonodavstva susedne države, nego da sa stranih jezika prevode rešenja iz najuticajnijih pravnih sistema na evropskom prostoru). Kada se to zna, čudno je da im nije palo na pamet da iz Ustava Hrvatske prepisu odredba sadržanu u članu 31 u kome je izričito navedeno da ne zastarevaju krivična dela iz procesa transformacije i privatizacije, a imovinska korist, ostvarena tim delima ili povezana sa njima, oduzeće se. Za unošenje ove odredbe u naše zakonodavstvo nije bila potrebna nikakva spektakularna akcija, dramatično medijsko izveštavanje i velike reči.

87 Skraćenicu AML korišćemo u daljem tekstu.

88 Pored već pominjane Konvencije protiv TOK iz 2000., radi se o dve konvencije: Konvenciji protiv nezakonite trgovine narkoticima i psihoaktivnim supstancama (Bečka konvencija iz 1988.) i Konvenciji o pranju novca ... (Strazburška konvencija iz 1990.); zatim o aktima donetim od strane Udarne grupe za finansijsku akciju (*Financial Action Task Force* – FATF) – pre svega 40

Pri tome, treba se pre svega podsetiti na reči onih autora koji (kao Rowan Bosworth-Davies /2006:347/ tvrde da se globalna AML (kao i protiv organizovanog kriminaliteta uopšte) vodi pod nespornim uticajem SAD koje periodično identifikuje novog neprijatelja protiv koga treba voditi borbu, sve u skladu sa njihovim uprošćenim viđenjem o tome šta je „dobro“, a šta „zlo“.

U literaturi se rešenjima u AML stavlja niz prigovora: pre svega, nije moguće izvršiti njihovu potpunu evaluaciju jer, kako su Brigitte Unger i saradnici na osnovu primene četiri dostupne metodologije,⁸⁹ konstatuju: možemo izračunati koliko primena AML mehanizama košta, ali ne i koliki su benefiti od njihove primene /Unger, 2014:218/. No, od ove zamerke metodološke prirode, značajnije su one koje navodi Zoppei, a svode se na konstataciju da AML zakoni narušavaju neke osnovne principe krivičnog prava: načelo *ultima ratio* je povređeno jer postoje i druga sredstva koja su delotvorna, a mnogo manje zadiru u prava čoveka; ne poštuje se ni *načelo proporcionalnosti* – nemoguće je ograničiti njihovu primenu samo na slučajeva kada je korist od toga veća od štete koja je pretila.

Dalje, ovi propisi su *primer „simboličnog zakonodavstva“* (kažnjavanja u uslovima kada je jasno da ne možemo sankcionisati ni deo nedozvoljenih ponašanja, pa ih ipak primenjujemo kako bismo simbolično pokazali da zakoni još uvek važe). Simbolično, a ne efektivno pravo nije slučajno na sceni – njegov zadatak je da podigne politički ugled vlasti u očima javnosti iako je jasno da njegove norme ne mogu (uopšte ili uglavnom) biti primenjene. Takvi ‘simbolični zakoni’ usvajaju se sa obrazloženjem da je potrebno hitno reagovati, što galvanizuje javni konsenzus /Musco, 1993/; tako se, zarad ostvarenja trenutnog cilja, žrtvuje nešto mnogo važnije – poverenje javnosti u institucije. Zbog toga je, podseća Zappei /2015:142/, i osnivač krivičnih nauka Cesare Beccaria bio protiv simboličnog kažnjavanja.

Ova stvar ima i širu dimenziju: u literaturi /Rahn, 2002/ se ističe da su ratovi protiv kriminaliteta na međunarodnom planu korišćeni za kontrolu finansija siromašnih zemalja i donosili im troškove koje nisu mogle pokriti; sa druge strane, AML zakoni, kako smatra Sharman /2011/, pogađaju ne samo siromašne zemlje, nego i slabe i manje uticajne privredne preduzimače u razvijenim državama.

Verena Zoppei na kraju izlaganja navodi dilemu Brigitte Unger i njenih saradnika: da li smo (misli na EU) spremni da potrošimo 44 miliona evra po cenu ugrožavanja privatnosti u zamenu za korist koju ne možemo utvrditi? A onda zaključuje pitanjem: da li smo zaista namerni da platimo i tu cenu – ako je to rešenje – da u cilju suzbijanja pranje novca ugrozimo finansijski sistem koji danas postoji /Zoppei, 2015:143/?

ZAKLJUČAK

Rad predstavlja još jedan pokušaj da se ukaže na kompleksnost fenomena koji se tako često pominje, a o kome postoji mnoštvo predrasuda, simplifikacija i ma-

preporuka iz 1990, kao i one iz 2013. i 2018.; najzad, o Direktivama EU (91/308EC; 2001/97/EC) iz 1991. i 2001. godine.

89 OCTA odn. SOCTA, IMF (MMF), „Walker model težine“ i analiza opasnosti koju je razvio Jakub Brett /Unger, 2014:10/

nipulacija. Potpuno je jasno da se organizovani zločin ne može svesti na nekoliko pojavnih oblika koji najviše tangiraju emocije građana (trgovina narkoticima) ili evropske zvaničnike (krijumčarenje i trgovina ljudima). On nije deo nekog prljavog i od ostatka društva svetlosnim godinama udaljenog podzemlja. To je pre jedna ogromna poslovna mašinerija⁹⁰ koja deluje na lokalnom i svetskom prostoru,⁹¹ objedinjavajući pripadnike mnogih etničkih, religioznih i kulturnih grupa koji nalaze načine da uspostave različite oblike saradnje ne samo sa legitimnim poslovnim svetom, nego i sa predstavnicima različitih nivoa vlasti. U tom smislu, može se reći da postoji ono što se u literaturi označava kao „socijalni sistem organizovanog kriminaliteta“ koji u svoje aktivnosti uključuje – u najrazličitijim ulogama – veliki broj aktera, i to ne samo onih koji deluju protivzakonito, nego i one iz sveta legitimnog biznisa, politike, sporta, kulture – pa čak i obične građane koji npr. koriste mogućnost da od kriminalnih grupa nabave švercovane cigarete po cenama nižim od propisanih, obraćaju im se da posreduju u sporovima koje državni organi nisu u stanju da razreše ili to nisu voljni da učine; takođe, kroz tražnju zabranjenih dobara i usluga doprinose opstanku organizovanog kriminaliteta.

Ako je odavno dokazano da se na ekonomsko ponašanje samo delimično može uticati korišćenjem pravnih mehanizama, kao i da je maksimalizacija profita njegov osnovni pokretač, jasno je da se kontrola organizovanog zločina ne može svesti samo na primenu tradicionalnih mehanizama krivične pravde (naravno, oni mogu imati značajnu ulogu, naročito ako su norme krivičnog prava prilagođene lokalnim prilikama,⁹² istražni organi osposobljeni da delaju, a sudovi oslobođeni bilo kakvih upлива ostalih grana vlasti i medija); još manje tu pomažu kampanje u kojima država spektakularno demonstrira moć.

Da bi suprotstavljanje bilo delotvorno, neophodno je uspostaviti kontrolu finansijskih tokova⁹³ i onih grupa kojima zarade od legalnog biznisa nisu dovoljne. Dalje, potrebno je primeniti sve delotvorne mehanizme suprotstavljanja korupciji, posebno onoj na nivou visoke politike;⁹⁴ valja osmisliti rešenja u okviru socijalne politike koja će ljudima omogućiti egzistenciju i angažovanje u legitimnoj ekonomiji da se ne bi uključivali u kriminalno podzemlje zarad materijalnog opstanka. Država mora raskinuti veze sa kriminalcima belih kragi i članovima upravnih odbora koji generišu kriminalitet korporacija. Isto se odnosi i na kontakte predstavnika vlasti sa

90 Peter Enderwick /2013:309/ tvrdi da je samo globalno tržište droga 2010. obrnulo 410 milijardi dolara, što je ekvivalent 2,3% globalne svetske trgovine koja je ostvarena te godine.

91 R. Naylor /2004:13/ smatra da bi se, poput G-8, poznate organizacije ekonomski najbogatijih država sveta, mogla osnovati i „G-6“ najmoćnijih kriminalnih podzemlja u čijem članstvu bi se našle: SAD, Italija, Kolumbija, Japan, Hong Kong i Rusija – dakle, i tu bi se susreli Zapad i Istok.

92 U tom cilju, potrebno je preispitati ne samo sistem inkriminacija, nego i ceo koncept kaznenog sistema koji se raznim međunarodnim aktima i pravnim transplantima gradi poslednjih decenija.

93 Verovatno bi se to u Srbiji mnogo lakše činilo da nije ukinuta Služba društvenog knjigovodstva odn. da je zadržana neka njena modifikacija poput onih koje postoje i u razvijenim državama Zapada. Možda će istraživači u vremenu koje sledi uspeti da povežu ukidanje SDK sa nastojanjem onih koji su donosili odluke da se olakša već pomenuta pljačkaška privatizacija društvene svojine.

94 U našoj literaturi, neki autori – kao Slaviša Vuković i Nenad Radojević – upotrebljavaju izraz „velika korupcija“ kao oznaku za onu „koja se javlja na najvišim nivoima u vladi i uključujući veće državne projekte i programe“ /Vuković, Radović, 2012:91/.

pripadnicima kriminalnog podzemlja, čak i kada se oni uspostavljaju zbog ostvarenja nekog nacionalnog interesa. Najzad, u većini zemalja potrebna je reforma političkog sistema koja će omogućiti smenjivost vlasti na slobodnim izborima.

Oni koji to ne shvataju, suočavaju se periodično sa porastom aktivnosti organizovanog kriminaliteta i vodiče beskrajni niz kampanja sa nezadovoljavajućim efektima. Da apsurd bude veći, čak i kada se slobode liše pripadnici većih i opasnih kriminalnih grupa, tome se – više od građana – obrađuju ostali akteri iz tog sveta jer im je na taj način sklonjena konkurencija i širi im se polje delovanja. Zato kontrola organizovanog kriminaliteta mora biti vođena na više nivoa i sredstvima različite prirode. Ta *bifurkacija* u kontroli organizovanog zločina (za neka dela koja spadaju u ovu kategoriju, potrebno je pooštriti kažnjavanje – pre svega primenom mera usmerenih protiv imovine prestupnika, za druga razmisliti o ublažavanju ili čak dekriminalizovanju).⁹⁵ Očigledno je da ta bifurkacija treba da zameni sadašnju orijentaciju ka kampanjskoj primeni tradicionalnih kaznenih mehanizama.

I na samom kraju još jedna napomena: kroz ceo tekst provlači se kao neka vrsta zajedničke niti jedna reč – „redukcionizam“. On označava jasnu tendenciju da se bogatstvo pojavnih oblika organizovanog kriminaliteta svede samo na njene određene forme. Time se potvrđuje stav autora koji, kao von Lampe /2016:11/ smatraju da je (i) ovaj pojam jedan socijalni konstrukt (e. *social construct of reality*) kome moćni međunarodni i domaći akteri određuju sadržinu. Ako je većina država danas usvojila definiciju transnacionalnog organizovanog kriminaliteta koje je u Palermu 2000. godine nametnut od (tada) najmoćnije svetske sile, onda ne treba da čudi što odgovornosti za dela koja sadrže sve elemente u organizovanog zločina onako kako je on određen u kriminološkoj teoriji ne podležu multinacionalne kompanije, privatni vojni preduzimači („psi rata“), pa ni kriminalni akti država koji nisu ništa drugo do organizovani zločin.

Drugi nivo redukovanja vrši se na nacionalnom planu: tu se organizovani kriminalitet po pravilu svodi na pojavne oblike koji ne dovode do odgovornosti zaštićene pojedince i grupe; pažnja se fokusira na one koje je najlakše proglasiti za „neprijatelje“ i kojima se bez ustezanja objavljuje rat. Još ako, kako kaže Simeon Flacks /2019/ „diluju drogu deci – onda su idealni prikladni neprijatelji naroda“.

LITERATURA

- Abadinsky H. /1994/: *Organized Crime*, 4th ed., Chicago
 Abadinsky H. /2010/: *Organized Crime*, 9th ed., Belmont
 Alach Z. /2011/: An incipient taxonomy of organised crime, *Trends in Organized Crime*, n° 1
 Albanese J. /2000/: The Causes of Organized Crime– Do Criminals Organize Around Opportunities for Crime or Do Criminal Opportunities Create New Offenders?, *Journal of Contemporary Criminal Justice*, n° 4
 Amnesty International UK /2020/: More than 7,000 killed in the Philippines in six months, as president encourages murder /www.amnesty.org.uk, 18. May (25.03.2020)

95 To je još krajem prošlog veka predlagao Savona /1997/ – uravnoteženu kombinaciju regulacije i deregulacije.

- Antonopoulos G. /2006/: Cigarette smuggling. a case study of a smuggling network in Greece, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, n° 3
- Arsovska J., Allum F. /2014/: Women and transnational crime (Introduction), *Trends in Organized Crime*, n° 1–2 [prevod: Arsovska J., Allum F. /2019/: Žene i transnacionalni organizovani kriminalitet –in: *Organizovani kriminalitet– Izbor tekstova*, vol. II (Ignjatović Đ., Stevanović A., eds.), Beograd]
- Augustus M. /2014/: Terrorism and transnational organized crime –in: *Handbook of Transnational Crime and Justice* (Reichel P., Albanese J. (eds.), 2. ed., Los Angeles
- Aziani A., Calderoni F., Dugato M. /2020/: Explaining the consumption of illicit cigarettes, *Journal of Quantitative Criminology*, <https://doi.org/10.1007/s10940-020-09465-7> (15.02.2020)
- Ballina S. /2011/: Crime Terror Continuum Revisites, *Journal for Policing, Intelligence and the Power of Informal Networks*, n° 2
- Besley J. /2011/: Organised Crime: A Chaotic Notion, <https://scholar.google.com/> (12.02.2021)
- Barak G. /2017/: *Unchecked Corporate Power– Why the crimes of multinational corporations are routinized away and what we can do about it*, Abingdon [prevod: Barak G. /2020/: *Nekontrolisana moć korporacija*, Beograd]
- Block, A. /1980/: *East Side–West Side. Organizing Crime in New York 1930–1950*. Cardiff
- Bošković M. /1998/: *Organizovani kriminalitet: Kriminološki i kriminalistički aspekti*, Beograd
- Buscaglia E. /2008/: Paradox of expected punishment legal and economic factors determining success and failure in fight against organized crime, *Review of Law & Economics*, n° 1 [prevod: Buscaglia E. /2021/: Paradoks očekivane kazne– pravni i ekonomski faktori koji utiču na uspeh i neuspeh u borbi protiv organizovanog kriminaliteta –in: *Organizovani kriminalitet– Izbor tekstova*, vol. III (Ignjatović Đ., Stevanović A., eds.), Beograd]
- Buscaglia E. /2017/: Vertical integration of organised crime linked to political corruption– An economic analysis of asset forfeitures and human rights, *Journal of Institutional Studies / Rivista Estudios Institucionais*, n° 2
- Chambliss W. /1971/: Vice, corruption and power, *Wisconsin Law Review* (1150)
- Chambliss W. /1989/: State-organized crime, *Criminology*, n° 1
- Chin K. /2003/: *Hejin– organized crime, bussines and politics in Taiwan*, New York
- Chu Y. /2000/: *Triads as Business*, London
- Cox Dennis /2014/: *Handbook of Anti Money Laundering*, Chichester: Wiley
- *** *Economist* /2020/: Rodrigo Duterte's lawless war on drugs is wildly popular /www.economist, Feb. 20/ (14.03.2020)
- Edwards A., Gill P. (eds.) /2006/: *Transnational Organized Crime– Perspectives on global security*, London
- Eichstadt P. /2010/: *Pirate state– inside Somalia's terrorism at sea*, Chicago
- Enderwick P. /2016/: Transnational organisation of the drug trade –in: *Financial Crimes: Psychological, Technological and Ethical Issues* (Dion M. et al. eds.), Cham
- Fiandaca G. /1993/: Mafia Problems –in: *Mafia Issues. Analysis and proposals for combating the mafia today* (Savona E., ed.), Milano
- Fiandaca G. /2013/: Populismo politico e populismo giudiziario, *Criminalia– annuario di scienze penalistiche*, n° 1

- Fijnaut C. and Paoli L. /2006/: Introduction –in: *Organized Crime in Europe– Concepts, Patterns and Control Policies in EU and Beyond*, Dodrecht
- Filipkowski W. /2008/: Cyber Laundering– Analysis of typology and techniques, *International Journal of Criminal Justice Sciences*, n° 1
- Fitzgibbon W., Hudson M. /2021/: Five years later, Panama Papers still having a big impact, *ICIJ (International Consortium of Investigative Journalism)*, /www.icij.org, April, 3/ (18.04.2020)
- Flacks S. /2019/: Making drug harms: punishment for drugs offending who pose risk to children, *European Journal of Criminology*, n° 6
- Friedrichs D. /2010/: *Trusted Criminals– White Collar Crime in Contemporary Society*, 4th ed., Belmont
- Gambetta D. /1996/: *Sicilian Mafia– The Business of Private Protection*, Cambridge
- Gligorijević N. /2020/: Legalizacija kanabisa u Kanadi, *Crimen– časopis za krivične nauke*, n° 1
- Hick D. /2012/: Money laundering– History –in: *Encyclopedia of Transnational Crime & Justice* (Beare M., ed.), Los Angeles
- Higgins P. /2012/: *Earth is our business– changing rules of the game*, London
- Hill P. /2006/: *Japanese Mafia– Yakuza, Law and the State*, Oxford
- Hobbs D. /1998/: Going down the global – local context of organised crime, *Howard Journal of Criminal Justice* n° 4
- Ignjatović Đ. /1998/: *Organizovani kriminalitet – kriminološka analiza stanja u svetu*, Beograd
- Ignjatović Đ. /2005/: Koliko polazni koncepti i granice krivično-pravne zaštite u novim zakonodavnim rešenjima odgovaraju današnjim oblicima kriminaliteta? –in: *Kazneno zakonodavstvo– progresivna ili regresivna rešenja* (Radovanović D., ed.), Beograd
- Ignjatović Đ. /2015/: Epidemiološka kriminologija, *Sociologija*, n° 2
- Ignjatović Đ. /2015a/: Kriminalitet države –in: *Kaznena reakcija u Srbiji, V deo* (Ignjatović Đ., ed.), Beograd
- Ignjatović Đ. /2016/: Organizovani kriminalitet u XXI veku – kontroverze i dileme –u: *Suzbijanje organizovanog kriminala kao preduslov vladavine prava* (Čirić J., ed.), Beograd
- Ignjatović Đ. /2020/: Organizovani kriminalitet i narkotici– uvodna objašnjenja, *Crimen– časopis za krivične nauke*, n° 3
- Ignjatović Đ. /2021/: *Kriminologija*, 16 ed., Beograd
- Levi M. /2003/: Organising financial crimes– breaking the economic power of organised crime groups? –in: *Global Organized Crime– Trends and Developments* (Siegel D., van de Bunt H., Zaitch D., eds.), Dodrecht
- Levi M., Soudijin M. /2020/: Understanding the laundering of organized crime money, *Crime and Justice*, n° 1
- Ljubičić M. /2021/: Analiza (ne)zvaničnih diskursa o upotrebi droga, *Crimen– časopis za krivične nauke*, n° 1
- Lukić N. /2021/: *Kriminalitet kompanija– kriminološki aspekt*, Beograd
- Lurigio A. /2013/. *Organized Crime– in: Encyclopedia of White-Collar & Corporate Crime* (Salinger L., ed.) 2. ed., Los Angeles
- Mack J. /1973/: Organized and professional labels criticised, *International Journal of Criminology and Penology*, n° 1

- Makarenko T. /2003/: 'The ties that bind' – Uncovering the relationship between organised crime and terrorism –in: *Global Organized Crime– Trends and Developments* (Siegel D., van de Bunt H., Zaitch D., eds.), Dodrecht
- Marino G. /2010/: *Storia della mafia– Dall „Onorata società“ a Cosa nostra, la ricostruzione critica di uno dei più inquietanti fenomeni del nostro tempo*, Roma
- Mathiesen T. /2017/: *Cadenza– A Professional Autobiography*, London [prevod: Matisen T. /2019/: *Kadenca– profesionalna autobiografija*, Beograd]
- Milovanovic D. /2003/: *Critical Criminology at the Edge: Postmodern Perspectives, Integration and Applications*, Monsey
- Milutinović M. /1981/: *Kriminologija*, Beograd
- Mršević Z. /1993/: Organizovani kriminal –in: *Aktuelni problemi suzbijanja kriminaliteta*, Beograd
- Naylor R. /2004/: *Wages of Crime– Black Market, Illegal Finance and the Underworld Economy*, Ithaca
- Neuman P., De Fias A. /2017/: *Report on the links between terrorism and transnational organised crime*, Strasbourg
- Obokata T. /2010/: *Transnational Organized Crime in International Law*, Oxford
- Paoli L., Beken T. /2014/: Organized crime – a contested concept –in: *Oxford Handbook of Organized Crime* (Paoli L., ed.), Oxford
- Passas N. /2002/: Cross-border crime and the interface between legal and illegal actors –in: *Upperworld and Underworld in Cross-border Crime* (van Dyne P., von Lampe K. and Passas N. eds.), Tilburg [prevod: Passas N. /2019/: *Prekogranični kriminalitet i povezanost legalnih i ilegalnih aktera –in: Organizovani kriminalitet– Izbor tekstova*, vol. II (Ignjatović Đ., Stevanović A., eds.), Beograd]
- Passas N. /2005/: Lawful but awful– Legal corporate crimes, *Journal of Socio-economics*, n° 6
- Pegg D. /2016/: Panam Papers– Europol links 3.500 names to suspected criminals, *Guardian*, /www.theguardian.com, Dec.01./ (20.02.2020)
- Reuter P. /1983/: *Disorganized Crime– The Economics of the Visible Hand*, New York
- Reuter P., Rubinstein J. /1978/: Fact, fancy and organized crime, *Public Interest* (53)
- Richards James /1999/: *Transnational Criminal Organizations, Cybercrime and Money Laundering– Handbook of Law Enforcement Officers, Auditors and Financial Investigators*, Boca Raton
- Roth M. /2014/: Historical overview of transnational crime –in: *Handbook of Transnational Crime and Justice* (Reichel P., Albanese J. (eds.), 2. ed., Los Angeles
- Rothe D., Ross I. /2010/: Private military contractors, crime and the terrain of unaccountability, *Justice Quarterly*, n° 4 [prevod: Rothe D., Ross I. /2010/: Privatni vojni akteri, kriminalitet i polje neodgovornosti –in: *Organizovani kriminalitet– Izbor tekstova*, vol. III (Ignjatović Đ., Stevanović A., eds.), Beograd]
- Ruggiero V. /2012/: Organization of crime (Introduction) –in: *Corruption and Organized crime in Europe– Illegal partnerships* (Gounev P., Ruggiero V., eds.), London
- Ruggiero V., South N. /2013/: Toxic-State-Corporate Crime, Neo-liberalism and Green Criminology– The Hazards and Legacies of the Oil, Chemicals and Mineral Industries, *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, n° 2 [prevod: Ruggiero V., South N. /2021/: Zagađujući državini – korporativni kriminalitet, neoliberalizam i zelena kriminologija: rizici i nasleđe naftne, hemijske i industrije minerala –in: *Organizovani kriminalitet– Izbor tekstova*, vol. III (Ignjatović Đ., Stevanović A., eds.), Beograd]

- Santino U. /2013/: *La Mafia come soggetto politico*, Trapani
- Savona E. /1993/: Mafia money laundering versus Italian legislation, *European Journal on Criminal Policy and Research*, n° 1
- Savona, E. /1997/ *Rechtstradition und Verbrechenswirklichkeit. Wandel und Kontinuität der Rechtsinstrumente zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität – Organisierte Kriminalität – Vorträge und Diskussionen bei der Arbeitstagung des Bundeskriminalamts vom 19. bis*, Wiesbaden [prevod: Savona E. /2018/: Pravna tradicija i stvarnost kriminaliteta –in: *Organizovani kriminalitet– Izbor tekstova*, vol. I (Ignjatović Đ., Stevanović A., eds.), Beograd]
- Scarpinato R. /2004/: La storia– Italia mafiosa e Italia civile, *Micro Mega*, n° 5
- Schloenhardt A. /2009/: *Palermo on the Pacific RIM– Organised Crime offences in Asia Pacific Region*, Vienna
- Sheptycki J. 2008/: Transnationalisation, Orientalism and Crime, *Asian Criminology*, n° 3
- Stojanović Z. /1989/: Organizovani kriminalitet i pitanje zaštite i ostvarivanja ljudskih prava –in: *Prava čoveka i savremena kretanja u kriminalnoj politici*, Beograd
- Stojanović Z., Kolarić D. /2014/: *Krivičnopravno suzbijanje organizovanog kriminaliteta, terorizma i korupcije*, Beograd
- Škulić M. /2015/: *Organizovani kriminalitet– Pojam, pojavni oblici, krivične dela i krivični postupak*, Beograd
- Taseva S. /2007/: *Money Laundering*, Skopje
- Treadwell J. /2006/: *Criminology*, London
- Uljanov S. /2020/: Suzbijanje prekomernog ribolova, *Crimen– časopis za krivične nauke*, n° 3
- Unger B. et al. /2014/: *The Economic and Legal Effectiveness of the European Union's Anti-Money Laundering Policy*, Cheltenham
- van Dijk J., Spapens T. /2014/: Transnational organized crime networks –in: *Handbook of Transnational Crime and Justice* (Reichel P., Albanese J. (eds.)), 2. ed., Los Angeles
- van Duyne P. /1977/: Money-laundering Pavlov's dog and beyond, Lecture au the European Regional Fraud Conference, 22–23 Sepr. Amsterdam [prevod: Van Duyne P. /2018/: Pranje novca– od Pavlovljevog psa, pa dalje –in: *Organizovani kriminalitet– Izbor tekstova*, vol. I (Ignjatović Đ., Stevanović A., eds.), Beograd]
- van Duyne P. /2002/: Introduction –in: *Upperworld and underworld in cross-border crime* (van Duyne P., von Lampe K., Passas N.), Nijmegen
- van Solinge T. /2014/: Illegal exploitation of natural resources –in: *Oxford Handbook of Organized Crime* (Paoli L. ed.), Oxford [prevod: van Solinge T. /2019/: Ilegalna eksploatacija prirodnih resursa –in: *Organizovani kriminalitet– Izbor tekstova*, vol. II (Ignjatović Đ., Stevanović A., eds.), Beograd]
- Varese F. /2001/: Is Sicily the future of Russia? Private protection and rise of the Russian Mafia, *European Journal of Sociology*, n° 1
- Varese F. /2006/: Secret history of Japanese cinema– the Yakusa movies, *Global Crime*, n° 1
- Vasilijević V. /1985/: Moguće oznake organizovanog kriminaliteta, *Pravni život*, n° 3
- von Lampe K. /2003/: The Use of Models in the Study of Organised Crime, /<http://www.organized-crime.de/modelsofoc.htm/> (20.03.2020)
- von Lampe K. /2016/: *Organized Crime/ Analyzing Illegal Activities, Criminal Structures and Extra-Legal Governance*, Los Angeles
- Vuković S., Radović N. /2012/: *Prevenција organizovanog kriminala*, Beograd

- Zirojević M. /2016/: Transnational crime and terrorism –in: *Suzbijanje organizovanog kriminala kao preduslov vladavine prava* (Čirić J., ed.), Beograd
- Zoppei V. /2015/: Money laundering– A new perspective in assessing the effectiveness of the AML regime, *European Review of Organised Crime*, n° 1

Literatura za dalje proučavanje

- Aitala R. /2006/: Priština capitale delle mafie, *Limes*
- Bosworth-Davies R. /2006/: Money laundering– towards an alternative interpretation – chapter two. *Journal of Money Laundering Control*, n° 4
- Findlay M. /2008/: *Governing through Globalised Crime: Futures for International Criminal Justice*, Devon
- Fox S. /1989/: *Blood and power—Organized crime in twentieth century America*, New York
- Hobbs D. /1995/: *Bad Business*. Oxford
- Ianni F. /1972/: *Family Business. Kinship and Social Control in Organized Crime*. New York
- Levi M. /2007/: Organized crime and terrorism’ –in: *Oxford Handbook of Criminology*, 4th ed. (Maguire M., Morgan R., Reiner R., eds), Oxford
- McIllwain S. /1999/: Organized Crime: A Social Network Approach, *Crime, Law and Social Change* (32)
- Moccia S. /1995/: Impiego di Capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n° 3
- Mokhiber R. /1988/: *Corporate Crime and Violence. Big Business and the Abuse of Public Trust*, San Francisco
- Musco E. /1993/: Consenso e legislazione penale. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n° 1
- Naylor T. /2002/: *Wages of Crime. Black Markets, Illegal Finance, and the Underworld Economy*. Ithaca
- Padoan D. /2005/: La pазze. *Un incontro con le madri di Plaza Mayo*, Milano
- Peterson M. /1993/: Changes of a decade, *Criminal Organizations*, n° 3–4
- Punch M. /1996/: *Dirty Business*, London
- Rahn R. /2002/: Taxation, Money laundering and Liberty. *Journal of Financial Crime*, n° 4
- Roqué A. /1981/: *Poder militar y sociedad politica en la Argentina*, Buenos Aires
- Ruggiero V. /2011/: Organised behaviour and organised identity –in: *Crime and Punishment in Contemporary Greece* (Cheliotis L., Xenakis S., eds), Bern
- Sharman J. /2011/: *The money laundry: regulating criminal finance in the global economy*. New York
- van Duynе P., van Dijk M. /2007/: Assessing organised crime– The sad state of an impossible art –in: *Organised Crime Community* (Bovenkerk F., Levi M., eds.), New York
- Woodiwiss M. /2005/: *Gangster capitalism; the United States and the global rise of organised crime*. New York

Dorđe Ignjatović

Faculty of Law, University of Belgrade

ABOUT ORGANIZED CRIME – AGAIN

SUMMARY

Specificity of this article is that was written at a time when the activities of the criminal group that was suspected of having committed a large number of the most serious crimes are being intensively investigated in Serbia. This is an occasion to look back at previous experiences with suppression of organized crime – in the world and in Serbia, with the special need not to repeat the experiences from the great campaign called *Sword 2003* conducted after the assassination of the Prime Minister of Serbia in 2003. At that time more than 12,000 people were arrested and suspected of belonging to the criminal underworld; criminal proceedings were initiated against less than 200, and the state paid a huge sum in costs for unjustified deprivation of liberty to a large number of persons. Since then, the Law on Organization and Jurisdiction of the State Bodies in Suppression of Organized Crime, Terrorism and Corruption has been amended at least twelve times.

The critical analysis in the article does not question the need of international community and each state to suppress organized criminal activity that endangers a large number of people and institutions, but as a result of many years of research the author's thesis is that analysis of organized crime and its suppression is a field where misunderstanding, simplification, populism and manipulation meet. Another thesis that needs to be checked is that organized crime is a social construct of reality and the ruling groups give meaning to it in accordance with their interests. Finally, it was necessary to check whether organized crime, as stated in the literature, has the role of a Trojan horse, which enables citizens to be convinced thanks to – often artificially caused – fear that many means of control are needed that seriously encroach on their fundamental human rights.

After two decades, it is clear: the cause of many problems lies in the way the dilemma that criminologists have long dealt with has been resolved – is it more important to answer the question „who“ or „what“ to understand organized crime? The definition of (transnational) organized crime, adopted in Palermo in 2000 under the influence of the then most powerful world power gave priority to those who engage in illegal activities. This automatically abolishes from responsibility the actors who commit acts in the domain of state-organized crime, state-corporate crime and all multinational companies whose activities seriously endanger man and his environment, and the state with its monopoly of physical force – instead of persecution – provides protection from endangering business; at last, for serious crimes committed around the world, private military contractors – PMCs (popular „dogs of war“) have been abolished, acting not only to make a profit, but to protect the geopolitical interests of the state that created them.

The second level of reductionism takes place at the national level: in accordance with the rules of penal populism, from the huge number of illicit activities with the features of organized crime states concentrate to those that most affect the emotions of citizens (drug trafficking „which poisons our children“ and the like) because that is how voters are won in future elections.

In this context, wars against organized crime are successively declared, although it is clear that from campaign actions and media manipulations it would be much more useful to oppose a well-designed control policy based on a well-designed criminal policy against a

business machinery operating in accordance to all rules of the „social system of organized crime“ (adequate legal solutions, trained investigative bodies and independent courts); financial flow controls; suppression of corruption, especially in the field of high politics; the state must sever ties with white-collar criminals and board members whose decisions generate corporate crime; the same applies to the authorities' relations with members of the criminal underworld (even in the case of „dirty business“ carried out in the „national interest“); it is necessary to strengthen the social protection system in order to deter people (especially young people) from including in the criminal underworld as a means of survival; also, in most countries, a reform of the political system is needed, which will enable the change of government in free elections. Finally, when it comes to penal policy, it is necessary to apply the bifurcation principle instead of relying exclusively on traditional means, that are reduced to arresting and punishing actors from the criminal underworld.

As it turned out, all the hypotheses stated at the beginning were confirmed, and in the end it is worth recalling what Peter Reuter and Jonathan Rubinstein stated in 1978: „It is clear that the campaign against organized crime has been based on myths and misinterpretations. These have led to bad law and even worse policy „. It seems that little has changed since almost half a century ago.

Keywords: organized crime, mafia, reductionism, penal populism, media.

Milan Škulić*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu
sudija Ustavnog suda

ZLOČIN NEGIRANJA/ODOBRAVANJA/ UMANJENJA ZLOČINA

Istorijski kontekst; krivično zakonodavstvo Srbije i „paralele“ sa nemačkim krivičnim pravom

Apstrakt: U radu se objašnjavaju osnovni aspekti kriminalizacije odobravanja ili poricanja određene vrste međunarodnih krivičnih dela, a pre svega najtežih krivičnih dela te vrste, kao što je genocid. Ovdje je od posebnog značaja istorijski kontekst takve specifične kriminalizacije i veoma osobenih inkriminacija te vrste. U tom je pogledu naročito interesantan primer nemačkog krivičnog zakonodavstva i krivičnog dela koje se tiče tzv. Aušvic laži, što je neposredno povezano sa nemačkom istorijom i epohom nacizma kada su tokom nacističke vladavine, pre i tokom Drugog svetskog rata činjeni sistematski i masovni zločini, gde je u Nemačkoj od posebnog značaja genocid nad evropskim Jevrejima, istorijski poznat kao holokaust. U radu sa posebno objašnjava istorijski kontekst poricanja holokausta nad Jevrejima u Nemačkoj, na čemu se zasniva osnovni *ratio legis* kažnjivosti te vrste poricanja zločina.

Rad sadrži i analizu novele Krivičnog zakonika Srbije koja se svodi na kriminalizaciju relevantnog odobravanja, poricanja ili značajng umanjivanja određene vrste međunarodnih krivičnih dela, uz isticanje da bi bilo adekvatnije da taj novi oblik krivičnog dela rasne i druge diskriminacije kao bitno obeležje sadrži i odgovarajuću nameru učinioaca. U radu se u vezi te nove inkriminacije u krivičnom zakonodavstvu Srbije, formulišu i obrazlažu još neki predlozi u *de lege ferenda* smislu.

Ključne reči: odobravanje/negiranje/minimiziranje zločina, genocid, Aušvic, rasna i druga diskriminacija, Krivični zakonik.

UVODNA RAZMATRANJA

Prilično dugo je trajao rad na izmenama Krivičnog zakonika Srbije tokom 2016. godine. Počelo se sa idejom o promenama u vezi s nekim krivičnim delima protiv privrede, a u finišu izrade Nacrta zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika unesene su velike novine u pogledu krivičnih dela protiv polne slobode. Ovo je izazvalo značajnu pažnju javnosti, kako primarno stručne, tako i laičke, a poneko se zabrinuo da to stvara mogućnost krivične odgovornosti i zbog „masnog vica“.¹

Konačno kada je stručna javnost suočena s Predlogom Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, čini se da je on potpuno neočekivano, ali u stvari,

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

1 M. Škulić, *Krivična dela protiv polne slobode*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2019., str. 401–402.

i prilično konsekventno doprineo porastu potencijala verbalnih delikata u našem zakonodavstvu. Naime, u predlogu novela našlo se i jedno potpuno novo krivično delo. Radi se o krivičnom delu „osporavanja genocida i drugih teških krivičnih dela protiv čovečnosti“, koje se u predlogu u pravno-tehničkom smislu definisalo kao jedan od oblika krivičnog dela rasne i druge diskriminacije. Konačno, usvajanjem ovog predloga naše krivično zakonodavstvo je obogaćeno takvim novim vidom kriminalizacije, a u daljem tekstu će se posebno objasniti značaj jednog velikog „M“, kada se radi o odlukama „Međunarodnog krivičnog suda“.

Kada je reč o kriminalizaciji verbalnih manifestacija koje se svode na poricanje određene vrste zločina, poseban značaj po logici stvari, ima negiranje genocida kao krivičnog dela koje, bez obzira što je savremeno krivično pravo zasnovano na principu krivice,² koja je subjektivnog karaktera, te ne podrazumeva objektivnu odgovornost,³ je nužno povezano i sa fenomenom jedne faktičke stigmatizacije one populacije iz koje potiču učinioci takvog „kapitalnog zločina“, uz po pravilu istovremeno proizvođenje i naglašenog osećanja empatije za žrtve takvog zločina. Tu je naravno, posebno upadljiv primer iz Nemačke koji se odnosi na inkriminisanje negiranja holokausta kao posebne fenomenološke kategorije genocida, ne samo u krivičnoppravnom, već i u jednom istorijskom smislu, koji je nacistički režim sproveo nad velikim delom jevrejske populacije u Evropi.

2 Naime, postojanje obeležja krivičnog dela utvrđenih zakonom, kao i protivpravnosti, mora biti direktno skopčano i sa postojanjem skrivljenosti, da bi se za takvo delo učinilac mogao smatrati odgovornim, što „kako se to uglavnom objašnjava“, znači da se učiniocu za njegovo delo može „prebaciti“ ili „prigovoriti“, a „pretpostavke za to su da je on sposoban da snosi krivicu, te da ne postoje okolnosti koje bi predstavljale „izvinjavajuće osnove“, kao što su to na primer, neotklonjiva pravna zabluda ili izvinjavajuća krajnja nužda.“ C. Roxin, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Band I, *Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4. vollständig neu bearbeitete Auflage, „Verlag C. H. Beck“, München, 2006., str. 197.

Ovde treba imati u vidu (uz isticanje da problematika krivice, kao i uopšte, osnova krivičnopravne dogmatike, uveliko prevazilazi temu ovog rada), da kada je reč o prethodno istaknutom primeru krajnje nužde, kao jednog od slučajeva isključenja postojanja krivičnog dela, da nemačko krivično pravo razlikuje *dve vrste krajnje nužde*: 1) izvinjavajuću (*der entschuldigende Notstand*), koja isključuje postojanje krivice i 2) opravdavajuću (*der rechtfertigende Notstand*), koja isključuje postojanje protivpravnosti.

3 Ovde takođe treba imati u vidu da iako nacionalna krivična prava poslednjih decenija poznaju neke oblike krivične odgovornosti/odgovornosti za krivična dela kolektiviteta, tj. pravnih lica, to nije slučaj u međunarodnom krivičnom pravu, koje ne propisuje odgovornost za krivična dela pravnih lica. Određeni oblici „odgovornosti“ nekih kolektiviteta koji su utvrđeni na suđenju u Nirnbergu, nisu imali značaj „osude za krivično delo“, već je to bio deo svojevrsne „moralne lekcije“ Nemačkoj nakon Drugog svetskog rata, te je trebalo da posluži kao ključni element mehanizma posleratne *denacifikacije* Nemačke, što inače, usled okolnosti nastalih u novom „hladnom ratu“, nikada nije u potpunosti realizovano, ni u zapadnoj Nemačkoj (*BRD*), niti u DDR-u.

Naime, određene nemačke organizacije (tj. pravna lica – kolektiviteti), proglašene su generalno za zločinačke: SS (elitne nemačke partijsko-vojne jedinice – zaštitni odredi), SD (služba bezbednosti), Gestapo (tajna državna policija) i vodeće telo NSDAP (nacional-socijalistička nemačka radnička partija), ali to nije učinjeno u striktnom i formalnom krivičnoppravnom smislu, već sa stanovišta stvaranja uslova za „denacifikaciju“ pripadnika tih organizacija. H. Ahlbrecht, *Die Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert*, „Nomos Verlagsgesellschaft“, Baden-Baden 1999., str. 93.

1. JEDAN UPEČATLJIV PRIMER IZ NEMAČKE ISTORIJE I KRIVIČNOG ZAKONODAVSTVA NEMAČKE – „AUŠVIC LAŽ“

Veoma je interesantan nemački primer kriminalizacije negiranja specifične vrste zločina, što je u Nemačkoj neposredno povezano kako sa njenom istorijom iz koje je proistekla epoha nacizma, strašan Drugi svetski rat, koji je obilovao sistematskim nacističkim zločinima, od kojih su neki bili i genocidnog karaktera, ali potom i totalni poraz Nemačke u tom ratu, kao i zatim njena podela na „dve Nemačke“ u doba „hladnog rata“.

Jedna od konsekvenci nemačkog ratnog poraza i безусловne kapitulacije bio je i proces *denacifikacije*, koji iz niza razloga, koji su pretežno bili političke prirode, nikada u stvari, nije do kraja sproveden ni u jednoj, ni u drugoj Nemačkoj, tj. ni u Saveznoj Republici Nemačkoj (BRD), koja je bila deo „zapadne sfere“ i članica NATO-a, niti u Demokratskoj Republici Nemačkoj (DDR) koja je bila real-socijalistička država i članica Varšavskog ugovora. Kao deo postupka denacifikacije u Saveznoj Republici Nemačkoj, ali i kao vid borbe protiv „neonacizma“, nastalo je i jedno specifično krivično delo, pravno-tehnički definisano kao poseban oblik jednog od ranije postojećeg krivičnog dela (§ 130 StGB – *Volkshverhetzung*),⁴ koje inače, spada u klasičan tzv. kriminalitet mržnje (*Hasskriminalität*),⁵ pre svega u njegovom podstrekačkom obliku. Radi se o negaciji zločina iz epohe nacističke vladavine, a taj je delikt žargonski poznat kao „Aušvic laž“ (*Auschwitzlüge*), iako se sam taj termin često i u potpuno obrnutom kontekstu koristi i od strane samih negatora holokausta, koji tvrde da je zvanična istorija nacističkog genocida nad jevrejskom populacijom, gde naravno, posebno mesto zbog masovnosti uništenja Jevreja u tom logoru, zauzima Aušvic, neistina, te da koncentracioni logori uopšte, pa ni sam Aušvic nisu bili logori smrti.

Prilikom razmatranja fenomena kriminalizacije poricanja/odobravanja nacističkih zločina u Nemačkoj, a pre svega holokausta nad evropskom jevrejskom populacijom potrebno je analizirati dva osnovna aspekta. Prvi aspekt je istorijskog karaktera i tiče se nacističkog režima i njegovog delovanja, naročito u procesu „osvajanja vlasti“ u Nemačkoj i potom započinjanja Drugog svetskog rata koji je obilovao najtežim zločinima, a drugi aspekt je striktno krivičnopravnog karaktera, te se odnosi kako na osnovni *ratio legis* inkriminisanja poricanja/odobravanja određene vrste krivičnih dela, tako i na pravno-tehnički modalitet na koji je to realizovano u nemačkom krivičnom zakonodavstvu.

4 Termin *Volkshverhetzung* koji je naslov krivičnog dela iz § 130 StGB, svodi se na *huškanje* protiv određenog naroda, odnosno drugih grupa u širem smislu, a praktično se svodi na izazivanje mržnje prema određenoj grupi ljudi, odnosno svojevrsno „mrzilačko huškanje/razjarivanje“, što je i suština inkriminacije sadržane u § 130 StGB.

5 Inače, za „zločine mržnje“ se primećuje da se „često mogu smatrati za poruke mržnje“, jer „iako se vrše neposredno prema individualno određenim žrtvama, njihova svrha je da posredno pošalju poruku čitavoj društvenoj grupi kojoj žrtva pripada, kao i drugim ljudima koji se sa tom grupom identifikuju.“ J. Čirić, *Knjiga o mržnji – sa reči na dela... Od govora do zločina mržnje*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2020., str. 131–132.

1.1. Priroda i delovanje nacističkog režima iz čega su proizašla najteža međunarodna krivična dela

Nacistički režim koji su tridesetih godina 20. veka uspostavili Adolf Hitler i njegovi sledbenici, može se analizirati sa stanovišta čitavog niza faktora, od kojih su samo neki od značaja za ovaj rad. Ovde će se priroda i delovanje nacističkog režima objasniti samo na vrlo sumaran način u kontekstu koji je relevantan u odnosu na kasnije inkriminisanje u Nemačkoj relevantnog odobravanja nacističkih zločina ili njihovo poricanje na odgovarajući način.

Sama nacistička ideologija u osnovi počiva na idejama koje je Hitler izložio u svojoj knjizi „Moja borba“ (*Mein Kampf*), napisanoj tokom izdržavanja kazne zatvora nakon neuspelog puča, pri čemu se suština te ideologije i takvog ideološkog programa, svodi kako na ideju o rasnoj supremaciji „Arijevaca“ iz čega proizlazi neophodnost da Nemačka osvoji novi i veći „životni prostor“, pre svega na štetu slovenskih naroda, a posebno Rusa, odnosno tadašnjeg Sovjetskog Saveza u geopolitičkom smislu, tako i na tvrdnji da se moraju ispraviti „sramne konsekvence“ Versajskog mirovnog ugovora, odnosno poraza Nemačke u Prvom svetskom ratu. Iz takvih težnji nacističkog režima, proistekli su prvo brojni zločini u samoj Nemačkoj učinjeni prema Jevrejima, ali i ljudima koji su smatrani protivnicima države, poput komunista i pripadnika drugih grupa i partija negativno orijentisanih prema nacističkom režimu, kao i prema osobama koje su tretirane kao asocijalne, gde su spadali na primer, homoseksualci, prostitutke itd., a potom i započinjanje rata koji je brzo postao „svetski“, koje je samo po sebi bilo zločinačkog karaktera, a u kome su činjeni veoma brojni, masovni i sistematski zločini, pa i oni zločini za koje do tada „nije postojalo ime“,⁶ kao što su zločini protiv čovečnosti i genocid, koji doduše, tada formalno nisu postojali ne samo u krivičnom zakonodavstvu same Nemačke, već ni jedne druge države.⁷

1.1.1. Opšti istorijski kontekst delovanja nacističkog režima pre i tokom Drugog svetskog rata

Iako dolazak nacista na vlast u Nemačkoj tridesetih godina 20. veka, svakako može biti predmet veoma kompleksnih istorijskih analiza, čini se da je nesporno da „Hitlerovo osvajanje vlasti“ predstavlja jednu od istorijskih konsekvenci prethodnog poraza imperijalne Nemačke u Prvom svetskom ratu, što je potom dovelo do abdiciranja nemačkog cara Vilhelma II, velike ekonomske krize u novoj „vajmar-

6 Smatra se da je tadašnji Premijer Velike Britanije Winston Čerčil još tokom Drugog svetskog rata kada su sve češće saveznicima pristizale informacije o sistematskom uništavanju jevrejske populacije u koncentracionom logorima širom nacističke Nemačke i u okupiranim državama Evrope (najviše u Poljskoj), naveo da se radi o „zločinu bez imena“, što se odnosilo na suštinu te vrste zločina, bez presedana u dotadašnjoj istoriji, a koja je kasnije nakon završenog Drugog svetskog rata i poraza nacističke Nemačke, na suđenju u Nirnbргу označen kao *zločin protiv čovečnosti*, a onda je vremenom takav zločin formulisan u krivičnompravnom i međunarodno-krivičnompravnom smislu kao *genocid*.

7 Više o tome: M. Škulić, *Međunarodni krivični sud – nadležnost i postupak*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i „Dosije“, Beograd, 2005., str. 36–37.

skoj“ nemačkoj republici, te vremenom zahvaljujući delovanju niza relevantnih faktora proizvelo“ uspon nacista i njihovo definitivno „osvajanja vlasti“, a što je zatim i dovelo do nemačke agresije prvo na Poljsku 1. septembra 1939. godine, a nakon tog i na najveći deo kontinentalne Evrope. Dakle, na izvestan način početak svih ovih dešavanja, koja su svakako tragična u istorijskom smislu, povezan je sa Prvim svetskim ratom i njegovim ishodom, kojim nisu bile zadovoljne kako nemački narod, tako i nemačke elite, ali su pri tom, te „elite“ bile vremenom i u prilici da stvore uslove za svojevrsni „istorijski revanš“, koji se potom sveo na rat do tada neviđenih razmera, praćen ne samo masovnim stradanjem civila i vojnika, već i masovnim i sistematskim zločinima koje do tada istorija nije poznavala.

Konsekvence kako Prvog svetskog rata,⁸ tako i Drugog svetskog rata bile su u istorijskom smislu izuzetno dalekosežne. Na primer, objašnjavajući svoju odluku da se „vojno interveniše“ u SRJ marta 1999. godine, što se u krivičnopravnom smislu svodilo na *agresiju*, tadašnji američki predsednik Vilijem (Bil) Klinton je izjavio da su Srbi odgovorni za Prvi i Drugi svetski rat. U stvari, ovo shvatanje tog bivšeg predsednika SAD, se zasniva ne samo na poistovećivanju uzroka rata i povoda, odnosno izgovora za rat, već i na u jednom vremenu (pre svega za vreme vladavine nacista), dominantnom tadašnjem „nemačkom“ pogledu na istoriju, koji se zasnivao na ideji da je Nemačkoj Prvi svetski rat bio nametnut, jer je s jedne strane, prema ugovornoj obavezi prema savezniku, morala da brani legitimne interese Austrougarske, koja je pak „s punim pravom“, nakon atentata u Sarajevu i srpskog odbijanja ultimatum, krenula u „kaznenu ekspediciju“ protiv Srbije, dok je s druge strane, Nemačka pored toga imala i sama legitimno pravo da kao svetska sila u usponu učestvuje i u ravnopravnoj podeli ne samo sfera uticaja u smislu hegemonskih tendencija, već i sasvim konkretnih materijalnih bogatstava, kada je reč o kolonijama, koje Nemačka skoro da nije imala, a kojima su obilovale Velika Britanija, kao delom i Francuska i neke druge države. Kako do podele „svetskog bogatstva“, nije moglo doći milom, Nemačka je smatrala da se to može ostvariti i silom.⁹

8 Nekada je Prvi svetski rat, do onog koji ga je po razmerama, žrtvama i drugim relevantnim osobnostima, značajno „nadmašio“, označavan i kao „veliki rat“.

9 Pored toga, u političkim odnosima na svetskom nivou, a posebno u Evropi vladala je klima potencijalnog revanšizma i velikog nepoverenja, što je bila posledica novih korenito promenjenih odnosa snaga nakon Prvog svetskog rata, te nestanka do tada velikih i moćnih država, odnosno njihove drastične političke transformacije i nastanka niza novih država. Naime, politička karta Evrope se nakon Prvog svetskog rata temeljno promenila – četiri carevine su dočekale svoj kraj; Rusija (1917), Nemačka (1918), Austro-Ugarska (1918) i Osmansko Carstvo (1922), a raspadom habzburške dvojne monarhije i političkim prevratom u Rusiji, nastao je u istočnoj i srednjoj Evropi, jedan broj novih samostalnih država, od Finske preko Baltika do Poljske i sve do Čehoslovačke. Nekada moćna Austrougarska, kao više vekova stara država (misli se na viševekovnu habzburšku monarhiju, odnosno austrijsko carstvo jer Austrougarska kao rezultat austrijsko-madarske nagodbe, nastaje tek u drugoj polovini 19 veka), kojom je tradicionalno vladala nekada moćna dinastija Habzburga, je nakon teškog i praktično uništavajućeg poraza u Prvom svetskom ratu, svedena na prilično „bedne“ ostatke, bez ikakvih mogućnosti da i u najmanjoj meri bude uticajna na međunarodnoj političkoj sceni.

Naime, „Ugarska je sa znatno umanjenom teritorijom, raskinula državnu zajednicu sa Austrijom i postala nezavisna, dok je Nemačko-Austrija (kasnije naimenovana kao Austrija) postala malena država sa predimenzioniranim glavnim gradom Bečom.“ Kraljevina Srbija, kojoj su se prethodno

Pored toga, veliki deo nemačke „elite“, ali naročito „običan“ narod, bio je veoma nezadovoljan uslovima Versajskog mira, ne samo zbog ogromnih ratnih reparacija, koje su bile jedan od osnovnih uzroka ekonomskog propadanja Vajmarske Republike, već i iz moralnih razloga, jer je Nemačkoj tada nametnuto da i formalno u samom tom ugovoru, eksplicitno prizna svoju odgovornost za izazivanje Prvog svetskog rata, te tako postane „ekskluzivni krivac“ za tu veliku svetsku nesreću, te ogromne ljudske i materijalne žrtve. Doduše, nije sporno da su sile Antante, tj. pre svega, Francuska i Velika Britanija tada zaista preterale, jer su suvišnim ponižavanjem Nemačke, te njenim drastičnim ekonomskim iscrpljivanjem stvorile odlično tle za nadu Nemaca u narednu „rundu“ po logici: „do viđenja u sledećem ratu“, tako da su time, sile pobednice u Prvom svetskom ratu, donekle „popločale“ put za uspon revanšistički nastrojenih nacista.¹⁰

Drugi svetski rat je bio ne sama ratna kataklizma do tada neviđena u istoriji, već je on obilovao teškim zločinima, od kojih su ne samo po svojoj masovnosti i sistematskom činjenju, već po samoj svojoj prirodi, bez premca po težini bilo zločini nacističke Nemačke, a naročito oni koji su bili genocidnog karaktera, gde je posebno upadljiv zločin koji je kasnije postao poznat kao „holokaust“. S druge strane, ne može se negirati da su i ratni protivnici Nemačke činili ratne zločine, što je u krajnjoj liniji neminovno u svakom ratu, iz čega i proizlazi da je rat sam po sebi, odnosno njegovo započinjanje, najveći zločin. A agresivni rat, koji je potom prerastao u strašan Drugi svetski rat, započela je i veoma surovo vodila, nacistička Nemačka, koja je stoga, nakon totalnog vojnog poraza i bezuslovne kapitulacije, morala da plati i odgovarajuću „cenu“, tj. snosi čitav niz konsekvenci, od kojih su neke bile i krivičnopravnog karaktera, što se posebno tiče suđenja u Nirnbergu i niza tzv. postnirnerskih suđenja optuženima iz reda nemačke vojske, policije, političke elite itd.

priključila Crna Gora i srpska Vojvodina (Banat, Srem, Bačka i Baranja), je sebe „utopila“ u novu južnoslovensku državu – Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca, prilično nestabilnu državnu zajednicu, koja je pored toga, postala stalna meta revanšizma država gubitnika u Prvom svetskom ratu, ali i Italije koja se osećala uskraćenom zbog nedobijanja teritorija na koje je računala, kada je na strani saveznika, tj. sila Antante ušla u rat. Više o tome: K. H. Ziegler, *Völkerrrechtsgeschichte*, „Verlag C. H. Beck“, München, 1994, str. 241.

- 10 Inače, obične Nemce, a posebno populaciju koja je rat provela i preživela u rovovima, posebno je u posleratnom periodu pogađala, izmišljena „legenda o zabijenom nožu/kami u leđa“ (*Dolchstosslegende*), koja se svodila na sirovu propagandu o nepobedivoj i besprekornoj nemačkoj vojsci, koja kao takva nije izgubila rat, već je sasvim obrnuto, u vreme kada je potpisano ponižavajuće primirje, koje se praktično svelo na bezuslovnu kapitulaciju, bila neporažena i uglavnom na stranoj teritoriji, gde je navodno čvrsto držala položaje, odnosno „nikada nije bila odlučujuće poražena na samom ratnom poprištu“.

Naravno, ta „ruka“ koja je nemačkoj vojsci podmuklo i izdajnički „zabola nož u leđa“, je prema ovom tumačenju, bila jevrejska, što nije imalo nikakve veze sa realnošću, jer u stvarnosti takve izdaje nije ni bilo, a Nemačka je bez obzira na linije fronta, bila suočena sa sigurnim porazom, pošto je bila sasvim iscrpljena, a u rat su ušle i SAD sa ogromnim ljudskim i materijalnim resursima. Međutim, takva je „legenda“ prijala „uhu“ običnih Nemaca, čije je ponos bio povređen kako uslovima primirja koje su smatrali ponižavajućim, tako i ekonomskom bedom, te je u ogromnoj meri doprinelo porastu antisemitizma u Nemačkoj i dolasku nacista na vlast nakon poraza u Prvom svetskom ratu. Adolf Hitler je i sam bio pristalica legende o „zabijenom nožu u leđa“ i naravno, bio je ogorčeni protivnik Versajskog ugovora.

Načelno je ipak šteta je što saveznici nisu smogli moralne snage da pred „lice pravde“ ipak izvedu i osobe iz sopstvenog okruženja kojima bi se svakako mogli staviti na teret određeni međunarodni zločini. Mada su se suđenja u Nirnbergu i Tokiju zasnivala na težnji oživotvorenja principa individualne odgovornosti za zločine u smislu međunarodnog prava, oni nisu mogli da izbegnu kritiku.¹¹ Naime, skoro je nemoguće negirati zločinački karakter masovnog bombardovanja civilnog stanovništva (npr. u Drezdenu, Hamburgu¹², Berlinu, Kelnu itd.) i to u vreme kada se rat vidno bližio kraju, a bilo potpuno jasno da će Nemačka biti poražena, a naročito bacanje atomskih bombi na japanske gradove Hirošimu i Nagasaki,¹³ koje se takođe veoma teško može opravdati vojničkim rezonima, jer je tadašnji Japan praktično već bio na izdisaju. U stvari, najverovatnije je da se presudni faktor u upotrebi atomskog oružja temeljio na potrebi SAD da u praksi isprobaju novo „super-oružje“ (neka vrsta eksperimenta „in vivo“), te da istovremeno jasno upozore svog tada još uvek saveznika, ali izvesnog aktuelnoga posebno budućeg rivala – tadašnji SSSR, na svoju ogromnu vojnu moć i razorno oružje kojim raspolažu, te da tako steknu političke poene, kako u već postojećem, tako i posebno, u skoro predstojećem političkom i vojnom rivalitetu. Ti faktori još više ukazuju da je bacanje atomskih bombi na japanske gradove Hirošimu i Nagasaki predstavljalo težak zločin protiv čovečnosti i međunarodnog prava, za koji naravno, niko nikada nije odgovarao.

Međutim, iskustvo i praksa pokazuju da se pobednicima po pravilu ipak ne sudi, bez obzira na težinu verovatno učinjenih krivičnih dela. Kada je reč o masovnom (tepih) bombardovanju nemačkih gradova, tu bi se mogao eventualno uložiti prigovor da se radilo samo o opravdanom „retorzionom delovanju“, odnosno primeni represalija kao osnova isključenja protivpravnosti određene vrste međunarodnih krivičnih dela, a pre svega ratnih zločina, ali je pitanje da li se može argumentovano govoriti o srazmernosti uništavanja npr. engleskih gradova (pre svega Londona i posebno Koventrija), sa onim što je posebno poslednjih godina rata, usledilo u odnosu na nemačke gradove i njihovo civilno stanovništvo. Radilo se o stravičnim i vojnički potpuno nerezonskim razaranjima čitavih gradova, uz nanošenje teških civilnih gubitaka. Inače, takva dejstva savezničke avijacije dugog dometa su bila uobičajena i u odnosu na gradove u okupiranoj Evropi. Tako je na primer, Beograd veoma teško bombardovan baš na Uskrs 1944. godine, kada je više hiljada građana stradalo i kada je čak pogodeno porodilište u kojem su izginula tek rođena deca i njihove majke, a da su pri tom nemački okupatori pretrpeli vojnički sasvim neznat-

-
- 11 L. F. Damrosch, L. Henkin, R. C. Pugh, O. Schachter and H. Smit, *International Law – Cases and Materials*, Fourth Edition, „West Group – Thomson Company“, St. Paul, Minn, 2001, str. 1326.
 - 12 Vazdušne operacije bombardovanja Hamburga i Drezdena, uz masovno korišćenje zapaljivih bombi, su u osnovi bile usmerene na pretvaranje gradova u „prah i pepeo“, što se u metaforičnom smislu odlično ilustruje i zvaničnim nazivom vazdušnog napad na Hamburg – „Gomora“, a u nemačkoj štampi se o vremenu tog bombardovanja piše kao o „danima kada je sa neba padala vatra“.
 - 13 Više o tome: R. H. Minear, *Victory Justice – The Tokyo War Crimes Trial*, „Princeton University Press“, Princeton, New Jersey, 1971, str. 99–101. Interesantno je zapažanje holandskog sudije Rölinga, koji u jednom komentaru, 12 godina nakon završetka suđenja u Tokiju, ističe: „... iz vremena Drugog svetskog rata su pre svega dve stvari zapamćene: nemačke gasne komore i američko bacanje atomskih bombi.“ *Ibid.*, str. 101.

ne i praktično zanemarljive gubitke. Sličnim uništavanjima su bili izloženi Leskovac, Niš, Podgorica itd. Dakle, ta masovna saveznička bombardovanja ne samo da su bila direktno usmerena na civilno stanovništvo, već njihovi akteri često nisu pravili relevantnu razliku čak ni između stanovništva same Nemačke, koja je rat započela i država koje su bile okupirane, te predstavljale žrtve same nacističke Nemačke. Naime, ako se ponekad kao razlog masovnog bombardovanja nemačkih civilnih ciljeva navodi namera da se slamanjem morala nemačkog stanovništva ta država brže porazi (što inače ne može da opravda ratne zločine prema civilima učinjene takvim „slepim tepih“ bombardovanjima), čak ni takav, inače izrazito protivpravan razlog se ne može navesti, kao opravdanje za bombardovanje civilnih ciljeva u okupiranim zemljama.

Mnogo više razloga za primenu mera „odmazde“ je imao tadašnji Sovjetski Savez (pa i Jugoslavija,¹⁴ mada ona naravno, za to nije imala ni tehničkih mogućno-

14 Okupacija Kraljevine Jugoslavije je bila naročito surova u odnosu na srpsko stanovništvo. Srbi su u tzv. NDH, koja je obuhvatala veliki prostor ne samo sadašnje Hrvatske, već i Bosne i Hercegovine, te sadašnje Srbije (veliki deo Srema), bili izloženi sistematskom genocidu. U Vojvodini su oni u delu koji je bio pod mađarskom okupacijom bili što fizički uništavani (primer zloglasne racije u Novom Sadu), što proterivani (posebno kolonisti iz drugih krajeva nekadašnje Austro-Ugarske), odnosno primoravani na asimilaciju, dok su u Banatu koji je bio pod direktnom nemačkom vojnom upravom, oni iako u manjoj meri izloženi direktnom fizičkom uništavanju (mada je i tu bilo masovnih pogubljenja), bili građani 2. reda.

Na Kosovu i Metohiji su Srbi bili izloženi masovnim ubistvima i proterivanjima, a u delu Srbije koji je okupirala Bugarska, otvorenoj asimilaciji uz česte masovne zločine, za šta je tipičan primer slučaj sela Bojnik. U samoj „užoj“ Srbiji, koja je bila pod direktnom nemačkom okupacijom, uz postojanje srpske kvislinške vlasti (mada prava uloga generala Nedića u istorijskom smislu još uvek nije definitivno određena, jer je on za svoju kolaboraciju sa nemačkom okupacionom silom imao i jake razloge u potrebi da „spasi što se spasti može“), zaveden je izuzetno strog režim.

Kada je došlo do prvih pobuna stanovništva, nemačka komanda uvodi mere masovnih odmazdi, čije su proporcije nezabeležene u istoriji – za jednog ubijenog nemačkog vojnika streljalo se 100 Srba, a za ranjenog nemačkog vojnika 50 Srba. Slične „proporcije odmazde“ su postojale i u drugim krajevima okupirane Evrope, ali nigde nemačka komanda nije tako skupo cenila život svojih vojnika kao u Srbiji, gde je obrnuto, život Srba bio neshvatljivo „jeftin“, što je rezultiralo masovnim pogubljenjima u Kraljevu i Kragujevcu, ali i u čitavoj Srbiji.

Tako na primer, i nemački časopis „Spigl“ (*Spiegel* – broj 3/2010), u specijalnom izdanju posvećenom Drugom svetskom ratu, objašnjava da je okupacija Jugoslavije bila izuzetno brutalna, a posebno se kao primer navodi streljanje hiljada civila u Kragujevcu i Kraljevu. Nemački novinar konstatuje da je tokom okupacije Jugoslavije ubijeno ukupno oko 80000 nevinih talaca, a učešće u tim akcijama je uzela i SS divizija „Princ Ojgen“ (*Prinz Eugen*), koju su pretežno sačinjavali podunavski Nemci, odnosno folksdojčeri. Ovde se spominje i egzekucija streljanjem i vešanjem, nekoliko desetina građana Pančeva, tokom prvih dana okupacije. Tada je glavni dželat svojih sugrađana bio jedan domaći „Švaba“, a čitave folksdojčerske porodice su u svečanoj odeći i „uparadene“, fijakerima došle da posmatraju pogubljenje svojih srpskih komšija. Taj i drugi slični zločini su naravno, izazvali strašan gnev. Ceh su onda, kada se „ratna sreća promenila“, nažalost platili i neki nevinu domaći Nemci Ovaj zločin izvršen u Pančevu već početkom nemačke okupacije, iako po razmerama daleko manji nego masovne egzekucije u Kragujevcu i Kraljevu, se veoma često u samoj Nemačkoj navodi kao primer klasičnog nemačkog ratnog zločina, jer je učinjen od strane regularne nemačke vojske u vidu „represalija“ zbog navodnog „četničkog delovanja“, kada je ubijen jedan nemački vojnik, kojeg je u stvari, u svađi ubio drugi nemački vojnik. Za objektivne nemačke istoričare je ovo jak argument da je i sam *Wehrmacht* bio često i neposredno involviran u izvršenje ratnih zločina, što je suprotno tezi koja se inače u Nemačkoj često zastupa,

sti), na čijoj se ogromnoj površini odvijao izuzetno surov rat i gde su nemačke snage zaista često primenjivale taktiku „spržene zemlje“, masovne egzekucije stanovništva, izgladnjivanje čitavih velikih gradova (npr. Lenjingrada), uzimanje talaca i njihovo pogublivanje, uništavanje glađu više miliona ratnih zarobljenika, kao i razne druge oblike zločinačkog delovanja.¹⁵

Na koricama knjige koja je prethodno citirana, navodi se deo teksta iz Izveštaja nadporučnika Müllera o uništenju naselja Borki: „Izvođenje akcije proteklo po planu... Egzekucija protekla bez prepreka, postupak sproveden prikladno... Broj egzekucija iznosi 705 lica. Od toga otpada na: muškarce 203, na žene 372, na decu 130... Prilikom akcije Borki potrošena je sledeća količina municije: meci za puške 786 kom., pištoljski meci 2496 kom. Gubitaka jedinica nije imala.“ Pored toga i deklarirani cilj nemačke invazije na tadašnji Sovjetski Savez 22. juna 1941. godine, je između ostalog bio, rasparčavanje te velike države i stvaranje čitavog niza manjih država koje će biti pod direktnom ili indirektnom nemačkom dominacijom, uništavanje „rasno nepodobnih“ elemenata, uz naseljavanje stanovništva iz Nemačke, te pretvaranje većine slovenskog življa u roblje u okvirima nove „planirane“ nemačke države (*Großdeutschen Reich*).¹⁶ Međutim, sovjetska avijacija i pored svega ovoga, po pravilu nije masovnije dejstvovala po civilnom stanovništvu Nemačke i njenih saveznika. Naravno, ni Crvena armija, odnosno sovjetske oružane snage nisu bile imune u odnosu na činjenje ratnih zločina,¹⁷ što je pre svega, bio izraz težnje za osvetom,¹⁸ jer su Sovjeti, pre svega tokom 1941. i 1942. godine, pretrpeli stravične

a po kojoj je nemačka vojska nije bila neposredno involvirana u nacističke zločine, već je „samo“ vodila rat u kojem je povremeno, kao i u svakom drugom ratu, bilo i ranih zločina incidentnog karaktera.

Naprotiv, bez obzira što nemačka regularna vojska nije bila neposredno zločinačkog karaktera kao „Gestapo“ ili „SS“ (a naročito onaj deo ove organizacije koji je bio nadležan za koncentracione logore), nije sporno da je i ona bila sistematski uključena u vršenje teških zločina, što je između ostalog, potvrđeno i nirnberškim presudama, što se više objašnjava u daljem tekstu ovog članka. Treba imati u vidu i da je najelitniji, ali i najmasovniji deo „SS-a“, bio važan segment oružanih snaga i to onih koje su se smatrale najborbenijim i najsnažnijim u vojničkom smislu, te svakako predstavljale „vojničku elitu“, te je stoga, a pre svega zbog izrazite ideološke zadojenosti tipičnih „esesovaca“, i onaj deo „SS“ koji je bio deo oružanih snaga, već kao takav, na svojevrsan način „kriminalno inficirao“ i redovnu nemačku vojsku. Konačno, da *Wehrmacht* nije okupirao najveći deo Evrope, ni „SS“, kao ni druge izrazito zločinačke organizacije ne bi ni bili u prilici da izvrše teške zločine, pa je i stoga, nemačka redovna vojska i indirektno bila „sredstvo“ omogućavanja izvršenja zločina, pa i onih zločina, koji su potom, imenovani kao zločini protiv čovečnosti i genocid.

- 15 Više o tome: A. Adamowitsch, *Eine Schuld, die nicht erlischt – Dokumente über deutsche Kriegsverbrechen in der Sowjetunion*, „Pahl-Rugenstein“, Köln, 1987, str. 7–20.
- 16 Više o tome: J. Heydecker und J. Leeb, *Der Nürnberger Prozeß*, „Kiepenheuer & Wisch“, Köln, 1979, str. 280–281.
- 17 Više o tome: A. M. de Zayas, *The Wehrmacht War Crimes Bureau, 1939–1945*, „University of Nebraska Press“, Lincoln and London, 1989, str. 187–198, str. 228–239.
- 18 U knjizi prethodno citiranog autora (A. M. de Zayas), na str. 208 prikazana je i fotografija snimljena oktobra 1944. godine u istočnoj Pruskoj, na kojoj se vidi tabla na nemačkoj kući na kojoj je na ruskom napisana sledeća poruka: „Vojnici! Ne zaboravite Majdanek. Osvetite se bez milosti!“ (*Bundesarchiv*). Tokom vođenja velikog otadžbinskog rata, jedna od zvaničnih parola Sovjetskog Saveza u odbrani domovine, koja je usled ogromne nemačke početne vojničke prednosti i

gubitke, a nemačke trupe su u SSSR-u rutinski činili masovne i sistematske ratne zločine. Tako na primer, postoje podaci o nizu ubijanja ratnih zarobljenika (pre svega Nemaca, ali i Italijana, Rumuna i Mađara, kao i dobrovoljaca koji su se borili u nemačkom *Wehrmacht*-u, pre svega iz Španije) i veoma surovom postupanju uopšte sa ratnim zarobljenicima, a takođe nije sporno da je masovno likvidiranje više hiljada zarobljenih poljskih vojnika i oficira mahom, sahranjenih u masovnim grobnicama u Katinskoj šumi,¹⁹ bio težak ratni zločin.²⁰

Već iz samog trajanja Drugog svetskog rata, njegovog započinjanja i žilavog otpora nemačke vojske, pa i najvećeg dela društva, jasno je da je većina nemačkog naroda podržavala nacističkih režim, iako je bilo i primera otpora nacistima, pa i niz pokušaja atentata na Adolfa Hitlera. Brojni atentatori na Hitlera su svoj pokušaj tiranoubistva platili glavom. Njima su u Nemačkoj podignuti spomenici, po njima se nazivaju ulice i trgovi, o njima se kao herojima uči na časovima istorije, izdaju se poštanske marke njima posvećene, što je sve takođe, jedan od aspekata *denacifikacije*. Ne samo početak, već i čvrst temelj nemačke denacifikacije predstavlja suđenje u Nirnbergu i presude proistekle iz tog postupka, kao i čitav niz „postnirnberških“ suđenja koja su se decenijama odvijala, a od kojih je najpoznatiji „Aušvic proces.“

1.1.2. Suđenje u Nirnbergu kao krivičnopravni epilog nacističkih zločina

Suđenje u Nirnbergu je bio krivičnopravni epilog kako poraza Nemačke u Drugom svetskom ratu, tako i užasnih sistematskih zločina učinjenih od strane naci-sta, ali i nemačkih oružanih snaga i drugih formacija (poput Gestapo-a itd.), tokom Drugog svetskog rata. Poznato je javno izrečeno stajalište Adolfa Hitlera koji je tvrdio: „svi međunarodni ugovori traju onoliko dugo koliko to odgovara našim inte-

gubitka nepregledne sovjetske teritorije, zaista bila ugrožena do krajnjih granica, bila je – „Ubij Nemca“, ali je već krajem rata, a neposredno nakon osvajanja Berlina, zvanična politika energično insistirala na napuštanju te konkretne parole i vođenju drugačije propagande među vojnicima, uz insistiranje da se *ne vodi rat protiv nemačkog naroda u celini, već protiv nacizma*, čije su žrtve bili i sami Nemci, što je pre svega činjeno, uz svest da nakon sasvim izvesne ratne pobeđe, sledi period okupacije Nemačke, te stvaranja nove (socijalističke) nemačke države.

19 Prema podacima citiranog autora, zasnovanim na istraživanjima nemačkog Biroa za ratne zločine, ali i kasnijem radu jedne komisije američkog Kongresa, specijalne jedinice NKVD-a su likvidirale 14.700 poljskih ratnih zarobljenika, ali je samo 4.143 tela ubijenih Poljaka pronađeno, odnosno ekshumirano, nakon što su nemačke snage u proleće 1943. godine otkrile masovne grobnice u Katinskoj šumi u blizini Smolenska. Zanimljivo je da su pripadnici NKVD-a koji su sprovodili masovne likvidacije, po pravilu koristili pištoljsku municiju čiji je kalibar (7,62 mm) bio karakterističan ne samo za sovjetske oružane snage, već i za nemački *Wehrmacht*, što je, kako se pretpostavlja, rađeno u cilju da se taj masovni zločin pripiše nemačkom okupatoru (što se u zvaničnoj sovjetskoj historiografiji i političkoj javnosti decenijama zaista i tvrdilo), mada nije baš sasvim jasno da li je bilo ko u oficijelnim službama tadašnjeg Sovjetskog Saveza, a naročito u njegovim bezbednosnim strukturama, već u to vreme mogao, odnosno smeo da ispolji defetizam u takvom stepenu, te da praktično anticipira, ili makar učini verovatnom, potonju okupaciju tih krajeva, kao i ogromnog područja SSSR-a od strane nacističke Nemačke, koja je tokom 1941. godine (već od iznenadnog masovnog i munjevitog napada, koji je započeo 22. juna 1941) i većim delom 1942. godine (odvijajući se u skladu sa oficijelnom *Blitzkrieg* koncepcijom *Wehrmacht*-a), zaista postigla ogromne vojne uspehe tokom agresije na Sovjetski Savez.

20 A. Adamowitsch, *Eine Schuld, die nicht erlischt – Dokumente über deutsche Kriegsverbrechen in der Sowjetunion*, „Pahl-Rugenstein“, Köln, 1987, str. 19–20.

resima“, što je između ostalog navelo i čuvenog filozofa *Karla Jaspersa* da izrekne svoj stav po kome je suđenje u Nirnbergu legitiman pokušaj promovisanja novog svetskog poretka, koji ne gubi takvo značenje bez obzira što nije u svemu utemeljen na legalnim osnovama.²¹ U ovom kontekstu je veoma interesantna jedna izjava dr Joseph-a Goebels-a, Gaulajtera glavnog grada Rajha, ministra Rajha za narodno informisanje i propagandu, te komesara za odbranu Rajha, u kojoj on (*Das Reich*, 14. November 1943), ističe: „Što se nas tiče, mi smo mostove iza sebe srušili... Mi smo se do kraja upustili i konačno odlučili... Mi ćemo u istoriju ući kao najveći državnici ili kao najveći zločinci.“²²

U stvari, kada se radi o prigovoru „nepotpune legalnosti suđenja“ u Nirnbergu, a u nekim aspektima se to tiče i suđenja u Tokiju, kao da su razmere i užasi učinjenih zločina, naročito masovna pogubljenja i brutalno sprovođenje genocida u odnosu na Jevreje, ali i slovenske narode, posebno u Rusiji, Poljskoj, ali i Srbiji, stvaranje koncentracionih logora i posebno tzv. logora smrti (kada je reč o nemačkim ratnim zločincima),²³ odnosno masovno uništenje civilnog stanovništva na okupiranim teritorijama (mučenja i silovanja, naročito u jednom periodu rata na Filipinima u Manili), kada su u pitanju japanski ratni zločinci, te činjenica da su i Nemačka i Japan,²⁴ mučki i verolomno napadali druge države bez objave rata i čak grubo kršeci

- 21 Kao što će se to detaljnije objasniti u daljem tekstu, suđenje u Nirnbergu koje sa stanovišta optužbe i osude za agresiju (zločin protiv mira) i zločin protiv čovečnosti, kako se tada označavao zločin koji je kasnije formulisan kao genocid, nije bilo u formalnom smislu legalno u svim aspektima (na šta ukazuje Jaspers), s obzirom na dejstvo načela zakonitosti, odnosno *lex praviae* segment tog principa, predstavlja redak primer davanja opravdane prevage načelu legitimnosti u odnosu na načelo zakonitosti u krivičnom pravu. Naime, bilo je između ostalog, posebno problematično gonjenje za zločin protiv mira jer se pojavilo pitanje *retroaktivnosti*. Naime, Brijan-Kellogovim paktom iz 1928. godine (*Briand-Kellog General Treaty*), bila je predviđena nezakonitost vođenja agresivnog rata, ali se taj pakt jedino odnosio na odgovornost države, a nije obuhvatao individualnu krivičnu odgovornost. Prema stanovištu britanskog tužioca Šoukrosa (*Shawcross*) nije sporno da je čitav niz međunarodnih ugovora zabranjivao agresiju, te ju je tretirao kao međunarodni zločin, a da je pri tom Nemačka prihvatila te međunarodne obaveze, tako da stoga (bez obzira što zločin protiv mira nije postojao kao krivično delo za koje bi striktno bila predviđena individualna odgovornost), na suđenju u Nirnbergu nije postojala „substancijalna retroaktivnost“ – nije postojao element *ex post facto* u primeni koncepta *zločina protiv mira*. Više o tome: O. Bring, *International Criminal Law in Historical Perspective – Comments and Materials*, „Juridiska Fakulteten“, Stockholm, 2001., str. 18; Više o Briand-Kellog General Treaty: J. G. Starke, *Introduction to International Law*, Tenth Edition, „Butterworths“, London, 1989, str. 529–530.
- 22 Preuzeto iz: R. Cartier, *Der Zweite Weltkrieg*, Band 1, „Linden Verlag“, Köln, 1967, str. 362.
- 23 Inače, koncentracioni logori ipak nisu originalni nemački „izum“. Njih su masovno praktiko-vale engleske odnosno britanske oružane snage tokom Burskog rata (1899–1902), u odnosu na civilno stanovništvo koje je u tim logorima bilo izloženo teškom stradanju i izuzetno brutalnom postupanju, tako da je samo u oktobru 1900. umrlo 3.156 od 111.600 belaca Bura i 698 od 43.800 Bura crnaca. Više o tome: F. W. Seidler und A. M. de Zayas (Hrsg), *Kriegsverbrechen in Europa und im Nahen Osten im 20. Jahrhundert*, „Verlag E. S. Mittler & Sohn“, Hamburg, Berlin, Bonn, 2002, str. 15. Međutim, nezavisno od ovih istorijskih činjenica, nesporno je da klasičan tip koncentracionih logora, kao važnog dela mehanizma *fizičkog uništenja* nepoželjnih naroda i etničkih grupa, kao i ideoloških protivnika (*logori smrti*), što se svodilo na svojevrsnu *industriju smrti*, ipak nije kao takav postojao, sve dok nije nastao odlukama nacističkog režima i praksom nacističke Nemačke.
- 24 Međunarodni vojni tribunal za daleki istok je osnovan 19. januara 1946. godine i on se najviše bavio ratnim zločinima koji su i inače saveznike najviše pogadali, a to su ratni zločini protiv

međunarodne ugovore o prijateljstvu, uticali da se ne vodi mnogo računa o nekim do tada uobičajenim procesno-pravnim standardima kada su u pitanju krivični predmeti. Smatralo se da u odnosu na takve zločine i prema njihovim učinocima, koji su se ogrešili ne samo u odnosu na sve do tada važeće međunarodno-pravne principe, već i u odnosu na pravila najelementarnije ljudske etike i humanosti uopšte, ne treba imati previše saosećanja, pa samim tim ne treba suviše „robovati“ ni krutim „pravnim formalnostima“.²⁵

Suđenje „glavnim ratnim zločincima“ je otpočelo 18. oktobra 1945. godine u Berlinu, a onda se od 20. novembra 1945. odvijalo u Nirnbergu, gde je između 30. septembra i 1. oktobra 1946. godine, izrečena i objavljena presuda, koja je sadržala 12 smrtnih kazni, tri kazne doživotnog zatvora, tri vremenske zatvorske kazne i tri oslobođenja od optužbe,²⁶ a pored toga, određene nemačke organizacije (tj. pravna lica – kolektiviteti),²⁷ su proglašene za zločinačke: SS (elitne nemačke partijsko-vojne jedinice – zaštitni odredi), SD (služba bezbednosti), Gestapo (tajna državna policija) i vodeće telo NSDAP (nacional-socijalistička nemačka radnička partija).²⁸

ratnih zarobljenika, koje su Japanci široko praktikovali. K. Ambos ističe da je u subjektivnom pogledu zahtevano da su odgovorna lica imala saznanja, ili makar, da iz nehata nisu znala da se u odnosu na zarobljenike vrše zlopotrebe. Više o tome: K. Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, „Duncker & Humblotlerlin“, 2002, str. 131 i str. 134–135.

- 25 Interesantno je zapažanje holandskog sudije *Rölinga*, koji u jednom komentaru, 12 godina nakon završetka suđenja u Tokiju, ističe: „... iz vremena Drugog svetskog rata su pre svega dve stvari zapamćene: nemačke gasne komore i američko bacanje atomskih bombi.“ R. H. Minear, *Victory Justice – The Tokyo War Crimes Trial*, „Princeton University Press“, Princeton, New Jersey, 1971., str. 101.
- 26 Sovjetski sudija Nikičenko je izdvojio svoje mišljenje, jer je smatrao da tri oslobađajuće presude, kao i kazna doživotnog zatvora za Rudolfa Hesa, nisu pravične (on se zalagao za osudu trojice oslobođenih i smrtnu kaznu Hesu), a pored toga, ovaj sovjetski sudija je bio mišljenja da su Generalštab i Vrhovna komanda nemačkih oružanih snaga (Wehrmacht), takođe morali da budu proglašeni za zločinačke organizacije. Čitav niz pismenih naredbi Vrhovne komande nemačkih OS (*Oberkommando der Wehrmacht*) je išao u prilog takvom njegovom stavu. Na primer: tajna naredba OKW/WFSt/Abt. L IV/Qu Nr. 44822/41 g. K. Chefs upućena samo oficirima, a koja se odnosila na pravila postupanja sa političkim komesarima sovjetskih OS, kao i sa sovjetskim ratnim zarobljenicima, a u kojoj se navodi: „U borbi protiv boljševizma, u postupanju sa neprijateljom ne treba računati na načela čovečnosti ili međunarodnog prava. ...Trupe moraju da budu svesne: 1) U ovoj borbi su u odnosu na takve elemente sažaljenje i poštovanje međunarodnog prava potpuno pogrešni. Oni su jedna opasnost za našu sopstvenu sigurnost i brzo smirivanje stanja na osvojenom području. 2) Začetnici varvarskih azijskih načina borbe su politički komesari. Protiv njih se mora stoga odmah i bez oklevanja postupati sa svom oštrinom...“ Više o tome: W. Maser, *Nürnberg – Tribunal der Sieger*, „Econ Verlag“, Düsseldorf, Wien, 1977, str. 295–297.
- 27 Ove organizacije su imale veoma razgranatu i složenu strukturu, a neke od njih su bile pretežno političkog karaktera (pre svega NSDAP), dok su druge bili vojne ili poluvojne strukture (pre svega, SS – *Schutzstaffel*, a pre njega SA – *Sturmabteilung* – jurišni odredi). Pored toga raznovrsni ogranci pojedinih organizacija su imale različite zadatke, npr. SS je imao jedinice koje su čuvale koncentracione logore, ali i čisto vojničke elitne jedinice – tzv. „mrtvačke glave“ – *Totenkopfverbände*. Svaka jedinica, organizacija i pododeljenja su imale različita spoljna obeležja, počev od uniforme, do posebnih znakova i amblema. Pripadnici odgovarajućih jedinica su morali da budu „rasno“ potpuno čisti, te da ispune i određene zahteve u odnosu na svoj telesni izgled – visinu i sl. Više o tome: H. Artzt, *Mörder in Uniform – Organisationen, die zu Vollstreckern nationalsozialistischer Verbrechen wurden*, „Kindler Verlag“, München, 1979, str. 19–34, 42–44.
- 28 H. Ahlbrecht, *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert*, „Nomos Verlagsgesellschaft“, Baden-Baden 1999., str. 93.

Ovim je u stvari, promovisan i poseban oblik krivične odgovornosti pravnih lica, tj. organizacija, odnosno određenih taksativno i limitativno nabrojanih kolektiviteta, što je u stvari više imalo posredno dejstvo, jer je svako lice za koje su postojali dokazi da je bio član neke od zločinačkih organizacija, moglo da na temelju toga bude optuženo, ali je u praksi ipak zahtevano da se dokaže njegova lična odgovornost za određeni zločin, jer samo članstvo po sebi ipak nije tretirano kao delikt sa stanovišta krivičnog prava, mada je ono bila osnov za tzv. postupak denacifikacije, što se u stvari svodilo, na sužavanje inače garantovanih građanskih prava u određenom vremenskom periodu odnosno uskraćivanje određenih građanskih prava, zabranu vršenja određenih dužnosti i službi, nametanje određenih posebnih obaveza i sl.²⁹

Težnja da se suđenje u Nirnbergu ipak ne pretvori u suđenje celom nemačkom narodu, bila je prisutna i jasno izražena u nizu izjava glavnih aktera suđenja. Tako je glavni tužilac *R. H. Jackson* već na otvaranju procesa izjavio: „Mi želimo da razjasnimo, da ne nameravamo da okrivljujemo nemački narod. Da su mase nemačkog naroda Program Nacional-socijalističke partije svojevolumno prihvatile, onda ne bi bili neophodni jurišni odredi, kao što ne bi bili potrebni ni koncentracioni logori, niti Gestapo.“³⁰ Ova se izjava inače veoma rado citira u mnogim knjigama koje su posvećene suđenju u Nirnbergu,³¹ što ukazuje na svest autora o načelnoj važnosti izbegavanja kolektivne krivice, mada je veoma teško potpuno izbeći svaku primesu i takve vrste odgovornosti, ali naravno ne u krivičnopravnom smislu, već pre svega

29 M. Škulić i V. Bajović, *Istorijski razvoj međunarodnog krivičnog pravosuđa i osnovne odlike postupka pred Međunarodnim krivičnim sudom*, „Dosije“, Beograd, 2017., str. 57–58.

30 J. Heydecker und J. Leeb, *Der Nürnberger Prozeß*, „Kiepenheuer & Wisch“, Köln, 1979., str. 13.

31 Bez obzira na težnju da se suđenje u Nirnbergu ne pretvori u suđenje celokupnom nemačkom narodu, odnosno da se na njemu ne promoviše ideja kolektivne odgovornosti, te da se čak zvanično apsolutno negira mogućnost postojanja takvog tipa odgovornosti, ono je nesumnjivo imalo veoma snažan efekat na svest Nemaca uopšte u posleratnom periodu i razvijanje jednog ipak kolektivnog osećanja griže savesti zbog razmera i težine zločina, planiranih, inspirisanih i učinjenih pre svega od strane nacista, ali i velikog dela nemačke populacije, koji je zdušno prihvatio nacističku ideologiju, ili joj se makar ni na koji način nije suprotstavljao, već je prosto „vršio svoju dužnost“, što je posebno tipično za pripadnike vojske (*Wehrmacht*), ali i policije, izuzimajući političku policiju kao što je bio „Gestapo“ (tajna državna policija), kao i partijske vojne i paravojne formacije, čiji su pripadnici i najstrašnije zločine sasvim hladnokrvno izvršavali, rukovodeći se osećajem da „vrše svetu misiju u korist nemačkog naroda“ (uništavanje „jevrejske kuge“, eliminisanje „nižih rasa“, osvajanje povoljnijeg/većeg životnog prostora za arijevski nemački narod itd.), a u stvari, pod uticajem strahovite ideološke ostrašćenosti i višegodišnje indoktriniranosti.

Zločini su usled svih tih okolnosti i činjenice da se veoma mali procenat nemačkog stanovništva aktivno suprotstavljao Hitleru (mada je osim istorijski najpoznatijeg pokušaja atentata na nemačkog „Führer-a“, koji je izvršila grupa oficira zaverenika, gde je najistaknutiji član zavere bio pukovnik Staufenberg, od sredine 30-ih godina, pa do polovine 40-ih, pokušao čitav niz atentata na Hitlera od strane samih Nemaca, koje je on nekada i pravim čudom uspevao da preživi), praktično ipak učinjeni u „ime nemačkog naroda“. U tom je smislu i samo mesto održavanja ovog suđenja imalo veliki simbolički značaj, ili se čak može govoriti o planiranoj ili spontanoj ironiji u istorijskim razmerama, kada je za mesto suđenja izabran Nirnberg, tako da se postupak vodio baš u tom bavarskom gradu, u kome je 30-ih godina, Adolf Hitler držao čuvene vatrene govore pred hiljadama svojih pristalica i obožavalaca, dok su se održavali izuzetno masovni nacistički skupovi – tzv. partijski dani, tada inače veoma interesantni čak i neobaveštenom inostranstvu (pre svega novinarima svetskih redakcija), prvenstveno zbog besprekorne organizacije i impozantnog broja učesnika.

u moralnom pogledu. Ovoga je nova nemačka država (pre svega Zapadna Nemačka, a kasnije i „ponovno“ ujedinjena nemačka država), generalno bila veoma svesna, a što se konkretno moglo uočiti i u nekim potezima vodećih političara (npr. čuveni gest Vilija Branta koji je u Varšavi kleknuo pred spomenikom stradalim Poljacima i Jevrejima), ali i u jednom drugom, koliko je to moguće, kompenzacionom smislu, kroz prihvatanje obaveze plaćanja određenih novčanih iznosa ljudima koji su tokom Drugog svetskog rata u Nemačkoj bili primorani na ropski rad, ili bili žrtve medicinskih eksperimenata itd.

Manje je poznato da je u vezi suđenja okrivljenima kao glavnim ratnim zločincima, u Nirnbergu vođen i proces protiv istaknutih pravnika nacističke Nemačke. Naime, 3. i 4. decembra 1947. godine, objavio je američki vojni sud tzv. „nirnberšku presudu pravnicima“, a dvanaestorici vodećih nemačkih predstavnika pravosuđa – sudija, državnih tužilaca i drugih saradnika pravosudne uprave, izrečene su kazne od doživotnog zatvora do kazne zatvora od pet godina, dok ih je četvoro oslobođeno optužbe.³² Najzloglasniji nacistički pravnik nažalost, nije „dočekao“ sudsku pravdu.³³

Istorijat jednog vrlo elastičnog tumačenja načela zakonitosti, ili čak njegovog izvesnog negiranja u međunarodnom krivičnom pravu, odnosno bolje rečeno u određenim etapama razvoja međunarodnog krivičnog prava,³⁴ kroz konkretne sudske slučajeve, je pre svega vezan za poznato suđenje u Nirnbergu.³⁵ Problem u vezi

32 K. Bästlein, *Der Nürnberger Juristenprozeß und seine Rezeption in Deutschland*, in: L. M. Peschel-Gutzeit (Hrsg.), „Das Nürnberger Juristen-Urteil von 1947“, „Nomos Verlagsgesellschaft“, Baden-Baden, 1996, str. 9.

33 Tako se istorijski nespornim zločincem smatra ozloglašeni nacistički sudija Roland Frajzler, iako nikada nije osuđen, jer je pred kraj rata poginuo u savezničkom bombardovanju, a koji je izrekao više hiljada smrtnih kazni protivnicima zločinačkog režima, između ostalog i čuvenim članovima antinacističke grupe „Bela ruža“, od kojih su najpoznatiji brat i sestra Šol. Ovaj „dželat u sudijskoj togi“ je posebno bio ogavan jer je okrivljene verbalno veoma agresivno ponižavao u sudnici, držeći uz to bljutave panagerike nacističkom režimu

34 Na tvrdnje odbrane da za kažnjivost agresivnog rata (zločin protiv mira), nedostaje „pravna podloga“ u odnosu na vreme izvršenja i da bi se takva osuda stoga, svela na „ex postho kažnjavanje“, sam Međunarodni vojni tribunal zaključuje: „Tvrdnja da bi kažnjavanje povređivanja međunarodnih ugovora i garancija susednim državama koje su bez upozorenja napadnute, bilo protivno pravu, očigledno nije tačna, jer bi pod takvim okolnostima, napadač morao znati, da je to protivpravno i daleko od toga da bi njegovo kažnjavanje bilo protivno pravu, već bi naprotiv, mnogo više bilo protivpravno, kada bi njegov verolomni čin, ostao nekažnjen.“ Više o tome: K. Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts – Ansätze einer Dogmatisierung*, 2.. unveränderte Auflage, „Duncker & Humblot“, Berlin, 2004, str. 111. U stvari, ovo objašnjenje je u čisto pravnom smislu prilično dubiozno, jer se svodi na, u osnovi praznjikavo fraziranje. Jedini čisto pravni argument koji se ovde spominje se odnosi na tvrdnju o nepostojanju pravne zablude, što ovde suštinski uopšte nije relevantno, jer svest o zabranjenosti agresivnog rata u smislu međunarodnog javnog prava, kao čina koji je zabranjen državama, se ne može poistovetiti sa svešću o postojanju krivičnog dela pojedinca, pri čemu još u objektivnom smislu, čak nije ni sporno da u to vreme krivično delo agresije nije bilo propisano kao moguće krivično delo (zločin protiv mira) pojedinca, tj. fizičkog lica.

35 Uporedi: H. H. Jescheck und T. Weigend, op. cit., str. 120–121. Komentarišući suđenje u Nirnbergu, citirani autori navode: „Sud je bio jedan intersaveznički okupacioni sud i nije bio organ međunarodnog pravosuđa, jer se Londonski sporazum odnosio samo na stranke potpisnice i nije imao dejstvo na Nemačku“... „Dok je kažnjivost ratnih zločina počivala na nespornim međuna-

načela legaliteta tokom Nirnberškog procesa bi se sintetizovano mogao predstaviti na sledeći način: 1) Agresija uopšte u vreme izvršenja nije bila predviđena kao krivično delo koje može izvršiti čovek, odnosno pojedinac, već samo kao protivpravni akt države kao subjekta međunarodnog javnog prava, a naravno, nije bila predviđena nikakva posebna kazna čak ni za državu (osim u opštem međunarodno-pravnom smislu), a posebno ne za fizičko lice koje bi izvršilo agresiju, tako da se ovde radi o eventualno vrlo nategnutoj mogućnosti da je takvo ponašanje eventualno bilo kažnjivo, ali je potpuno nesporno da kazna za njega nije bila predviđena – zahtev *nullum crimen sine lege* ispoštovan na relativan i velikoj meri dubiozan način, zahtev *nullum poena sine lege* nije ispoštovan. 2) Za ratne zločine je bilo nesporno da su predviđeni kao krivična dela, ali za njih kazna nije bila propisana, tako da se ovde radilo o slučaju ispunjenosti zahteva iz načela zakonitosti u odnosu na delo, ali ne i u odnosu na kaznu – zahtev *nullum crimen sine lege* ispoštovan, zahtev *nullum poena sine lege* nije. 3) Zločini protiv čovečnosti u vreme izvršenja nisu bili propisani kao posebna krivična dela,³⁶ a određene radnje su bile predviđene kao ratni zločini, ali se oni formalno posmatrano nisu mogli tretirati kao radnje zločina protiv čovečnosti, jer bi se tada radilo o analogiji, odnosno vrlo širokom i neodređenom tumačenju krivičnopravnih normi, a naravno, nisu bile predviđene ni kazne za ovakva dela, pa se može zaključiti da se u ovom slučaju, načelo zakonitosti ne može smatrati ispoštovanim ni u odnosu na delo, niti u odnosu na kaznu – nisu bili ispoštovani ni zahtev *nullum crimen sine lege*, niti zahtev *nullum poena sine lege*.³⁷

U samoj Nemačkoj se u literaturi relativno često pokretalo pitanje poštovanja načela legaliteta tokom Nirnberških procesa, ali se po pravilu, nije činilo u nekom energičnijem vidu, posebno ne od strane ozbiljnih teoretičara krivičnog i međunarodnog krivičnog prava, što verovatno, pre predstavlja posledicu težnje većine autora da izbegnu mogućnost eventualnog svrstavanja u one koji „brane zločine nacista“, nego što je zaista postojala svest o potpunoj prihvatljivosti ocene istaknute tokom Nirnberških procesa da načelo legaliteta suštinski nije povređeno.³⁸ Tako se u jed-

rodnim običajima, saveznici su kažnjivost agresivnog rata i zločina protiv čovečnosti, uveli kao novinu sa retroaktivnim dejstvom.“

Nije ipak sporno da je Međunarodni vojni tribunal u Nirnbergu imao međunarodni karakter. Naime, iako formalno posmatrano nirnberški sud nije bio organ „međunarodnog pravosuđa“, jer se ne radi o međunarodnom sudu nastalom na temelju međunarodnog ugovora, niti sa učešćem većeg broja država u njegovom formiranju i radu (s obzirom da su glavni akteri bile savezničke sile pobednice), njegov međunarodni karakter nesporno proizlazi kako iz činjenice da je njegov sastav bio međunarodan, tako i iz krivičnih predmeta o kojima je rešavao, a koji su se odnosili na najteža međunarodna krivična dela, te posebno, iz činjenice da je Statut tog tribunala vrlo brzo prihvaćen od strane najvećeg broja država, članica međunarodne zajednice.

- 36 Ovdje treba imati u vidu da se u nirnberškim presudama genocid smatrao vidom zločina protiv čovečnosti, a nije bio tretiran kao posebno krivično delo. Naime, „genocid je prvobitno u međunarodnom pravu utvrđen kao podvrsta zločina protiv čovečnosti, a posle usvajanja Konvencije o genocidu iz 1948. godine, on je postepeno transformisan u kategoriju zločina *per se*, sa sopstvenim specifičnim *actus reus*-om i *mens rea*-om.“ A. Cassese, *International Criminal Law*, „Oxford University Press“, London, 2003, op. cit., str. 106.
- 37 M. Škulić, *Načelo zakonitosti u krivičnom pravu*, „Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu“, broj 1/2010, Beograd, 2010., str. 87–88.
- 38 U Nemačkoj literaturi je bilo i ozbiljnih primedbi u odnosu na suđenje pripadnicima nemačkog političkog i vojnog establišmenta za agresiju, uz nespominjanje učešće Sovjetskog Saveza u

nom radu, što predstavlja prilično dobar primer tipičnih „nemačkih razmišljanja“ o „slučaju legaliteta“ u odnosu na zločin protiv mira u nirnberškoj osudi ističe: „Prigovor povrede fundamentalnog pravnog načela „*nullum crimen nulla poena sine lege*“, je bila od strane kritičara Nirnberškog procesa glasno preuzet, kao i od strane običnih ljudi (ljudi sa ulice), koji su se osećali opterećeni težom o kolektivnoj krivici, ali pre svega od strane samih optuženih u Nirnbergu za zločin protiv mira. U *Brijan-Kelogovom paktu* o sprečavanju rata od 27. avgusta 1928. godine, bila je manifestovana protivpravnost agresivnog rata. Radnje pojedinih lica, koje predstavljaju obeležja zločina protiv mira u smislu Londonske konferencije, su bile kažnjive do 1945. godine, kako na nacionalnom, tako još i na međunarodnom planu.“³⁹ Ovo je u stvari bila i osnova poznate teze da načelo zakonitosti tokom suđenja u Nirnbergu nije suštinski povređeno, odnosno nije nastupila njegova *supstancijalna* povreda, s obzirom da nije bilo sporno da je i pre izvršenja krivičnih dela za koja su se teretili optuženi, započinjanje agresivnog rata bilo zabranjeno, doduše za države, ali ne i pojedince, što je međutim, pobornicima ovog šireg tumačenja načela legaliteta, bilo dovoljno za stav o nepovređivanju načela legaliteta.

Težina zločina izvršenih tokom Drugog svetskog rata, od strane nacističke Nemačke i njenih saveznika je bila ogromna i u stvari *enormna*, te do tada nezabeležena u istoriji, da je stoga poprilično učinila bespredmetnim insistiranje na poštovanju svih „formalnih“ zahteva, što se posebno odnosilo na zločin protiv mira, jer je izvršenje tog dela, odnosno započinjanje rata,⁴⁰ praktično bilo inicijalna kapisla

zauzimanju velikih delova teritorije Poljske, kada je ova država, poražena u ratu sa nacističkom Nemačkom, 1941. godine praktično podeljena između Nemačke i SSSR-a. Takođe je u Nirnbergu „zaboravljen“ i prethodno vođeni rat između Sovjetskog saveza i Finske. Međutim, ne samo da nije uobičajeno pozivanje ratnog pobednika na odgovornost, već se u kontekstu svih istorijskih dešavanja koja su se zbila tokom Drugog svetskog rata, te velikih uspeha koje je u početnoj fazi tog ratnog sukoba ogromnih razmera, postigla nemačka vojna sila, prilično argumentovano može braniti i teza o postupanju tadašnjeg SSSR-a u krajnjoj nuždi, kada je on protivpravnim uvećanjem svoje teritorije, sebi unapred, kroz pravljenje određene „tampon zone“ u odnosu na agresivnu Nemačku, stvarao bolje šanse u očigledno predstojećem kolosalnom ratu.

S druge strane, ovde treba imati u vidu i druge relevantne istorijske okolnosti. Tako ne treba zaboraviti da je najveći deo poljske teritorije koju je SSSR zauzeo septembra 1941. godine, Poljska prethodno (pre)otela od Rusije rastrzane revolucijom i građanskim ratom. Takođe, sama Poljska je još pre Sovjetskog Saveza (pakt „Molotov/Ribentrop“), sa nacističkom Nemačkom zaključila sličan ugovor o nenapadanju, koji tu državu naravno, ipak nije zaštitio od nemačke agresije 1. septembra 1939. godine. Tragično komadanje Čehoslovačke tokom 1938. i 1939. godine je vršeno u svojevrsnom „saucešništvu“, uz naravno, nacističku Nemačku, kao centralnu figuru postepenog, ali i prilično brzog komadanja/uništavanja Čehoslovačke. Poljska je takođe nakon što je nacistička Nemačka Čehoslovačkoj oduzela Sudetsku oblast i sama zauzela jedan deo čehoslovačke teritorije u pogledu koje je i ranije ispoljavala pretenzije, tako što je praktično primorala Čehoslovačku koja je tada bila u ekstremno teškom položaju, da joj tu teritoriju ustupi, a to je nakon Prve bečke arbitraže, učinila i Mađarska, da bi potom, 15. marta 1939. godine i ostatak Čehoslovačke okupirala nacistička Nemačka, koja je u prvo vreme na toj teritoriji formirala Češko-Moravski protektorat. Takođe, Finska je svojevremeno i nastala nakon Brest-Listovskog mira na teritoriji koja je do tada pripadala Rusiji, pa je i to bilo „nekakvo opravdanje“ za „zimski pohod“ SSSR-a.

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

40 Pri tom su započinjanje rata Hitler i njegovi saradnici preduzeli još i ispoljavajući posebnu vrstu prezira ne samo prema pravilima međunarodnog prava, već i postulatima elementarne moralno-

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

Suđenje u Nirnbergu je u idejnom smislu bilo zamišljeno kao svojevrsna „lekcija“, kako nemačkom narodu u okviru postupka pravne i faktičke „denacifikacije“, tako i potencijalnim budućim „potpaljivačima svetskog ratnog požara“, što je u osnovi i bio suštinski razlog da se niko od „faktora moći“ tada nije preterano bavio „pravnim formalnostima“. ⁴¹ To je bio i razlog da se suđenju u Nirnbergu, bez obzira što je formalno posmatrano glavni akter bio *Međunarodni vojni tribunal* sastavljen od predstavnika četiri velike sile i koji dakle, nije bio zasnovan na nekoj mogućoj široj međunarodnopravnoj osnovi, po pravilu, ne odriče striktan međunarodni karakter, ⁴² te što je posebno važno i upadljivo, vrlo izričiti međunarodni legitimitet. Tako se na primer, u jednom poznatom „klasičnom ranom delu“ iz veoma obimne literatute posvećene tom čuvenom suđenju, ističe: „Beskrajna pustošenja i neopisivi masovni užasi, koji su pratili rat, kao i narastajuće uviđanje da bi neki sledeći rat možda doveo do kraja moderne civilizacije, doprineli su tome da je ceo svet zahtevao osudu i kažnjavanje odgovornih za agresivni rat i ratne strahote.“ ⁴³

Suđenje u Nirnbergu, odnosno pravna osnova za osude okrivljenih u tom postupku formirana u Statutu Međunarodnog vojnog tribunala predstavlja jedan istorijski izuzetan i čak ekstremno redak slučaj, koji se verovatno može desiti „jednom u hiljadu godina“, da načelo legitimnosti, utemeljeno na neophodnosti da učinioci najtežih i do tada u istoriji neviđenih zločina, budu kažnjeni, apsolutno opravdano odnosi prevagu u odnosu na načelo zakonitosti. ⁴⁴

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

41 M. Škulić, (*Načelo zakonitosti u krivičnom pravu*), op. cit., str. 91.

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

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

44 M. Škulić, *Međunarodno krivično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020., str. 25.

1.2. Krivičnopravni aspekt „Aušvic laži“ u nemačkom krivičnom zakonodavstvu

Analiza dominantnih krivičnopravnih aspekata „Aušvic laži“ u nemačkom krivičnom zakonodavstvu, odnosno objašnjenje kriminalizacije odobravanja/poricanja određenih međunarodnih krivičnih dela iz „nacističke epohe“, bi načelno morala da obuhvati:

- s jedne strane, sumarni osvrt na istorijski kontekst nastanka konkretne inkriminacije, te
- s druge strane, objašnjenje osnovnih karakteristika normativne konstrukcije konkretnog krivičnog dela u kojem je kao poseban oblik sadržano odobravanje/poricanje nacističkih zločina, odnosno određenih radnji kriminalnog karaktera, preduzetih tokom nacističke vladavine kako u samoj Nemačkoj, tako i u okupiranim državama tokom Drugog svetskog rata.

1.2.1. Istorijski kontekst nemačke kriminalizacije odobravanja/poricanja/minimiziranja određenih međunarodnih krivičnih dela

Izraz „Aušvic laž“ se u Nemačkoj odnosi na fenomen poricanja nacističkih zločina uopšte ili njihovih razmera, a pre svega, zločina poznatog kao holokaust, čiji je jedan od simbola koncentracioni logor Aušvic. Već sa prvim informacijama koje su krajem Drugog svetskog rata saveznici dobili o prirodi nemačkih koncentracionih logora, shvatilo se da je u pitanju bila jedna ogromna „industrija smrti“. Nemačka javnost je generalno tvrdila da „nije bila obaveštena“ o onome što se dešavalo u koncentracionim logorima, a vrlo brzo se u Nemačkoj razvija i široko raspostranjeno poricanje nacističkih zločina, posebno holokausta, bilo u drastičnoj formi negiranja da je takvih zločina uopšte i iole bilo, bilo kroz njihovo minimiziranje, posebno u odnosu na broj žrtava. Prvih je posleratnih godina, a naročito tokom intenzivnog „pravnog obračuna“ sa nacistima, te u vreme intenzivne „denacifikacije“, „kultura poricanja“ bila izrazito pasivna, te pretežno svedena na sistematsko „nemačko ćutanje“ o nacističkim zločinima, a vremenom se razvija i aktivno poricanje, što je bilo povezano i sa izvesnim usponom neonacizma, mada su neonacističke grupe i tada, kao i kasnijih decenija, u Nemačkoj uglavnom bile marginalnog karaktera.

Smatra da je izraz „Aušvic laž“ („Auschwitzlüge“), prvi upotrebio jedan nekadašnji oficir SS-a (SS-*Sonderführer*), koji je tokom Drugog svetskog rata bio na dužnosti u jednom sporednom logoru Aušvic kompleksa koncentracionih logora. Taj bivši „esesovac“ Tiz Kristoferson (*Thies Christophersen*) objavljuje 1973. godine i jednu brošuru čija se osnovna sadržina svodi na tvrdnju da u Aušvicu i u drugim nemačkim koncentracionim logorima prema Jevrejima nisu činjeni zločini, te da koncentracioni logori uopšte nisu bili „logori smrti“, iako je to tada u istorijskom smislu u Nemačkoj, kao i širom sveta, već uveliko bilo zvanično utvrđeno. Ovaj bivši nacista kasnije objavljuje i časopis posvećen rehabilitaciji nacista i sistematskom

negiranju holokausta, a krivično gonjenje u Nemačkoj zbog svojih aktivnosti izbegava tako što odlazi u Dansku, a potom u Švedsku.⁴⁵

Drugi veoma poznat i važan „negator Aušvica“, koji se nadovezao na tvrdnje Kristofersona bio je jedan bivši nemački rezervni oficir i nekadašnji aktivni učesnik Drugog svetskog rata u protivvazduhoplovnim snagama nemačkih oružanih snaga (*Luftabwehr*), koji je u posleratnoj Nemačkoj bio sudija u Hamburgu, Vilhelm Štegligh (*Wilhelm Stäglich*), koji je objavio knjigu čija je suština bila u tvrdnji da su falsifikat sva dokumenta koja se odnose na uništenje Jevreja, a poznati „Aušvic krivični postupak“ (*Auschwitz-Strafprozeß*), označio je kao „montiran postupak prema staljinističkom obrascu“.⁴⁶

Konačno, u Nemačkoj je negiranje holokausta imalo i jedan vid masovnog manifestovanja neonacističkih ideja i javnog negiranja holokausta. Radilo se o poznatom „magarećem maršu“ u maju 1978. godine u Hamburgu, koji se smatra najspektakularnijim izražavanjem „Aušvic laži“. Članovi neonacističke organizacije „Akcioni front nacionalnih socijalista“ su u prostorijama hamburške železničke stanice, tj. u njenim velikim holovima, nosili na licu „magareće maske“, a na sebi pri tom, imali panoe sa natpisom – *ja magarac još uvek verujem da su u nemački koncentracionim logorima Jevreji ubijani otrovnim gasom*.

Verovatno najpoznatiji „negator holokausta“ ipak nije Nemaac. Radi se o britanskom/engleskom istoričaru Dejvidu Irvingu (*David Irving*) koji je 1977. objavio knjigu pod naslovom „Hitlerov rat“ u kojoj je jedna od osnovnih teza da je Hitler u stvari, zaista težio da Evropu „oslobodi Jevreja (*judenfreie Europa*), ali da u svakom slučaju nije u tom cilju sprovodio genocid u koncentracionim logorima, te da je Hitler čak „štutio Jevreje“.⁴⁷

Čak je Irving, tvrdeći da u Drugom svetskom ratu uopšte nije bilo nemačkog genocida nad Jevrejima, javno zauzeo prilično šokantan stav da su sami Nemci bili žrtve genocida koji su nad njima sprovodili saveznici. Radilo se o njegovom govoru 13. februara 1990. godine prilikom obeležavanja 45-godišnjice teškog bombardovanja Drezdena koje je krajem Drugog svetskog rata realizovalo britansko kraljevsko vazduhoplovstvo. Tada je Irving izjavio: „Holokaust nad Nemcima u Drezdenu je bio stvaran, dok je onaj prema Jevrejima u gasnim komorama Aušvica, bio fiktivan.“ Kako je u anglosaksonskom „svetu“ sloboda govora svojevrсна „svetinja“, Irving nikada nije u svojoj postojbini krivično gonjen zbog svojih tvrdnji, mada je u jednoj vrsti parničnog postupka jedan engleski sud utvrdio da je on antisemita i rasista. Prilikom jednog putovanja kroz Austriju, Irving je zbog negiranja holokausta uhapšen u toj državi, a u odsustvu mu je suđeno i u Nemačkoj, kada mu je izrečena novčana kazna i zabrana ulaska u tu državu.

U posleratnoj Nemačkoj je oduvek bilo kažnjivo poricanje holokausta u kontekstu veličanja/odobravanja nacističke ideologije/nacističkog režima, što je bilo

45 Izvor: <https://apnews.com/article/30635cbb538939be3c825737b1043f57>. Pristupljeno 28. aprila 2021.

46 Izvor: <https://www.h-ref.de/literatur/s/staeglich-wilhelm/auschwitz-mythos.php>. Pristupljeno 28. aprila 2021.

47 Izvor: <https://www.theguardian.com/guardianweekly/story/0,,1715580,00.html>. Pristupljeno 29. aprila 2021.

usko skopčano sa procesom denacifikacije. Sama „Aušvic laž“ je mogla u praksi biti „obična“ ili „teža“. Obična „Aušvic laž“ bi postojala ako bi se jednostavno osporavala „istorijska istina“ o holokaustu, bez nekih posebnih motiva i bez povezivanja sa nacističkim režimom kao takvim, a naročito bez glorifikacije nacističke ideologije i sličnog delovanja/rezonovanja učinioca. Teža vrsta „Aušvic laži“ se svodila na poricanje holokausta povezano sa identifikacijom učinioca sa nacističkom (nacional-socijalističkom) ideologijom ili kada se negiranje holokausta povezuje i sa drugim specifičnim aspektima, podobnim za širenje/propagiranje antisemitizma, kao kada se, što je inače, veoma uobičajeno za delovanje neonacista, tvrdi da je „holokaust izmišljen“ da bi se zahvaljujući tome Nemačka finansijski opteretila tako što bi se od nje praktično „iznuđivao novac“ u vidu plaćanja obeštećenja Jevrejima. Takav teži oblik „Aušvic laži“ je oduvek u posleratnoj Nemačkoj bio kažnjiv, jer su se tvrdnje tog tipa rutinski podvodile pod obeležja ranije postojeće sadržine, tj. bitnih obeležja (bića) krivičnog dela iz § 130 StGB,⁴⁸ ali je vremenom sazrela svest da je potrebno striktno kriminalizovanje i „obične“ Aušvic laži, pa je stoga jednom novelom dopunjena inkriminacija već postojeća inkriminacija (§ 130 III StGB).

Ratio legis relevantne novele KZ Nemačke, kojom je normativno prošireno kriminalizovanje osporavanja holokausta, proizlazi iz sasvim konkretnih dešavanja povezanih sa novijom nemačkom istorijom, a posebno sa nemačkim „ponovnim ujedinjenjem“ (*Wiedervereinigung Deutschlands*), kada je nakon okončanja „hladnog rata“ i propasti Nemačke Demokratske Republike (DDR), ponovo stvorena celovita Nemačka. Ponovno ujedinjenje je izazvalo snažnu nacionalnu euforiju u Nemačkoj, a deo tih „pojačanih“ nacionalnih osećanja reflektovao se i u značajnoj ekspanziji radikalnih ideja, pa i ideja koje su bile neonacističke, koje su zatim konsekventno dovele i do konkretnog ekstremističko delovanja, često i sa elementima teškog nasilja prema ljudima koje su ekstremisti, a posebno neonacisti, zbog njihove nacionalnosti, rase, religije i drugih svojstava kojim se razlikuju od „pravnih Nemaca“, smatrali protivnicima, „štetočinama na tlu Nemačke“, neprijateljima i sl. Poseban problem nastaje kada usled masovnog i sistematskog javnog plasiranja neonacističkih ideja, a po pravilu i uz negiranje holokausta, ali i uopšte uz prevrednovanje istorijske uloge nacističke Nemačke, snažno jača ekstremističko delovanje i to pre svega, na području nekadašnje Istočne Nemačke (DDR), poput poznatih napada na objekte u kojima su bili smešteni „azilanti“, podmetanja požara u kućama „nemačkih“ Turaka i sl. Čuven je i svojevrsan „lov na ljude“ u Magdeburgu kada su ekstremisti „desničari“ i neonacisti masovno i sistematski napali strance u tom gradu, ponižavali ih, maltretirali na raznovrsne načine i tukli. Početkom 90-ih godina, dakle neposredno nakon nemačkog „ponovnog ujedinjenja“, dolazi u Nemačkoj, a posebno na području nekadašnjeg DDR-a i do sve češćih uništavanja jevrejskih spomenika na grobljima, napada na sinagoge i sl.

Značajno povećan broj krivičnih dela izvršenih od strane desničara-ekstremista i neonacista, koji spadaju u tzv. kriminalitet mržnje, izazvali su ozbiljne društvene posledice u Nemačkoj. Smatralo se u društvu uopšte, tj. u najvećem njegovom delu, a posebno na političkoj sceni kada je reč o delovanju svih političkih partija, osim

48 C. Roxin und L. Greco, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Band I, *Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenlehre*, 5. Auflage, „Verlag C. H. Beck“, München, 2020., str. 47.

tada marginalizovanih desničarskih organizacija, da taj problem mora biti rešen, između ostalog i krivičnopravnom represijom, te se na tome temelji i osnovni *ratio legis* zakonske novele, kojom je 1. decembra 1994. godine, proširena već postojeća inkriminacija sadržana u § 130 StGB. Ta formulacija sadržana u § 130 III StGB, je neznatno izmenjena u vreme stupanja na snagu posebnog Međunarodnog krivičnog/kaznenog zakonika Nemačke (*VStGB*), kojim je Nemačka svoje krivično zakonodavstvo prilagodila zahtevima sadržanim u Rimskom statutu o osnivanju stalnog Međunarodnog krivičnog suda, kada su određena međunarodna krivična dela, poput genocida, koja su do tada bila sadržana u Krivičnom zakoniku (StGB), brisana iz tog osnovnog izvora nemačkog krivičnog prava, te su uneta u taj novi Međunarodni krivični zakonik Nemačke. Radilo se dakle, o sasvim maloj i čisto formalnoj izmeni inkriminacije sadržane u § 130 III StGB.

1.2.2. Odredbe nemačkog Krivičnog/Kaznenog zakonika kojima je kriminalizovano odobravanje/poricanje određenih međunarodnih krivičnih dela

Normativna konstrukcija krivičnog dela iz § 130 nemačkog Krivičnog/Kaznenog zakonika (*StGB*) je složena, a deo odredbi ove inkriminacije predstavlja poseban oblik tog krivičnog dela (izazivanje nacionalne mržnje/huškanje protiv određene grupe), u kojem je sadržana kriminalizacija odobravanja/poricanja određenih međunarodnih krivičnih dela učinjenih u epohi nacizma.

Prvi oblik krivičnog dela iz § 130 nemačkog Krivičnog/Kaznenog zakonika postoji kada učinilac na način koji je podesan da ugrozi javni mir alternativno: a) poziva na nasilje ili samovolju, što je usmereno protiv nacionalne, rasne, religiozne ili grupe određene etničkim poreklom, protiv delova stanovništva ili pojedinca zbog njegove pripadnosti nekoj od tih grupa, ili kada učinilac prema delu stanovništva raspiruje mržnju ili b) napadne ljudsko dostojanstvo drugih tako da neku od navedenih grupa, delova stanovništva ili pojedinca zbog pripadnosti nekoj od relevantnih grupa ili pripadnosti nekom delu stanovništva vređa, zlonamerno izlaže poruzi ili kleveće.

Drugi oblik krivičnog dela iz § 130 nemačkog Krivičnog/Kaznenog zakonika postoji kada učinilac širi spis ili spis čini dostupnim javnosti, ili kada licu mlađem od osamnaest godina nudi ili čini dostupnim spis koji podstiče na mržnju protiv neke nacionalne, rasne, religiozne ili grupe određene etničkim poreklom protiv delova stanovništva ili protiv pojedinca zbog njegove pripadnosti nekoj od tih grupa ili pripadnosti delu stanovništva, ukoliko se time alternativno: a) poziva na nasilje ili samovolju protiv pripadnika relevantnih grupa ili b) napada ljudsko dostojanstvo lica koja pripadaju tim grupama, tako što se ona vređaju, zlonamerno izlažu poruzi ili se kleveću. Pravila koja se odnose na „spis“ kao tradicionalni „oblik plasiranja informacija“, tiču se se i radija i elektronskih medija.

Treći oblik krivičnog dela iz § 130 nemačkog Krivičnog/Kaznenog zakonika svodi se na inkriminisanje prethodno objašnjenog „lakšeg“ (običnog) oblika „Aušvic laži“ u pogledu kojeg je pre novele iz 1994. godine postojala pravna praznina, što je objašnjeno u prethodnom tekstu, a posebno u istorijskom kontekstu

problema nastalih neposredno nakon nemačkog „ponovnog ujedinjenja“. Ovaj oblik postoji kada učinilac radnju izvršenu pod vladavinom nacizma navedenu u § 6 stav 1 Međunarodnog krivičnog zakonika,⁴⁹ javno ili na nekom skupu, na način podasan za ometanje javnog mira odobrava, poriče ili umanjuje. Praktično se na ovaj način kriminalizuje odobravanje, poricanje ili minimiziranje isključivo genocida u vreme „nacističke epohe“, što se u stvari, prema ustaljenom shvatanju nemačke doktrine i sudske prakse, isključivo tiče holokausta nad Jevrejima.⁵⁰

Četvrti oblik krivičnog dela iz § 130 nemačkog Krivičnog/Kaznenog zakonika je i ranije postojao, a on se takođe kao i treći oblik ovog krivičnog dela, a koji je uveden novelama iz 1994. godine (§ 130 III StGB), tiče inkriminisanja delovanja koje je suštinski nacional-socijalističko ili „pronacističko“. Ovaj oblik čini učinilac koji javno ili na nekom skupu, ometa javni mir na način koji povređuje dostojanstvo žrtve tako što nacističku vladavinu nasilja i despotizma odobrava, veliča ili opravdava.

1.2.2.1. Osnovna krivičnopravna obeležja dela iz § 130 III StGB

Osnovna obeležja krivičnog dela iz § 130 III StGB, odnosno karakteristike bića tog krivičnog dela (u pravno-tehničkom smislu sadržanog u okviru krivičnog dela izazivanja nacionalne mržnje, kao njegov poseban oblik), svode se na neophodnost da učinilac, koji može biti bilo koje lice, ispuni objektivne i subjektivne elemente (bića) konkretnog krivičnog dela.⁵¹

49 U ovoj odredbi su navedena bitna obeležja genocida (*Völkermord*), prema pravilima nemačkog krivičnog zakonodavstva, koje je u tom pogledu, a prema pravilima sadržanim u načelu komplementarnosti, usklađeno sa Rimskim statutom, kao i sa Elementima/Obeležjima krivičnih dela, što znači sa osnovnim izvorima materijalnog krivičnog prava namenjenog primarno radi primene u postupcima pred stalnim Međunarodnim krivičnim sudom (ICC), a čija je posebna svrha (što je suština načela komplementarnosti), da sva krivična zakonodavstva država strana/članica Rimskog statuta budu komplementarna pravilima sadržanim u Rimskom statutu kao multilateralnom međunarodnom ugovoru. Više o tome: M. Škulić, *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen – National Prosecution of International Crimes* in: A. Eser, U. Sieber und H. Kreicker, Hrsg., „Landesbericht – Serbien und Montenegro“, „Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht und Duncker & Humblot“, Berlin, 2004., str. 217–218.

Do donošenja posebnog krivičnog zakonika (Međunarodni krivični zakonik Nemačke), koji je usvojen radi adekvatnog prilagođavanja nemačkog krivičnog zakonodavstva, pravilima sadržanim u Rimskom statutu o osnivanju Međunarodnog krivičnog suda, odredbe kojima je definisan genocid, bile su sadržane u Krivičnom zakoniku Nemačke („Kazneni zakonik“ – StGB), kao osnovnom izvoru nemačkog krivičnog prava.

50 C. Roxin und L. Greco, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Band I, *Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenlehre*, 5. Auflage, „Verlag C. H. Beck“, München, 2020., str. 47.

51 Ovakva podela zasniva se na nemačkoj krivičnopravnoj dogmatici u kojoj se krivica tretira na bitno drugačiji način nego u našem krivičnom pravu. Naime, u nemačkom krivičnom pravu umišljaj i nehat (onda kada se radi o nehatnom krivičnom delu), predstavljaju *subjektivne elemente bića* konkretnog krivičnog delu, a nisu oblici krivice.

Pored toga, iako krivica nije svrstana u opšti pojam krivičnog dela u nemačkom krivičnom pravu, te bez obzira što se umišljaj i nehat ne smatraju oblicima krivice, kao što je to slučaj u našem krivičnom pravu, nemačko krivično pravo poznaje *dva osnovna oblika krivice*: 1) *umišljajnu* – koja je pravilo i 2) *nehatnu* – koja može postojati samo onda kada se u pogledu određenih krivičnih dela, u zakonu izričito propisuje da se ono može učiniti i iz nehata. Kada se radi o krivičnom delu iz § 130 StGB, ono se može učiniti samo sa umišljajem.

U *objektivne elemente* krivičnog dela iz § 130 III StGB, spadaju kumulativno: a) radnja izvršenja, b) predmet radnje izvršenja, kao i v) način realizovanja radnje izvršenja.

Objektivni elementi krivičnog dela iz § 130 III StGB svode se na sledeće:

- 1) radnja izvršenja je određena opciono kao: a) odobravanje,⁵² b) poricanje ili v) minimiziranje;
- 2) predmet radnje izvršenja odnosi se na genocid sproveden u vreme vladavine nacizma u Nemačkoj, pod čime se prema stavu nemačke krivičnopravne teorije, ali i shodno ustaljenoj praksi nemačkih sudova, podrazumeva isključivo holokaust prema jevrejskoj populaciji u Evropi; kao i
- 3) radnja izvršenja se realizuje na način koji je podesan za ometanje javnog mira.

Subjektivni element krivičnog dela iz § 130 III StGB svodi se na neophodnost da učinilac postupa sa umišljajem.⁵³ Kao ni ostali oblici krivičnog dela iz § 130 StGB, ni ovaj oblik tog krivičnog dela (§ 130 III StGB), ne može se izvršiti iz nehata. Kada je reč o poricanju kao radnji izvršenja, u nemačkoj krivičnopravnoj teoriji se smatra da je u nekim situacijama „problem umišljaja koji se inače, zahteva, jedva rešiv“, te se ističe da učinilac koji poriče nacističke zločine svakako mora biti svestan da se radi o neistini ili mora makar to uzeti u obzir.⁵⁴

U nemačkoj sudskoj praksi se delikt iz § 130 III StGB povezuje sa uvredom (§ 185 StGB) u smislu da se radnja koja je inače, uvredljiva po sebi, onda kada je usmerena prema grupi ili u pogledu pripadnika t(akv)e grupe, a to su evropski Jevreji u odnosu na koju se odobrava, poriče ili minimizira genocid (holokaust), učinjen u vreme vladavine nacizma, smatra radnjom izvršenja dela iz § 130 III StGB, odnosno može biti i radnja izvršenja tog delikta. Međutim, takva uvreda mora biti u kontekstu ispunjavanja i drugih uslova koji predstavljaju bitna obeležja bića krivičnog dela iz § 130 III StGB. Tako se u presudi jednog nemačkog suda navodi: „Upotreba „Davidovih zvezda“ sa natpisom „Jevrejin“ i uz reči „nije vakcinisan“, „birač AFD-a“, „vozač SUV-a“ i „Islamofob“, na jednom javno dostu-

52 Odobravanje se kao radnja izvršenja prema stavu nemačke krivičnopravne teorije definiše prilično široko, te se dopušta i mogućnost da se ono u nekim situacijama izrazi i u jednom prećutnom obliku. K. Lackner und K. Kühn, (K. Kühn und M. Heger Hrsg), *StGB – Strafgesetzbuch – Kommentar*, 29. Auflage, „Verlag C. H. Beck“, München, 2018, str. 831.

53 U ovom pogledu treba imati u vidu da se umišljaj i nehat u nemačkom krivičnom pravu smatraju subjektivnim obeležjima krivičnog dela ili *subjektivnim bićem krivičnog dela* u odnosu na koje postoji *objektivno biće krivičnog dela*.

Pored toga, ni umišljaj ni nehat nisu formalno definisani u samom Krivičnom zakoniku Nemačke (*Strafgesetzbuch – StGB*), a nemački zakonodavac se pored toga, ne upušta ni u definisanje opšteg pojma krivičnog dela.

Dakle, umišljaj i nehat u nemačkom krivičnom pravu *nisu formalno određeni kao oblici krivice*, već se oni smatraju subjektivnom komponentom krivičnog dela, a sama krivica postoji kao odvojen pojam koji formalno nije deo opšteg pojma krivičnog dela, kao što je to inače, slučaj u našem pozitivnom krivičnom pravu.

54 Schönke-Schröder (deo koji su pisali D. Sternberg-Lieben und U. Schittenhelm), *Strafgesetzbuch – Kommentar*, 30. Auflage, München, 2019., str. 1560.

pnom „Facebook-profilu“,⁵⁵ predstavlja javno ispoljavanje stava, ali ako se to čini bez ispunjavanja ostalih obeležja bića izazivanja nacionalne mržnje u smislu § 130 Abs. 3 StGB, ono takođe ne predstavlja ni uvredu Jevreja koji su bili progonjeni tokom nacionalsocijalističke nasilne vladavine.⁵⁶

2. KRIMINALIZACIJA PORICANJA ODREĐENE VRSTE MEĐUNARODNIH KRIVIČNIH DELA KAO SEGMENT NORMATIVNE KONSTRUKCIJE KRIVIČNOG DELA RASNE I DRUGE DISKRIMINACIJE PREMA PRAVILIMA SRPSKOG KRIVIČNOG ZAKONODAVSTVA

Poricanje određene vrste međunarodnih krivičnih dela kriminalizovano je u Srbiji tek relativno nedavno, novelama Krivičnog zakonika iz 2016. godine, što je tada učinjeno pomalo neočekivano, u svojevrsnom „finišu“ izrade poslednje verzije Nacrta Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, iz kojeg je potom proistekao Predlog Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, koji je nakon stupanja na snagu modifikovao niz odredbi Krivičnog zakonika Srbije, među kojima je i krivično delo rasne i druge diskriminacije iz člana 387. KZ.

U teoriji se ističe da „unošenje krivičnog dela rasne i druge diskriminacije svojevremeno u KZ SFRJ, odnosno u KZ SRJ, nije imalo za cilj pružanje potpunije krivičnopravne zaštite od diskriminacije već samo od određenih oblika diskriminacije“,⁵⁷ a što proizlazi kao obaveza iz relevantnog međunarodnog izvora prava. Dakle, „osnov za inkriminaciju rasne i druge diskriminacije nalazi se pre svega u Konvenciji o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije od 1965. godine („Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovor“, broj 6/67), koju je ratifikovao veliki broj zemalja (173), a od značaja je i Konvencija o suzbijanju i kažnjavanju zločina aparthejda od 1973 („Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovor“, broj 14/75).⁵⁸

Krivično delo rasne i druge diskriminacije iz člana 387. KZ Srbije ima nekoliko oblika, od kojih se jedan (uveden novelama iz 2016. godine), tiče odobravanja/negiranja/minimiziranja određene vrste međunarodnih krivičnih dela.

Prvi oblik krivičnog dela rasne i druge diskriminacije postoji kada učinilac na osnovu razlike u rasi, boji kože, verskoj pripadnosti, nacionalnosti, etničkom poreklu ili nekom drugom ličnom svojstvu krši osnovna ljudska prava i slobode zajamčena opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i ratifikovanim međunarodnim ugovorima od strane Srbije (član 387. stav 1. KZ).

Drugi oblik krivičnog dela rasne i druge diskriminacije sastoji se u proganjanju organizacija ili pojedinaca zbog njihovog zalaganja za ravnopravnost ljudi (član 387. stav 2. KZ).

55 Volksverhetzung durch Eintrag im Facebook-Profil.

56 Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken – Urteil vom 08.03.2021– Ss 72/2020 (2/21) – JurPC Web-Dok. 50/2021.

57 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore*, Ministarstvo pravde Crne Gore i Misija OEBS-a u Crnoj Gori, Podgorica, 2010., str. 860.

58 Ibidem.

Treći i četvrti oblik krivičnog dela rasne i druge diskriminacije svode se na specifičnu vrstu propagande. Treći oblik ovog krivičnog dela postoji kada učinilac opciono: 1) širi ideje o superiornosti jedne rase nad drugom, 2) propagira rasnu mržnju ili 3) podstiče na rasnu diskriminaciju (član 387. stav 3. KZ). Četvrti oblik krivičnog dela rasne i druge diskriminacije postoji kada učinilac širi ili na drugi način učini javno dostupnim tekstove, slike ili svako drugo predstavljanje ideja ili teorija koje zagovaraju ili podstrekavaju mržnju, diskriminaciju ili nasilje, protiv bilo kojeg lica ili grupe lica, zasnovanih na rasi, boji kože, verskoj pripadnosti, nacionalnosti, etničkom poreklu ili nekom drugom ličnom svojstvu (član 387. stav 4. KZ).

Peti oblik krivičnog dela rasne i druge diskriminacije svodi se na „delikt odobravanja/negiranja/relevantnog minimiziranja određene vrste međunarodnih krivičnih dela i on postoji kada učinilac javno odobrava, negira postojanje ili značajno umanjuje težinu genocida, zločina protiv čovečnosti i ratnih zločina učinjenih protiv grupe lica ili člana grupe koja je određena na osnovu rase, boje kože, vere, porekla, državne, nacionalne ili etničke pripadnosti, na način koji može dovesti do nasilja ili izazivanja mržnje prema takvoj grupi lica ili članu te grupe, ukoliko su ta krivična dela utvrđena pravnosnažnom presudom suda u Srbiji ili Međunarodnog krivičnog suda (član 387. stav 5. KZ).

Šesti oblik krivičnog dela rasne i druge diskriminacije predstavlja specifičan oblik „ugrožavanja sigurnosti“ koji se tiče pasivnog subjekta/pasivnih subjekata koji pripadaju određenim grupama koje se i inače, štite inkriminacijom iz člana 387. KZ Srbije. Ovaj oblik postoji kada učinilac javno preti da će, protiv lica ili grupe lica zbog pripadnosti određenoj rasi, boji kože, veri, nacionalnosti, etničkom poreklu ili zbog nekog drugog ličnog svojstva, izvršiti krivično delo za koje je zaprećena kazna zatvora veća od četiri godine zatvora.

2.1. Osnovne normativne karakteristike delikta odobravanja/negiranja/relevantnog minimiziranja određene vrste međunarodnih krivičnih dela u Krivičnom zakoniku Srbije

Oblik krivičnog dela rasne i druge diskriminacije (član 387. stav 5. KZ), koji predstavlja odobravanja/negiranja/relevantnog minimiziranja određene vrste međunarodnih krivičnih dela, suštinski predstavlja poseban delikt, te on čak po svojoj „krivičnopravnoj fizionomiji“ više pripada grupi krivičnih dela protiv pravosuđa, nego krivičnim delima protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom, ili je u najamanju ruku jedan vrsta hibridne kategorije. Iako je u pravno-tehničkom smislu ovaj delikt definisan kao jedan od nekoliko posebnih oblika krivičnog dela rasne i druge diskriminacije, suštinski se radi o *posebnom deliktu*, koji je u krivično zakonodavstvo Srbije unesen na osnovu jednog međunarodnog izvora prava, koji spada u korpus prava EU, koji ne predstavlja „kruto pravo“, jer se ne može primeniti neposredno, ali nije ni klasično „meko pravo“, jer postoji obaveza unošenja pravila u njemu sadržanih u nacionalne pravne sisteme država EU.⁵⁹

59 Naime, okvirne odluke EU, tj. Saveta EU (koje se donose na osnovu člana 34. Uvogora o EU), tiču se policijske i pravosudne saradnje na nivou EU i one imaju obavezujući karakter za države

Radi se o Okvirnoj odluci Saveta EU 2008/913/JHA od 28. novembra, 2008. godine,⁶⁰ o borbi primenom krivičnog prava protiv izvesnih oblika izražavanja rasizma i ksenofobije.

Suštinski je odredba člana 387. stav 5. KZ Srbije skoro identična sadržini relevantnih delova člana 1. Okvirne odluke Saveta EU 2008/913/JHA od 28. novembra, 2008. godine (krivična dela povezana sa rasizmom i ksenofobijom), kojima se od država zahteva da propišu krivično delo koje bi se svodilo na javno odobravanje, negiranje ili grubo omalovažavanje⁶¹ zločina genocida, zločina protiv čovečnosti i ratnih zločina definisanih u čl. 6., 7. i 8. Statuta Međunarodnog krivičnog suda,⁶² koji su usmereni protiv grupe lica ili člana takve grupe određene na osnovu rase, boje kože, veroispovesti, porekla, nacionalne ili etničke pripadnosti, kada je takvo delo izvršeno na način koji može da podstakne nasilje ili mržnju protiv takve grupe ili nekog njenog člana. Pored toga, odredbama ove Okvirne odluke (član 1. stav 4). ostavlja se i mogućnost da svaka država članica prilikom implementiranja (usvajanja/adopcije) te Odluke ili kasnije, propiše da će akti poricanja ili grubog omalovažavanja/trivijalizacije zločina koji su navedeni u relevantnim odredbama Okvirne odluke (*paragraph 1(c) and/or (d)*) biti kažnjivi, jedino ako su krivična dela na koja se odnosi poricanje/gruba trivijalizacija, utvrđena pravnosnažnom odlukom suda konkretne države ili nacionalnog suda druge države članice EU, ili pravnosnažnom odlukom nekog međunarodnog suda.

U samoj Okvirnoj odluci Saveta EU 2008/913/JHA od 28. novembra, 2008. godine, se još i posebno propisuje (član 7.) i da se njome ne menjaju obaveze koje proizlaze iz osnovnih prava i osnovnih pravnih načela iz člana 6. Ugovora o Evropskoj Uniji, što uključuje slobodu izražavanja i udruživanja. Iz ovoga proizlazi i da se prema pravilima sadržanim u samoj ovoj Okvirnoj odluci, isključivo teški slučajevi

članice EU, ali samo u smislu da na osnovu njih, one same u svoje pravne sisteme uvedu odgovarajuće pravne mehanizme sadržane u konkretnim okvirnim odlukama, ali se okvirne odluke ne mogu direktno primeniti, kao kada se radi o direktivama EU, a samo u opcionalnom smislu mogu biti predmet odlučivanja Evropskog suda pravde.

60 Izvor: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32008F0913>, Pristupljeno 28. aprila, 2021. godine.

61 Kod ove poslednje radnje – *grossly trivializing*, što se svodi na drastičnu/ veliku/ozbiljnu „trivijalizaciju“, čini se da je adekvatniji prevod omalovažavanje ili čak „prikazivanje trivijalnim“ i sličnim, nego *umanjivanje*, kao što je to jedna od radnji izvršenja delikta iz člana 387. stav 5. KZ, mada je suština uglavnom ista, ali se ipak ne bi moglo smatrati da je svako „umanjivanje“ istovetno i sa „trivijalizacijom“ ili „omalovažavanjem“, jer na primer, ako neko argumentovano tvrdi da je u stvari, bilo manje žrtava nekog konkretnog zločina, ne negirajući pri tom sam zločin kao takav, onda se svakako ne bi moglo smatrati da se na takav način takav zločin „omalovažava“ ili prikazuje kao trivijalan i sl., pa je stoga, možda i pogrešno što naš zakonodavac kao jednu od opciono definisanih radnji izvršenja navodi *značajno umanjivanje*, a pri tom, još i ne karakteriše takvo „umanjivanje“ kao „grubo“, „ozbiljno“ ili čak „veliko“ (što bi možda jezički bilo pomalo kontradiktorno samoj imenici „umanjivanje“) i sl. Ipak je jasno da kada se umanjivanje karakteriše kao „značajno“, iz toga proizlazi da ono mora biti grubo, ozbiljno i sl, što je suština zahteva da ono bude *grossly* u smislu Okvirne odluke.

62 Ovde se misli na stalni Međunarodni krivični sud (ICC), nastao stupanjem na snagu Rimskog statuta.

odobravanja/negiranja/relevantnog minimiziranja određene vrste međunarodnih krivičnih dela, načelno treba da budu kažnjivi u krivičnopravnom smislu, jer bi u suprotnom to moglo da se smatra limitiranjem slobode izražavanja, koja je u svim državama EU ustavnopravna kategorija, ali je pored toga, posebno garantovana i Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama. Ovo je korelativno i sa odredbom iz člana 1. stav 2. Okvirne odluke Saveta EU 2008/913/JHA od 28. novembra, 2008. godine, prema kojoj države članice mogu odlučiti da propišu kažnjavanje samo onih dela ove vrste koji imaju izvestan stepen težine/relevantnosti, jer su alternativno: 1) izvršena na način koji može da remeti javni red i mir ili 2) imaju posebnu „konotaciju“, iz koje proizlazi njihova težina, a koja se svodi na to da su takva dela opciono: a) pretećeg karaktera, odnosno u njima je sadržana određena pretnja, b) nasilna su, ili su v) uvredljiva.

Delikt odobravanja/negiranja/relevantnog minimiziranja određene vrste međunarodnih krivičnih dela prema pravilima našeg krivičnog zakonodavstva (387. KZ Srbije), ima sledeća bitna obeležja, koja se dele na: I objektivna obeležja i II subjektivna obeležja.

U *objektivna obeležja* delikta odobravanja/negiranja/relevantnog minimiziranja određene vrste međunarodnih krivičnih dela (član 387. stav 5. KZ Srbije), spadaju sledeći elementi:

1. radnja izvršenja, koja je određena kao odgovarajuće *javno manifestovanja stava* koji se opciono može biti a) odobravanje, b) negiranje postojanje ili v) značajno umanjivanje težine određenih međunarodnih krivičnih dela;
2. Predmet radnje izvršenja, koji se tiče određenih međunarodnih krivičnih dela ukoliko su ona utvrđena pravnosnažnom presudom suda u Srbiji ili Međunarodnog krivičnog suda, a tu spadaju: a) genocid, b) zločina protiv čovečnosti i v) ratni zločin učinjeni protiv grupe lica ili člana grupe koja je određena na osnovu rase, boje kože, vere, porekla, državne, nacionalne ili etničke pripadnosti; kao i
3. Poseban modalitet radnje izvršenja, koja mora biti realizovana na način koji može alternativno: a) dovesti do nasilja ili b) izazivanja mržnje prema grupi lica koja je određena na osnovu rase, boje kože, vere, porekla, državne, nacionalne ili etničke pripadnosti, ili u odnosu na člana t(akv)e grupe.

Radnja izvršenja je definisana opciono kao: a) odobravanje, b) negiranje postojanja ili v) značajno umanjivanje težine određenih međunarodnih krivičnih dela. Odobravanje se svodi na pozitivno vrednovanje konkretnog međunarodnog krivičnog dela koje je predmet radnje izvršenja, što se može manifestovati na različite konkretne načine, usmeno ili u pisanom obliku, neposredno ili prilikom korišćenja na primer, sredstava javnog informisanja, tzv. društvenih mreža i sl. Negiranje predstavlja kako poricanje da su uopšte, izvršena bilo kakva međunarodna krivična dela koja su predmet radnje izvršenja, tako i vid limitiranog negiranja. To znači da poricanje može biti i selektivnog karaktera, u smislu da se ne negira da je izvršeno konkretno krivično delo, ali se tvrdi da je reč o drugoj pravnoj kvalifikaciji, kao

kada bi se na primer, tvrdilo da se u nekom konkretnom slučaju ne radi o ratnom zločinu, već i teškom ubistvu i sl. Značajno umanjivanje težine određenih međunarodnih krivičnih dela svodi se na objašnjenje da je na primer, konkretno krivično delo manje teško zbog manjeg broja žrtava. Mora se raditi o umanjivanju koje ima odgovarajući stepen relevantnosti. Ono prema „slovu zakonodavca“ mora biti značajno, što znači da je u svakom konkretnom slučaju neophodno da postoji velika disproporcija između težine konkretnog međunarodnog krivičnog dela, utvrđene pravnosnažnom presudom suda u Srbiji ili Međunarodnog krivičnog suda i one težina koja se tom krivičnom delu pripisuje radnjom izvršenja.

Radnja izvršenja mora biti realizovana na poseban način koji objektivno takvoj radnji daje relevantan *stepen ozbiljnosti*. To znači da radnja izvršenja može alternativno: a) dovesti do nasilja ili b) izazivanja mržnje prema grupi lica koja je određena na osnovu rase, boje kože, vere, porekla, državne, nacionalne ili etničke pripadnosti, ili u odnosu na člana t(akv)e grupe. Faktičko je pitanje kada radnja izvršenja može dovesti do nasilja, a po pravilu, bi takva mogućnost bila povezana i sa izazivanjem mržnje prema relevantnoj grupi lica. To bi na primer bio slučaj ako bi se odobravanje, negiranje postojanja ili značajno umanjivanje težine određenih međunarodnih krivičnih dela, povezivalo sa delovanjem samih žrtava ovih krivičnih dela, poput prethodno spomenutih primera iz Nemačke, kada neki negatori holokausta (tada postoji tzv. teži oblik „Aušvic laži“), iznose tvrdnje da je holokaust „izmišljen“ ili je broj žrtava „preuveličan“ da bi se na takav način „iznudio novac“ u vidu obeštećenja „izmišljenim žrtvama“, odnosno „potomcima nepostojećih žrtava“ i sl.

Iz konteksta same inkriminacije sadržane u članu 387. KZ Srbije, čiji je deo i delikt odobravanja/negiranja/relevantnog umanjivanja određene vrste međunarodnog krivičnog dela (kao jedan od posebnih oblika rasne i druge diskriminacije), proizlazi da bi bilo adekvatno i da se odredba člana 387. stav 5., dopuni unošenjem jednog dodatnog subjektivnog elementa, a to je i posebna namera učinioca. Čak bi bilo adekvatnije da se umesto zahteva da se radnja izvršenja realizuje na specifičan način, što znači tako da može dovesti do nasilja ili izazivanja mržnje prema grupi lica koja je određena na osnovu rase, boje kože, vere, porekla, državne, nacionalne ili etničke pripadnosti, ili u odnosu na člana t(akv)e grupe, definiše da se ona preduzima u takvoj nameri ili da se tako definisan način realizacije radnje izvršenja poveže i sa namerom izvršioca. Dakle, bilo bi čini se adekvatnije da ovakav delikt postoji samo onda kada izvršilac poriče da je izvršeno konkretno međunarodno krivično delo utvrđeno pravnosnažnom presudom suda u Srbiji ili Međunarodnog krivičnog suda, ili ga značajno/bitno umanjuje *u nameri* da time izazove nasilje ili mržnju prema grupi lica koja je određena na osnovu rase, boje kože, vere, porekla, državne, nacionalne ili etničke pripadnosti, ili u odnosu na člana t(akv)e grupe, a ovde je moguća još i posebna kombinacija takve vrste namere i načina preduzimanja radnje izvršenja. Ovo je suština predloga u *de lege ferenda* smislu. Pored toga, ovakva namera ne bi bila neophodna ako bi se radilo o odobravanju ove vrste međunarodnih krivičnih dela, već bi se ona zahtevala samo kada su u pitanju poricanje i značajno/bitno umanjivanje, jer iz suštine radnje izvr-

šenja koja predstavlja *odobranje* ove vrste međunarodnih krivičnih dela proizlazi da motivi za odobranje svakako ne mogu biti dobronamerni, pa bi samim tim bilo besmisleno da se još i formalno zahteva da se takvo odobranje vrši u nekoj posebnoj nameri.

Predmet radnje izvršenja su određena međunarodna krivična dela, ali samo ukoliko su ona utvrđena pravnosnažnom presudom suda u Srbiji ili Međunarodnog krivičnog suda, a tu spadaju: a) genocid, b) zločin protiv čovečnosti i v) ratni, zločin učinjeni protiv grupe lica ili člana grupe koja je određena na osnovu rase, boje kože, vere, porekla, državne, nacionalne ili etničke pripadnosti, u odnosu na koja se ispoljava odobranje, negiranje postojanja ili značajno umanjivanje njihove težine. Kada se radi o zahtevu da određena međunarodna krivična dela koja se odobravaju, poriču ili se njihova težina značajno umanjuje, moraju biti kao takva utvrđena alternativno: a) pravnosnažnom presudom suda u Srbiji ili b) Međunarodnog krivičnog suda, radi se o *objektivnom uslovu inkriminacije*.⁶³ Taj uslov je striktno *formalnog karaktera*. Pod sudom u Srbiji podrazumeva se bilo koji sud koji je deo pravosudnog sistema Srbije u skladu sa ustavnim pravilima i na njima zasnovanim odredbama Zakona o uređenju sudova, a Međunarodni krivični sud je (što jasno i nedvosmisleno proizlazi iz velikog „M“ kojim započinje naziv tog Suda), jeste onaj sud koji je ustanovljen stupanjem na snagu Rimskog statuta kao multinacionanog međunarodnog ugovora o formiranju Međunarodnog krivičnog suda (*ICC – International Criminal Court*).

Subjektivno obeležje delikta odobranja/negiranja/relevantnog minimiziranja određene vrste međunarodnih krivičnih dela (član 387. stav 5. KZ Srbije) je oblik krivice izvršioca, a to je isključivo *umišljaj*. U prethodnom tekstu je već detaljnije objašnjen jedan predlog u *de lege ferenda* smislu koji se svodi na uvođenje i posebne namere izvršioca kao dodatnog subjektivnog obeležja odobranja/negiranja/relevantnog minimiziranja određene vrste međunarodnih krivičnih dela (član 387. stav 5. KZ Srbije), čime bi se (što je i inače, osnovna funkcija namere u krivičnopravnom smislu), dodatno precizirao i usmerio direktni umišljaj učinioca.

Iz prirode radnje izvršenja (član 387. stav 5. KZ Srbije), proizlazi da bi se moralo raditi o direktnom umišljaju, što znači da izvršilac mora biti svestan (*intelektualni element*) da svojom radnjom javno odobrava, negira postojanje ili značajno umanjuje težinu genocida, zločina protiv čovečnosti i ratnih zločina učinjenih protiv grupe lica ili člana grupe koja je određena na osnovu rase, boje kože, vere, porekla, državne, nacionalne ili etničke pripadnosti, na način koji može dovesti do nasilja ili izazivanja mržnje prema takvoj grupi lica ili članu te grupe, ukoliko su ta krivična dela utvrđena pravnosnažnom presudom suda u Srbiji ili Međunarodnog krivičnog suda, te da pri tom baš to i *hoće* (*voluntativni element*). Dakle, izvršilac je svestan da svojom radnjom javno manifestuje opciono – a) odobranje, b) negiranje postojanja ili v) značajno umanjivanje težine konkretnih međunarodnih krivičnih dela, uz ostale uslove koji specifikuju takvu radnju izvršenja, te baš i *hoće* izvršenje delikta

63 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, deveto izmenjeno i dopunjeno izdanje, „Službeni glasnik“, Beograd, 2019., str. 1146.

iz člana 387. stav. 5. KZ. Teško je zamisliti izvršenje ovog krivičnog dela (oblika krivičnog dela rasne i druge diskriminacije), sa eventualnim umišljajem, jer realizovanje neke od konkretnih radnji izvršenja i uz ostale potrebne uslove koji se tiču radnje izvršenja, ne ostavlja prostora za mogućnost da učinilac preduzme odgovarajuću radnju uz svest da može učiniti delo, pa na to pristane. Ako učinilac ne bi imao svest o bitnim elementima konkretnog krivičnog dela, kao na primer, ako ne bi znao da se radi o krivičnim delima koja su kao takva utvrđena pravnosnažnom presudom suda u Srbiji ili Međunarodnog krivičnog suda, tada bi se primenila pravila koja se odnose na stvarnu zabludu.

2.2. Sličnosti i razlike između kriminalizacije odobravanja/poricanja/minimiziranja zločina u nemačkom krivičnom zakonodavstvu (§ 130 III StGB) i odredbi člana 387. stav 5. Krivičnog zakonika Srbije

Delikt poznat kao tzv. Aušvic laž u njenom „običnom“ obliku postoji kada učinilac radnju izvršenu pod vladavinom nacizma navedenu u § 6 stav 1 Međunarodnog krivičnog zakonika (što znači da se radi o genocidu, pod kojim se u Nemačkoj podrazumeva isključivo holokaust nad evropskim Jevrejima), javno ili na nekom skupu, na način podesan za ometanje javnog mira odobrava, poriče ili umanjuje. Iz ove definicije sadržane u nemačkom krivičnom zakonodavstvu proizlaze kako određene sličnosti, tako i neke bitne razlike u odnosu na odredbu iz člana 387. stav 5. Krivičnog zakonika Srbije.

Osnovna sličnost između odredbi nemačkog Krivičnog zakonika (§ 130 III StGB), koji se odnosi na kriminalizovanje tzv. Aušvic laži i pravila sadržanih u članu 387. stav 5. Krivičnog zakonika Srbije, svodi se na osnovnu intenciju zakonodavca, a to je da se krivičnopravnom represijom spreči javno delovanje usmereno opciono na: 1) odobravanje, 2) negiranje/poricanje ili 3) minimiziranje u relevantnoj meri određene vrste krivičnih dela. Međutim, intencija nemačkog zakonodavca je praktično veoma limitirana i tiče se isključivo odobravanja/negiranja/relevantnog umanjenja holokausta, odnosno genocida izvršenog od strane nacista nad jevrejskom populacijom u Evropi. Drugim rečima objašnjeno, *ratio legis* nemačkog zakonodavca je u pogledu dela iz § 130 III StGB, znatno užeg karaktera, nego što je to *ratio legis* srpskog zakonodavca kada se radi o deliktu iz člana 387. stav 5. KZ Srbije.

Dakle, kada je reč o kriminalizaciji odobravanja/poricanja/minimiziranja određene vrste zločina u nemačkom krivičnom zakonodavstvu (§ 130 III StGB), može se već na prvi pogled uočiti da je ona znatno uža od takvog vida kriminalizovanja u krivičnom zakonodavstvu Srbije, nastalog novelama Krivičnog zakonika iz 2016. godine.

Pored toga, sve ostale osnovne razlike između kriminalizaciji odobravanja/poricanja/minimiziranja određene vrste zločina u nemačkom krivičnom zakonodavstvu (§ 130 III StGB) u delikta sadržanog u članu 387. stav 5. Krivičnog zakonika Srbije, svode na sledeće uporednopravno i u tabelarnom obliku prikazana bitna obeležja

konkretnih krivičnih dela/ bića ovih krivičnih dela u nemačkom i u srpskom zakonodavstvu:

<i>BITNA OBELEŽJA</i>	<i>§ 130 III StGB</i>	<i>Član 387. stav 5. KZ Srbije</i>
Krivično delo/krivična dela koje je/koja su predmet radnje izvršenja – na koje/na koja je usmereno odobravanje/poricanje/minimiziranje	Genocid (isključivo u odnosu na evropske Jevreje – <i>holokaust</i>)	Genocid, zločin protiv čovečnosti, ratni zločini
Osnov utvrđivanja krivičnog dela koje je predmet radnje izvršenja	Istorijski kontekst – radnja preduzeta pod vladavinom nacizma	Objektivni uslov inkriminacije – krivično delo utvrđeno pravosnažnom presudom suda u Srbiji ili Međunarodnog krivičnog suda
Pasivni subjekti krivičnog dela koje je predmet radnje izvršenja – koje se odobrava/poriče/umanjuje	Ne navodi se striktno u odredbi KZ-a, a proizlazi iz istorijskog konteksta da se radi o Jevrejima prema kojima je izvršen genocid/holokaust	Grupa lica ili član grupe koja je određena na osnovu rase, boje kože, vere, porekla, državne, nacionalne ili etničke pripadnosti
Radnja izvršenja	Odobrovanje, poricanje ili umanjeње/minimiziranje	Odobrovanje, negiranje postojanja ili značajno umanjivanje
Poseban način realizacije radnje izvršenja	Radnja se vrši javno ili na nekom skupu, na način podesan za ometanje javnog mira	Radnja se vrši javno i na način koji može dovesti do nasilja ili izazivanja mržnje prema relevantnoj grupi lica ili članu te grupe
Subjektivno biće krivičnog dela/oblik krivice	Umišljaj	Umišljaj

Konačno, ovde treba imati u vidu i da se kod delikta iz nemačkog krivičnog zakonodavstva (§ 130 III StGB) radi o tzv. običnoj „Aušvic laži“, u pogledu koje je do 1994. godine postojala pravna praznina, a kod odobravanja, poricanja ili minimiziranja genocida nad evropskim Jevrejima u vreme nacista uz okolnosti iz kojih proizlazi izazivanje mržnje prema Jevrejima ili veličane nacističke vlasti/ideologije i sl., radiće se o drugom oblicima krivičnog dela iz § 130 StGB.

ZAKLJUČAK

Nije sporno da „jezik kosti nema, ali kosti lomi“. Nekada se rečima čini i krivično delo. Postoji i niz ozbiljnih krivičnih dela koja se mogu učiniti verbalno. Jedno od njih bi moglo biti i negiranje genocida, odnosno drugih vrsta najtežih međunarodnih krivičnih dela, kao što je to od relativno nedavno, slučaj i prema pravilima krivičnog zakonodavstva Srbije. Slična dela postoje i u nekim drugim državama. Najtipičnije je krivično delo koje je u Nemačkoj poznato kao reagovanje na „poricanje Aušvica“. U pitanju je kriminalizovanje radnje/manifestovanja stava koji se svodi na odgovarajuće odbravanje/poricanje/minimiziranje jedne vrste genocida u istorijskom smislu, pod žargonskim nazivom – „Aušvic laž“. Suština inkriminacije ove vrste svodi na kriminalizovanje odobravanja kriminalnog delovanja u vreme nacističkog režima ili uvođenje kažnjivosti za poricanje određene vrste nacističkih zločina.

Sam izraz „Aušvic laž“, iako se nekada pod njim podrazumeva samo deo relevantne inkriminacije sadržane u nemačkom Krivičnom/kaznom zakoniku (§ 130 *Ab2. III StGB*), u stvari, koriste primarno sami negatori zločina nacista ili čak oni koji ih odobravaju, ili što je u praksi češće oni što ih minimiziraju, odnosno bitno umanjuju, što takvi učinioci najčešće čine baš u kontekstu prikazivanja Aušvica kao primera tipičnog „istorijskog falsifikata“. Naravno, sve ovo je povezano ne samo sa politikom i delovanjem na političkoj sceni, već i sa političkim ekstremizmom, kojim su veoma sklone neonacističke partije i organizacije neonacista, kao i njihovi ideolozi, a što se radi izbegavanja pravnih konsekvenci takvog delovanja, jer u Nemačkoj nije moguće, tj. protivpravno je i kažnjivo „otvoreno (pro)nacističko delovanje“, prikriva u različitim formama.

Sprečavanje kako nekog novog uspona partija i organizacije koje baštine nacističku ideologiju, ali i suzbijanje oblika kriminaliteta koji bi mogli proizići iz raznih vidova nacističke i neonacističke propagande, predstavlja osnovni *ratio legis* inkriminisanja poricanja nacističkih zločina, te kriminalizovanje njihovog minimiziranja ili odobravanja u Nemačkoj. Stoga, ko u Nemačkoj javno i na odgovarajući način negira holokaust, tj. genocid nad Jevrejima, čini to krivično delo, koje je skupčano s nemačkom istorijom i nacističkim „megazločinom“.

Zanimljivo je da neke države koje su bile na strani pobednika u Drugom svetском ratu nemaju takvo krivično delo. Jedan veoma kontroverzni engleski istoričar, a po mnogima, daleko više *quazi istoričar* Dejvid Irving (već spomenut u prethodnom tekstu uz ilustrovanje njegovog delovanja primerima iz prakse), ne samo da u svojoj postojbini objavljuje knjige kojima izražava sumnju u holokaust već i zarađuje takvim osporavanjem, jer to u Velikoj Britaniji nije kažnjivo. Tamo, kao i u većini drugih anglosaksonskih država, sloboda govora se smatra „svetinjom“.⁶⁴

64 Na primer, u Sjedinjenim Američkim Državama je, kada se radi o podsticanju neodređenog broja/kруга lica na vršenje određenog krivičnog dela/određenih krivičnih dela, u praksi bilo izuzetno važno ustanoviti pouzdane kriterijume kada su takve radnje kažnjive kao vrsta specifičnog „preliminarnog/nekompletnog krivičnog dela prema klasičnim pravilima krivičnog prava SAD (*inchoate offense, preliminary crime, inchoate crime or incomplete crime*), što se svodi na podstrekavanje/podsticanje, a što bi bio legitiman i ustavnopravno opravdan izuzetak u odnosu na jedno

Niko normalan ne može biti „slep i gluv“ na osporavanje genocida i drugih teških međunarodnih krivičnih dela, jer se to često svodi na veoma opasnu reviziju istorije, a zaborav važnih istorijskih lekcija može dovesti i do ponavljanja istorije, ponekad i u najkrvavijem obliku. Zato ne može načelno biti sporno inkriminisanje negiranja/odobranja/minimiziranja genocida, kao i drugih relevantnih međunarodnih krivičnih dela i u našem zakonodavstvu, ali se postavlja pitanje da li je to urađeno u potpunosti na adekvatan način.

Osporavanje, odnosno poricanje, kao i minimiziranje genocida i drugih teških međunarodnih krivičnih dela bi samo po sebi trebalo da bude kažnjivo, samo ako se to čini u nameri izazivanja nacionalne, etničke, rasne ili verske mržnje ili u nameri da se na takav način izazove nasilje prema pripadnicima određene relevantne grupe ljudi u skladu sa opštom zakonodavnom intencijom, tj. *ratio legis*—om krivičnog dela iz člana 387. KZ Srbije. Ovo je veoma važno, jer neko može iz striktno naučnih i stručnih razloga polemisati ne samo u odnosu na činjenično stanje utvrđeno u pravnosnažnim presudama, već i sa pravnim kvalifikacijama u njima sadržanim, ali ako to čini bez namere izazivanja mržnje prema ljudima zbog njihove pripadnosti određenoj grupi, odnosno ne nameravajući da time izazove nasilje, tada to ne bi trebalo da bude krivično delo. U širem smislu bi ovo bilo opravdano i sa stanovišta delovanja načela krivice koje je imanentno savremenim i demokratskim krivičnim zakonodavstvima. Ovakva namera ne bi bila neophodna ako bi se radilo o odobravanju ove vrste međunarodnih krivičnih dela, jer kada učinilac odobrava takvu vrstu zločina, onda se praktično njegova „mrzilačka“ namera de facto podrazumeva, ne naravno u striktno krivičnom pravnom smislu, već po logici stvari i u jednom životnom smislu.

Treba naravno, imati u vidu i jednu životnu istinu koja se tiče dejstva odluka sudova u demokratskim pravnim sistemima i u pravnim državama, ali i u demokratskom društvu uopšte. Naime, iako su sudske presude često značajne za istoriju, a nekada i veoma/kapitalno značajne (kao na primer, kada se radi o suđenju u Nirnbergu i Tokiju, kao „krivičnompravnom/sudskom finalu Drugog svetskog rata“), sudovi ipak ne mogu ekskluzivno da „pišu istoriju“ svojim presudama,⁶⁵ koje bi potom, bile nekakve „svete krave“ i čija bi se „nepogrešivost“ i svojevrsna „svetost“ i

izuzetno važno ustavnopravno pravilo u SAD, formulisano u Prvom amandmanu na Ustav SAD, kojim se uz religijske slobode, garantuje i *sloboda/pravo govora* (*the rights of free speech and free press*). Ovo je zasnovano na načelnom konceptu država koje se odlikuju *vladavinom prava* da postojanje određenih prava i sloboda, korelativno i nužno podrazumeva i postojanje/uspostavljanje određenih oblika pravne odgovornosti, koji se svode na sankcionisanje *zloupotrebe* konkretnog prava/ konkretne slobode.

Dakle, već se u praksi krivičnih sudova u SAD, a naročito u praksi Vrhovnog suda SAD, relativno često moralo rešavati i pitanje *odnosa* jednog ustavnog prava i jednog moguće krivične/kaznene odgovornosti. U tom je pogledu ključan jedan stav *Vrhovnog suda SAD* koji se ticao „huškačkog delovanja“ jednog tada poznatog pripadnika/ideologa „Kju Klus Klana“ (U.S. Supreme Court, No. 492, Argued February 27, 1969, Decided – June 9, 1969, *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969)). Više o tome: M. Škulić, *Osnovi krivičnog prava Sjedinjenih Američkih Država*, edicija Crimen, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021., str. 89–90.

65 Tako je već u prvoj presudi Haškog tribunala konstatovano postojanje viševjekovnog velikosrpskog projekta, memorandum SANU objašnjen je skoro kao „zločinački manifest“, a građanski rat u BiH tretiran kao „međunarodni oružani sukob“. Iako su haške presude istorijski važne, Tribunal naravno, ne može da „ekskluzivno piše“ istoriju.

„nedodirljivost“, čak štiti i krivičnim pravom, koje opravdano ima *ultima ratio* karakter u pravnim sistemima država koje se odlikuju vladavinom prava. Takav *ultima ratio* karakter krivičnog prava se donekle dovodi u pitanje kada se krivičnopravna represija usmerava prema „polemikama sa sudskim presudama“, čak i onda kada se one odnose na najteža međunarodna krivična dela, a naročito u slučajevima kada se takva „polemika“ ne temelji na relevantnoj nameri njenog aktivnog aktera.

Obrnuto, ako se već kriminalizuje odobravanje/poricanje/relevantno minimiziranje određene vrste međunarodnih krivičnih dela, a pre svega genocida, postavlja se i pitanje da li je pravično da se genocid, koji nije samo krivičnopravni pojam, a koji postoji formalno tek u periodu nakon Drugog svetskog rata, već je i upadljiv istorijski fenomen,⁶⁶ isključivo vezuje za pravnosnažne presude? Zaboravljamo li mi sopstvenu krvavu istoriju i svoje žrtve? Zar bi bilo korektno, opravdano i normalno da u Srbiji postoji krivično delo negiranja genocida, a da za takvo delo ne odgovara neko ko bi na primer osporavao/poricao, značajno/grubo umanjivao, ili čak odobravao genocid nad Srbima, Jevrejima i Romima učinjen u tzv. NDH? Doduše odobravanje ovog istorijski nespornog genocida bi svakako moglo da se i inače podvede pod relevantne odredbe člana 387. stav 4. KZ Srbije, jer bi se to po logici stvari svelo na širenje ili na drugi način činjenje javno dostupnim tekstova, slike ili svako drugo predstavljanje ideja ili teorija koje zagovaraju ili podstrekavaju mržnju, diskriminaciju ili nasilje, protiv bilo kojeg lica ili grupe lica, zasnovanih na rasi, boji kože, verskoj pripadnosti, nacionalnosti, etničkom poreklu, ali je pitanje da li bi poricanje ovog istorijski nespornog genocida, a naročito umanjivanje njegovih razmera, sada samo po sebi, uopšte i bilo kažnjivo.

Dakle, zašto bi sada, kada se Srbija već opredelila za striktno kriminalizovanje negiranja genocida i drugih teških međunarodnih krivičnih dela, ali samo pod uslovom da je njihovo izvršenje utvrđeno pravnosnažnom presudom suda u Srbiji ili Međunarodnog krivičnog suda, bio problem da se u nekoj novoj inkriminaciji čak striktno navede i ustaški genocid učinjen u tzv. Nezavisnoj Državi Hrvatskoj,⁶⁷ slično kao što se u nekim stranim krivičnim zakonodavstvima navodi „holokaust“, odnosno koriste druge „istorijski zasnovane odrednice“ iz kojih nedvosmisleno proističe izraz/pojam „holokaust“? Moguće je i da se nova inkriminacija, uz unošenje namere koja se svodi na ciljano usmereni „govor mržnje“, dopuni formulacijom da se može raditi i o genocidu koji je „istorijski nesporno utvrđen“. Kad je reč o masovnom genocidnom stradanju Srba, ali i Jevreja i Roma u tzv. NDH, to bi se mogao smatrati i našim dugom istoriji.

66 Tako se u literaturi konstatuje da se „plansko i sistematsko uništenje celih grupa ljudi, ostavljajući širok krvav trag, provlači kroz istoriju čovečanstva“. G. Werle, *Völkerstrafrecht*, „Mohr Siebeck“, Tübingen, 2003, str. 200.

67 Prethodno već citirani autor (Jovan Ćirić), objašnjavajući *zločine mržnje* i kao *poruke mržnje*, posebno objašnjava koncepciju o „bezličnosti žrtve“, kao takve, koja kod zločina mržnje samo simbolizuje grupu kojoj pripada, što se, između ostalog, ilustruje i primerom ustaških zverstava: „U tom smislu, običan čovek bi sebi mogao da postavi pitanje: Zbog čega su ustaše vršile baš takva i tolika zverstva, zbog čega su ustaški zločinci bili tako i toliko surovi? Zar se nisu mogli zadovoljiti „običnim“ gasnim komorama, ili „običnim“ streljanjima u genocidu nad Srbima i njihovom etničkom čišćenju. Jedan od odgovora bi mogao biti upravo da su na taj način ustaše želele da iskopaju dubok, ogroman jaz mržnje i nepoverenja između Srba i Hrvata.“ J. Ćirić, op. cit., str. 132.

LITERATURA

- Adamowitsch, A., *Eine Schuld, die nicht erlischt – Dokumente über deutsche Kriegsverbrechen in der Sowjetunion*, „Pahl-Rugenstein“, Köln, 1987.
- Ambos, K., *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts – Ansätze einer Dogmatisierung*, 2.. unveränderte Auflage, „Duncker & Humblot“, Berlin, 2004.
- Artzt, H., *Mörder in Uniform – Organisationen, die zu Vollstreckern nationalsozialistischer Verbrechen wurden*, „Kindler Verlag“, München, 1979.
- Ahlbrecht, H., *Die Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert*, „Nomos Verlagsgesellschaft“, Baden-Baden 1999.
- Bästlein, K., *Der Nürnberger Juristenprozeß und seine Rezeption in Deutschland*, in: L. M. Peschel-Gutzeit (Hrsg.), „Das Nürnberger Juristen-Urteil von 1947“, „Nomos Verlagsgesellschaft“, Baden-Baden, 1996.
- Bring, O., *International Criminal Law in Historical Perspective – Comments and Materials*, „Juridiska Fakulteten“, Stockholm, 2001.
- Werle, G., *Völkerstrafrecht*, „Mohr Siebeck“, Tübingen, 2003.
- Damrosch, L. F. Henkin, L., Pugh, R. C. . Schachter, O. and Smit, H., *International Law – Cases and Materials*, Fourth Edition, „West Group – Thomson Company“, St. Paul, Minn, 2001.
- de Zayas, A. M., *The Wehrmacht War Crimes Bureau, 1939–1945*, „University of Nebraska Press“, Lincoln and London, 1989.
- Ziegler, K. H., *Völkerrechtsgeschichte*, „Verlag C. H. Beck“, München, 1994.
- Jescheck, H. H. und Weigend, T., *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, „Duncker & Humblot“, Berlin, 1996.
- Jescheck, H. H., *The General Principles of International Criminal Law Set out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute*, „Journal of International Criminal Justice“, „Oxford University Press“, Vol. 2, No. 1, Oxford, London, March, 2004.
- Lackner, K. und Kühl, K., (K. Kühl und M. Heger Hrsg), *StGB – Strafgesetzbuch – Kommentar*, 29. Auflage, „Verlag C. H. Beck“, München, 2018.
- Minear, R. H., *Victory Justice – The Tokyo War Crimes Trial*, „Princeton University Press“, Princeton, New Jersey, 1971.
- Maser, W., *Nürnberg – Tribunal der Sieger*, „Econ Verlag“, Düsseldorf, Wien, 1977.
- Roxin, C., *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Band I, *Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4. vollständig neu bearbeitete Auflage, „Verlag C. H. Beck“, München, 2006.
- Roxin, C. und Greco, L., *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Band I, *Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenlehre*, 5. Auflage, „Verlag C. H. Beck“, München, 2020.
- Rückert, A., *NS-Verbrechen vor Gericht – Versuch einer Vergangenheitsbewältigung*, „C. F. Müller Juristischer Verlag“, Heidelberg, 1982.
- Seidler, F. W. und de Zayas, A. M. (Hrsg), *Kriegsverbrechen in Europa und im Nahen Osten im 20. Jahrhundert*, „Verlag E. S. Mittler & Sohn“, Hamburg, Berlin, Bonn, 2002.
- Starke, J. G., *Introduction to International Law*, Tenth Edition, „Butterworths“, London, 1989.
- Stojanović, Z., *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore*, Ministarstvo pravde Crne Gore i Misija OEBS-a u Crnoj Gori, Podgorica, 2010.
- Stojanović, Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, deveto izmenjeno i dopunjeno izdanje, „Službeni glasnik“, Beograd, 2019.

- Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch – Kommentar*, 30. Auflage, München, 2019.
- Taylor, T., *Die Nürnberger Prozesse – Kriegsverbrechen und Völkerrecht*, „Europa Verlag“, Zürich, 1951.
- Heydecker, J. und Leeb, J., *Der Nürnberger Prozeß*, „Kiepenheuer & Wisch“, Köln, 1979.
- Cartier, R., *Der Zweite Weltkrieg*, Band 1, „Linden Verlag“, Köln, 1967.
- Čirić, J., *Knjiga o mržnji – sa reči na dela... Od govora do zločina mržnje*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2020.
- Škulić, M. i Bajović, V., *Istorijski razvoj međunarodnog krivičnog pravosuđa i osnovne odlike postupka pred Međunarodnim krivičnim sudom*, „Dosije“, Beograd, 2017.
- Škulić, M., *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen – National Prosecution of International Crimes* in: A. Eser, U. Sieber und H. Kreicker, Hrsg., „Landesbericht – Serbien und Montenegro“, „Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht und Duncker & Humblot“, Berlin, 2004.
- Škulić, M., *Međunarodni krivični sud – nadležnost i postupak*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i „Dosije“, Beograd, 2005.
- Škulić, M., *Krivična dela protiv polne slobode*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2019.
- Škulić, M., *Međunarodno krivično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020.
- Škulić, M., *Osnovi krivičnog prava Sjedinjenih Američkih Država*, edicija Crimen, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021.

Milan Škulić

Faculty of Law University of Belgrade
Judge of the Constitutional Court of Serbia

THE CRIME OF THE DENIAL / APPROVAL / MINIMIZATION OF THE CRIME

Historical context; Serbian Criminal legislation and “Parallels”
with German Criminal Law

SUMMARY

In the article are explained the basic aspects of criminalization of approving, denying or minimization of a certain type of international crimes, and above all the most serious criminal offences of that type, such as genocide. Of particular importance, here is the historical context of such a specific criminalization and very special incriminations of that kind. In that respect, the example of the German criminal legislation and the criminal act concerning the so-called Auschwitz lies, which is directly related to German history and the era of Nazism when systematic and mass crimes were committed during Nazi rule, before and during World War II. In this point of view especially significant is genocide against European Jews, historically known as the Holocaust. This type of genocide is of particular importance in Germany, connected to the German history and the process of so-called denazification. The author specifically explains the historical context of

Holocaust denial of Jews in Germany, on which is based the basic ratio legis of criminality of this type of crime denial.

The article also contains an analysis of the amendment to the Criminal Code of Serbia, which boils down to criminalizing the relevant approval, denial or significant reduction of certain types of international crimes, emphasizing that it would be more appropriate for this new form of racial and other discrimination to contain the appropriate intent of the perpetrator. In connection with this new incrimination in the criminal legislation of Serbia, some other proposals are formulated and explained in a *de lege ferenda* sense.

Keywords: Approval / Denial / Minimization of Crimes, Genocide, Auschwitz, Racial and other Discrimination, Criminal Code.

Boris Begović*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

KRIVIČNOPРАВNA ODGOVORNOST U PRAVU KONKURENCIJE: OSNOVNA PRAVNOEKONOMSKA ANALIZA¹

Apstrakt. Cilj rada je da istraži, na primeru kartelskog restriktivnog sporazuma, opravdanost postojanja krivičnopravne odgovornosti u pravu konkurencije, i to iz ugla pravnoekonomske analize, to jest sa metodoloških pozicija ekonomske nauke. Pokazalo se da nisu ispunjeni opšti teorijski uslovi, vezani za negativne eksterne efekte, kojim bi se doktrinarno opravdala kriminalizacije kartela. Nezavisno od tog nalaza, identifikovana su dva moguća rešenja u pogledu optimalne visine kazne za kartel sa stanovišta odvracanja korporacija od kartela, pri čemu i jedno i drugo rešenje predupređuju njegovo formiranje. Razmatranje raspodele kazne na korporaciju koja je učesnik kartela i upravu te korporacije koja je zaključila kartelski sporazum pokazalo je da optimalno visoka kazna za korporaciju delotvorno odvrća njenu upravu od zaključivanja kartelskog sporazuma ukoliko postoji snažna veza između profita korporacija i prinadležnosti njene uprave. Novčana kazna je, u poređenju sa zatvorskom, daleko primerenija u slučaju povreda prava konkurencije. Osnovne prednosti krivičnopravne odgovornosti u pravu konkurencije očituju se u umanjenoj potrebi vlasnika korporacije da nadgledaju njenu upravu, stvaranju dodatnih podsticaja za sprovođenje pokajničkog programa kojim se otkrivaju karteli kao tajni sporazumi, a otežava se i komunikacija između strana u sporazumu, što otežava formiranje kartela i njihov opstanak. Najveći nedostatak krivičnopravne odgovornosti u slučaju kartela leži u opasnosti od sudske greške tipa I, lažno pozitivnog nalaza, budući da je pravo konkurencije ipak u velikoj meri nepoznanica za tužilaštvo i sudove. Predložene su izmene formulacije postojeće zakonske odredbe koje bi mogle da umenju tu opasnost.

Cljučne reči: kartel, krivičnopravna odgovornost, odvracanje, uprava korporacije, novčana kazna.

PROLOG

Krajem maja 2019. godine na Zlatiboru je održano tradicionalno savetovanje „Pravnici u privredi“. Jedan od plenumskih okruglih stolova na tom savetovanju, održan 27. maja, bio je posvećen pitanju kredita u švajcarskim francima, preciznije rečeno, pravnom shvatanju Vrhovnog kasacionog suda „Punovažnost valutne klauzule kod ugovora o kreditu u švajcarskim francima i konverzija“, koje je objavljeno 2. aprila te godine. Okrugli sto bio je zasnovan na uvodnim izlaganjima autora

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

1 Srdačno zahvaljujem Nikoli Iliću, Mariji Karanić Mirić, Dušanu Popoviću i Bojanu Ristiću na komentarima na prvu verziju teksta i veoma korisnim sugestijama. Vesni Uskoković srdačno zahvaljujem na temeljitoj lekturi. Naravno, niko od njih ne snosi nikakvu odgovornost za eventualne preostale greške niti neminovno deli iznesene vrednosne sudove.

nekoliko radova u kojima su poznavaoi ove materije, pravne ili ekonomske struke, izneli svoje, po pravilu kritičko viđenje ovog dokumenta Vrhovnog kasacionog suda. Usledila je rasprava. Učesnici u toj raspravi podržavali su ili osporavali nalaze koje su izneli uvodničari, bilo je i oštrih reči, podizanja tona, pa čak i napuštanja sale. Pri kraju ove rasprave za reč se javila nepoznata žena srednjih godina. Kada je dobila reč, nije želela da govori s mesta, kao što su dotad činili svi drugi, nego je insistirala da se skupu obrati sa govornicu. Nije se predstavila imenom i prezimenom, kao svih drugi, nego je samo rekla: „Ja sam iz tužilaštva“! NN lice iz tužilaštva je, potom, očigledno u ime tužilaštva, budući da je čitalo svoje unapred pripremljeno izlaganje (radovi su bili dostupni pre održavanja okruglog stola), iznelo tri zaključka. Prvi, da je nedopustivo da se na način na koji se čini u radovima koji su izneti na ovom skupu – a svi oni bili su zasnovani na argumentima – kritički preispituje i govori o pravnom shvatanju tako uvaženog organa kakav je Vrhovni kasacioni sud. Drugi, da nije tačan nalaz (Begović 2019) da je Vrhovni kasacioni sud tim svojim dokumentom dezavuisao Narodnu banku Srbije kao nadležnog regulatora finansijskog sektora u pogledu kontrole neto otvorene devizne pozicije banaka, budući da je, kako je navelo NN lice iz tužilaštva, „Narodna banka Srbije zabranila kredite u švajcarskim francima“, što, lako je razumljivo čak i onom ko nije specijalista iz oblasti bankarstva, nema nikakve veze sa kontrolom neto otvorene devizne pozicije. Treći, NN lice iz tužilaštva je izjavilo: „Uostalom, te banke nisu donele nikakve pare, već samo koriste štednju naših građana“, što pokazuje njegovo elementarno nepoznavanje ne samo osnovnih načela bankarskog poslovanja nego i propisa, budući da Odluka o adekvatnosti kapitala Narodne banke Srbije određuje prag odnosa sopstvenog kapitala banaka, to jest rečnikom NN lica iz tužilaštva „para koje su donele“ i njenih ukupnih plasmana. Postojeća adekvatnosti kapitala banaka (odnos sopstvenog kapitala i ukupnih plasmana) u Srbiji u vreme pisanja ovog rada, isto kao i u vreme održavanja okruglog stola na Zlatiboru, iznosila je, po pravilu, oko 20% – nešto iznad propisanog praga.

Ova kratka ilustracija pokazuje šta može da se dogodi kada tužilaštvo, nadležno za krivično gonjenje, počne da se bavi onim pojavama koje uopšte ne razume, onim činjenjima koje nikako ne poznaje, i kada svoj pristup, zasnovan na sili krivičnog prava, počne da primenjuje na složene i isprepletane odnose koji se javljaju pri tržišnim transakcijama. A pravo konkurencije bavi se upravo takvim, složenim i isprepletanim odnosima u koje stupaju učesnici na tržištu, sa ishodima koji se ne mogu jednoznačno tumačiti sa stanovišta blagostanja potrošača.

UVOD

U mnogim zemljama stvorena je atmosfera u kojoj prevladava nalaz da je sprovođenje propisa o zaštiti konkurencije, to jest primena prava konkurencije nedovoljno oštra prema onima koji ga krše i da treba zaoštriti kaznenu politiku prema njima. U SAD je ojačao tzv. neobrendanzijski pokret, koji se zaleže za zaoštavanje primene prava konkurencije, naročito prema velikim korporacijama, nezavisno od toga kako one poslovno postupaju na svojim relevantnim tržištima (Begović 2018b). Evropska komisija izriče sve veće novčane kazne, naročito velikim digitalnim korporacijama.

Domaća Komisija za zaštitu konkurencije sve učestalije obavlja nenajavljene uvidaje, invazivni postupak za prikupljanje dokaza o povredi prava konkurencije na koju se sumnja, koji, ako ništa drugo, ono bar podseća na krivičnopravne procedure. To je slika okruženja u kome se direktno ili između redova sve više pominje uvođenje krivičnopravne odgovornosti u pravo konkurencije u onim jurisdikcijama u kojima ga nema, odnosno zadržavanje te odgovornosti uz zaoštavanje kazni i uvećanje učestalosti kažnjavanja u onim jurisdikcijama u kojima krivičnopravna odgovornost postoji.

Imajući sve to u vidu, cilj ovog rada je da istraži opravdanost postojanja krivičnopravne odgovornosti u pravu konkurencije iz ugla pravnoekonomske analize, to jest sa metodoloških pozicija ekonomske nauke. Prvo će se razmotriti opšti teorijski uslovi opravdanosti kriminalizacije povreda prava konkurencije, da bi se potom pažnja posvetila odvratanju u pravu konkurencije, to jest specijalnoj i generalnoj prevenciji koje ono stvara, budući da se argumenti u prilog krivičnopravnoj odgovornosti i primerenoj kazni vezuju za specijalnu i generalnu prevenciju – za predupređivanje povreda prava konkurencije. Razmotriće se, nakon toga, i mogućnosti definisanja optimalnog ukupnog iznosa kazne i optimalne kombinacije kazni unutar tog iznosa. Pažnja će, konačno, biti posvećena i postojećim rešenjima u pogledu krivičnopravne odgovornosti u srpskom pravu konkurencije i mogućnosti njihove primene. Sledi zaključak.

Što se povreda prava konkurencije tiče, razmatranja u ovom radu ograničena su isključivo na kartele, restriktivne sporazume kojima se njihovi učesnici usaglase da prestanu da konkurišu jedni drugima, to jest da prestanu da se međusobno nadmeću (Begović, Pavić, Popović 2019), koji predstavljaju najtežu povredu prava konkurencije, pa stoga zavređuje da se kriminalizacija povreda prava konkurencije razmatra u slučaju kartela. Upravo su, u zemljama u kojima postoji dugogodišnja praksa ustanovljavanja krivičnopravne odgovornosti u pravu konkurencije i na toj osnovi izricanja odgovarajućih kazni pojedincima, po pravilu, samo karteli bili predmet krivičnog gonjenja, pa to dodatno opravdava ovakav izbor. Iako se u SAD, jednoj od takvih zemalja,² u novije doba razmatra mogućnost da i neke druge povrede prava konkurencije budu predmet krivičnopravne odgovornosti (Sokol 2019), to ne utiče na opravdanost ovakvog izbora.

1. OPŠTI USLOVI KRIMINALIZACIJE POVREDE PRAVA KONKURENCIJE

Shodno svemu navedenom, početno pitanje glasi: da li su ispunjeni opšti uslovi kako bi kartel bio kriminalizovan?³ Pre nego što se razmotri koji su to opšti uslovi u pitanju, potrebno je istražiti odlike kartela, kao podvrste horizontalnog restriktivnog

2 Sveobuhvatni pregled evolucije primene krivičnopravne odgovornosti u pravu konkurencije SAD (Ghosal, Sokol 2014) ukazuje na dileme u pogledu te primene, pogotovo u pogledu dileme između novčane i zatvorske kazna, kao i na izmene kaznene politike i njeno zaoštavanje u drugoj polovini XX veka.

3 Postoje razlike između zemalja u pogledu toga da li je u njima povreda prava konkurencije krivično delo ili ne. Zbog toga se upotrebljava izraz kriminalizacija tih povreda, koji obuhvata inkriminalizaciju u onim zemljama (jurisdikcijama) u kojima te povrede nisu krivično delo i zadržavanje kriminalizacije u onim zemljama u kojima one to jesu.

sporazuma. Učesnici kartela su akteri na tržištu, pravna lica (u daljem tekstu – korporacije), koja takvim svojim poslovnim postupanjem maksimizuju profit koji prisvajaju, a u ime korporacija takav sporazum sklapaju fizička lica, pojedinci koji su službenici tih korporacija.

Sadržaj kartelskog sporazuma je mehanizam kojim se obustavlja konkurencija između učesnika tog sporazuma, to jest prestaje njihovo nadmetanje, kao i način na koji će se obezbediti poštovanje tog sporazuma. Mehanizmi koji se koriste za postizanje cilja kartela su utvrđivanje prodajne cene i/ili količine, podela tržišta ili izigravanje javnih nabavki. Kartel nesporno predstavlja najtežu povredu prava konkurencije. U evropskom, pa time i srpskom pravu konkurencije, kartel predstavlja restriktivni sporazum po predmetu („ima za cilj“) i nije dozvoljen, čak i ukoliko spada u sporazum manjeg značaja.⁴ U američkom pravu konkurencije karteli su *per se* zabranjeni sporazumi. Upravo zbog toga što su karteli zabranjeni i kažnjivi, učesnici tog sporazuma nemaju nikakav podsticaj da o njemu informišu javnost. Naprotiv, karteli su tajni sporazumi,⁵ tako da njihovo otkrivanje predstavlja jedan od najvećih problema u pogledu primena prava konkurencije.⁶

Šta su ekonomske posledice kartela – posledice po blagostanje potrošača? To su iste one posledice koje nastaju u slučaju monopola – uvećanje prodajne cene i umanjeње obima proizvodnje, odnosno ponude. Kartel, stoga, dovodi do alokativne neefikasnosti, čime se umanjuje blagostanje potrošača – umanjuje se potrošačev višak kao mera njegovog blagostanja. Deo blagostanja potrošača preraspodeljuje se, u formi uvećanog (ekonomskog) profita, korporacijama (pa time njihovim vlasnicima i, ponekad, bar u određenoj meri, zaposlenim) koje učestvuju u kartelu – deo potrošačevog viška se usled kartela preliva u proizvođačev višak. Samo deo, bitno je uočiti, budući da nije u pitanju samo čista preraspodela već se deo blagostanja potrošača gubi – upravo je to suština alokativnog gubitka, označenog „Harbergerovim trouglom“. Ukratko, kartelom se nanosi šteta kupcima, odnosno potrošačima, a od njega imaju korist korporacije. Po svom obimu, šteta od kartela veća je od koristi. Iz ove kratke analize jasan je i isključiv motiv korporacija da formiraju kartel: njime se uvećava njihov profit, što naročito može da bude značajno za one korporacije koje posluju sa gubitkom ili na granici rentabiliteta, budući da to uvećanje omogućava njihovo preživljavanje na tržištu.

Ovakav gubitak blagostanja potrošača (praćen njegovom delimičnom preraspodelom od potrošača ka proizvođaču) pojavljuje se isključivo u slučaju kupovine određenog proizvoda, čiji su se proizvođači udružili u kartel, što znači da je vezan isključivo za ono relevantno tržište na kome oni posluju. Empirijsko je pitanje u

4 Član 14 Zakona o zaštiti konkurencije, „Službeni glasnik RS“, 51/2009 i 95/2013.

5 Jedan od načina za održavanja tajnosti kartela jeste i to da se cena utvrđuje na nivou koji je niži od monopolske cene, one cene kojom se maksimizuje (zajednički) profit, kako se tako viskom tržišnom cenom ne bi skrenula pažnja javnosti, naročito tela za zaštitu konkurencije, na mogućnost postojanja kartela na takvom tržištu. Upravio to je pokazala empirijska studija pekarske industrije u SAD (Block, Nold, Sidak 1981).

6 Empirijska istraživanja procenjuju da se u Americi otkiva tek od 13% do 17% kartela (Bryant, Eckard 1991), dok je u Evropi prema jednom istraživanju (Combe, Monnier, Legal 2008) taj procenat nešto niži (12,9%–13,3%), a istovetan je prema rezultatima najnovijeg istraživanja (Ormosi 2014).

kojoj meri su karteli rasprostranjeni, ali je izvesno da nije reč o sveopšte raširenoj pojavi. Kazano rečnikom ekonomske nauke, posredi je parcijalna, a ne opšta tržišna ravnoteža. Ovaj nalaz je veoma bitan zbog toga što su, sa stanovišta odlučivanja potrošača, svi proizvodi makar u određenoj meri supstituti, ukoliko se posmatraju kao alternativne mogućnosti trošenja raspoloživog dohotka. Jasno je, ukoliko potrošač odustane od kupovine usled više cene, neće biti zadovoljena njegova potreba za tim proizvodom, ali je izvesno da će to biti makar u određenoj meri kompenzovano zadovoljavanjem neke druge njegove potrebe, kupovinom nekog drugog proizvoda. Funkcije korisnosti potrošača imaju brojne argumente, tako da umanjenje iznosa jednog njenog argumenta može biti kompenzovano uvećanjem drugog.

Štaviše, postoje potrošači koji uopšte ne koriste određeni proizvod, nezavisno od njegove cene, kartelske ili formirane slobodnom konkurencijom, zbog toga što nemaju potrebu koju taj proizvod može da zadovolji. U tom slučaju, kartel na tržištu takvog proizvoda jednostavno ne utiče na te potrošače. Primera radi, za one potrošače koji nemaju potrebu da boje svoju kosu, cena te boje je irelevantna, pa na njihovo blagostanje kartel nema nikakvo dejstvo, isto kao što kartel proizvođača cigareta ne utiče na blagostanje nepušača.

Imajući u vidu navedene karakteristike kartela, odnosno njegove posledice po blagostanje potrošača, može se započeti analiza ispunjenosti opštih uslova poželjnosti kriminalizacije kartela kao povrede prava konkurencije. Begović (2018a) je na osnovu teorije eksternih efekata ponudio pravnoekonomske smernice za normativno definisanje krivičnog dela, to jest za odgovor na pitanje da li određeno postupanje treba da predstavlja krivično delo ili ne. Te smernice su zasnovane na ispunjenosti dva kumulativna (potrebna) uslova:

- znatan je iznos štete definisane kao suma negativnih eksternih efekata,
- znatna je disperzija takve štete – rasprostranjenost negativnih eksternih efekata.

Prethodno pitanje vezano za prvi uslov glasi: da li posledice kartela na blagostanje potrošača spadaju u eksterne efekte? Reč je o tome da, shodno nalazima ekonomske teorije, odnos između onih koji emituju i onih koji primaju eksterne efekte ne sme da bude dobrovoljan, odnosno da je prilikom uspostavljanja te veze u potpunosti zaobiđeno tržište, pa time nema ni reči o dobrovoljnom, ugovornom stupanju u međusobni odnos – interakciju. Upravo je tako u slučaju tipičnih krivičnih dela, poput, na primer, silovanja, razbojništva ili krađe, pri čemu negativne eksterne efekte bez ikakvog iskazivanja slobodne volje, odnosno dobrovoljnosti, snose žrtve i, u manjoj meri, sve potencijalne žrtve, svi oni koji mogu postati žrtve, a to je, po pravilu, cela populacija. Time je zadovoljen uslov da dejstva tih činjenja budu svrstana u negativne eksterne efekte.

U slučaju kartela, međutim, teško da se može govoriti o eksternim efektima, budući da efekte snose isključivo oni koji su odlučili, koji su samostalno i dobrovoljno doneli odluku, da proizvod u pitanju ipak kupe i pored toga što je njegova cena uvećana u odnosu na onu cenu koja bi se formirala da nema kartela, na tržištu slobodne konkurencije. Ta dobrovoljna odluka je posledica činjenice da je rezerva-

ciona cena potrošača (najviša cena koju je za određenu jedinicu nekog proizvoda spreman da plati) viša u odnosu na kartelsku cenu. Ukoliko taj odnos nije uspostavljen, ukoliko je kartelska cena iznad rezervacione, do transakcije neće doći, nego će potrošač svoj dohodak koji je uštedeo time što nije kupio proizvod koji na tržištu nude učesnici kartela utrošiti na neki drugi proizvod. Jednostavno, u tom pogledu kartel se ne razlikuje od uobičajenih, za pravo konkurencije nevezanih, tržišnih kretanja na strani ponude koja njenim umanjnjem dovode do povećanja cene nekog proizvoda. Takvo, nekartelsko povećanje cene pojedinačnog proizvoda umanjuje blagostanje za one koji nastave da koriste taj proizvod, a teško da se može tvrditi da su u pitanju negativni eksterni efekti, budući da do umanjenja blagostanja potrošača dolazi usled slobodnog, dobrovoljnog nastavka potrošnje nekog proizvoda kome je porasla cena, zbog kartela ili poremećenih uslova ponude na bilo koji drugi način.

No, ovom nalazu da dejstvo kartela ne spada u negativne eksterne efekte zbog postojanja dobrovoljnosti pri kupovini može se staviti zamerka da postoje esencijalni proizvodi kojih potrošač ne može da se liši, koji su potrebni za njegovu biološku egzistenciju. To se, pre svega, odnosi na hranu i lekove, kao i na infrastrukturne usluge, poput vodosnabdevanja ili snabdevanja električnom energijom. Ukoliko se, za trenutak, zanemare lekovi, budući da se njihova nabavka ostvaruje pre svega u sistemu zdravstvenog osiguranja, i infrastrukturne usluge, čije su cene najčešće regulisane, pitanje koje se postavlja u pogledu prehrambenih proizvoda i kartela koji formiraju proizvođači nekog od njih glasi: da li postoje supstituti?, što se svodi na pitanje: kolika je cenovna elastičnost tražnje za posmatranim prehrambenim proizvodom? Što je niža cenovna elastičnost, uverljivija je kritika pristupa koji ukazuje na to da, zbog toga što postoji dobrovoljnost pri odlukama potrošača, povećanje cena usled kartela nije negativni eksterni efekat. Empirijsko je pitanje koliko prehrambenih proizvoda ima svoje odgovarajuće supstitute, odnosno kolika je cenovna elastičnost tražnje za svakog od njih.

To se može ilustrovati hipotetičkim kartelom proizvođača suncokretovog ulja. Povećanje cene tog ulja neminovno će dovesti do pada njegove potrošnje. Neka domaćinstva će preći na druge izvore masnoća, maslinovo ulje, na primer, a neka druga domaćinstva će promeniti način ishrane tako što će smanjiti unošenje masnoća. Neka domaćinstva će umanjiti količinu suncokretovog ulja koju kupuju, a neka će potpuno prestati da ga kupuju. Nije sporno da će štetu, to jest umanjjenje blagostanja pretrpeti sva ona domaćinstva koja su koristila, odnosno kupovala suncokretovo ulje pre formiranja kartela, pri ceni koja se formirala u uslovima slobodne konkurencije, ali ta šteta nikako ne bi mogla da se okarakterise kao negativni eksterni efekat koji su stvorili učesnici kartela, budući da tržište nije zaobiđeno i da su u pitanju slobodne odluke.⁷

Ipak, kartel može u izuzetnim slučajevima da nedvosmisleno proizvede negativne eksterne efekte ukoliko je prilikom nabavke zaobiđeno tržište na kome se po-

7 Gotovo svaka namirnica, svaki prehrambeni proizvod ima neki svoj supstitut upravo zbog toga što se potreba prehranjivanja ljudi može zadovoljiti na čitav niz različitih načina. Verovatno da je so jedini prehrambeni proizvod koji nema supstitut. Ipak, postoje različite vrste i različiti proizvođači soli, tako da, jezikom prava konkurencije rečeno, na tom relevantnom tržištu proizvoda ipak postoje supstituti.

javljuju krajnji korisnici – potrošači. To postoji, na primer, u slučaju nabavke lekova u sistemu obaveznog zdravstvenog osiguranja. Tada uvećanu cenu lekova, to jest uvećane izdatke za lekove usled uvećanja njihove cene snose svi osiguranici, i to tako što se, nezavisno od njihove slobodne odluke, uvećavaju doprinosi koje plaćaju za zdravstveno osiguranje, pa se stoga umanjuju njihove neto plate i time raspoloživi dohodak. U ovom slučaju zaista postoje (negativni) eksterni efekti koje je stvorio kartel proizvođača lekova. Isto bi se moglo reći i za sve javne nabavke koje spadaju u javne rashode, bez obzira na to da li se finansiraju javnim prihodima iz poreza ili doprinosa.

Shodno svemu navedenom, veoma mali broj kartela, i to onih specifičnih, usmerenih na izigravanje javnih nabavki, zadovoljava prvi segment prvog uslova, a to je da njihova dejstva spadaju u negativne eksterne efekte. No, čak i u ovom slučaju otvara se ozbiljan teorijski problem. Reč je o tome da teorija eksternih efekata razlikuje novčane (*pecuniary*) i tehnološke eksterne efekte (Baumol, Oates 1988). U novčane eksterne efekte spadaju oni koji utiču isključivo na raspoloživi dohodak pojedinca, ali ne i na njegovu funkciju korisnosti.⁸ Nasuprot njima, tehnološki eksterni efekti utiču na funkciju korisnosti, njene argumente i oblik. Iako u ekonomskoj teoriji ne postoji saglasnost o tome da li novčane eksterne efekte uopšte treba ubrajati u eksterne efekte, najznačajniji autori smatraju da u eksterne efekte spada isključivo tehnološki eksterni efekti. Nije sporno da karteli spadaju isključivo u novčane eksterne efekte, budući da ne menjaju funkciju korisnosti potrošača, nego samo njegovo budžetskog ograničenje, to jest raspoloživi dohodak. Shodno tome, na doktrinarnom planu, čak ni onaj mali broj slučajeva kartela kod kojih potrošači nemaju slobodu izbira ne spadaju u (prave) negativne eksterne efekte.

Uzimajući sve navedeno u obzir, postavlja se pitanje značaja ove teorijske distinkcije sa stanovišta razmatranja krivičnopravne odgovornosti u slučaju kartela, to jest njihove kriminalizacije. Odgovor na to pitanje treba potražiti u prirodi troškova kriminala, odnosno štete koju krivična dela nanose pojedincima. Pokazalo se da veliki deo te štete nastaje usled promene funkcije korisnosti potencijalnih žrtava, svih pojedinaca koji čine posmatrano društvo. Na primer, u slučaju provalnih krađa, funkcija korisnosti pojedinca menja se zbog toga što nastaje strah, odnosno nelagoda od toga da do takve krađe dođe, što umanjuje korisnost, a menja se i njegovo ponašanje, na primer umanjuju se aktivnosti na stvaranju bogatstva i uvećavaju aktivnosti na njegovoj zaštiti. Upravo su troškovi privatne zaštite, u ovom primeru troškovi fizičkog i ljudskog obezbeđenja imovine, znatni, možda čak i najveći troškovi kriminala, to jest najveći negativni eksterni efekti do kojih dovode krivična dela.

U slučaju novčanih eksternih efekata, poput onih koje stvaraju, ako uopšte stvaraju, karteli, troškovi privatne zaštite uopšte ne postoje. Iz jednog jednostavnog razloga – od efekata kartela niko ne može sam sebe da zaštiti. Ne postoji tehnologija koja to omogućava – takva zaštita nije dostupna. Jedina zaštita od kartela jeste pravo

8 Analiza je usredsređena na potrošače, to jest pojedince, budući da su upravo pojedinci žrtve kriminala. Čak i ukoliko je korporacija žrtva kriminala, posledice snose isključivo pojedinci: vlasnici korporacije i njeni zaposleni. U slučaju korporacija, novčani eksterni efekti su oni koji dovode do promene ukupnog prihoda (promena cene proizvoda) ili troškova (promena cene utroška).

konkurencije. A ako je svrha krivičnog prava da umanjí troškove privatne zaštite od kriminala i na taj način poboljša alokaciju resursa, onda u slučaju kartela ta svrha – ne postoji. Dakle, pitanje da li karteli spadaju u negativne eksterne efekte, na koji je odgovor, u velikoj meri, negativan, nije samo doktrinarno pitanje već duboko zalazi u razmatranje opravdanosti krivičnopravne zaštite.

No, rasprave radi, treba zanemariti sve dosadašnje nalaze i pretpostaviti da dejstva kartela spadaju u negativne eksterne efekte. Onda se postavlja ključno pitanje iz prvog uslova poželjnosti kriminalizacije: da li je zadovoljen uslov iznosa štete, to jest da li je taj iznos znatan? Uz to se, naravno, postavlja pitanje: u odnosu na šta se ocenjuje taj iznos štete? Znatan, u odnosu na šta? Budući da u slučaju kartela šteta, usled povećanja cena, predstavlja gubitak kupovne moći potrošača, razborito je da se šteta upoređi sa ukupnom kupovnom moći potrošača, to jest sa njihovim raspoloživim dohotkom.

Malo je verovatno da takvo poređenje može da dovede do zaključka da je šteta koju povećanjem cena nanose karteli znatan deo ukupnog raspoloživog dohotka potrošača. Osnovni razlog za ovaj sud leži u tome što su karteli, ipak, usamljena ili bar prilično retka pojava – nisu nešto što je rasprostranjeno u tržišnim privredama. Karteli su izuzetak, a ne pravilo – javljaju se samo na nekim tržištima i uglavnom nisu dugotrajni. Savremena industrijska organizacija, kao disciplina ekonomske nauke koja se bavi mikroekonomskom analizom međusobne interakcije preduzeća i strukture tržišta (Carlton, Perloff 2015), jasno stavlja do znanja koji to preduslovi treba da budu ispunjeni da bi se kartel uspešno formirao. U mnogim granama, na mnogim relevantnim tržištima, takvi uslovi nisu ispunjeni. Nadalje, jedan od osnovnih nalaza savremene industrijske organizacije jeste da je kartel inherentno nestabilna struktura, budući da svaki njegov učesnik ima snažan podsticaj da uvećanjem obima proizvodnje maksimizuje profit koji prisvaja. Jednostavno, ravnotežni, pa time i optimalni obim proizvodnje pojedinačnog preduzeća iznad je onog kojim se maksimizuje ukupan profit kartela, pa svako uvećavanje obima proizvodnje iznad dogovorenog predstavlja izigravanje kartela, koje se, po pravilu, završava njegovim raspadom, obično praćenim ratom cenama. Dodatnu teškoću za učesnike kartela predstavlja činjenica da je kartel zabranjen i apsolutno ništav sporazum, tako da se, u slučaju da jedna od ugovornih strana ne ispuni svoje ugovorne obaveze, protiv nje ne može pokrenuti parnica sa izgledom na uspeh – ne postoji pravna osnova da se sudskim putem ostvari prinudno izvršenje tih obaveza. Drugim rečima, učesnici kartela ne uživaju pravnu zaštitu u pogledu njegovog sprovođenja, što umanjuje učestalost njihovog formiranja, odnosno održivost ukoliko su ipak formirani, čime se obara njihova rasprostranjenost.

Drugi razlog zbog čega karteli nisu rasprostranjeni jeste pravo konkurencije, koje kartele zabranjuje, a čijom primenom se karteli kažnjavaju, to jest kažnjavanju se kompanije koje su učesnice kartela i koje tim kartelima uvećavaju svoj profit. Mogućnost znatne novčane kazne za kompaniju uobičajena je u savremenom pravu konkurencije i predstavlja osnovu za odvrćanje od takvog ponašanja. Budući da primena prava konkurencije, čak i ona bez krivičnopravne zaštite, odnosno kazni, odvraća korporacije od takvih restriktivnih sporazuma, bez obzira na njihovu

profitabilnost, preciznije rečeno na uvećanje profita kao posledica tih sporazuma, karteli nisu onoliko rasprostrani koliko bi bili da nema prava konkurencije koje ih zabranjuje.⁹

Imajući sve to u vidu, izvesno je da šteta koju prouzrokuju karteli nije znatna u odnosu na ukupan raspoloživi dohodak potrošača, pa je stoga malo verovatno da oni zadovoljavaju prvi potreban opšti uslov da bi bili kriminalizovani. No, treba, rasprave radi, dopustiti mogućnost da su ispunili taj uslov, kako bi se razmatranje nastavilo ispitivanjem ispunjenosti drugog uslova: da li postoji velika disperzija štete?

Prilikom odgovora na ovo pitanje treba voditi računa o već iskazanom nalazu da su karteli pojava koja je povezana sa određenim relevantnim tržištem i da nisu široko rasprostranjeni. Dakle, javljaju se samo na nekim relevantnim tržištima, to jest u slučaju samo nekih proizvoda. Izvesno je da su posledice kartela po blagostanje potrošača ograničene isključivo na kupce tih proizvoda, što, načelno posmatrano, znači na ograničeni broj potrošača (domaćinstava). Funkcija korisnosti potrošača u današnje vreme sadrži veoma veliki broj argumenata i znatno se razlikuje od jednog potrošača do drugog – primećuje se veoma velika raznolikost preferencija. Dok jedni potrošači uživaju u potrošnji jednih proizvoda, za neke druge potrošače ti proizvodi uopšte nisu relevantni, budući da im ne zadovoljavaju nikakvu potrebu, pa iz njihove potrošnje ne bi crpli nikakvu korisnost.

Na primer, kartel proizvođača boje za teniske terene sa tvrdom podlogom usloviće povećanje troškova pripremanja i održavanja takvih terena, što, ukoliko se tako povećani troškovi prevale na krajnje korisnike, može da dovede do poskupljenja članarine u klubovima sa teniskim terenima sa takvom podlogom. Međutim, relativno je mali broj ljudi koji je zahvaćen takvim povećanjem cena, odnosno relativno je mali broj ljudi koji (rekreativno) igraju tenis, još manji ga igra na terenima sa tvrdom podlogom, pa je jasno da negativni eksterni efekti koje stvara takav kartel nisu rasprostranjeni. Izuzetak od ovakvog nalaza mogu da čine esencijalna dobra, ona koja su potrebna za očuvanje biološke egzistencije i koja nemaju odgovarajuće supstitute, poput pojedinih prehrambenih proizvoda i lekova, kao i infrastrukturne usluge. Međutim, kartel dve najveće aukcijske kuće za umetnička dela u SAD, Sotheby's i Kristi (Christie's), otkriven 2002. godine, imao je posledice po blagostanje izuzetno malog broja potrošača.

Dakle, u pogledu drugog opšteg potrebnog uslova kriminalizacije kartela, njihov veoma mali broj, odnosno karteli u veoma malom broju slučajeva (proizvoda) imaju rasprostranjene negativne eksterne efekte. Na osnovu svega navedenog, jasno je da su trošne teorijske osnove na kojima bi se zasnivala kriminalizacija kartela kao povrede prava konkurencije. No, ovaj zaključak nikako ne sprečava dalje razmatranje poželjnosti postojanja krivičnopravne odgovornosti u pravu konkurencije. Osnovni razlog za tu vrstu odgovornosti često se sagledava u potrebi odvratanja korporacija, učesnika na tržištu, od formiranja kartela.

9 Racionalna poslovna kalkulacija zasniva se, shodno Bekеровom modelu (Becker 1968), na poređenju očekivane vrednosti uvećanog profita i očekivane vrednosti kazne, pa stoga porast zaprećene kazne i/ili uvećanje verovatnoće kažnjavanja umanjuju verovatnoću nastanka kartela, pa time i njihovu rasprostranjenost.

2. ODVRAĆANJE U PRAVU KONKURENCIJE: OPTIMALNI IZNOS KAZNE

Nije sporno da je veoma važan, možda čak i primarni cilj prava konkurencije odvracanje (specijalna i generalna prevencija) korporacija od ponašanja kojim se narušava konkurencija – to je svakako najefikasniji način zaštite slobodne konkurencije. Karteli, kao najogoljeniji restriktivni sporazumi, predstavljaju najteži oblik takvog narušavanja, oni su najveća opasnost po slobodnu konkurenciju, pa je, prema tome, odvracanje korporacija od kartela nesporan cilj prava konkurencije.

Prvo pitanje prilikom razmatranja odvracanja korporacija od kartelskog sporazuma jeste ono o motivima za takvo protivpravno ponašanja. Jedini razlog zbog kojeg korporacije formiraju kartele, zaključuju i sprovode takve restriktivne sporazume, jeste maksimizacija sopstvenog profita – njihov cilj je prisvajanje monopolskog profita, najvećeg dostupnog profita u određenoj delatnosti. Načelno posmatrano, korist od kartela ima isključivo korporacija. Stoga je, takođe načelno posmatrano, jasno da kazna, sa stanovišta odvracanja, treba da bude usmerena na korporaciju, kako bi joj se, na taj način, uticajem na ishod racionalne poslovne kalkulacije, oduzeli motivi da se upušta u kartel. Takođe, jasno je da kazna za kartel treba da bude novčana, budući da je korist korporacije od povrede prava konkurencije takođe novčana – jasno iskazana u novčanim jedinicama.

Sledeće pitanje koje se postavlja sa stanovišta optimalnog odvracanja glasi: čemu treba da bude jednak iznos kazne za kartel? Okvir za odgovor na ovo pitanje jeste nalaz pravnoekonomske analize, na osnovu nalaza Bekerovog modela (Becker 1968), da ukoliko je očekivana vrednost kazne za određeno krivično delo najmanje jednaka očekivanoj koristi od činjenja tog krivičnog dela, ono neće biti učinjeno. Primenjeno na slučaj kartela, to znači ukoliko je očekivana vrednost kazne za takav restriktivni sporazum jednaka očekivanom profitu od njegovog zaključenja, onda do kartela neće ni doći.¹⁰ Upravo to predstavlja delotvorno odvracanje.

Imajući taj nalaz u vidu, postavlja se pitanje: kolika treba da bude kazna za kartel koja bi bila optimalna sa stanovišta odvracanja? Prva mogućnost za određivanje optimalne kazne jeste poštovanje načela pune internalizacije negativnih eksternih efekata koji nastaju protivpravnim ponašanjem (Landes 1983). Pravnoekonomska teorija krivičnopravne zaštite (Posner 1985) pokazala je da je optimalna kazna ona koja je jednaka, odnosno, budući da je kazna neizvesna, čija je očekivana vrednost jednaka ukupnoj društvenoj šteti koja bi nastala činjenjem određenog krivičnog dela, ukupnim negativnim eksternim efektima, uključujući i granične troškove krivičnopravne zaštite. Time se primenjuje načelo korektivnih poreza, to jest poreza u Piguovom smislu, kao prvog najboljeg rešenja za poboljšanje alokacije resursa pri postojanju negativnih eksternih efekata. Ukoliko se primeni to rešenje, onda je jasno da očekivana vrednost kazne u slučaju kartela treba da bude jednaka ukupnom gubitku blagostanja potrošača do koga bi kartel doveo, podizanjem cene i obara-

¹⁰ Iz drugog ugla posmatrano, očekivano uvećanje profita kao posledica kartela koje je veće od očekivane vrednosti kazne za kartel jeste potreban, ali ne i dovoljan uslov da korporacija formira kartel ili da mu se priključi.

njem ponuđene količine, kao i granične troškove (krivično)pravne zaštite od kartela. Posledica primene ovog rešenja jeste da bi takva kazna neminovno bila veća od uvećanja profita do koga bi došlo uspostavljanjem kartela. Neizbežan je takav odnos ovih vrednosti Kao što je već napomenuto, uvećanje profita korporacije u slučaju kartela neminovno je manje je od umanjenja blagostanja potrošača, budući da postoji alokativni gubitak – deo izgubljenog potrošačevog viška koji nije preraspodeljen korporaciji. Dakle, čak i nezavisno od graničnih troškova (krivično)pravne zaštite, tako određena kazna za kartel neminovno bi bila veća od profita koji bi ta korporacija, učesnik kartela, prisvojila. Time bi bio ispunjen potreban, mada ne i dovoljan uslov za odvracanje korporacije od zaključivanja kartelskog sporazuma. Primenom ovog rešenja ne bi, teorijski posmatrano, došlo do formiranja niti jednog kartela, čime bi se sprečilo umanjenje blagostanja potrošača.

Međutim, načelno posmatrano, ovakav pristup u pravu konkurencije, koji posmatra isključivo društvenu štetu, može da dovede do toga da se optimalnom kaznom ne predupredi svaka povreda prava konkurencije. Reč je o situaciji u kojoj bi očekivani profit od povrede prava konkurencije bio veći od očekivane vrednosti kazne zasnovane na ukupnim negativnim eksternim efektima do kojih bi ta povreda dovela. Time se, posredno, otvara dilema u pogledu toga šta treba da bude cilj prava konkurencije: da li taj cilj treba da bude maksimizacija društvenog blagostanja (zbir proizvođačevog i potrošačevog viška) ili maksimizacija isključivo blagostanja potrošača (potrošačevog viška)? Primena rešenja koje se zasniva na punoj internalizaciji negativnih eksternih efekata uslovljava da ne budu predupređene one povrede prava konkurencije koje dovode do povećanja profita proizvođača koje je veće od ukupnih negativnih eksternih efekata, dakle, od gubitka blagostanja potrošača, uvećanog za granične troškove (krivično)pravne zaštite. Ovakva povreda prava konkurencije dovodi do uvećanja ukupnog (društvenog) blagostanja, ali i do umanjenja blagostanja potrošača. To se može dogoditi u nekim slučajevima, kako kod restriktivnih sporazuma koji nisu karteli, tako i kod zloupotrebe dominantnog položaja, ali nikako ne može da se dogodi u slučaju kartela zbog toga što je uvećanje profita preduzeća (povećanje proizvođačevog viška) neminovno manje od umanjenja blagostanja (pad potrošačevog viška). Dakle, u slučaju kartela, pristup izjednačavanja očekivane vrednosti kazne sa ukupnim negativnim eksternim efektima neminovno dovodi do odvracanja od povrede prava konkurencije, pa je, stoga, načelno posmatrano, u skladu sa kriterijumom maksimizacije blagostanja potrošača, a ne maksimizacije društvenog blagostanja.

Druga mogućnost za određivanje optimalne kazne za kartel jeste rešenje da se kazna odredi isključivo prema visini profita koju korporacija prisvaja kartelom, to jest zaključivanjem kartelskog restriktivnog sporazuma, i to tako da očekivana vrednost kazne za kartel bude jednaka očekivanom ekonomskom profitu od tog kartela.¹¹ U tom slučaju, korporaciji bi se u potpunosti oduzeo profit koji bi ona stekla kartelskim sporazumom, pa se time, načelno posmatrano, postiže odvracanje. Time bi bio ispunjen i potreban i dovoljan uslov za odvracanje korporacije od

11 Uobičajeno je da se pri ovom pristupu zanemaruju granični troškovi (krivično)pravne zaštite (Ginsburg, Wright 2010).

zaključivanja kartelskog sporazuma. Primenom ovog rešenja, isto kao i prethodnog, ne bi, teorijski posmatrano, došlo do formiranja niti jednog kartela, čime bi se predupredilo umanjeње blagostanja potrošača.¹² Štaviše, takav pristup bi u slučaju svake povrede prava konkurencije, ne samo kartela, zadovoljio cilj maksimizacije blagostanja potrošača.

U čemu je onda, u slučaju kartela, razlika između ova dva pristupa, to jest rešenja? Ona leži u tome što je jedno potreban i dovoljan uslov, dok je drugo samo dovoljan, ali ne i potreban uslov. To znači da ovo drugo rešenje (puna internalizacija negativnih eksternih efekata) u slučaju kartela stvara prekomerno odvracanje, dok prvo predstavlja optimalno. Zbog čega se javlja prekomerno odvracanje u slučaju rešenja zasnovanog na punoj internalizaciji negativnih eksternih efekata? Prva posledica jeste da takvo rešenje, odnosno takva visina kazne može da predupredi neke restriktivne sporazume koji mogu da uvećaju društveno blagostanje, čak i blagostanje potrošača. Reč je o tome da kartelske sporazume ponekad ipak nije lako razlikovati od drugih horizontalnih restriktivnih sporazuma, onih koji mogu da imaju i povoljne posledice po blagostanje. Uz postojanje mogućnosti sudske greške tipa I (lažno pozitivan nalaz), ovakvo odvracanje korporacija od kartela može da dovede i do odvracanja od onih horizontalnih restriktivnih sporazuma koji mogu da budu poželjni sa stanovišta društvenog blagostanja, čak i blagostanja potrošača (Block, Sidak 1980). Time se pokazuje da prekomerno odvracanje od kartela može da budu nepoželjno ne samo sa stanovišta društvenog blagostanja nego i sa stanovišta blagostanja potrošača.

Druga posledica prekomernog odvracanja od kartela može da bude neefikasna alokacija resursa, i to tako što je isuviše resursa alocirano na nadgledanje zaposlenih da ne zakluče, u ime korporacije, kartelski sporazum. Svi ti resursi imaju svoje oportunitetne troškove. Značaj ove vrste neefikasnosti treba sagledati u kontekstu odgovora na pitanje o optimalnoj kombinaciji kazni: za korporaciju i za zaposlene u njoj.

3. ODVRAĆANJE U PRAVU KONKURENCIJE: OPTIMALNA KOMBINACIJA KAZNI

Verovatno najznačajnije pitanje koje se postavlja pri razmatranju krivičnogopravne odgovornosti jeste odnos između kazne za povredu prava konkurencije korporaciji i odgovornim licima, onim fizičkim licima koja su, u ime korporacije, zaključila kartelski sporazum.¹³ U krajnjoj liniji, uvek na kraju pojedinci sklapaju restriktivni, kao i svaki drugi sporazum. Stoga se postavlja pitanje zbog čega se pojedinci odlučuju na tako nešto, budući da od ovog sporazuma korist neposredno nemaju oni

12 Za razliku od prethodnog, primena ovog rešenja u pogledu optimalne kazne za kartel onemogućila bi na osnovnu odvracanja (specijalne i generalne prevencije) bilo kakvu povredu prava konkurencije, za razliku od rešenja koje se zasniva na internalizaciji negativnih eksternih efekata, koje dopušta onu povredu prava konkurencije kojom je prisvojeni profit veći od ukupnih negativnih eksternih efekata.

13 Ovo pitanje nije specifično isključivo za krivičnogopravnu odgovornost u slučaju prava konkurencije, već je relevantno za sve povrede prava koje čine korporacije, to jest koje čine zaposleni u njihovo ime (Polinsky, Shavell 1993).

sami, već isključivo korporacija u kojoj su zaposleni, čiji se profit uvećava, to jest vlasnici korporacije koji ga prisvajaju kao dividendu ili potencijalni kapitalni dobitak. Upravo je stoga situacija kartela, kao i svake druge povrede prava konkurencije, potpuno suprotna na primer proneveri, u kojoj povredom prava zaposleni pojedinac isključivo sebi probavlja materijalnu korist, i to na štetu korporacije i njenog profita – u ovom slučaju se ne postavlja pitanje motiva pojedinca. Stoga je potrebno odgovoriti na pitanje zbog čega zaposleni korporacije u njeno ime sklapaju kartele kao restriktivne sporazume. Koji su njihovi motivi?

Za odgovor na to pitanje treba prethodno odgovoriti na sledeće: koji su to pojedinci koji u ime korporacija sklapaju kartelske sporazume? Uglavnom je reč u upravi korporacija, odnosno o pojedincima koji se nalaze na rukovodećim mestima. Oni su ti koji odlučuju u ovom pogledu i koji imaju presudnu ulogu u zaključivanju kartelskog sporazuma, nezavisno od toga što neko na nižem upravljačkom nivou obavlja tehničke stvari s tim u vezi i priprema njegovog zaključivanje (osmišljavanje sporazuma u pogledu njegove sadržine, mehanizama njegove primene, kao i načina međusobnog nadgledanja). Stoga se pitanje svodi na sledeće: koji su motivi generalnog direktora jedne korporacija da zaključi kartelski sporazum od koga se, s pravom, očekuje da će uvećati profit korporaciji kojom rukovodi?

Prvi motiv vezan je za radnu disciplinu u pogledu obavljanja posla koji mu je poveren, njegove radne obaveze, a to je poslovni uspeh korporacije koji se iskazuje na jedan jedini način: kroz iznos profita koji korporacija ostvaruje. Za akcionare korporacije, koji su slobodnom voljom kupili akcije te korporacije na tržištu hartija od vrednosti, nije bitan način na koji se uvećava taj profit, bitno je da se on uvećava. A posao generalnog direktora je da to obezbedi. U suprotnom, može da dobije otkaz, budući da nije uspešno rukovodio korporacijom. Ovo je naročito zaoštreno u slučaju korporacija koje posluju na ivici rentabiliteta, odnosno sa gubitkom, a od generalnog direktora se očekuje da preokrene poslovanje korporacije i da ona počne da beleži profit. Sve ovo uslovljava odluku generalnog direktora korporacije da zaključi kartelski sporazum.

Drugi motiv generalnog direktora vezan je za prvi, a tiče se stvaranja reputacije uspešnog menadžera, nekoga ko je određenoj kompaniji uvećao profit, nikako nekoga ko je dobio otkaz zbog loših poslovnih rezultata – gubitaka ili nedovoljnog profita. Stvaranje takve reputacije je od izuzetne važnosti na tržištu radne snage, budući da se na taj način prevazilazi asimetrija informacija i onda se na tom tržištu može očekivati znatno viša menadžerska plata. Stoga generalni direktor korporacije, imajući u vidu svoje buduće prihoda, ima snažan podsticaj da učini sve što je potrebno da uveća profit korporacije kojom rukovodi.

Treći motiv za sklapanje kartelskog sporazuma postoji ukoliko ukupne prinadležnosti direktno zavise od iznosa zabeleženog profita korporacije kojom rukovodi. Mehanizmi kojima se ta veza uspostavlja jesu bonusi, kao godišnje uvećanje redovne plate proporcionalno ukupnom profitu zabeleženom u prethodnoj godini, i opcije, kao derivativne hartije od vrednosti, koje se pridodaju redovnoj plati i koje njihovom vlasniku (generalnom direktoru) daju pravo kupovine akcija po ceni koja važi da dan izdavanja te hartije od vrednosti. I jedan i drugi mehanizam stvaraju

snažne podsticaje generalnom direktoru da uveća profit korporacije. S jedne strane, što je veći profit korporacije, veće su prinadležnosti u vidu bonusa. S druge strane, što je veći profit korporacije, viša je (dnevna) cena akcija na sekundarnom tržištu, odnosno veće je uvećanje te cene, pa se realizacijom opcije, to jest kupovinom po nižoj ceni, i prodajom akcije po višoj (dnevnoj) ceni ostvaruje kapitalni dobitak. Stoga generalni direktor ima snažne podsticaje da učini sve što je potrebno da uveća profit korporacije.

Povezivanje prinadležnosti generalnog direktora sa profitom korporacije uobičajeno je u savremenom dobu, budući da se na taj način rešava ozbiljan agencijski problem, koji se javlja uvek ukoliko postoji razdvojenost vlasništva i upravljanja, a koji je naročito zaoštren u savremenim korporacijama koje obično karakteriše disperzovano vlasništvo. Reč je o tome da su interesi akcionara (maksimizacija profita i prinosa na osnovu profita) suprotni interesu generalnog direktora (maksimizacija sopstvenih prinadležnosti nezavisno od poslovnih rezultata i minimizacija radnog napora). Stoga je povezivanje prinadležnosti generalnog direktora sa poslovnim rezultatima, to jest sa realizovanim profitom korporacije kojom upravlja, putem bonusa i opcija veoma rasprostranjeno u današnjem svetu korporacija, naročito velikih korporacija, a upravo su one značajne sa stanovišta povrede prava konkurencije.

U kojoj meri su prinadležnosti ostalog upravljačkog kadra korporacije, odnosno onih službenika koji su u prilici da zaključe kartelski restriktivni sporazum, povezane sa profitom korporacije empirijsko je pitanje, a vrlo verovatno da je ta veza, iako postoji, znatno slabija. Međutim, i dalje su jaki oni motivi koji se odnose na radnu disciplinu i stvaranje reputacije, naročito u pogledu napredovanja na upravljačkoj lestvici, ukoliko može jasno da se uspostavi veza između uvećanja profita i njihove zasluge za to. Pa ipak, jasno je da su veoma male mogućnosti da niži nivo upravljačkog kadra bez znanja i ovlašćenja čelnika korporacije zaključuje u ime korporacije kartelske sporazume.

Imajući sve navedeno u vidu, može se zaključiti da – sa stanovišta odvracanja čelnika, odnosno službenika korporacija od toga da povređuju pravo konkurencije – delotvornost kazne koju snosi korporacija za povredu prava konkurencije zavisi od toga koliko je snažna veza (direktna ili indirektna) između profita korporacija i prinadležnosti njenih službenika.¹⁴ Što je jača ta veza, veća je delotvornost kazne koju snosi korporacija za ponašanje svojih službenika, pa se umanjuje potreba da oni sami budu kažnjeni, odnosno da snose krivičnoppravnu odgovornost. Takođe, što je veća verovatnoća da su samo čelnici korporacije u prilici da u njeno ime zaključe kartelski sporazum, a imajući u vidu da je velika verovatnoća da su njihove prinadležnosti snažno povezane (direktno ili indirektno) sa profitom korporacije, umanjuje se potreba da oni snose krivičnoppravnu odgovornost.

Dakle, nije jednoznačan odgovor na pitanje da li, sa stanovišta optimalnog odvracanja od kartela, u pravu konkurencije treba da postoji krivičnoppravna odgovornost, već to zavisi od ispunjenosti uslova navedenih u prethodnom pasusu. A da li

14 Empirijska istraživanja u SAD (Thompson, Kaserman 2001) pokazuju da je berzanska cena akcija korporacija koje su kažnjene za kartel pala u proseku na 85% vrednost pre kažnjavanja, što ukazuje na znatan pad profita koji je izazvan takvim kažnjavanjem.

su i u kojoj meri oni ispunjeni, empirijsko je pitanje i odgovor na njega razlikuje se od zemlje do zemlje, od jedne do druge privrede.

No, ukoliko se, u svetlosti ispunjenosti pomenutih uslova pokaže da je postojanje krivičnopravne odgovornosti poželjno, postavlja se pitanje raspodele kazne između kompanije i njene uprave, to jest pojedinca, službenika koji je zaključio kartelski sporazum. Već je napomenuto da je optimalno odvracanje ono kojim očekivana vrednost kazne u potpunosti anulira profit koji bi se prisvojio učešćem u kartelu, ali to je situacija u kojoj se pretpostavlja da vlasnici korporacije (koji prisvajaju profit, bilo kao dividendu ili kapitalni dobitak) u potpunosti, različitim mehanizmima, delotvorno kontrolišu upravu korporacije, pa ne postoji potreba za kaznom za službenike korporacije. Već samo razmatranje postojanja te kazne za službenike pokazuje da to nije opšteprihvaćeni nalaz. Teorijski posmatrano, u slučaju postojanja kazne za zaposlene, ukupna kazna za korporaciju treba da ostane ista, to jest da očekivana vrednost kazne bude jednaka profitu koji bi korporacija prisvojila učešćem u kartelu, a taj iznos kazne treba da bude raspodeljen između korporacije, to jest njenih vlasnika, koji prisvajaju dividendu i kapitalni dobitak, i njene uprave. Odnos između te dve kazne treba da bude proporcionalan stepenu u kome vlasnici korporacije kontrolišu njenu upravu. Što je veći stepen te kontrole, veće treba da bude učešće kazne korporaciji u ukupnoj kazni, a manje učešće kazne zaposlenima.

Sledeće bitno pitanje glasi: koja vrsta kazne treba da se primeni u slučaju ustanovljavanja krivične odgovornosti službenika korporacije: novčana ili zatvorska? Pravnoekonomska analiza (Shavell 2004) pokazala je inferiornost zatvorske kazne sa stanovišta efikasnosti alokacije resursa, to jest sa stanovišta društvenih troškova. Ta inferiornost postaje još izraženija u slučaju kažnjavanja službenika korporacija, to jest njihovih odgovornih lica, na primer generalnih direktora. U njihovom slučaju, onesposobljavanje, ukoliko je potrebno, može da se postigne na drugi način, zabranom obavljanja delatnosti, odnosno njihovog angažovanja na rukovodećim poslovima. Takođe, resocijalizacija ovakvih kažnjenika nema previše svrhe s obzirom na to da poseduju visoki ljudski kapital i izgrađenost opštih moralnih normi. Konačno, upravo zbog visokog ljudskog kapitala, oportunitetni troškovi zatvorske kazne, troškovi njihovog vremena koje provode u zatvoru, uz najokorelije kriminalce, i ne obavljaju poslove za koje su osposobljeni i u kojima su visoko produktivni, za ovakve kažnjenike su izuzetni visoki. Sve ovo navodi na zaključak da kazna za službenike korporacije, ukoliko budu oglašeni krivim, treba da bude isključivo novčana. Pogotovo što je realistično da je lično bogatstvo ove vrste okrivljenih dovoljno za visoke iznose novčane kazne.

U tom smislu postojanje krivičnopravne odgovornosti za službenike korporacije načelno nudi dve pogodnosti. Prva pogodnost leži u umanjenju troškova nadzora uprave korporacije od strane akcionara. Budući da novčanu kaznu zbog učinjenog krivičnog dela plaća službenik korporacije iz svog dohotka, odnosno bogatstva, izložen je snažnim podsticajima da ne zaključuje, u ime te kompanije, kartelski sporazum. Stoga bi resursi koji bi bili angažovani na tom nadgledanju, koji imaju svoje oportunitetne troškove, bili oslobođeni za angažovanje na neki alternativni način. Drugim rečima, krivičnopravna odgovornost, preciznije rečeno odgovarajuća kazna

koja se izriče službenicima korporacije, njenoj upravi, umanjuje agencijski problem koji je inherentan u situaciji u kojoj su razdvojeni vlasništvo i upravljanje.

Druga pogodnost vezana je za otkrivanje kartela, budući da se procenjuje da se veliki broj kartela, usled njihove tajnosti, uopšte ne otkriva, pa se stoga protiv njih ne može pokrenuti odgovarajući program. Jedan od osnovnih načina spoznaje kartela jesu informacije koje sami pružaju njegovi učesnici, insajderske informacije, pa se stoga postavlja pitanje odgovarajućih podsticaja da se te informacije pruže. Upravo su pokajnički programi, kojima se, pod određenim uslovima, kazna za učešće u kartelu oprašta ili umanjuje, nastali kako bi se ti podsticaji stvorili. Krivičnopravna odgovornost službenika korporacija, njihove uprave, znatno pojačava te podsticaje, tako da treba dopustiti mogućnost da postojanje krivičnopravne odgovornosti za kartele uvećava verovatnoću njihovih otkrivanja.

Treća pogodnost postojanja krivičnopravne odgovornosti jeste otežavanje, putem uvećanja rizičnosti, komunikacije između učesnika kartela, budući da tu komunikaciju uvek obavljaju službenici u ime korporacija (Wils 2006). Otežavanje takve komunikacije, imajući u vidu snažnu asimetriju informacija između učesnika kartela, umanjuje verovatnoću formiranja takvog restriktivnog sporazuma, odnosno potkopava njegov opstanak. Samim tim, može se očekivati umanjeno rasprostranjenosti kartela.

Nasuprot ovim pogodnostima postojanja krivičnopravne odgovornosti za kartele stoji najmanje jedan nedostatak. A to je mogućnost sudske greške tipa I, dakle lažno pozitivnog nalaza. U uslovima krivičnopravne odgovornosti, odnosno visokog iznosa kazne za službenike korporacije, oni će se ustezati da zaključuju horizontalne sporazume koji nisu karteli, koji mogu da dovede do uvećanja društvenog blagostanja, čak i blagostanja potrošača, budući da bi sudska greška u tom pogledu mogla da dovede do pogrešnog poimanja takvih sporazuma kao kartela, osude i izricanja kazne. Zbog toga će službenici kompanija strahovati da zaključe potpuno legalne i po društveno blagostanje blagotvorne sporazume (Block, Sidak 1980). Drugim rečima, biće odvraceni od potpuno legitimnih sporazuma, čime će biti predupređene aktivnosti koje uvećavaju društveno blagostanje.

Ovu opasnost treba sagledati u svetlosti verovatnoće nastanka greške tipa I. To je najbolje učiniti na slučaju konkretne jurisdikcije, odnosno zemlje, pa se stoga može preći na razmatranje krivičnopravne odgovornosti u srpskom pravu konkurencije.

4. KRIVIČNOPRAVNA ODGOVORNOST U SRPSKOM PRAVU KONKURENCIJE

Zakonsku osnovu krivičnopravne odgovornosti u srpskom pravu konkurencije čini član 229 Krivičnog zakonika.¹⁵

„(1) Ko u subjektu privrednog poslovanja zaključi restriktivni sporazum koji nije izuzet od zabrane u smislu zakona kojim se uređuje zaštita konkurencije, a kojim se određuju cene, ograničava proizvodnja ili prodaja, odnosno vrši podela tržišta, kazniće se zatvorom od šest meseci do pet godina i novčanom kaznom.

15 „Službeni glasnik RS“, 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.

(2) Učinilac dela iz stava 1. ovog člana koji ispunjava uslove za oslobađanje od obaveze utvrđenom merom zaštite konkurencije u smislu zakona kojim se uređuje zaštita konkurencije, može se osloboditi od kazne.“

Nesporno je, na osnovu stava 1 člana 229 Zakonika, da je u Srbiji krivičnopravna odgovornost ograničena na kartele, to jest restriktivne sporazume „kojim se određuju cene, ograničava proizvodnja ili prodaja, odnosno vrši podela tržišta“. Stav 2 člana 229 Zakonika omogućava primenu pokajničkog programa u slučaju postojanja krivičnopravne odgovornosti.

Ovaj član Zakonika do sada uopšte nije korišćen, tako da ne postoji nikakvo iskustvo u njegovoj primeni.¹⁶ Isto se odnosi na one članove Krivičnog zakonika koji su odgovarali povredama prava konkurencije u nekadašnjem saveznom Antimonopolskom zakonu iz 1996. godine, koji je važio do usvajanja Zakona o zaštiti konkurencije Republike Srbije, 2005. godine.

Pitanje o verovatnoći greške tipa I, lažnog pozitivnog nalaza, to jest osude pojedinaca za horizontalni sporazum koji nije bio kartel u Srbiji treba razmotriti imajući u vidu nekoliko uslova. To su konkretno zakonsko rešenje, potpuni nedostatak iskustva tužilaštva i sudova u ovoj materiji, kao i, može se pretpostaviti, relativno nizak nivo njihovog razumevanja prava konkurencije i odgovarajuće ekonomske analize koja mu pripada.

Prvo, zakonsko rešenje dopušta mogućnost da horizontalni sporazum čiji cilj, odnosno predmet, nije da se određuju cena, ograničava proizvodnja ili prodaja, odnosno vrši podela tržišta, dakle sporazum koji nije kartel, bude predmet krivičnopravne odgovornosti, pa time i krivičnog gonjenja. Reč je o tome da je kartel isključivo onaj horizontalni restriktivni sporazum koji ima za cilj obustavljanje konkurencije između njegovih učesnika, a to obustavljanje konkurencije se postiže, odnosno manifestuje određivanjem cene, ograničavanjem proizvodnje ili prodaje, odnosno podelom tržišta. Drugim rečima, postoji mogućnost da neki drugi horizontalni sporazum kome nije cilj obustavljanje konkurencije dovede, makar u određenoj meri, do nekih od navedenih pojava, na primer ograničavanje proizvodnje. Prema navedenoj zakonskoj formulaciji, takav sporazum može da bude predmet krivičnopravne odgovornosti i krivičnog gonjenja onih službenika korporacije koji su ga zaključili. Budući da postoji ta mogućnost, izvesno je da će službenici korporacija, učesnika na tržištu, biti, makar u određenoj meri odvraceni od zaključivanja takvih, sa stanovišta društvenog blagostanja moguće poželjnih sporazuma. Verovatno da se ovaj problem može rešiti time što bi se izmenila formulacija ovog člana i to tako što bi se preciziralo da je reč isključivo o sporazumima koji imaju za cilj određivanje cene, ograničavanje proizvodnje ili prodaje, odnosno podelu tržišta. Time bi se, verovatno, umanjila verovatnoća sudske greške tipa I.

16 U vreme pisanja ovog rada podneta je krivična prijava protiv dva učesnika na tržištu zbog navodne povrede ovog člana Zakonika, a prijavu je podneo jedan njihov konkurent. Procena autora ovog članka je da je to učinjeno pre svega radi odgovarajućeg publiciteta, pogotovo što taj navodni restriktivni sporazum nije prijavljen Komisiji za zaštitu konkurencije, telu nadležnom za sprovođenje prava konkurencije. Stoga ovu krivičnu prijavu, ipak, ne treba ozbiljno uzeti u obzir, pa se zato u ovom radu i ne pominju imena učesnika na tržištu u ovom slučaju.

Drugo, oni koji se bave krivičnim gonjenjem i koji donose presude na osnovu Krivičnog zakonika nisu vrsni poznavaoi prava konkurencije, još manje njegove ekonomske pozadine. Ukoliko su u pitanju ogoljeni, grubi karteli, onda to nije problem. Međutim, postoji veoma veliki broj prilično rafiniranih horizontalnih restriktivnih sporazuma koji mogu, makar na prvi pogled, da izgledaju kao karteli, odnosno da potpadaju pod član 229, a uopšte nisu kartelski sporazumi. Ukoliko se detaljno ne poznaje pravo konkurencije, odnosno ukoliko nisu poznate njegove ekonomske osnove, uvećava se verovatnoća sudske greška tipa I. Svedočenje iz prologa ovog članka pruža dokaze za to. A malo je verovatno da se može očekivati da će u neko dogledno vreme pravosuđe u Srbiji raspolagati potrebnim znanjima u ovoj oblasti koja bi mogla da umanje verovatnoću ove vrste.

Treće, ovakva formulacija člana 229 Krivičnog zakonika ukazuje na to da neće doći do krivičnog gonjenja u slučaju restriktivnih sporazuma koji su izuzeti u smislu Zakona o zaštiti konkurencije. Time se stvara podsticaj učesnicima restriktivnih sporazuma da masovno traže izuzeće takvih sporazuma, kako bi izbegli mogućnost krivičnog gonjenja. Ovo je neželjena posledica iz nekoliko razloga. Prvo, svrha instrumenta izuzimanja restriktivnih sporazuma je nešto sasvim drugo. To je stvaranje prostora da se omoguće oni restriktivni sporazumi koji su poželjni, iako ograničavaju konkurenciju u određenoj meri, budući da uvećavaju ili mogu da uvećaju društveno blagostanje, pa i blagostanje potrošača. Drugo, a vezano sa prethodnim, na ovaj način nepotrebno se uvećava administrativno opterećenje tela nadležnog za sprovođenje prava konkurencije. Konačno, na ovaj način Srbija se udaljava od mogućnost da, u skladu sa gotovo dvadesetogodišnjom praksom evropskog prava konkurencije, uvede samovrednovanje restriktivnih sporazuma i ukine institut pojedinačnog izuzeća, što bi znatno umanjilo administrativno opterećenje Komisije za zaštitu konkurencije i omogućilo da se tako OSLOBOĐENI RESURSI ANGAŽUJU NA ALTERNATIVNI NAČIN.

Upravo sva ova ograničenja treba uzeti u obzir pri razmatranju opravdanosti primene krivičnopravne odgovornosti u pravu konkurencije, naročito u Srbiji. Postojanje Damoklovog mača, a član 229 Krivičnog zakonika to jeste, sa stanovišta prava konkurencije, može da stvori dvojne podsticaje. Jedni su odvratanje od nepoželjnih delanja, najtežih povreda prava konkurencije, a drugi su odvratanje od tih horizontalnih sporazuma koji bi mogli da budu poželjni sa stanovišta društvenog blagostanja, uz uvećanje blagostanja potrošača i zloupotrebu instituta izuzeća restriktivnih sporazuma.

ZAKLJUČAK

Krivičnopravna odgovornost u pravu konkurencije, razmatrana u slučaju kartela, nezavisno od teorijskih argumenata koji ne govore u prilog njenog uvođenja, odnosno zadržavanja tamo gde postoji, svakako nudi određene pogodnosti u pogledu odvratanja učesnika na tržištu od formiranja takvog restriktivnog sporazuma, kao najtežeg oblika povrede prava konkurencije. Značaj tih pogodnosti treba sagledati u svetlosti motiva uprave korporacije, njenih službenika, da zaključe kartelski

sporazum, odnosno, iz drugog ugla posmatrano, posledica po upravu do kojih do-
vodi kazna korporaciji, koja se svodi na umanjenje njenog profita.

Pravnoekonomska analiza je pokazala da postoje znatne opasnosti vezane za
primenu krivičnopravne odgovornosti u pravu konkurencije, konkretno za slučaj
kartela. Pored najveće opasnosti koja se odnosi na mogućnost sudske greške tipa I,
lažno pozitivnog nalaza, specifično rešenje u srpskom zakonodavstvu stvara i pod-
sticaj za zloupotrebu instituta izuzeća restriktivnog sporazuma. Opasnost od sudske
greške tipa I pojačava se u uslovima u kojima tužilaštvo i sudstvo nisu osposoblje-
ni da proniknu u sve detalje restriktivnog sporazuma koji na prvi pogled izgleda
kao kartel. Predložene izmene formulacije člana 229 Krivičnog zakonika koje u prvi
plan stavljaju cilj sporazuma možda mogu da umanje opasnost sudske greške prvog
tipa. Ipak, ne treba biti neoprezni optimista.

Vreme će pokazati sudbinu primene krivičnopravne odgovornosti u pravu kon-
kurencije u Srbiji. Zasad tužilaštvo nije podiglo nijednu optužnicu. No, primena
prava konkurencije u Srbiji uvek je dinamična. Najnovija promena, gotovo „moda“,
jeste zaoštavanje odnosa prema vertikalnim restriktivnim sporazumima koji sadrže
odredbu o utvrđivanju cene u daljoj prodaji (Begović 2021). Komisijom za zaštitu
konkurencije provejava policijski duh, sprovode se nenajavljeni uviđaji, iskazuje se
strogoća prema zaposlenima tih korporacija, a učesnici takvih sporazuma se žesto-
ko (novčano) kažnjavaju. Možda će sledeća „moda“ u Srbiji biti krivično gonjenje
učesnika kartelskih sporazuma. Tada će akademska zajednica biti u prilici da empi-
rijski proveriti da li su bojazni od te vrste odgovornosti u pravu konkurencije iznese-
ne u ovom tekstu bile na mestu.

LITARATURA

- Baumol, Willaim J., Wallace E. Oates. 1988. *The Theory of Environmental Policy*. Cambridge.
Cambridge University Press.
- Becker, Garry S. 1968. Crime and Punishment: An Economic Approach, *Journal of Political
Economy*, 76(2): 443–478.
- Begović, Boris. 2018a. Optimalni opseg krivičnopravne zaštite: skica pravnoekonomskog
pristupa, u: Đorđe Ignjatović (ur.). *Kaznena reakcija u Srbiji, VIII deo*. Beograd: Pravni
fakultet Univerziteta u Beogradu, 89–122.
- Begović, Boris. 2018b. Populizam u pravu konkurencije: anatomija, dijagnostika i moguće
posledice. *Pravo i privreda*, 56(10–12): 31–54.
- Begović, Boris. 2019. Trijumf ideje nad razumom: pravnoekonomski komentar pravnog
shvatanja vrhovnog kasacionog suda o punovažnosti valutne klauzule, *Pravo i privreda*,
57(4–6): 430–457.
- Begović, Boris. 2021. Zabrana utvrđivanja cena u daljoj prodaji: pravo konkurencije u po-
st-pandemijsko (digitalno) doba u: Zdravko Grujić (ur.). *Pravni sistem u vremenu nove
realnosti*. Kosovska Mitrovica: Pravni fakultet Univerziteta u Prištini (u štampi).
- Begović, Boris, Vladimir Pavić, Dušan Popović. 2019. *Uvod u pravo konkurencije*. Beograd:
Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Block, Michael K., Joseph Gregory Sidak. 1980. The Cost of Antitrust deterrence: Why Not
Hang a Price fixers Now and Then?, *Georgetown Law Review*, 68(5): 1131–1139.

- Block, Michael K., Frederick Carl Nold, Joseph Gregory Sidak. 1981. The Deterrent Effect of Antitrust Enforcement. *Journal of Political Economy*, 89(3):429–445.
- Bryant, Peter G., E. Woodrow Eckard. 1991. Price Fixing: The Probability of Getting Caught. *Review of Economics and Statistics*, 73(3): 532–536.
- Carlton, Denis W., Jeffrey M. Perloff. 2015. *Modern Industrial Organization*. Fourth edition. Boston: Pearson.
- Combe, Emmanuel, Constance Monnier, Renaud Legal. 2008. Cartels: The Probability of Getting Caught in the European Union. Bruges European Economic Research Papers No. 12, Bruges: College of Europe.
- Ghosal, Vivek, Daniel D. Sokol. 2014. The Evolution of U.S. Cartel Enforcement. *Journal of Law and Economics*, 57(S3): S51-S65.
- Ginsburg, Douglas H., Joshua D. Wright 2010. Antitrust Sanctions, *Competition Policy International*, 6(2): 3–39.
- Landes, William M. 1983. Optimal Sanctions for Antitrust Violation, *University of Chicago Law Review*, 50(2): 652–678.
- Ormosi, Peter L. 2014. A Tip of Iceberg? The probability of Catching Cartels, *Journal of Applied Econometrics*, 29(4): 549–566.
- Polinsky, Mitchell A., Steven Shavel. 1993. Should Employees be Subject to Fines and Imprisonment Given the Existence of Corporate Liability, *International Review of Law and Economics*, 13(2): 239–257.
- Posner, Richard A. 1985. An Economic Theory of Criminal Law. *Columbia Law Review*, 85(6): 1193–1231.
- Shavel, Steven. 2004. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge, Mass. & London: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Sokol, Daniel D. 2019. Reinigorating Criminal Antitrust?, *William & Mary Law Review*, 60(4): 1545–1598.
- Thompson, John S., David L. Kaserman. 2001. After the Fall: Stock Price Movements and the Deterrent Effect of Antitrust Enforcement, *Review of Industrial Organization*, 19(2): 329–334.
- Wils, Wouter P. J. 2006. Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice, *World Competition*, 20(2): 183–208.

Boris Begović

University of Belgrade School of Law

CRIMINAL LIABILITY IN THE COMPETITION LAW: BASIC LAW AND ECONOMIC ANALYSIS

SUMMARY

The aim of the paper is to explore, from the methodological standpoint of economics, and using the example of cartel restrictive agreement, justification for criminal liability in competition law. It was demonstrated that fundamental theoretical necessary conditions, based on the negative externalities, are not fulfilled, hence there is no doctrinal justification for criminal liability in the case of cartels. Independently from this insight, two possible

solution to the optimal punishment from the deterrence viewpoint have been identified, both of them deter cartels altogether. The consideration of the allocation of the punishment between the corporation and its management demonstrated that optimal punishment for the corporation effectively deters its management from cartel agreement if there is remuneration of the management strongly dependent on the corporation's profit. Fine in comparison to prison sentence is far more appropriate punishment in the case of violation of the competition law. The main advantages of the criminal liability in competition law are decreasing need for corporate owners to allocate resources for surveillance of the management, additional incentives for leniency programs to be effective, increasing probability for detecting cartels as clandestine agreements, and making communication between cartel parties more difficult undermining prospects for establishment and sustainability of cartels. The main drawback of the criminal liability in the case of cartels is the hazard of the judicial error type I, i.e. false positive finding, taking into account that competition law is rather unknown to the prosecutors and courts. Some reformulations of the legislative text that could decrease that hazard are suggested.

Keywords: cartels, criminal liability, deterrence, corporation management, fine.

NEKOLIKO DILEMA U VEZI POJEDINI KVALIFIKATORNIH OKOLNOSTI KRIVIČNOG DELA TEŠKOG UBISTVA (ČLAN 114. KZ)

Apstrakt: Autor u radu razmatra nekoliko spornih pitanja koja se javljaju u vezi sa pojedinim kvalifikatornim okolnostima kod krivičnog dela teškog ubistva (član 114. KZ). Kada je reč o teškom ubistvu na svirep ili podmukao način pažnja je posvećena prirodi i objektivno-subjektivnoj, odnosno subjektivno-objektivnoj suštini ovih kvalifikatornih okolnosti. Kod teškog ubistva pri bezobzirnom nasilničkom ponašanju u fokusu interesovanja je pojmovno tumačenje relevantne zakonske formulacije koje, osim jezičkog i logičkog metoda, obuhvata i odgovarajući sistematski pristup, posebno značajan za utvrđivanje odnosa između ovog oblika teškog ubistva i krivičnog dela nasilničko ponašanje (član 344. KZ). Prikaz i analiza niskih pobuda koje mogu imati značaj kvalifikatornih okolnosti kod teškog ubistva po prirodi stvari podrazumeva i njihovo sagledavanje kroz prizmu odgovarajućih vanpravnih naučnih disciplina, pre svega opšte psihologije, što bi trebalo da predstavlja polaznu osnovu za adekvatno tumačenje i ujednačenu primenu u sudskoj praksi. Kvalifikatorna okolnost sadržana u formulaciji „ko drugog liši života radi izvršenja ili prikrivanja drugog krivičnog dela“ otvara pitanje da li je reč o motivu ili nameri. Najzad, oblici teškog ubistva kod kojih kvalifikatorne okolnosti sadrže i odgovarajuće svojstvo pasivnog subjekta, pored ostalih, nužno pretpostavljaju i nomotehnički kao i kriminalno-politički aspekt analize. Teorijska razrada navedenih kvalifikatornih okolnosti potkrepljena je većim brojem ilustrativnih stavova sudske prakse.

Ključne reči: teško ubistvo, kvalifikatorne okolnosti, nasilničko ponašanje, motivi/pobude, niske pobude, namera, nasilje u porodici.

UVODNE NAPOMENE

Shodno odredbi člana 114. Krivičnog zakonika¹ (u daljem tekstu: KZ) krivično delo teško ubistvo ima više oblika. U nomotehničkom smislu teško ubistvo obuhvata obeležja bića krivičnog dela ubistva iz člana 113. KZ i kvalifikatorne okolnosti koje su alternativno propisane, a koje su vezane za način izvršenja, motive i posebna svojstva pasivnog subjekta. Krivično delo teško ubistvo postoji kada je ostvarena bar jedna od više alternativno propisanih kvalifikatornih okolnosti. Ako su ostvarene dve ili više kvalifikatorne okolnosti, postoji jedno teško ubistvo. U pitanju je prividni idealni sticaj po principu alternativiteta (VSS Kž.1 272/08, Kž.1 1565/08, VS u Čačku K. 7/13 i K. 12/14). Prema stavovima sudske prakse, kumulacija kvalifikatornih okolnosti kod teškog ubistva ima značaj otežavajuće okolnosti (VSS Kž.

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

1 Službeni glasnik RS, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019.

1920/98, OS u Požarevcu K. 128/08 i AS u Beogradu Kž.1 2282/10), odnosno kvalifikaciju krivičnog dela teškog ubistva treba vršiti prema dominantnoj kvalifikatornoj okolnosti, a drugu kvalifikatornu okolnost treba ceniti kao otežavajuću okolnost prilikom odmeravanja kazne (AS u Beogradu Kž.1 5053/13).

1. TEŠKO UBISTVO NA SVIREP ILI PODMUKAO NAČIN (član 114, stav 1. tačka 1. KZ)

U doktrini i sudskoj praksi dominira stav da *svirepost* kao kvalifikatorna okolnost kod krivičnog dela teškog ubistva po svojoj prirodi predstavlja objektivno-subjektivni pojam (VS u Šapcu 4K. 153/11 i AS u Beogradu Kž.1 5137/11).² Zaključak o postojanju objektivne i subjektivne strane svireposti treba da bude izveden iz okolnosti konkretnog slučaja (AS u Novom Sadu Kž. 1990/12). Kako se navodi, sud ovu kvalifikatornu okolnost utvrđuje na osnovu izvedenih dokaza, prvenstveno na osnovu nalaza i mišljenja veštaka medicinske struke koji, pored ostalog, treba da opredeli i intenzitet bolova koje je trpeo pasivni subjekt (AS u Novom Sadu Kž. 1892/17).

Nesporno je da se objektivna strana svireposti sastoji u tome što se pasivni subjekt lišava života na način kojim mu se nanose teške i suvišne patnje (muke) „koje prevazilaze fizičke i psihičke bolove koji prate obično ubistvo“ (AS u Beogradu Kž.1 5137/11). Mada u sudskoj praksi nailazimo na stav da se objektivna strana svireposti sastoji u teškim i suvišnim patnjama, a da način na koji se patnje nanose predstavlja otežavajuću okolnost prilikom odmeravanja kazne (AS u Kragujevcu Kž.1 656/15) treba imati u vidu da je odgovarajući način izvršenja funkcionalno povezan sa relevantnim stanjem pasivnog subjekta, što govori da navedena okolnost ipak predstavlja obeležje bića krivičnog dela.

Za objektivnu stranu svireposti potrebno je da pasivni subjekt trpi bolove jakog intenziteta, tj. patnju. U obzir dolazi kako fizička, tako i psihička patnja (AS u Kragujevcu Kž.1 851/17), koja može trajati i kraće vreme (VS u Valjevu K. 55/11 i AS u Kragujevcu Kž.1 1314/14).³ Ako je patnja pasivnog subjekta trajala duže vreme, navedena okolnost može imati značaj prilikom odmeravanja kazne.

Prema stavu sudske prakse, ne radi se o teškom ubistvu na svirep način kada je učinilac pasivnom subjektu odsekao glavu sa dva snažna udarca mačetom, a nakon toga zapalio telo jer, kako se navodi, „iako je reč o načinu izvršenja krivičnog dela koji kod svakog prosečnog čoveka izaziva zgražavanje, utvrđene činjenice govore u prilog zaključku da je izostalo bilo kakvo mučenje sada pokojnog oštećenog“ (AS u Beogradu Kž.1 767/14). Kako se ističe, trenutno ili relativno brzo nastupanje smrti pasivnog subjekta isključuje ubistvo na svirep način (AS u Novom Sadu Kž.1 188/11 i VS u Kragujevcu 2K. 147/14). Takođe, ne postoji teško ubistvo na svirep način „kada

2 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 2019, 442, D. Kolarić, *Krivično delo ubistva*, Beograd 2008, 202, M. Babić, I. Marković, *Krivično pravo Posebni dio*, Banja Luka 2013, 42, N. Mrvić-Petrović, *Krivično pravo Posebni dio*, Beograd 2016, 24, I. Vuković, *Krivično pravo Opšti dio*, Beograd 2021, 80. i N. Delić, *Krivično pravo Posebni dio*, Beograd 2021, 25.

3 U starijoj sudskoj praksi postoji stav da „fizički i psihički bolovi koji sami po sebi nisu posebnog intenziteta, ako se produžavaju uzastopnim ponavljanjem, mogu predstavljati svirepost“ (VSS Kž.1 914/72).

je utvrđeno da je do usmrćenja došlo nanošenjem većeg broja udaraca drvenom motkom u predelu ruke i predelu glave pasivnog subjekta, ali da je prilikom nanošenja trećeg udarca u predelu glave nanesa jedna od smrtonosnih povreda usled koje je kod pasivnog subjekta došlo do gubitka svesti i nakon toga više nije osećao bolove, a bolovi koje je pasivni subjekt trpeo do tog momenta nisu prevazilazili intenzitet bolova koji redovno prate svako lišenje života“ (AS u Kragujevcu Kž.I 3141/10).

Iako je u starijoj doktrini prisutno mišljenje da je svirepo ubistvo moguće i kada je pasivni subjekt izgubio svest i ne oseća bol, pod uslovom da je način lišenja života bio beskrupulozan, kao i kada način lišenja života objektivno izaziva povećanu grozu i gnušanje, bez obzira što je žrtva već bila usmrćena, npr. kada se nakon smrti seku pojedini delovi tela,⁴ prihvaćeno je da je teško ubistvo na svirep način, osim kod trenutne smrti i gubitka svesti pasivnog subjekta, isključeno u svakom slučaju kada pasivni subjekt iz bilo kog razloga ne oseća patnju, npr. usled jakog dejstva opojne droge ili stanja teškog pijanstva (VSS Kž. 694/87). Shodno tome, ubistvo na svirep način ne postoji u slučaju mrcvarenja leša.⁵

Kako se navodi u sudskoj praksi, subjektivna strana svireposti podrazumeva određene subjektivne okolnosti vezane za ličnost učinioca koje se manifestuju u odsustvu sažaljenja, samilosti, empatije i/ili naglašenom osećanju zadovoljstva načinom izvršenja krivičnog dela (VS u Šapcu 5K 52/14, 4K. 153/14 i AS u Kragujevcu Kž.1 656/15). To znači da subjektivna strana svireposti pretpostavlja prisustvo odgovarajućih emotivnih ekspresija učinioca, koje se za vreme lišenja života pasivnog subjekta javljaju u vidu karakterističnih postupaka, npr. smeh ili na drugi način manifestovan osećaj zadovoljstva i/ili izostanak emocija koje bi bile uobičajene u takvoj situaciji, npr. sažaljenje. Navedene subjektivne okolnosti se u praksi vezuju za određenu psihološku strukturu ličnosti učinioca, što sud utvrđuje na osnovu nalaza i mišljenja veštaka medicinske struke (AS u Nišu 5Kž.1 54/16). Isti stav je sasvim opravdano zastupljen i u stručnoj literaturi.⁶

Jedan broj autora⁷ i deo sudske prakse stoji na stanovištu da se subjektivna strana svireposti ispoljava u tome što je učinilac „svestan intenziteta patnji koje pasivni subjekt trpi i to hoće ili na to pristaje“ (AS u Nišu Kž.1 4309/10, AS u Beogradu Kž. 767/14 i Kž.1 1055/14) i da je učinilac „svestan da muči žrtvu“ (AS u Beogradu Kž.1 351/12).⁸ Takođe, u doktrini⁹ i sudskoj praksi postoji stav shodno kojem subjektivna

4 D. Atanacković, *Krivično pravo Posebni deo*, Beograd 1981, 136.

5 Z. Stojanović, 443, D. Kolarić, 204. i N. Mrvić-Petrović, 25.

6 J. Tahović, *Krivično pravo Posebni deo*, Beograd 1953, 47, D. Atanacković, 135, N. Mrvić-Petrović, 25. i N. Delić, (2021), 25.

7 F. Bačić, Z. Šeparović, *Krivično pravo Posebni dio*, Zagreb 1992, 45, Z. Stojanović, 443, D. Kolarić, 206, M. Babić, I. Marković, 43, D. Derenčinović, L. Cvitanović, M. Munivrana-Vajda, K. Turković, *Posebni dio kaznenog prava*, Zagreb 2013, 58. i D. Jovašević, *Krivično pravo Posebni deo*, Beograd 2017, 25.

8 „Okrivljeni je u konkretnom slučaju oštećenju naneo mnogobrojne povrede po telu, tj. glavi, vratu, rukama i nogama, ali se samo iz tih okolnosti ne može izvesti pouzdan zaključak o tome da je ubistvo izvršeno na svirep način jer nije utvrđeno da je kod okrivljenog postojao takav subjektivni odnos na osnovu kojeg bi se moglo zaključiti da su kod njega bili prisutni svest i volja da postupa na svirep način“ (AS u Novom Sadu Kž. 1990/12).

9 Lj. Lazarević, *Krivično pravo Jugoslavije Posebni deo*, Beograd 1995, 206.

strana svireposti povezuje psihički odnos učinioca (svest i volju) prema načinu izvršenja krivičnog dela i njegovu neosetljivost prema patnjama pasivnog subjekta i kako se navodi, „okrivljeni je bio svestan da žrtvi nanosi patnje i ta svest kod njega nije izazvala sažaljenje“ (AS u Nišu 5Kž.1 54/16) i „okrivljeni je bio svestan i hteo da žrtvi nanosi patnje, bez ikakvog osećanja sažaljenja i samilosti“ (VS u Šapcu 5K. 52/14). Najzad, u sudskoj praksi nailazimo i na stanovište da subjektivna strana svireposti podrazumeva nameru učinioca da muči žrtvu (AS u Novom Sadu Kž.1 892/17 i AS u Beogradu Kž.1 5137/11).¹⁰

Međutim, svirepost predstavlja dopunsko obeležje bića koje u sebi ne može da integriše umišljaj kao subjektivno obeležje bića. Drugim rečima, subjektivnu stranu svireposti treba posmatrati nezavisno od subjektivnog/psihičkog odnosa prema krivičnom delu. Subjektivna strana svireposti podrazumeva odgovarajući (društveno neprihvatljiv) emotivni odnos učinioca prema patnjama pasivnog subjekta koji je u relaciji sa socijalno-etički negativno vrednovanim karakteristikama njegove ličnosti. Psihički odnos učinioca pretpostavlja svest i volju u odnosu na objektivna obeležja bića, pre svega radnju i posledicu, kao i način izvršenja i sa načinom izvršenja povezane patnje koje trpi pasivni subjekt. Otuda je ispravan stav sudske prakse da se subjektivna strana svireposti ogleda u neosetljivosti učinioca i osećaju zadovoljstva takvim načinom lišenja života, a subjektivni odnos učinioca se sastoji u svesti i volji da postupa na svirep način (AS u Novom Sadu Kž. 1990/12).¹¹

Opšteprihvaćeno jeste da je kod ubistva na svirep način relevantan oblik krivice umišljaj. S obzirom na prirodu kvalifikatorne okolnosti, smatra se da je uglavnom u pitanju direktni umišljaj.¹² Prema stavovima sudske prakse nije isključen ni eventualni umišljaj (VSS Kž.I 914/72 i AS u Beogradu Kž.1 5135/13).¹³ U svakom slučaju umišljaj učinioca, pored ostalog, treba da obuhvati i svest o načinu na koji se pasivni subjekt lišava života, što obuhvata i svest o intenzitetu njegovih patnji.

Kao posledica napred iznetog neosnovanog shvatanja u vezi subjektivne strane svireposti, u sudskoj praksi se mogu naći odluke u kojima se navodi da neuračunljivost učinioca isključuje mogućnost postojanja subjektivnog elementa svireposti (AS u Beogradu Kž.1 5901/10), zatim da nije ispunjena subjektivna strana svireposti kada je učinilac bio u stanju bitno smanjene uračunljivosti „budući da je njegova svest da oštećenom nanosi teške bolove i patnje bila u bitnoj meri kompromitovana“ (VS u Šapcu 4K. 153/11) i da kod učinioca koji je bio u stanju smanjene uračunljivosti usled fiziološkog straha jakog intenziteta „nije postojala volja da izazove veće patnje kod žrtve, kojoj je naneo 26 uboda nožem“ (VS u Nišu K. 42/10). Suprotno navedenom, ispravan je stav shodno kojem je „okrivljeni u stanju smanjene uračunljivosti `do stepena bitnog`, ali ne bitno, koje je nastalo usled povišene emocionalne

10 „Objektivni element svireposti sastoji se u nanošenju žrtvi teških bolova ili patnji, u subjektivnom smislu okrivljeni je svestan da žrtvi nanosi teške bolove ili patnje i to želi ili na to pristaje, a za postojanje surovog načina izvršenja ubistva nije potrebno da je okrivljeni prilikom lišenja života postupao sa namerom da žrtvu muči ili da joj nanosi patnju“ (VSJ Kž. 48/70).

11 Vid. N. Delić, (2021), 26.

12 Vid. Z. Stojanović, 443.

13 Na isti stav nailazimo u starijoj sudskoj praksi, npr. SS Kžs. 8/75, VSJ Kž. 19/70 i Kž. 50/70, kao i doktrini. Vid. B. Zlatarić, *Krivični zakonik u praktičnoj primeni, Drugi svezak*, Zagreb 1956, 337, D. Jakovljević, „Krivično delo ubistva na svirep način“, *JRKKP* 3/1975, 368. i D. Atanacković, 137.

napetosti sa psihološkim sadržajem afekta besa srednjeg intenziteta, na svirep način lišio života sada pokojnog oštećenog“ (AS u Kragujevcu Kž.1 851/17).

Ovde takođe treba reći da, iako je svirepost objektivno-subjektivna kategorija, objektivna strana svireposti, koja se ogleda u patnji pasivnog subjekta, suštinski ima pretežan značaj u odnosu na subjektivnu stranu svireposti i primarno opredeljuje ovu kvalifikatornu okolnost.¹⁴ Naime, ako pasivni subjekt nije osećao patnju, postoji ubistvo iz člana 113. KZ, a subjektivne okolnosti vezane za ličnost učinioca mogu imati značaj prilikom odmeravanja kazne, npr. učinilac veruje da muči žrtvu i u tome uživa, ali njegove delatnosti su takvog karaktera da pasivni subjekt ne oseća patnju. Sledstveno rečenom, može se zaključiti da kod ove kvalifikatorne okolnosti ne dolazi u obzir kompenzacija objektivnog i subjektivnog uslova u smislu da „manje“ ili kratkotrajne patnje pasivnog subjekta mogu biti „pokrivene“ većim „zadovoljstvom“ učinioca i obrnuto.¹⁵ Otuda može se dovesti u pitanje stav sudske prakse da „ukoliko subjektivna neosetljivost učinioca kratko traje, nužan je veći intenzitet patnje pasivnog subjekta“ (AS u Kragujevcu Kž.1 656/15).

Smatra se da *podmuklost* kao kvalifikatorna okolnost krivičnog dela teškog ubistva po svojoj prirodi takođe predstavlja objektivno-subjektivni pojam (VS u Šapcu 3K. 77/11 i VS u Kruševcu K. 76/13).¹⁶

Objektivna strana podmuklosti sastoji se u načinu na koji se pasivni subjekt lišava života. Potrebno je da se radnja izvršenja preduzima na potajan i prikriven način. „Potajnost“ i „prikrivenost“ kao načini izvršenja krivičnog dela „treba da budu izraženi sa naročitim intenzitetom koji prevazilazi standardne okvire takvog postupanja kod krivičnog dela ubistva“ (VSS Kž. 1339/95). Subjektivna strana podmuklosti vezuje se za određene osobine ličnosti i podrazumeva lukavstvo i prepređenost učinioca „koji su ovde izraženi u većem stepenu od onog koji je karakterističan za obično ubistvo“ (AS u Beogradu Kž.1 896/14).¹⁷

Nadalje, objektivna strana podmuklosti manifestuje se time što se pasivni subjekt lišava života u situaciji u kojoj ne očekuje napad i/ili nije u mogućnosti da se brani (OS u Leskovcu K. 52/07), npr. „za vreme spavanja, iz zasede, iznenada, napadom s leđa ili korišćenjem otrova“ (VS u Kraljevu 2K. 69/11). Subjektivna strana podmuklosti manifestuje se u vidu iskorišćavanja bespomoćnosti ili bezazlenosti

14 Ima i mišljenja da svirepost primarno treba vezivati za zločinačku volju, tj. beskrupuloznost i bestijalnost učinioca, što se manifestuje u radnjama koje preduzima, tj. načinu preduzimanja radnji, a ne za bolove i patnje koje su tim radnjama prouzrokovane pasivnom subjektu. Kako se ističe, pojam svireposti se vezuje za svirepost učinioca, a ne za svirepo ispaštanje pasivnog subjekta. Sledstveno navedenom, ubistvo na svirep način predstavlja faktičko pitanje i pod određenim uslovima može da postoji i kada učinilac preduzima radnje koje podrazumevaju mučenje, ali pasivni subjekt više ne oseća bol. Vid. J. Ćirić, „Ubistvo na svirep ili podmukao način“, *Pravni život* 9/2000, 68–69.

15 Vid. N. Delić, (2021), 27. Upor. D. Petrović, „Ubistvo na svirep način“, *Pravni život* 9/1998, 152. i 157. i D. Kolarić, 206.

16 Z. Stojanović, 442, D. Kolarić, 210, M. Babić, I. Marković, 44, N. Mrvić-Petrović, 26, I. Vuković, 80. i N. Delić, (2021), 28.

17 „Nisu tačni navodi tužioca da je okrivljeni lišio života oštećenog na podmukao način jer takvo postupanje nije u skladu sa psihološkom strukturom ličnosti okrivljenog koju je sud utvrdio na osnovu nalaza i mišljenja veštaka psihijatra“ (AS u Kragujevcu Kž.1 774/16).

pasivnog subjekta i zloupotrebi poverenja koje je prethodno stečeno na bilo koji način (VSS Kž. 2074/03). U skladu sa navedenim je stav sudske prakse da se podmuklost kao način izvršenja krivičnog dela ubistva sastoji u „zlonamernom sticanju poverenja žrtve i iskorišćavanju trenutka kada žrtva ne očekuje napad“ (VSS Kž. 1920/98).

U sudskoj praksi se naglašava da s obzirom na objektivno-subjektivnu prirodu podmuklosti, lišenje života pasivnog subjekta na spavanju samo po sebi ne predstavlja teško ubistvo, već u svakom slučaju pored objektivnog treba da bude ispunjen i odgovarajući subjektivni uslov (OS u Zrenjaninu K. 56/09). Prema stavu Apelacionog suda u Beogradu, ispunjena su oba uslova potrebna za teško ubistvo na podmukao način „kada je okrivljena uzela električnu bušilicu, tiho i neočekivano prišla sada pokojnom oštećenom koji je spavao i dva puta ga bušilicom udarila u levi deo glave, usled čega je oštećeni izgubio svest, a potom i preminuo jer su mu prilikom udara bile polomljene kosti lobanje i razoreni moždani centri od vitalnog značaja. Objektivni uslov podmuklosti je ispunjen time što je radnja izvršenja preduzeta potajno i prikriveno, u vreme i pod okolnostima u kojima oštećeni nije očekivao da će biti napadnut, kada je bio opušten i nalazio se u ležećem položaju na boku, što je umanjilo mogućnost da se brani. Subjektivni uslov podmuklosti je ispunjen budući da su lukavost i prepedenost okrivljene bili izraženi u većem stepenu od uobičajenog, što se manifestuje kroz zloupotrebu odnosa poverenja koji uobičajeno postoji između bračnih drugova“ (Kž.1 896/14). Takođe, prema stavu sudske prakse, „okrivljeni je lišio života svoju suprugu na podmukao način kada je nakon što se uverio da sada pokojna oštećena spava, iskorišćavanjem stečenog poverenja proisteklog iz odnosa bračne zajednice, na lukav način iskoristio bezazlenost i poverenje žrtve da bi je lišio života“ (OS u Leskovcu K. 52/07). U istom smislu je stav da je „okrivljeni lišio života sada pokojnu oštećenu na podmukao način tako što se prvo uverio da je bezbrižno zaspala i pri tome je znao da ne očekuje bilo kakav napad od strane rođenog oca i da u tom stanju ne može da se brani“ (VS u Novom Sadu K. 195/15). Kako se ističe, za postojanje podmuklosti nije neophodno da pasivni subjekt spava već je dovoljno „da je legao u krevet sa tom namerom i da nije mogao da očekuje napad i nije bio u mogućnosti da se brani“ (VS u Šapcu 1K. 227/10). Takođe, prema stavu sudske prakse, pokušaj teškog ubistva na podmukao način postoji „kada je okrivljena za vreme dok je njen suprug spavao i nije očekivao napad pokušala da ga liši života nanevši mu sekirom udarac u predelu glave, ali se oštećeni probudio i oduzeo joj sekiru“ (AS u Beogradu Kž.1 538/11).

Takođe, prema stavovima sudske prakse, „okrivljena je pokušala da na podmukao način liši života oštećenu o kojoj je brinula tako što joj je periodično sipala manje doze otrova u napitke koje je oštećena konzumirala, pri čemu je delo izvršeno na prikriiven i potajan način, a okrivljena je ispoljila lukavost i prepedenost koji prevazilaze normalnu obazrivost kod izvršenja krivičnog dela“ (OS u Zrenjaninu K. 2/09) i „ubistvo na podmukao način postoji kada je okrivljeni lišio života sada pokojnog oštećenog na taj način što ga je sačekao u vreme kada se vraćao sa posla i nakon što je oštećeni prošao, okrivljeni mu je prišao sa bočne strane i pucao u njega, pri čemu je prilikom ispaljenja prvog projektila iskoristio poverenje koje se zasnivalo

na poznanstvu sa oštećenim i zbog koga oštećeni nije mogao da očekuje da će na ovaj način biti napadnut od strane okrivljenog“ (VSS Kž. 816/99). Međutim, zbog odsustva subjektivnog uslova ne postoji ubistvo na podmukao način „kada je okrivljeni iznenada iskočio iz prikolice i sa razdaljine od tri metra pucao u sada pokojnog oštećenog“ (VSS Kž. 1744/07).

U konstelaciji objektivnog i subjektivnog uslova koji definišu pojam podmuklosti kao kvalifikatorne okolnosti kod teškog ubistva, primaran značaj ima subjektivni uslov koji se vezuje za određene osobine ličnosti (karakter) učinioca – lukavstvo i prepređenost. Otuda, objektivni uslov podmuklosti u sudskoj praksi u nekim slučajevima gubi „samostalnost“ tako što se smatra da ispunjenost subjektivnog uslova implicira objektivni uslov podmuklosti ili tako što se ispunjenost subjektivnog uslova utvrđuje preko objektivnog uslova, tj. preko načina na koji se preduzima radnja izvršenja. U prilog navedenom idu primeri iz sudske prakse shodno kojima ubistvo na podmukao način postoji u sledećim slučajevima: „kada je okrivljeni svoju bivšu suprugu pozvao da se sastanu na javnom mestu zloupotrebljavajući njeno poverenje tako što joj je rekao da mu treba torba za putovanje, što je ona poverovala i došla na dogovoreno mesto, gde su najpre jedno vreme mirno sedeli i razgovarali i to je sada pokojnu oštećenu navelo na zaključak da je među njima sve u redu, da bi okrivljeni iznenada izvadio nož iz pojasa pantalona i zadao joj više uboda u trenutku kada se tome nije nadala i nije mogla da se brani“ (VS u Čačku K. 54/13) i „kada je okrivljeni svoju nevenčanu suprugu noću odveo u šumu uz obećanje da će da joj pokazati nešto interesantno i tamo je lišio života iskoristivši njenu bespomoćnost i lakomislenost“ (VSS Kž. 510/06) kao i da „nema ubistva na podmukao način kada nije dokazano da postoji neka činjenica koja bi ukazivala na zaključak da je okrivljeni prilikom lišenja života sada pokojnog oštećenog ispoljio lukavost na taj način da mu je prišao sa leđa ili da ga je čekao u zasedi ili da je sa njim vodio prijateljski razgovor pre samog ubistva“ (VS u Užicu K. 34/14).¹⁸

Uglavnom se smatra da je za ovaj oblik teškog ubistva relevantan oblik krivice umišljaj, direktni ili eventualni koji, pored ostalog, treba da obuhvati i svest o načinu i okolnostima pod kojima se vrši lišenje života pasivnog subjekta.¹⁹ Neki autori pak naglašavaju da ubistvo na podmukao način (jednako kao i ubistvo na svirep način) podrazumeva isključivo direktni umišljaj²⁰ kao i da primaran značaj subjektivnog uslova, tj. lukavstvo i prepređenost učinioca impliciraju poseban vid umišljaja tzv. *dolus premeditatus* koji pretpostavlja promišljeno i hladnokrvno ranije donetu odluku.²¹

Sudska praksa u pojedinim odlukama stoji na stanovištu da stanje neuračunljivosti isključuje podmuklost, budući da, kako se navodi, „u tom slučaju nema subjektivnog elementa podmuklosti koji u sebi uključuje svest i volju da se postupa na podmukao način“ (VSS Kž. 602/01). Kao i kod svireposti, navedeno shvatanje je po-

18 Vid. N. Delić, (2021), 29.

19 Grupa autora, redaktor Lj. Lazarević, *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije*, Beograd 1995, 127. i D. Kolarić, 211.

20 N. Mrvić-Petrović, 26. i M. Babić, I. Marković, 44.

21 J. Ćirić (9/2000), 75.

sledica usvajanja neosnovanog stava da se subjektivna strana podmuklosti ispoljava kroz umišljaj učinioca, odnosno „da su u podmuklosti kao subjektivnom elementu već uključeni svest i volja da se tako postupi.“²²

2. TEŠKO UBISTVO PRI BEZOBZIRNOM NASILNIČKOM PONAŠANJU (član 114, stav 1. tačka 2. KZ)

Prema zakonskom tekstu, krivično delo teško ubistvo pri bezobzirnom nasilničkom ponašanju postoji kada je neko lice lišeno života pri bezobzirnom nasilničkom ponašanju.

U kontekstu navedene kvalifikatorne okolnosti pojam „pri“ (bezobzirnom nasilničkom ponašanju) treba tumačiti tako da je bezobzirno nasilničko ponašanje neposredno prethodilo lišenju života. To znači da su bezobzirno nasilničko ponašanje i lišenje života na odgovarajući način situaciono i vremenski povezani.

Pojam „nasilničko ponašanje“ treba shvatiti objektivno, kao preduzimanje delatnosti koje mogu imati značaj radnje izvršenja krivičnog dela nasilničko ponašanje (član 344. KZ). Shodno tome, nasilničko ponašanje se kod ovog oblika teškog ubistva može ostvariti u vidu grubog vređanja, zlostavljanja, vršenja nasilja prema drugom, izazivanja tuče, drskog ili bezobzirnog ponašanja,²³ npr. „kada je okrivljeni učestvovao u tuči na javnom mestu u centru grada i tokom tuče iz džepa izvadio nož 'skakavac' koji je jedno vreme tokom tuče držao u ruci, čime je njegovo ponašanje poprimilo karakter bezobzirnog nasilničkog ponašanja, da bi tim nožem lišio života sada pokojnog oštećenog“ (AS u Nišu Kž.1 598/14), „kada su okrivljeni bez ikakvog povoda ušli u putnički vagon u kome su se nalazili navijači protivničkog fudbalskog kluba i uz psovke počeli da ih udaraju predmetima koje su poneli sa sobom, da bi pri ovakvom bezobzirnom nasilničkom ponašanju prvookrivljeni lišio života jed-

22 Grupa autora, redaktor Lj. Lazarević, 127.

23 Grubo vređanje drugog kao način izvršenja krivičnog dela podrazumeva radnju izvršenja krivičnog dela uvrede (član 170. KZ), tj. izjavu omalovažavanja koja je saznata od drugog lica, s tim što se ovde mora raditi o grubom vređanju. Ipak, odsustvo jasno definisanih kriterijuma na osnovu kojih bi se vršilo razlikovanje vređanja i grubog vređanja govori da bi eliminisanje iz zakonskog teksta kvalifikativa „grubo“ pojednostavilo tumačenje i ujednačilo primenu ove formulacije. Zlostavljanje drugog treba shvatiti na isti način kao i kod drugih krivičnih dela, u smislu „preduzimanja akata kojima se nečovečno postupaju prema nekom licu i vređa ljudsko dostojanstvo“ (AS u Kragujevcu Kž. 4459/10). Vršenje nasilja prema drugom takođe treba shvatiti kao i kod drugih krivičnih dela (OS u Beogradu Kž. 2180/06) i pri tome treba uzeti u obzir da pojam nasilja ima sličnosti sa pojmom zlostavljanja i da je, uprkos tome što se smatra da nasilje predstavlja teži oblik radnje od zlostavljanja, u praksi često veoma teško postaviti jasnu granicu između ova dva ponašanja. Izazivanje tuče podrazumeva provociranje fizičkog obračuna u kome učestvuju dva ili više lica. Opravdano je prihvatiti stav da nije neophodno da je do tuče i došlo. Ukoliko dođe do tuče, ne traži se da lice koje je tuču izazvalo u tuči i neposredno učestvuje. Drsko i bezobzirno ponašanje predstavlja faktičko pitanje koje zavisi od okolnosti slučaja (OS u Čačku Kž. 288/08 i OS u Beogradu Kž. 2108/06) i može biti ispoljeno prema licima i/ili stvarima (OS u Beogradu Kž. 2714/97 i VSS Kž. 118/94). Vid. N. Delić, „Krivično delo nasilničko ponašanje (član 344. KZ)“, *Pravni život* 9/2012, 211–215. Upor. R. Risimović, „Nasilničko ponašanje“, *Pravni život* 9/2008, 239–241.

nog od navijača koji se tu zatekao, tako što mu je zadao dva uboda nožem u bočnu stranu vrata i levo rame“ (AS u Beogradu Kž.1 3689/11) i „kada su se okrivljeni i oštećeni prilikom susreta na ulici posvađali i potukli nakon čega je oštećeni otišao u kuću u kojoj je boravio kao beskućnik, a okrivljeni je došao za njim i nastavio da mu zadaje udarce i nakon što je oštećeni pao na dušek okrivljeni mu je zadao više udaraca nogom i letvom u predelu tela i glave, usled čega je oštećeni zadobio teške telesne povrede opasne po život od kojih je preminuo na licu mesta“ (AS u Novom Sadu Kž.1 2663/10).

Pojam „bezobzirno“ kao konstitutivni element ove kvalifikatorne okolnosti treba shvatiti objektivno-subjektivno.²⁴ U objektivnom smislu bezobzirnost se vezuje za nasilničko ponašanje i označava „oblike nasilja koji objektivno prevazilaze uobičajenu meru nasilja koja se javlja prilikom izvršenja krivičnog dela ubistva“ (VSS Kž. 1362/88), drugim rečima, „to je nasilničko ponašanje koje je s obzirom na stepen, težinu i dužinu trajanja kao i prouzrokovane posledice dobilo karakter bezobzirnog nasilničkog ponašanja“ (OS u Leskovcu K. 98/07). Na ovaj način određena objektivna strana bezobzirnosti (nasilničkog ponašanja) u svakom slučaju predstavlja faktičko pitanje koje se procenjuje s obzirom na vrstu i težinu nasilja koje je prethodilo lišenju života pasivnog subjekta, kao i način i okolnosti pod kojima je učinjeno ubistvo. Nasilje koje je prethodilo lišenju života može biti preduzeto prema licu koje je lišeno života ili prema drugim licima ili stvarima. Subjektivna strana bezobzirnosti (nasilničkog ponašanja) pretpostavlja prisustvo odgovarajućih subjektivnih okolnosti na strani učinioca. U navedenom smislu su i stavovi sudske prakse „da bezobzirnost uključuje ispoljavanje krajnje ravnodušnosti prema tuđim dobrima, vršenje krivičnog dela iz obesti, iz rušilačkih nagona, pri čemu žrtva ne daje nikakav povod“ (AS u Novom Sadu Kž.1 3594/13) i „da bezobzirnost postoji kada oštećeni nije dao nikakvog povoda okrivljenom da ga vređa, preti ubistvom, udara u glavu pištoljem i pivskom flašom i puca u zid u njegovoj neposrednoj blizini, što sve ukazuje na očigledan nedostatak samokritičnosti okrivljenog i obest prema drugima“ (OS u Požarevcu K. 29/07).²⁵

U literaturi i sudskoj praksi je prisutno stanovište da „bezobzirno nasilničko ponašanje podrazumeva da učinilac nije motivisan posebnim motivom za izvršenje krivičnog dela“ (AS U Nišu 4Kž.1 2778/12, u istom smislu i OS u Leskovcu K. 98/07).²⁶ Suprotno, ima mišljenja da su obest i bahatost motivi za izvršenje ovog krivičnog dela,²⁷ odnosno da je reč o kombinaciji specifičnih nasilničkih, siledžijskih motiva koji pretpostavljaju odsustvo prethodnih interpersonalnih relacija.²⁸ Budući da je svako ljudsko ponašanje, bilo socijalno prihvatljivo ili ne, ukoliko je

24 Ima mišljenja da pojam „bezobzirno“ kao suvišan treba izbaciti iz zakonskog teksta zato što je u praksi gotovo nemoguće razlikovati bezobzirno nasilničko ponašanje od nasilničkog ponašanja koje nije bezobzirno. Vid. B. Simonović, „Ubistvo pri bezobzirnem nasilničkom ponašanju“ *Pravni život* 9/1998, 163–164.

25 Vid. N. Delić, (2021), 31.

26 Lj. Lazarević, 211.

27 M. Petrović, I. Simić, *Praktična primena Krivičnog zakonika SR Srbije*, Arandelovac 1985, 45. i D. Atanacković, 137.

28 B. Simonović, (9/1998), 169.

svesno i voljno, po svojoj prirodi motivisano, jasno je da kod ubistva pri bezobzirnom nasilničkom ponašanju postoji motiv, tačnije rečeno, postoji više motiva koji iniciraju vršenje ovog krivičnog dela. U pitanju su svojevrсни (neadekvatni/negativni) motivi koji su odraz specifične strukture ličnosti učinioca,²⁹ npr. „okrivljeni je pokušao da liši života oštećenog na taj način što je, nakon što ga je oštećeni nehotice okrznuo kesama koje nosio, prvo počeo da vređa oštećenog, potom ga povukao za nos i udario mu nekoliko šamara, onda ga odvukao do vrata i pokušao da izbací iz autobusa u pokretu i pri tome ga nekoliko puta udario pesnicom u glavu, nožem mu zadao dva udarca u temeni deo glave, dva udarca u levu stranu vrata i jedan udarac u predelu leve lopatice, nakon čega je bio savladan od strane svog druga i prijatelja oštećenog koji su bili u autobusu“ (AS u Beogradu Kž.1 691/13).

Kako se čini, osobena priroda motivacionog procesa karakterističnog za ovaj oblik teškog ubistva jeste osnovni razlog zbog kojeg se sudovi ovde ne upuštaju u utvrđivanje motiva i pri tome zanemaruju jednu bitnu činjenicu, a to je da iako motiv ne predstavlja subjektivno obeležje bića, nesporan je njegov značaj prilikom utvrđivanja relevantne kvalifikatorne okolnosti, tj. bezobzirnog nasilničkog ponašanja.³⁰

Najzad, uprkos tome što u sudskoj praksi ima odluka u kojima se navodi da je za teško ubistvo pri bezobzirnom nasilničkom ponašanju potrebno „da je došlo do značajnijeg ugrožavanja spokojstva građana“ (VSS Kž. 1488/00 i VS u Somboru K. 112/10) i da se „u radnjama okrivljenih moraju steći sva obeležja krivičnog dela nasilničko ponašanje“ (AS u Novom Sadu Kž. 3347/10), treba uzeti da bezobzirno nasilničko ponašanje kao kvalifikatorna okolnost podrazumeva samo delatnosti koje mogu imati značaj radnje izvršenja krivičnog dela nasilničko ponašanje. Za razliku od teškog ubistva pri izvršenju krivičnog dela razbojništva ili razbojničke krađe (član 114, stav 1. tačka 4. KZ), kod koga je to eksplicitno navedeno, zakonodavac ovde teško ubistvo ne vezuje za izvršenje krivičnog dela iz člana 344. KZ, već upućuje da nasilničko ponašanje treba shvatiti u smislu (samo) jednog njegovog obeležja – radnje izvršenja.³¹

3. TEŠKO UBISTVO IZ NISKIH POBUDA (član 114, stav 1. tačka 5. KZ)

Prema zakonskom tekstu značaj kvalifikatornih okolnosti teškog ubistva mogu imati i odgovarajući motivi/pobude. U krivičnopravnoj literaturi pojam motiva se izjednačava sa pobudama i ova dva pojma uglavnom se koriste kao sinonimi. Ako se motiv krivičnog dela posmatra kompleksno, uz nastojanje da se prilikom njegovog definisanja za potrebe krivičnog prava najpre na odgovarajući način prilagode, a potom i primene znanja određenih vanpravnih naučnih disciplina, prevashodno psihologije, onda se pod motivom krivičnog dela ubistva može smatrati ona unutrašnja psihička/psihološka pojava/faktor koja se formira/nastaje pod dejstvom

29 *Ibid*, 172.

30 Vid. N. Delić, „Kvalifikovana/teška ubistva (motivi-pobude)“, *Ubistva i samoubistva u Jugoslaviji*, Kopaonik 1998, 87–88.

31 Vid. N. Delić, (2021), 31.

mnogobrojnih egzogenih i endogenih činilaca kao i određenih osobina ličnosti i koja inicira/pokreće i usmerava ponašanje učinioca.³²

Jezičko tumačenje odredbe člana 114, stav 1. tačka 5. KZ govori da zakonodavac kod teškog ubistva kao relevantne propisuje niske pobude/motive. U okviru genusnog pojma niskih motiva izdvojeni su motiv koristoljublja i motiv bezobzirne osvete. Generalna klauzula „druge niske pobude“ daje mogućnost da kao teško ubistvo bude kvalifikovano i svako drugo ubistvo koje je učinjeno iz niskih pobuda. Prema jednom mišljenju, motivi koristoljublja i bezobzirne osvete su posebno navedeni jer se u praksi najčešće javljaju.³³ Prema drugom, prihvatljivijem mišljenju, koje potiče iz starije literature, ovde su kao kvalifikatorne okolnosti posebno izdvojeni niski motivi koji su u direktnoj suprotnosti sa normama vladajućeg društvenog morala. Drugim rečima, to su motivi koji su u moralnom pogledu uvek niski, bez obzira na kontekst u kome se javljaju, dok druge niske motive čine oni koji u svakom slučaju podležu oceni i njihova kvalifikacija zavisi od konkretnih okolnosti.³⁴

Suština teškog ubistva *iz koristoljublja* je u tome što postizanje materijalne koristi inicira preduzimanje odgovarajuće radnje, tj. ubistva, koje je u očiglednoj nesrazmeri sa ciljem koji se želi postići. Materijalna korist može biti u vidu materijalne dobiti ili u vidu sprečavanja umanjenja imovine (VS u Valjevu K. 18/13).³⁵ Nije značajno da li je korist koja se ostvaruje protivpravna, da li se može postići direktno ili indirektno i da li je izvesna. Za teško ubistvo iz koristoljublja takođe nije relevantno da li materijalna korist treba da bude ostvarena za učinioca ili neko drugo lice. Ima mišljenja da ubistvo iz koristoljublja postoji samo ukoliko se korist pribavlja za lice sa kojim je učinilac u bliskom odnosu, npr. bračni drug ili dete ili neko drugo lice sa kojim je učinilac u takvom faktičkom odnosu da sticanjem koristi za to lice učinilac posredno ostvaruje ličnu korist, npr. „kada je okrivljeni lišio života svog sina kako bi mu pripali zemlja i kuća koje je sada pokojni oštećeni nasledio od pokojne majke“ (SS Kžs. 1/77). Za dovršeno krivično delo se ne traži da korist bude i postignuta/ostvarena (VS u Kraljevu 3K. 18/12). Prema stavu sudske prakse, ukoliko je ubistvo prema načinu izvršeno na svirep način, a prema pobudama iz koristoljublja, krivično delo treba kvalifikovati kao teško ubistvo iz koristoljublja (AS u Nišu 5Kžm.1 63/14).³⁶

32 Vid. više, N. Delić, „Pobude kao kvalifikatorne okolnosti kod krivičnog dela teškog ubistva“, *Pravni život* 9/2008, 139–162.

33 Vid. B. Simonović, *Kriminalološki, krivičnopravni, krivičnoprocesni i kriminalistički aspekti motiva krivičnog dela*, DD, Pravni fakultet Univerzitet u Kragujevcu, Kragujevac 1991, 524–525.

34 Z. Simić, „Pojam niskih pobuda“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/1967, 94.

35 „Ne može se prihvatiti stav iznet u žalbi da se protivpravno pribavljanje sredstava za zadovoljenje osnovnih bioloških potreba ne bi moglo podvesti pod pojam koristoljublja jer niko ne može imati veće pravo na život u odnosu na pravo na život drugog lica“ (VSS Kžm. 158/91).

36 „Za teško ubistvo iz koristoljublja nije bitno što je sud propustio da opredeli iznos imovinske koristi koju je pribavio okrivljeni jer na krivično delo nema uticaja okolnost da je imovinska korist bila pribavljena“ (AS u Beogradu Kž.1 1416/11). „Prvostepeni sud pravilno izvodi zaključak da je okrivljeni, zajedno sa nepoznatim licem, prilikom lišenja života sada pokojnog oštećenog bio motivisan koristoljubljem, što proizlazi iz činjenice da je okrivljeni u cilju pronalazjenja i oduzimanja novca izvršio pretres veće plastične kese u kojoj je bila samo garderoba oštećenog, koji se za to vreme usled zadobijenih povreda nalazio u samrtnom ropcu“ (AS u Kragujevcu Kž.1

U doktrini i sudskoj praksi nailazimo na stav „da je za ubistvo iz koristoljublja potrebna namera pribavljanja protivpravne imovinske koristi koja pretpostavlja čvrstu i stalnu, ranije donetu odluku“ (AS u Kragujevcu Kž.1 225/18).³⁷

Međutim, motiv/pobuda i namera predstavljaju dva samostalna subjektivna obeležja bića. Namera je po svojoj prirodi povezana sa pojmom cilja koji se nalazi izvan bića krivičnog dela. Može se reći da je u psihološkom i krivičnopravnom smislu motiv/pobuda kvalitativno obuhvatniji od namere, jer se namera odnosi na ono na šta se cilja, ono što je izabrano da se postigne, a motiv/pobuda je podsticaj koji određuje taj cilj ili izbor. Namera sticanja imovinske koristi po pravilu predstavlja osnovno obeležje bića, a motiv koristoljublja dopunsko obeležje bića, tj. kvalifikatornu okolnost. Treba uzeti da koristoljublje ima značaj isključivo dopunskog obeležja bića prevashodno zato što u suštinskom smislu, predstavlja „nešto više“ od „obične“ namere sticanja imovinske koristi.³⁸ Kako se naglašava u relevantnoj literaturi, određenom cilju se može težiti iz različitih pobuda.³⁹ U skladu sa navedenim su stavovi sudske prakse shodno kojima „činjenica da je okrivljeni nakon što je lišio života sada pokojnu oštećenu oduzeo njenu platnu karticu, podigao i trošio novac, ne znači da je krivično delo izvršeno iz koristoljublja, jer je za to potrebno da postoje dokazi koji ukazuju da je motiv koristoljublja kod okrivljenog bio prisutan pre i tokom preduzimanja radnje izvršenja krivičnog dela ubistva“ (AS u Novom Sadu Kž. 1990/12) i „naknadno zahtevanje i primanje novca posle izvršenog ubistva ne predstavlja koristoljublje u smislu teškog ubistva za koje je potrebno da je ubistvo bilo naručeno od strane prvookrivljene i da je unapred dato obećanje o isplati pomenute sume novca, a što ovde nije bilo dokazano“ (VS u Užicu K. 34/14).

Nesporno je da kod ubistva iz *bezobzirne osvete* kvalifikatornu okolnost predstavlja odgovarajući motiv. Prema zakonskom tekstu, za krivično delo teško ubistvo iz bezobzirne osvete nije dovoljno da je reč o običnoj, bilo kakvoj osveti kao motivu za lišenje života, već je potrebno da se radi o „bezobzirnoj“ osveti. Osnovni kriterijum za razlikovanje obične i bezobzirne osvete jeste očigledna nesrazmera između izvršenog ubistva i ponašanja koje je bilo povod za osvetu (VSS Kž.I 942/84). Naime, povod za osvetu po svom značaju se ne može porediti sa ljudskim životom i osveta nema svog racionalnog i psihološki razumljivog objašnjenja. Kako se ističe, „bezobzirna osveta pretpostavlja znatnu nesrazmeru između ubistva i zla koje se sveti ubistvom“ (AS u Beogradu Kž.1 11/14), drugim rečima, „pojam osvete podrazumeva nanošenje zla za pretrpljeno zlo, a za bezobzirnu osvetu potrebno je da postoji znatna, izrazita i očigledna nesrazmera između zla koje je učinocu naneseo i ubistva koje je on učinio“ (OS u Prokuplju K. 47/08, AS u Beogradu Kž.1 3437/12 i AS u Kragujevcu Kž.1 391/14). Da li je ubistvo izvršeno iz bezobzirne osvete predstavlja faktičko pitanje koje se utvrđuje na osnovu subjektivnih i objektivnih okol-

49/17/2/). „Kada je okrivljeni nakon izvršenog ubistva iz koristoljublja narednog dana posećivao diskoteke i tamo se u dobrom raspoloženju družio sa prijateljima, prilikom odmeravanja kazne navedena okolnost može imati značaj otežavajuće okolnosti“ (VSS Kž. 590/00).

37 D. Atanacković, 139, Lj. Lazarević, 37, D. Kolarić, 227, M. Babić, I. Marković, 46. i D. Jovašević, 26.

38 Vid. više, N. Delić, „Volja i namera u srpskom pravu“, *Kaznena reakcija u Srbiji, Šesti deo*, Beograd 2016, 103–111.

39 Vid. I. Vuković, 80.

nosti konkretnog slučaja (VSS Kž.I 285/73). Za teško ubistvo iz bezobzirne osvete dovoljno je da učinilac smatra da mu je naneseo zlo za koje se sveti ubistvom, bez obzira da li je objektivno tako i da li je zlo nanelo lice koje učinilac lišava života ili neko drugo lice (VSS Kž. 1077/04). Nije značajno da li je između ponašanja koje je bilo povod za osvetu i izvršenog ubistva prošao kraći ili duži vremenski period. I ovde motiv, koji ima značaj kvalifikatorne okolnosti, opredeljuje direktni umišljaj kao relevantan oblik krivice (VSS Kž.I 877/96).

Prema stavovima sudske prakse ubistvo iz bezobzirne osvete postoji u sledećim slučajevima: kada je lišenja života izvršeno zbog štete koja je prčinjena sečom stabala, a koja se ne može porediti sa ljudskim životom (OS u Prokuplju K. 20/08), kada je okrivljeni lišio života sada pokojnog oštećenog koji mu je istog dana u prepodnevnom časovima naneo tešku telesnu povredu u vidu preloma desne lakatne kosti bez pomaka (OS u Somboru K. 123/06), kada je okrivljeni „kratežom“ iz neposredne blizine pucao u glavu oštećenom zato što je njegovom drugu u tuči naneo laku telesnu povredu (VSS Kžm. 39/00) i kada je okrivljeni lišio života sada pokojnog oštećenog koji ga je prethodno uvredio (OS u Prokuplju K. 47/08), a pokušaj teškog ubistva iz bezobzirne osvete postoji „kada je okrivljeni prilikom slučajnog susreta sa oštećenim izvadio nož i tim nožem oštećenom zadao udarac u predelu stomaka, pri čemu je oštećeni podmetnuo ruku pod sečivo noža i nož se samo vrhom zario u njegov stomak, a utvrđeno je da je okrivljeni navedeno učinio zato što ga je oštećeni prethodno prijavio za krađu čekova“ (VSS Kž. 1753/07).⁴⁰

Nadalje, kako se navodi u vezi teškog ubistva *iz drugih niskih pobuda* „niske pobude su motivi koji ne mogu biti dostojni čoveka i koji su u suprotnosti su sa društvenim shvatanjima morala, tj. izražavaju izuzetnu moralnu niskost učinioca“ (VS u Užicu K. 9/12). Iako ima mišljenja da se niske pobude ne mogu unapred odrediti i da to predstavlja faktičko pitanje prilikom čijeg utvrđivanja sud mora uzeti u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja,⁴¹ odnosno da odgovor na pitanje koje se moralno negativne pobude mogu smatrati niskim pobudama kao kvalifikatornim okolnostima pretpostavlja odgovarajuće vrednovanje i primena ove norme zavisi od stava sudske prakse,⁴² u literaturi i sudskoj praksi se pod niskim pobudama uglavnom smatraju: „mržnja, zavist, pakost, pohlepa, zloba, netrpeljivost i slično“ (OS u Zrenjaninu K. 50/09).⁴³ U pitanju su tzv. neadekvatne/negativne emocije koje u vidu motiva određuju ljudsko ponašanje. Ono što povezuje ove emocije jeste činjenica da imaju svoju unutrašnju logiku i svrhu, ali su zasnovane na pogrešnim premisama, tj. na iskrivljenim pretpostavkama o sebi i drugima.⁴⁴

40 „Pravilan je zaključak prvostepenog suda da su okrivljene motivisane bezobzirnom osvetom zbog pogibije sestričine prvookrivljene u saobraćajnoj nezgodi, pokušale da liše života oštećenog koji je učestvovao u toj saobraćajnoj nezgodi i da je navedeni motiv prevashodno postojao kod prvookrivljene, a drugookrivljena je u kritičnom događaju učestvovala iz solidarnosti zbog prijateljstva sa prvookrivljenom“ (AS u Beogradu Kž.1 2482/13).

41 M. Babić, I. Marković, 52.

42 Z. Stojanović, 448.

43 D. Kolarić, 238. i N. Mrvić-Petrović, 35.

44 U starijoj literaturi nailazimo na stav da lišenje života zbog nacionalnog šovinizma predstavlja ubistvo iz niskih pobuda (F. Bačić, Z. Šeparović, 53). J. Ćirić kao ubistvo iz niskih pobuda navodi i ubistvo zbog političke ili homoseksualne orijentacije (J. Ćirić, *Knjiga o mržnji, sa reči na dela...*

Prema stavovima sudske prakse ubistvo iz niskih pobuda postoji u sledećim slučajevima: kada je okrivljeni lišio života sada pokojnog oštećenog zbog izgubljene parnice koju je sa njim dugo vodio (AS u Beogradu Kž.1 1404/13) i kada je okrivljeni lišio života sada pokojnog oštećenog da bi zasnovao zajednicu života sa njegovom suprugom (VSS Kž. 192/92), Međutim, „kada je okrivljena lišila života novorođenče zato što po njenim rečima `žensku decu treba maknuti` da ne bi živela loše kao što je ona živela, misleći pri tome na odnos koji je imala sa svojim ocem, ne može se smatrati da je krivično delo učinjeno iz niskih pobuda“ (VS u Užicu K. 9/12).

Kada je reč o ubistvu iz ljubomore, sud najviše instance stoji na stanovištu „da se ljubomora sama po sebi ne može smatrati niskom pobudom“ (VSS Kž.I 982/70) i „da bi se bilo koja pobuda za izvršenje krivičnog dela mogla smatrati niskom potrebno je da sama za sebe predstavlja motivaciju koja se i objektivno može tretirati kao niska“ (VSS Kž.I 51/71).⁴⁵ U skladu sa navedenim je i stav istog suda da ljubomora ne predstavlja pobudu za izvršenje krivičnog dela, već duševno (psihičko) stanje čoveka i da pobude za izvršenje krivičnog dela proizlaze iz osećanja koja prate ljubomoru, što znači da je kod krivičnog dela ubistva nužno utvrditi „da je iz ljubomore proistekla pobuda koja se može podvesti pod pojam niskih pobuda“ (VSS Kž. 1817/65).

U vezi sa tim interesantno je na koji način sudovi kvalifikuju ubistvo koje izvrši ostavljeni emotivni partner. U većini slučajeva smatra se da je u pitanju teško ubistvo iz niskih pobuda, npr. kada je okrivljeni lišio života sada pokojnu oštećenu zato što je odbila da sa njim nastavi zajednicu života (AS u Beogradu Kž.1 246/10), kada je okrivljeni lišio života sada pokojnu oštećenu jer nije pristala da nakon raskida bude sa njim ponovo u vezi (AS u Novom Sadu Kž.1 342/17) i kada je okrivljeni lišio života sada pokojnu oštećenu zato što više nije želela da bude sa njim u ljubavnoj vezi (VS u Zrenjaninu 3K. 77/13). Međutim, nailazimo i na stav da je reč o teškom ubistvu iz bezobzirne osvete kada je okrivljeni lišio života svoju bivšu devojkicu koja je odbila da se uda za njega i zasnovala bračnu zajednicu sa drugim (VSJ Kž. 29/73) i odluku u kojoj je sud prilikom odmeravanje kazne za ubistvo iz člana 113. KZ kao otežavajuću okolnost uzeo motiv niske pobude okrivljenog koji je lišio života sada pokojnu oštećenu zato što ga je napustila i zasnovala vanbračnu zajednicu da drugim licem (OS u Požarevcu K. 128/08).

Kao što je prethodno rečeno, većinski je prihvaćeno da u kontekstu teškog ubistva značaj niskih pobuda mogu imati sledeće neadekvatne/negativne emocije/osećanja: mržnja, zavist, pakost kao i netrpeljivost koja predstavlja vid/način izražavanja emocija.

Mržnja je vrsta osećanja (po svojoj trajnosti je sentiment) koje postoji prema nekom licu za koga se veruje da je zlo i da ugrožava određenu vrednost lica koje

Od govora do zločina mržnje, Beograd 2021, 205). Mišljenja smo da u navedenim slučajevima nije reč o posebnim niskim pobudama i da značaj motiva takođe ima odgovarajuća neadekvatna/negativna emocija – mržnja, a koja je proistekla iz diskriminatornog stava prema određenim društvenim grupama. Vid. više, N. Delić, „Krivičnopravni značaj mržnje u svetlu identitetskog preobražaja Srbije“, *Identitetski preobražaj Srbije, prilozi projektu 2015 – Kolektivna monografija*, Beograd 2016a, 136–137.

45 Upor. D. Jovašević, 27.

oseća mržnju. Da bi se neko smatrao zlim mora se verovati da taj koji se mrzi ispunjava tri uslova: da bitno ugrožava neku visoko rangiranu vrednost lica koje mrzi, da to čini bez odgovarajućeg povoda ili opravdanja i da to čini svesno i voljno. U suštini svaka mržnja predstavlja reakciju na stvarnu ili umišljenu prethodnu mržnju onoga ko se mrzi. To znači da onaj ko mrzi na neki način sebe doživljava kao žrtvu omrznutog i veruje da bi sve bilo dobro kada omrznuti ne bi postojao. Omrznutom se pripisuju vrhovne antivrednosti i on se u odnosu na sistem vrednosti onog koji mrzi postavlja kao njegova inverzija i negacija.⁴⁶ Shodno tome, mržnja predstavlja manifestaciju vrednosnog sistema onoga ko mrzi i otuda onaj ko učini neko društveno neprihvatljivo ponašanje iz mržnje, ma kako ono drugima izgledalo surovo i nečovečno, ne samo da neće osećati krivicu i kajanje zbog svog postupka, već naprotiv može osećati ponos i zadovoljstvo. U određenim slučajevima, a to je uglavnom kada onaj ko mrzi dođe u perceptivni kontakt sa omrznutim, mržnja može prerasti u jak afekat mržnje, tj. gnev (ubistvo na mah). Međutim, u većini slučajeva u pitanju su ponašanja/delatnosti/akcije koje se hladnokrvno i promišljeno planiraju. Svim ponašanjima kojima se objektivizira osećanje mržnje zajednička je destrukcija, odnosno nastojanje da se omrznuti na određeni način povredi, da mu se nanese šteta. Svrha destruktivnih akcija jeste da se omrznuti natera da pati, da ispašta. Stepenn destrukcije može varirati, ali uglavnom krajnji cilj mržnje jeste da se omrznuti uništi (destruktivna akcija trećeg stepena). Ono što primarno odlikuje destruktivnost proisteklu iz mržnje jesu svirepost i brutalnost. Destruktivnost koja dolazi iz osećanja mržnje uobičajeno je osveta u očima onoga ko mrzi.⁴⁷

Zavist je osećanje koje se javlja kada jedno lice procenjuje da neko drugi nezasluzeno ima vrednost na koju to lice polaže isto ili veće pravo. Svrha zavisti je da motiviše na ponašanje koje će voditi izjednačavanju razlika u ličnoj i socijalnoj vrednosti između tog lica i nekog drugog. Zavist se manifestuje kao želja za nečim što drugi poseduje, za dobrom koje ima neko drugi. Može se zavideti na materijalnom dobru, na ukazanoj počasti, na veštini ili znanju kao i na određenom kvalitetu poput lepote, snage ili inteligencije. Međutim, za razliku od želje za nečim što ima neko drugi, zavist nije relacija samo prema dobru koje drugi poseduje, već prema drugome kao osobi, prema biću drugog. Neko zavidi kada procenjuje da drugo lice nema pravo na određeno dobro, odnosno da onaj ko zavidi ima jednako ili veće pravo na isto dobro. U osnovi želje za dobrom drugog jeste nastojanje da se u odnosu na drugog ne bude u inferiornom položaju i u tom smislu zavist jeste socijalno osećanje koje je povezano sa stvarnim ili umišljenim statusom u društvenoj hijerarhiji. Osećanje zavisti govori da u odnosu na drugo lice postoji odnos međusobnog upoređivanja i takmičenja kao i mogućeg neprijateljskog odnosa. Zavist po

46 „Naši pogledi na ljude su preterano pojednostavljeni, nalik karikaturama. Oni otkrivaju konfliktu, često protivrečnu prirodu naših fluktuirajućih vrednosti i njihovih slepih tačaka koje zavise od konteksta i okolnosti... Za razliku od većine likova u Šekspirovim komadima ili romanima Dostojevskog, mi nemamo naviku da priznajemo nelagodnu činjenicu da smo svi sačinjeni od skupa suprotstavljenih vrednosti. Čudovišta postoje samo u našoj glavi.“ P. Rochat, *Moral Acrobatics: How We Avoid Ethical Ambiguity by Thinking in Black and White*, Oxford University Press 2021, 18–20.

47 Z. Milivojević, *Emocije, Psihoterapija i razumevanje emocija*, Novi Sad 2014, 435–444.

pravilu pokreće takmičenje (može biti konstruktivno) i imitiranje, ali i ponašanja koja mogu biti destruktivna. Destruktivna zavist je ona koja vodi uništenju ili oduzimanju dobra zbog kojeg se zavidi. Destruktivna zavist je po svojoj prirodi neadekvatna/negativna zavist. U mnogim slučajevima zavist se pretvara u mržnju u čijoj osnovi je personalizacija stečenog dobra drugog lica. Osećanje zavisti može biti i vid manifestacije određenih duševnih poremećaja.⁴⁸

Netrpeljivost, antipatija, averzija pretpostavlja izražavanje osećanja prema drugom licu i po svojoj prirodi je komunikacioni čin koji definiše neprijateljski odnos između dva lica. U konkretnom slučaju osećanje koje se izražava pred drugim licem može biti usmereno prema tom licu ili drugo lice može biti samo svedok izražavanja osećanja prema nekom trećem licu. Neprijateljski odnos može biti definisan kao odnos antipatije ili odnos apatije, ravnodušnosti (pasivno neprijateljstvo). Antipatija može biti reaktivna i proaktivna. U odnosu reaktivne antipatije drugo lice na neprijatna osećanja koja izražava neko lice reaguje prijatnošću i tada je reč o zlu radosti. Ako je antipatija proaktivna tada jedno lice teži da se ponaša tako da kod drugog lica izaziva neprijatna osećanja, a izbegava da se ponaša na način koji mu izaziva prijatna osećanja. Proaktivna antipatija je znak većeg stepena neprijateljstva nego aktivna antipatija i može biti povezana sa osećanjem mržnje.⁴⁹

Zajedničko svim prethodno navedenim neadekvatnim/negativnim emocijama jeste to da su usmerene na biće drugog lica, ne na njegovo ponašanje. Ono što mržnju kvalitativno diferencira u odnosu na zavist i netrpeljivost jeste činjenica da osećanje mržnje po pravilu rezultira destrukcijom koja je usmerena prema drugom licu, dok je kod zavisti destrukcija primarno usmerena prema dobru drugog lica, a kod netrpeljivosti postoji (samo) potencijalna negativna agresivnost. Međutim, zavist i netrpeljivost u konkretnom slučaju mogu biti povezane sa mržnjom i tada, posmatrano u celini, odgovarajuće motivaciono dejstvo ostvaruje emotivni splet u kojem mržnja dominira i postaje neposredni motiv za lišenje života nekog lica.

Ljubomora je vrsta straha koju jedno lice oseća kada procenjuje da postoji opasnost da će osoba koju voli za voleti nekog trećeg.⁵⁰ Osećanje ljubomore uvek pretpostavlja tri lica/aktera. Pozitivna funkcija ljubomore jeste što motiviše na akciju kojom će se sačuvati ljubav voljene osobe. Nema ljubomore bez ljubavi. Prvo ide ljubav, a zatim strah od gubitka ljubavi druge osobe. To su dve neophodne emocionalne pretpostavke na kojima se zasniva osećanje ljubomore. Ljubomora po svojoj prirodi može biti adekvatna i neadekvatna. Adekvatna ljubomora nastaje u situacijama u kojima zaista postoji mogućnost da neko treći zadobije ljubavnu naklonost voljene osobe, ona se izražava na društveno prihvatljiv način i ispoljava kroz ponašanja/delatnosti/akcije koje rezultiraju u očuvanju odnosa ljubavi. Tada je u pitanju

48 *Ibid*, 424–434.

49 *Ibid*, 113–116.

50 „Ljubomora je vid straha koji se odnosi na želju da sačuvamo za sebe nešto (nekog) što posedujemo i ona ne nastaje iz snage razloga koja nas navodi da sudimo kako to možemo izgubiti, već iz velike vrednosti koje mu pripisujemo.“ R. Dekart, *Strasti duše*, Beograd 1981, 89. O „bezvremenosti“, univerzalnosti i suptilnosti Dekartovog određenja ljubomore (kao i drugih emocija) vid. više D. Irons, „Descartes and Modern Theories of Emotion“, *The Philosophical Review*, May 1895, Vol. 4, No. 3, 291–302.

tzv. reaktivna ljubomora, tj. ljubomora koja se javlja kao reakcija na stvarnu situaciju, koja je ispoljena na socijalno prihvatljiv način i koja je konstruktivna u smislu da rezultira efikasnim ponašanjem, tj. ponašanjem koje jača ljubav. Neadekvatnu ljubomoru karakteriše to što je umišljena, u smislu fantazije o realnoj situaciji, tzv. fantazmatska ljubomora, ili/i što se ispoljava na društveno neprihvatljiv ili destruktivan način, tzv. destruktivna ljubomora.⁵¹ Fantazmatska i destruktivna ljubomora mogu biti i vid manifestacije određenih duševnih poremećaja, npr. paranoidna ljubomora kao vrsta paranoidnog straha koji se javlja kod pojedinih psihoza.⁵²

Suštinska razlika između ljubomore i prethodno objašnjenih emocija je u tome što ljubomora nije usmerena na biće drugog lica, već na njegovo ponašanje. Međutim, jednako kao zavist i netrpeljivost i ljubomora je tesno povezana sa mržnjom, budući da je mržnja jedan od tipičnih načina na koji se izražava ljubomora. Tada mržnja i sa mržnjom povezana destrukcija mogu biti usmereni prema voljenoj osobi, prema rivalu ili prema oboma.

Sve prethodno navedeno govori u prilog zaključku da je među neadekvatnim/negativnim emocijama mržnja praktično jedina emocija koja može imati značaj niske pobude u kontekstu krivičnog dela teškog ubistva. Naime, kod teškog ubistva sve druge prisutne neadekvatne/negativne emocije svoje dejstvo ostvaruju tako što se kroz složene psihičke mehanizme povezuju sa mržnjom, odnosno na određen način „prerastaju“ u mržnju kao emociju koja u najvećoj meri dehumanizuje drugo lice i biva izražena na socijalno neadekvatan i istovremeno destruktivan način. Drugim rečima, od svih (moralno) neadekvatnih/negativnih emocija jedino je mržnja suštinski jednoznačna i podobna da motiviše na ubistvo omrznutog lica.⁵³

Priroda mržnje kao negativne emocije i njena tesna povezanost sa destrukcijom jeste i razlog zbog kojeg zakonodavac u opštem delu krivičnog prava jedino osećanju mržnje daje samostalni značaj (član 54a KZ).⁵⁴ U posebnom delu mržnja se takođe javlja kao obeležje bića nekih krivičnih dela. Kod krivičnog dela rasna i

51 „Čuvajte se, moj gospodaru, ljubomore! Tog zelenookog čudovišta što podsmeva se mesu koje proždire samo.“ V. Šekspir, *Otelo*.

52 Osim patološke (morbidne) ljubomore koja se javlja kao simptom pojedinih (težih) psihičkih poremećaja, u referentnoj literaturi se govori i o deluzionalnom poremećaju kao specifičnom psihičkom poremećaju koji, pored ostalog, obuhvata i tzv. ljubomorni tip, koji se manifestuje izraženom bezrazložnom ljubomorom u trajanju od najmanje meseca dana, a koja se ne može pripisati nekom drugom psihičkom poremećaju. (Vid. B. J. Sadock, V. A. Sadock, P. Ruiz, *Kaplan & Sadock's Synopsis of Psychiatry: Behavioral Sciences/Clinical Psychiatry*, Philadelphia 2015, 721–723). Pažnju italijanske javnosti nedavno je privukao slučaj u kojem je muž lišio života svoju suprugu i sud je utvrdio da je krivično delo izvršeno u stanju neuračunljivosti usled ljubomornog tipa deluzionalnog poremećaja, ali su mediji pogrešno preneli da je učinilac „oslobođen“ jer je izvršio ubistvo iz ljubomore. Vid. S. Lucarelli, „Antonio Gozzini non era geloso: era malato. E non capirlo fa male al femminismo“, *The Post Internazionale*, <https://www.tpi.it/opinioni/gozzini-brescia-malato-non-era-gelosia-commento-selvaggia-lucarelli-20201211712096/>, 10. april 2021.

53 Upor. Z. Stojanović, 448.

54 Jezičkim tumačenjem ove norme dolazi se do zaključka da je za njenu primenu potrebno da je učinjeno krivično delo motivisano mržnjom koja je proistekla iz diskriminatornog stava prema određenim (osetljivim) društvenim grupama. Drugim rečima, diskriminatorni stav prema određenim društvenim grupama rezultira mržnjom koja je motiv krivičnog dela. Mržnja je ovde neposredni motiv krivičnog dela jer je u uzročno-posledičnom smislu „bliža“ krivičnom delu, nego

druga diskriminacija mržnja je predviđena kao obeležje tri oblika ovog krivičnog dela (član 387, st. 3–5. KZ).⁵⁵ Kod krivičnih dela izazivanje nacionalne, rasne, verske mržnje i netrpeljivosti (član 317, stav 1. KZ) i nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi ili javnom skupu (član 344a stav 1. KZ) pored mržnje, kao obeležje bića predviđena je i netrpeljivost, uprkos činjenici da, kao što je napred navedeno, neposredno ne vodi destrukciji. Naime, krivičnopravni značaj netrpeljivosti kod ova dva krivična dela opredeljen je njenom funkcionalnom vezom sa mržnjom, tj. mogućnošću da „preraste“ u mržnju, a što govori da je i ovde mržnja ona neadekvatna/negativna emocija koja primarno definiše kriminalni supstrat i opravdava njegovo kažnjavanje.⁵⁶

Najzad, kada je lišenje života drugog lica motivisano mržnjom koja je manifestacija poremećenog psihičkog stanja učinioca usled koga nije postojala sposobnost rasuđivanja ili sposobnost odlučivanja, primenjuje se institut neuračunljivosti (član 23. KZ) koji isključuje postojanje krivičnog dela (običnog) ubistva (član 113. KZ). Isto važi i za druge negativne emocije, tj. one tada nemaju značaj (dopunskog) obeležja bića krivičnog dela. Stoga se ne može prihvatiti stav sudske prakse da „uobičajena ljubomora sama po sebi ne predstavlja nisku pobudu, ali ako ljubomora postane `neuobičajena` i preraste u tzv. patološku ljubomoru, tada predstavlja kvalifikatornu okolnost krivičnog dela teškog ubistva“ (AS u Novom Sadu Kž1. 489/18).

Shodno relevantnoj normi, *ubistvo radi izvršenja ili prikrivanja drugog krivičnog dela* kao oblik teškog ubistva može se javiti u dva oblika, u zavisnosti od toga da li je cilj koji treba postići lišenjem života nekog lica omogućavanje izvršenja krivičnog dela ili prikrivanje već izvršenog krivičnog dela.

Ono što u prvom slučaju ubistvo čini teškim jeste okolnost da je učinilac svesno i voljno lišio života neko lice sa namerom da na taj način olakša ili omogući izvršenje krivičnog dela.⁵⁷ Za ovaj oblik teškog ubistva nije značajna vrsta, ni težina krivičnog dela radi čijeg izvršenja je došlo do ubistva. Međutim, to mora biti krivično delo, ne može biti prekršaj ili privredni prestup. Takođe, nije relevantno da li je ubistvo učinjeno da bi se sebi ili drugom omogućilo ili olakšalo izvršenje krivičnog dela. Najzad, na ovaj oblik teškog ubistva nema uticaja okolnost da li je krivično delo zbog kojeg je ubistvo učinjeno nakon toga bilo izvršeno ili pokušano (VSV Kž. 562/69). Na subjektivnom planu potrebno je da kod učinioca prilikom preduzimanja radnje izvršenja, osim svesti i volje da se pasivni subjekt liši života,

što je postojeći diskriminatorni stav, odnosno predrasude. Vid. više N. Delić, (2016a), 131–133. i 139–140.

55 Ovde se radnja izvršenja sastoji u odgovarajućoj izjavi koja je usmerena na izazivanje ili širenje mržnje u cilju da mržnja dovede do donošenja odluke o preduzimanju određenih delatnosti, tj. diskriminacije ili nasilja (izjava-mržnja-diskriminacija ili/i nasilje). Diskriminatorni motiv nije predviđen kao obeležje bića ovih oblika krivičnog dela, ali može biti prisutan u vidu diskriminatornog stava ili mržnje proizašle iz diskriminatornog stava. Vid. N. Delić, „Krivično delo rasna i druga diskriminacija (član 387. KZ) – preciziranje granica krivičnopravne zaštite“, *Kaznena reakcija u Srbiji, Desti deo*, Beograd 2020, 113–115. i 117–18.

56 Vid. *Ibid*, 116.

57 Npr. „kada je do lišenja života sada pokojnog oštećenog došlo radi obezbeđivanja bekstva preko državne granice“ (SS Kž. 18/59).

postoji i predstava o cilju koji se tim ubistvom želi postići – da se olakša ili omogući izvršenje drugog krivičnog dela.

U drugom slučaju, kada je u pitanju ubistvo radi prikrivanja drugog krivičnog dela, neko lice se lišava života sa namerom da se na taj način spreči otkrivanje krivičnog dela.⁵⁸ I ovde nije bitno da li se ubistvom prikriva svoje ili tuđe krivično delo. Takođe, nije značajno svojstvo u kojem je izvršilac ubistva učestvovao u krivičnom delu koje se prikriva, kao ni da li je krivično delo, koje se na ovaj način prikriva, bilo otkriveno ili ne. Sudska praksa stoji na stanovištu da za ovu kvalifikatornu okolnost nije neophodno prikrivanje dovršenog krivičnog dela, već ubistvo može biti učinjeno i radi prikrivanja pokušaja krivičnog dela (VSV Kž. 562/69).⁵⁹ Ubistvo radi prikrivanja krivičnog dela može biti izvršeno nakon ili za vreme krivičnog dela koje se ubistvom prikriva, a pod određenim uslovima i pre njegovog izvršenja, npr. uklanjanje budućeg svedoka izvršenja krivičnog dela.⁶⁰ Na subjektivnom planu zahteva se da kod učinioca prilikom preduzimanja radnje izvršenja, osim svesti i volje da se pasivni subjekt liši života, postoji i predstava o cilju koji se ubistvom želi postići – da se na taj način omogući ili olakša izvršenje krivičnog dela ili spreči otkrivanje nekog drugog krivičnog dela.

Većina domaćih autora smatra da kod ovog oblika teškog ubistva pojam „radi“ izvršenja ili prikrivanja drugog krivičnog dela označava motiv/pobudu.⁶¹ Uprkos tome što nije uobičajeno da ima značaj dopunskog obeležja bića, treba uzeti da je u oba slučaja kao kvalifikatorna okolnost predviđena namera usmerena na ostvarenje cilja koji se nalazi izvan objektivnog neprava. Naime, ovde predstava o cilju, koji podrazumeva spoljni objektivni fizički fenomen, deluje kao motiv za preduzimanje radnje izvršenja. To znači da učinilac pod dejstvom predstave o cilju preduzima radnju izvršenja kako bi ostvario taj cilj.⁶² Sledstveno rečenom, subjektivno biće ovog oblika teškog ubistva podrazumeva direktni umišljaj i odgovarajuću nameru (prema većinskom shvatanju pobudu).

58 „Okrivljeni je izvršio ubistvo radi prikrivanja krivičnog dela kada je, nakon što je izvršio krivično delo teške krađe obijanjem, prilikom izlaska iz kuće naišao na oštećenog koji se vraćao kući i u njega ispalio četiri projektila iz pištolja“ (AS u Beogradu Kž.1 3640/11). „Okrivljeni je izvršio ubistvo radi prikrivanja drugog krivičnog dela kada je lišio života sada pokojnu oštećenu i njen leš ubacio u peć, a nakon toga doneo odluku da oduzme i neke njene stvari“ (OS u Zrenjaninu K. 50/09).

59 „Okrivljeni je izvršio ubistvo radi prikrivanja pokušaja silovanja kada je lišio života sada pokojnu oštećenu zato što je vikala i dozivala pomoć“ (OS u Zrenjaninu K. 25/07).

60 „Lišenje života oštećenog na dan kada je okrivljeni preuzeo obaveznu da će vratiti stvar, koja je bila predmet krivičnog dela krađe, govori da je ostvarena kvalifikatorna okolnost krivičnog dela teškog ubistva“ (OS u Jagodini K. 201/05).

61 Z. Stojanović, 446, D. Kolarić, 229, N. Mrvić-Petrović, 33. i M. Babić, I. Marković, 48.

62 Vid. N. Delić, (2016), 107. i N. Delić (2016a), 145–147. Kada propisuje nameru kao osnovno obeležje bića krivičnog dela, zakonodavac kod nekih krivičnih dela to ne čini eksplicitno, već druge termine koristi kao sinonime. Jedan od tih termina jeste termin „radi“ nečeg, tj. zakonska formulacija da se radnja izvršenja preduzima „radi“, npr. prodaje opojne droge (član 246, stav 1. KZ). Ima mišljenja da namera nije izričito uneta u zakonski opis krivičnog dela neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga, ali da je ona neophodna kod pojedinih oblika radnje izvršenja, odnosno da kupovina, držanje i prenošenje opojne droge treba da se vrši radi prodaje, što znači da kod učinioca mora postojati namera da to čini u cilju prodaje (Z. Stojanović, 823). Drugačije vid. N. Delić, „Krivičnopravni aspekt zloupotrebe opojnih droga – zakonodavstvo, teorijski stavovi i sudska praksa“, *Kaznena reakcija u Srbiji, Prvi deo*, Beograd 2011, 174–175.

4. OBLICI TEŠKOG UBISTVA KOD KOJIH KVALIFIKATORNE OKOLNOSTI SADRŽE ODREĐENO SVOJSTVO PASIVNOG SUBJEKTA (član 114, stav 1. t. 6–10. KZ)

U skladu sa zakonskim tekstom *ubistvo službenog ili vojnog lica pri vršenju službene dužnosti* (član 114, stav 1. tačka 6. KZ) postoji kada su ispunjene dve okolnosti. Prva okolnost vezana je za svojstvo pasivnog subjekta – mora biti reči o službenom ili vojnom licu. Druga okolnost podrazumeva da je do lišenja života službenog ili vojnog lica došlo „pri“ vršenju službene dužnosti. Smatra se da je do lišenja života pri vršenju službene dužnosti došlo kada je pasivni subjekt lišen života, ne samo u vreme vršenja poslova u okviru službene dužnosti, već i u vreme njihove neposredne pripreme. Pasivni subjekt jeste službeno lice ili vojno lice. Pojam službenog lica i vojnog lica određen je u članu 112, st. 3. i 6. KZ. Relevantan oblik krivice je umišljaj koji, pored ostalog, treba da obuhvati i svest o tome da se službeno ili vojno lice lišava života pri vršenju službene dužnosti.

U doktrini se smatra da postojeće rešenje potvrđuje gledište prema kome su pojačana krivičnopravna zaštita i strože kažnjavanje ovde opravdano vezani za vršenje službe od strane službenih ili vojnih lica i njihovu veću izloženost opasnosti da budu lišena života, a da u drugim situacijama ova lica uživaju jednaku krivičnopravnu zaštitu kao i sva druga lica.⁶³

Prema stavovima sudske prakse, dovršeno krivično delo postoji „kada okrivljeni koji je zatečen prilikom vršenja krivičnog dela liši života službeno lice koje je nastojalo da ga u tome spreči“ (VSS Kžm. 54/93), a pokušaj „kada je prilikom provalne krađe okrivljeni najpre pucao iz pištolja u policajca i naneo mu tešku telesnu povredu opasnu po život, a potom aktivirao i u pravcu policajca bacio ručnu bombu“ (VSS Kž. 250/03).

Donošenjem Zakona o izmena i dopunama Krivičnog zakonika (u daljem tekstu: ZID KZ) iz 2009. godine⁶⁴ uveden je oblik teškog ubistva koji postoji u slučaju *lišenja života sudije, javnog tužioca, zamenika javnog tužioca ili policijskog službenika u vezi sa vršenjem službene dužnosti* (član 114, stav 1. tačka 7. KZ). I ovaj oblik teškog ubistva pretpostavlja dve okolnosti. Prva okolnost vezana je za svojstvo pasivnog subjekta – mora biti reč o sudiji, javnom tužiocu, zameniku javnog tužioca ili policijskom službeniku. Druga okolnost podrazumeva da je lišenje života sudije, javnog tužioca, zamenika javnog tužioca ili policijskog službenika izvršeno „u vezi sa“ vršenjem službene dužnosti. Relevantan oblik krivice je umišljaj koji, pored ostalog, treba da obuhvati i svest o tome da se sudija, javni tužilac, zamenik javnog tužioca ili policijski službenik lišava života u vezi sa vršenjem službene dužnosti.

Budući da se prethodnim oblikom teškog ubistva navedenim pasivnim subjektima kao službenim licima zaštita pruža kada je do ubistva došlo „pri“ vršenju služ-

63 Đ. Đorđević, „Novi oblici teških ubistava u Predlogu Krivičnog zakonika“, *Pravni život* 9/2005, 152. i Đ. Đorđević, „Krivičnopravna zaštita života i telesnog integriteta službenih lica“, *Pravni život* 9/2008, 96.

64 *Službeni glasnik RS*, br. 72/2009 i *Službeni glasnik RS*, br. 111/2009

bene dužnosti, uvođenjem ovog oblika teškog ubistva dodatno se proširuje postojeća krivičnopravna zaštita. Iako je sa kriminalno-političkog aspekta nesporno da lica prema kojima se vrši ovaj oblik teškog ubistva treba da uživaju „posebnu“ krivičnopravnu zaštitu, jer su zbog prirode svojih poslova objektivno izloženi „posebnoj“ vrsti opasnosti, u doktrini se postavlja pitanje je da li je opravdano praviti razliku između situacija kada su sudija, javni tužilac, njegov zamenik ili policijski službenik lišeni života „pri“ vršenju svoje službene dužnosti i „u vezi“ sa njom.⁶⁵

Nadalje, istim zakonom uveden je i oblik teškog ubistva koji postoji kada je *lišeno života lica koje obavlja poslove od javnog značaja u vezi sa vršenjem poslova koje to lice obavlja* (član 114, stav 1. tačka 8. KZ). Kao i u prethodna dva slučaja, ovaj oblik teškog ubistva pretpostavlja dve okolnosti. Prva okolnost vezana je za svojstvo pasivnog subjekta – mora biti reči o licu koje obavlja poslove od javnog značaja. Druga okolnost podrazumeva da se lišenje života lica koje obavlja poslove od javnog značaja vrši „u vezi sa“ poslovima koje to lice obavlja. Pasivni subjekt jeste lice koje obavlja poslove od javnog značaja. Pojam posla od javnog značaja određen je u članu 112, stav 32. KZ. Prema stavu sudske prakse, ovaj oblik teškog ubistva postoji „kada je nakon izvršene hirurške intervencije lišen života lekar koji je dugi niz godina radio u Zdravstvenom centru i obavljao posao od javnog značaja koji je vezan za zaštitu zdravlja ljudi“ (AS u Kragujevcu Kž.1 211/15). Umišljaj kao relevantan oblik krivice, pored ostalog, treba da obuhvati svest o obe navedene okolnosti, tj. da se lišava života lica koje obavlja poslove od javnog značaja u vezi sa poslovima koje to lice obavlja.

U vezi prve okolnosti sporno je na osnovu kojih kriterijuma se utvrđuje da li određena profesija ili dužnost ima povećani rizik za bezbednost lica koje ih obavlja. U vezi druge okolnosti sporno je sledeće: na osnovu kojih parametara se utvrđuje značaj koji određena profesija ili dužnost ima za odgovarajuću oblast; na koji način treba izvršiti stepenovanje tog značaja; koji stepen značaja je relevantan za krivično delo; da li treba ili ne treba primeniti pretpostavku da svi koji su zaposleni u navedenim oblastima po prirodi stvari obavljaju poslove od značaja za te delatnosti i da li krivičnopravnu zaštitu uživaju i lica koja nisu zaposlena u navedenim oblastima, ali se bave zanimanjima koja imaju značaj za te oblasti. Iz razloga što jezičko tumačenje ne može da ponudi odgovore na postavljena pitanja, smatra se da rešenje treba potražiti u primeni teleološkog tumačenja i povećani rizik za bezbednost vezati za vršenje određenih krivičnih dela prema datim licima, što znači da je za ovaj oblik teškog ubistva potrebno da postoji povećani rizik da prema tim licima bude izvršeno određeno krivično delo prilikom vršenja njihove dužnosti ili profesije.⁶⁶

Treba reći da unošenje dva nova oblika teškog ubistva predstavlja (velik) korak u pravcu daljeg širenja zakonskog opisa krivičnog dela teškog ubistva, što za posledicu ima da teška ubistva, umesto izuzetka, postaju češći oblici ubistva od običnih ubistava. Osim toga, u legislativnom smislu ovako brojna nabranja, umesto dobro formulisanih uopštenih oblika predstavljaju primer preterane kazuistike u pravnim

65 Đ. Đorđević, „Oblici ubistava u savremenom krivičnom zakonodavstvu“, *Pravni život* 9/2010, 9. i N. Delić, *Nova rešenja u posebnom delu Krivičnog zakonika Srbije*, Beograd 2014, 19.

66 Z. Stojanović, 449.

propisima. Najzad, važno je pomenuti da bi lišenje života do kojeg je došlo u vezi sa vršenjem službene dužnosti, tj. u vezi sa poslovima koje pasivni subjekt obavlja, u najvećem broju slučajeva moglo biti obuhvaćeno lišenjem života „iz drugih niskih pobuda“ (član 114, stav 1. tačka 5. KZ).⁶⁷

Donošenjem ZID KZ iz 2009. godine kao oblik teškog ubistva propisano je i *ubistvo deteta ili bremenite žene* (član 114, stav 1. tačka 9), kod koga kvalifikatornu okolnost predstavlja odgovarajuće svojstvo pasivnog subjekta, koje mora biti obuhvaćeno umišljajem učinioca (AS u Nišu 19Kž.1 598/14). Otklonjiva i neotklonjiva stvarna zabluda u pogledu svojstva pasivnog subjekta isključuju ovaj oblik teškog ubistva i tada postoji obično ubistvo (član 113. KZ). Pojam deteta treba tumačiti u skladu sa odredbom člana 112, stav 8. KZ. U literaturi je prisutan stav da se ovoj inkriminaciji može uputiti primedba i predlog u smislu njenog mogućeg proširenja i na kategoriju maloletnika (član 112, tačka 9. KZ), jer svi razlozi koji se mogu izneti u pogledu opravdanja ovog oblika teškog ubistva stoje i kada su u pitanju maloletnici, a u prilog takvog rešenja govore i mnogi primeri iz uporednog prava.⁶⁸

U skladu sa odredbom člana 27. ZID KZ iz 2009, propisan je i novi oblik krivičnog dela teške telesne povrede kod koga kvalifikatornu okolnost predstavlja određeno, posebno svojstvo pasivnog subjekta i krivično delo postoji ako je učinjeno prema maloletnom licu ili bremenitoj ženi ili licu koje obavlja poslove od javnog značaja (član 121, stav 6. KZ). Po uzoru na teško ubistvo (član 114, stav 1. tačka 9. KZ) ovde su takođe po svom krivičnopravnom značaju izjednačeni odgovarajući uzrast pasivnog subjekta i specifično fiziološko (reproduktivno) stanje žene i ovde je, isto kao i kod teškog ubistva, intencija zakonodavca da se ovim posebno osetljivim kategorijama obezbedi pojačana krivičnopravna zaštita. Ono što je različito u odnosu na teško ubistvo jeste što, za razliku od teškog ubistva kod koga je pojačana krivičnopravna zaštita obezbeđena samo deci, inkriminacijom teške telesne povrede obuhvaćena su deca i maloletnici (isto rešenje je prihvaćeno i kod krivičnog dela izlaganje opasnosti iz člana 125, stav 4. KZ). Osim toga, kada je reč o licu koje obavlja poslove od javnog značaja, za razliku od teškog ubistva gde se lišenje života lica koje obavlja poslove od javnog značaja vezuje za te poslove, teška telesna povreda ne mora biti u vezi sa poslovima koje to lice obavlja.

Jasno je da pružanje pojačane krivičnopravne zaštite posebno osetljivim kategorijama lica nesumnjivo ima svoje kriminalno-političko opravdanje. Međutim, tom zaštitom trebalo bi obuhvatiti ne samo lica određenog uzrasta i bremenite žene već i druga lica koja zbog svoje životne dobi (starija lica) ili zbog svog specifičnog psihofizičkog stanja spadaju u kategoriju posebno osetljivih lica. Otuda bi ove dve kvalifikatorne okolnosti trebalo zameniti jednom okolnošću koja bi imala viši stepen apstraktnosti. Na taj način pojačana krivičnopravna zaštita bila bi obezbeđena posebno osetljivim licima uopšte – deci, maloletnicima, starijim licima, licima koja imaju teže telesne nedostatke ili teže psihičke smetnje i bremenitim ženama.⁶⁹

67 Vid. Đ. Đorđević, (9/2010), 10. i N. Delić, (2014), 20.

68 Đ. Đorđević, „Pravo na život maloletnih lica i njegova zaštita u KZ Srbije“, *Unifikacija prava i pravna sigurnost, Zbornik radova Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović, 2020, Tom I*, Beograd 2020, 184.

69 Đ. Đorđević, (9/2010), 9. i N. Delić, (2014), 20.

Ubistvo člana porodice koji je prethodno zlostavljan (član 114, stav 1. tačka 10. KZ) kao oblik teškog ubistva pretpostavlja da se lišenje života vrši u toku zlostavljanja člana porodice ili neposredno nakon zlostavljanja na istom mestu i u istoj prilici ili u kontinuitetu sa zlostavljanjem (VS u Nišu 3K. 114/15). Treba uzeti da pojam zlostavljanja i ovde podrazumeva višekratne delatnosti. Prema stavu sudske prakse teško ubistvo ne postoji ako je između zlostavljanja člana porodice i lišenja života prošao duži vremenski period (AS u Nišu 2Kž.1 848/15). Tada postoji sticaj krivičnih dela zlostavljanje i mučenje (član 137. KZ) i ubistvo (član 113. KZ) ili sticaj krivičnih dela nasilje u porodici (član 194. KZ) i ubistvo (član 113. KZ).

Da bi postojao ovaj oblik teškog ubistva nije neophodno da je prethodno izvršeno krivično delo nasilje u porodici (član 194. KZ), već je dovoljno da je ubistvo prethodilo „kontinuirano i sistematsko zlostavljanje koje se ogleda u nanošenju fizičkog i psihičkog bola“ (AS u Beogradu Kž.1 428/14). To znači da se ne traži da učinilac bude pravnosnažno osuđen za krivično delo nasilje u porodici iz člana 194. KZ ili za bilo koji drugo krivično delo ili prekršaj sa elementima nasilja (VS u Kragujevcu 2K. 147/14).

Kako se navodi u sudskoj praksi, „kvalifikatornu okolnost koja se sastoji u tome da je okrivljeni prethodno zlostavljao majku kao člana porodice sud je utvrdio na osnovu iskaza samog okrivljenog i iskaza svedoka koji su živeli u istom dvorištu sa oštećenom i sa njom bili u bliskom krvnom srodstvu“ (AS u Kragujevcu Kž.1 2485/12, u istom smislu i VS u Zrenjaninu 1K. 92/11).⁷⁰

Pasivni subjekt krivičnog dela jeste član porodice koji je prethodno zlostavljan. Budući da je u krivičnom pravu pojam člana porodice nedovoljno precizno određen, pitanje ko se sve u smislu ovog krivičnog dela može smatrati članom porodice u praksi i dalje ostaje otvoreno. Suštinski problem ovde predstavlja neusklađenost postojeće zakonske regulative, tj. odredaba krivičnog (član 112, tačka 28. KZ) i porodičnog zakonodavstva (član 197, stav 3. PZ⁷¹).⁷²

U sudskoj praksi u najvećem broju slučajeva dilema nastaje kada je u pitanju bračni, vanbračni ili partnerski odnos jer se prema porodičnom pravu zahteva da je reč o licima koja su živela ili žive u istom porodičnom domaćinstvu, a prema krivičnom pravu potrebno je da lica žive u zajedničkom domaćinstvu. Tako recimo, ima odluka u kojima sudovi stoje na stanovištu da se kao član porodice smatra i „supruga sa kojom je učinilac u razvodu i sa kojom ne živi u istom stanu“ (OS u Beogradu Kž. 343/03 i Kž. 44/04) kao i „bivša supruga sa kojom okrivljeni duže vreme ne živi u bilo kakvoj zajednici“ (AS u Beogradu Kž. 1489/10). Sa druge strane, prisutni su

70 U okviru diskursa „kontrapunkt `istine``“ S. Panov se na veoma interesantan način bavi analizom načina i mogućnosti utvrđivanja istine u slučaju nasilja u porodici ukazujući da sledeće okolnosti: „kamerni“ ambijent dešavanja; često nepostojanje materijalnih dokaza; sukob dve reči, dve verzije, dve istine; involviranost egzistencijalnih interesa; mogućnost manipulacija i psihološkog manevrisanja i dr. S. Panov, „Nasilje u porodici: pravno-teorijski kontrapunktovi“, *Nasilje u porodici, Zbornik radova sa naučnog skupa*, Beograd 2012, 42–44.

71 Porodični zakon, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2005, 72/2011 – dr. zakon i 6/2015.

72 Vid. N. Delić, „Krivičnopravni aspekt nasilja u porodici“, *Nasilje u porodici, Zbornik radova sa naučnog skupa*, Beograd 2012, 112–114. i Đ. Đorđević, „Ubistvo člana porodice“, *Pravni život* 9/2012, 182–184.

stavovi da „ne postoji pokušaj teškog ubistva kada je okrivljeni pokušao da liši života svoju bivšu suprugu sa kojom ne živi u zajedničkom domaćinstvu jer se bivša supruga ne može smatrati članom porodice okrivljenog“ (VS u Zrenjaninu 2K. 78/13), zatim „da se oštećena ne može smatrati članom porodice budući da zajednica u kojoj su prethodno bili okrivljeni i oštećena nije predstavljala vanbračnu zajednicu s obzirom na to da je trajala pet meseci i da nije imala karakter ozbiljne zajednice, koja po mišljenju suda pretpostavlja i ispunjenje nekih drugih uslova, a osim toga Krivični zakonik ne poznaje termin `bivših vanbračnih supružnika`“ (PoS u Beogradu K. 2107/10) kao i da je „izreka odluke prvostepenog suda nerazumljiva kada navodi da se oštećena koja je vanbračna supruga okrivljenog ne može smatrati članom porodice jer su okrivljeni i oštećena `više u ljubavnoj, nego u vanbračnoj zajednici`“ (OS u Čačku Kž. 197/06).

Pošto je kod krivičnog dela nasilje u porodici predviđen oblik kvalifikovan težom posledicom koja se sastoji u smrti člana porodice (član 194, stav 4. KZ), za postojanje teškog ubistva od odlučujućeg značaja je svakako subjektivni odnos učinioca prema smrti pasivnog subjekta i kako se ističe u sudskoj praksi, „radi pravilnog kvalifikovanja nasilja učinjenom prema članu svoje porodice koje je rezultiralo smrtnom posledicom, nužno je utvrditi psihički odnos učinioca prema učinjenom delu i nastupeloj posledici, tj. da li je učinilac postupao sa direktnim umišljajem u odnosu na ugrožavanje spokojstva, telesnog integriteta i/ili duševnog stanja člana svoje porodice, pri čemu se smrtna posledica može pripisati njegovom nehatu – u kom slučaju postoji krivično delo nasilje u porodici iz člana 194, stav 4. KZ, ili su kod učinioca postojali svest i htenje ili pristajanje na smrt člana svoje porodice u momentu nanošenja telesnih povreda koje su rezultirale smrtnom posledicom – u kom slučaju postoji teško ubistvo iz člana 114, stav 1. tačka 10. KZ“ (AS u Kragujevcu Kž.1 967/18).

ZAVRŠNE NAPOMENE

Budući da krivično delo teško ubistvo spada u red najtežih krivičnih dela kod kojih je zaprećena i kazna doživotnog zatvora, jasno je koliko je važno da njegova zakonska formulacija ispuni stroge zahteve koje postavlja načelo zakonitosti, posebno segment *lex certa*. Međutim, prethodni prikaz i analiza jednog broja kvalifikatornih okolnosti kod teškog ubistva govore da zakonodavac u većini slučajeva nije uspeo da obezbedi normativnu platformu koja omogućava jednoznačna tumačenja i ujednačenu primenu u sudskoj praksi. Razlog tome je pre svega nedovoljna određenost nekih kvalifikatornih okolnosti koja je posledica, moglo bi se reći, preteranog korišćenja generalnih klauzula i normativnih obeležja kao nedovoljno određenih pojmova i izraza, tj. pojmova i izraza koji sami po sebi ili u kontekstu u kojem su korišćeni nemaju jasno definisan obim primene. Osim suštinskih, uočljive su i nomotehničke manjkavosti koje u ozbiljnoj meri narušavaju potreban balans između apstrakcije i generalizacije, sa jedne strane i nužne kazuistike, sa druge strane. Kao što je poznato, obim krivičnopravne zaštite ove inkriminacije ne treba da bude opredeljen brojem kvalifikatornih okolnosti, već njihovom sadržinom, suštinom. Najzad i dalje ostaje otvoreno pitanje pravne prirode pojedinih kvalifikatornih okolnosti,

što osim dogmatskog svakako ima i svoj praktičan značaj. Sve navedeno upućuje na zaključak da postojeće zakonsko rešenje teškog ubistva zahteva naučno zasnovano redefinisavanje predviđenih kvalifikatornih okolnosti, što bi trebalo da dovede do neophodnog strukturalnog i sadržinskog unapređenja ove inkriminacije.

LITERATURA

- Atanacković, D. (1981): *Krivično pravo Posebni deo*, Beograd.
- Babić, M., Marković, I. (2013): *Krivično pravo Posebni dio*, Banja Luka.
- Bačić, F., Šeparović, Z. (1992): *Krivično pravo Posebni dio*, Zagreb.
- Čirić, J. (9/2000): „Ubistvo na svirep ili podmukao način“, *Pravni život*.
- Čirić, J. (2021): *Knjiga o mržnji, sa reči na dela... Od govora do zločina mržnje*, Beograd.
- Dekart, R. (1981): *Strasti duše*, Beograd.
- Delić, N. (1998): „Kvalifikovana/teška ubistva (motivi-pobude)“, *Ubistva i samoubistva u Jugoslaviji*, Kopaonik.
- Delić, N. (9/2008): „Pobude kao kvalifikatorne okolnosti kod krivičnog dela teškog ubistva“, *Pravni život*.
- Delić, N. (2011): „Krivičnopravni aspekt zloupotrebe opojnih droga – zakonodavstvo, teorijski stavovi i sudska praksa“, *Kaznena reakcija u Srbiji, Prvi deo*, Beograd.
- Delić, N. (2012): „Krivičnopravni aspekt nasilja u porodici“, *Nasilje u porodici, Zbornik radova sa naučnog skupa*, Beograd.
- Delić, N. (9/2012): „Krivično delo nasilničko ponašanje (član 344. KZ)“, *Pravni život*.
- Delić, N. (2014): *Nova rešenja u posebnom delu Krivičnog zakonika Srbije*, Beograd.
- Delić, N. (2016): „Volja i namera u srpskom pravu“, *Kaznena reakcija u Srbiji, Šesti deo*, Beograd.
- Delić, N. (2016a): „Krivičnopravni značaj mržnje u svetlu identitetskog preobražaja Srbije“, *Identitetski preobražaj Srbije, prilozi projektu 2015 – Kolektivna monografija*, Beograd.
- Delić, N. (2020): „Krivično delo rasna i druga diskriminacija (član 387. KZ) – preciziranje granica krivičnopravne zaštite“, *Kaznena reakcija u Srbiji, Desti deo*, Beograd.
- Delić, N. (2021): *Krivično pravo Posebni deo*, Beograd.
- Derenčinović, D., Cvitanović, L., Munivrana-Vajda, M., Turković, K. (2013): *Posebni dio kaznenog prava*, Zagreb.
- Đorđević, Đ. (9/2005): „Novi oblici teških ubistava u Predlogu Krivičnog zakonika“, *Pravni život*.
- Đorđević, Đ. (9/2008): „Krivičnopravna zaštita života i telesnog integriteta službenih lica“, *Pravni život*.
- Đorđević, Đ. (9/2010): „Oblici ubistava u savremenom krivičnom zakonodavstvu“, *Pravni život*.
- Đorđević, Đ. (9/2012): „Ubistvo člana porodice“, *Pravni život*.
- Đorđević, Đ. (2020): „Pravo na život maloletnih lica i njegova zaštita u KZ Srbije“, *Unifikacija prava i pravna sigurnost, Zbornik radova Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović, Tom I*, Beograd.
- Grupa autora, redaktor Lazarević, Lj. (1995): *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije*, Beograd.

- Irons, D. (3/1895): „Descartes and Modern Theories of Emotion“, *The Philosophical Review*.
- Jakovljević, D. (3/1975): „Krivično delo ubistva na svirep način“, *JRKKP*.
- Jovašević, D. (2017): *Krivično pravo Posebni deo*, Beograd.
- Kolarić, D. (2008): *Krivično delo ubistva*, Beograd.
- Lazarević, Lj. (1995): *Krivično pravo Jugoslavije Posebni deo*, Beograd.
- Lucarelli, S. „Antonio Gozzini non era geloso: era malato. E non capirlo fa male al femminismo“, *The Post Internazionale*, <https://www.tpi.it/opinioni/gozzini-brescia-malato-non-era-gelosia-commento-selvaggia-lucarelli-20201211712096/>, 10. april 2021.
- Milivojević, Z. (2014): *Emocije, Psihoterapija i razumevanje emocija*, Novi Sad.
- Mrvić-Petrović, N. (2016): *Krivično pravo Posebni deo*, Beograd.
- Panov, S. (2012): „Nasilje u porodici: pravno-teorijski kontrapunktovi“, *Nasilje u porodici, Zbornik radova sa naučnog skupa*, Beograd.
- Petrović, D. (9/1998): „Ubistvo na svirep način“, *Pravni život*.
- Petrović, M., Simić, I. (1985): *Praktična primena Krivičnog zakonika SR Srbije*, Aranđelovac.
- Risimović, R. (9/2008): „Nasilničko ponašanje“, *Pravni život*.
- Rochat, P. (2021): *Moral Acrobatics: How We Avoid Ethical Ambiguity by Thinking in Black and White*, Oxford University Press.
- Sadock, B. J., Sadock, V. A., Ruiz, P. (2015): *Kaplan & Sadock's Synopsis of Psychiatry: Behavioral Sciences/Clinical Psychiatry*, Philadelphia.
- Simić, Z. (1/1967): „Pojam niskih pobuda“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*.
- Simonović, B. (1991): *Kriminološki, krivičnopravni, krivičnoprocesni i kriminalistički aspekti motiva krivičnog dela*, DD, Kragujevac.
- Simonović, B. (9/1998): „Ubistvo pri bezobzirnom nasilničkom ponašanju“, *Pravni život*.
- Stojanović, Z. (2019): *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd.
- Tahović, T. (1953): *Krivično pravo Posebni deo*, Beograd.
- Vuković, I. (2021): *Krivično pravo Opšti deo*, Beograd.
- Zlatarić, B. (1956): *Krivični zakonik u praktičnoj primeni, Drugi svezak*, Zagreb.

SUDSKE ODLUKE

Osnovni sud u Čačku: Kž. 197/06, Kž. 288/08.

Osnovni sud u Prokuplju: K. 20/08, K. 47/08.

Osnovni sud u Zrenjaninu: K. 25/07, K. 2/09, K. 50/09, K. 56/09.

Osnovni sud u Leskovcu: K. 52/07, K. 98/07.

Prvi osnovni sud u Beogradu: K. 2107/10.

Apelacioni sud u Beogradu: Kž.1 246/10, Kž.1 1489/10, Kž.1 2282/10, Kž.1 5901/10, Kž.1 489/11, Kž.1 538/11, Kž.1 1416/11, Kž.1 3640/11, Kž.1 3689/11, Kž.1 5137/11, Kž.1 7137/11, Kž.1 351/12, Kž.1 3437/12, Kž.1 1691/13, Kž.1 2482/13, Kž.1 5053/13, Kž.1 5935/13, Kž.1 11/14, Kž.1 428/14, Kž.1 767/14, Kž.1 896/14, Kž.1 1055/14.

Apelacioni sud u Kragujevcu: Kž.1 3141/10, Kž.1 4459/10, Kž.1 2485/12, Kž.1 391/14, Kž.1 1314/14, Kž.1 211/15, Kž.1 656/15, Kž.1 774/16, Kž.1 149/17/2, Kž.1 851/17, Kž.1 225/18, Kž.1 967/18.

Apelacioni sud u Nišu: Kž.1 4309/10, Kž.1 2778/12, 19Kž.1 598/14, 2Kž.1 848/15, 5Kž.1 54/16.

Apelacioni sud u Novom Sadu: Kž.1 2663/10, Kž. 3347/10, Kž.1 100/11, Kž. 1990/12, Kž.1 3594/13, Kž.1 342/17, Kž.1 892/17, Kž. 1892/17.

Okružni sud u Beogradu: Kž. 2714/96, Kž. 343/03, Kž. 44/04, Kž. 2108/06.
 Viši sud u Čačku: K. 7/13, K. 54/13, K. 12/14.
 Viši sud u Kragujevcu: 2K. 147/14.
 Viši sud u Kraljevu: 2K. 69/11, 3K. 18/12.
 Viši sud u Kruševcu: K. 76/13.
 Viši sud u Nišu: K. 42/10, 3K. 114/15.
 Viši sud u Novom Sadu: K. 195/15.
 Viši sud u Požarevcu: K. 29/07, K. 128/08.
 Viši sud u Somboru: K. 123/06, K. 112/10.
 Viši sud u Šapcu: 1K. 227/10, 3K. 77/11, 4K. 153/11, 5K. 52/14, 4K. 153/14.
 Viši sud u Užicu: K. 9/12, K. 34/14.
 Viši sud u Valjevu: K. 55/11.
 Viši sud u Zrenjaninu: 1K. 92/11, 3K. 77/13, 2K. 78/13.
 Savezni sud: Kžs. 8/75.
 Vrhovni sud Jugoslavije: Kž. 19/70, Kž. 50/70, Kž. 29/73.
 Vrhovni sud Srbije: Kž. 1817/65, Kž.I 982/70, Kž.I 51/71, Kž.I 914/72, Kž.I 285/73, Kž. 11/84,
 Kž. 694/87, Kž. 1362/88, Kž. 192/92, Kž. 1339/95, Kž.I 877/96, Kž.I 947/98, Kž. 1920/98,
 Kž. 816/99, Kžm. 39/00, Kž. 590/00, Kž. 1488/00, Kž. 602/01, Kž. 2974/03, Kž. 1077/04,
 Kž. 510/06, Kž. 1744/07, Kž. 1753/07, Kž.1 1565/08, Kž.1 272/08.
 Vrhovni sud Vojvodine: Kž. 562/69, Kžm. 54/93, Kž. 250/03.

Nataša Delić

Faculty of Law, University of Belgrade

A FEW DILEMMAS REGARDING CERTAIN QUALIFYING CIRCUMSTANCES OF THE CRIMINAL OFFENCE AGGRAVATED MURDER (ARTICLE 114. CC)

SUMMARY

In this paper, the author considers a few controversial questions regarding certain qualifying circumstances of the criminal offence aggravated murder (article 114. CC). When it comes to aggravated murder in a cruel or insidious manner, special attention is dedicated to the nature and the objective-subjective, or rather the subjective-objective essence of these qualifying circumstances. Regarding aggravated murder by callous violent behaviour, the focus is on the terminological analysis of the relevant legislative formulation, encompassing the linguistic and logical methods of analysis, as well as a systematic approach that is relevant for determining the relation between this form of aggravated murder and the criminal offence of violent behaviour (article 344. CC). The display and analysis of base motives that can be relevant as qualifying circumstances of aggravated murder include their inspection through the prism of adequate extralegal scientific disciplines, the most relevant being general psychology, which should serve as a starting point for an adequate analysis and unified application in the judicial practice. The qualifying circumstance contained in

the legislative formulation „*Who causes the death of another in order to commit or conceal another offence*“ raises the question of whether this is an example of motive or ulterior intent. Finally, those forms of aggravated murder in which the qualifying circumstances include an adequate characteristic of the passive subject (*inter alia*) require a nomotechnical as well as a crime-political aspect of analysis. The theoretical elaboration of the aforementioned qualifying circumstances is backed up with a considerable number of illustrious stances of the judiciary. Since the criminal offense aggravated murder is one of the most severe criminal offenses (punishable even by life imprisonment), it is clear how important it is that this offence's legal formulation meets the strict requirements imposed by the principle of legality, especially its *lex certa* segment.

Keywords: aggravated murder, qualifying circumstances, violent behavior, motives, base motives, ulterior intent, domestic violence.

Goran P. Ilić*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

ARBITRARNA PRIMENA PRAVA I PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE

Apstrakt: U radu su istražena problematika arbitrarne primene prava i njenog odnosa sa pravom na pravično suđenje. Autor objašnjava značenje pojma arbitarnosti, ukazuje na razliku u odnosu na neke slične pojmove, a pre svega na diskreciono odlučivanje. Analizirana je i doktrina četvrte instance koja je nastala u praksi Evropskog suda za ljudska prava i objašnjeno je da jedino tumačenja nacionalnih sudova o činjeničnim i/ili pravnim pitanjima koja su arbitrarne mogu da predstavljaju razlog za ispitivanje sprovedenog postupka i donete odluke. Autor je naglasio da arbitrnost ne treba vezivati samo za primenu materijalnog prava, već i za primenu odredaba procesnog prava. Nakon toga je usledila analiza nekoliko slučajeva iz prakse Ustavnog suda u kojima se može govoriti o arbitrarnoj primeni prava. Zaključak do kojeg autor dolazi jeste da arbitrnost u primeni prava podriva jedan od nosećih stubova vladavine prava. Ona dovodi u pitanje zahtev za „vladavinom prava, ne čoveka“ i rađa strah od samovolje. Arbitrnost je u tesnoj vezi sa rečima lorda Ektona da svaka vlast kviri, a apsolutna vlast kviri apsolutno. U takvom okruženju se o pravičnosti sudskih postupaka ne može govoriti.

Ključne reči: arbitrnost, diskreciono odlučivanje, primena prava, pravičnost, krivični postupak, Ustavni sud, Evropska konvencija o ljudskim pravima, Evropski sud za ljudska prava.

I

U „Rečniku srpskog jezika“¹ se reč *arbitraran* određuje, pre svega, kao *proizvoljan, nepotkrepljen* ili *neosnovan*, ali se može koristiti i za označenje onoga koji *isključuje prigovor, presudan* ili *besprizivan*. Iako se oba značenja mogu dovesti u vezu s primenom prava, treba se zadržati na arbitrnosti kao proizvoljnom postupanju, a to bi, s osloncem na pomenuti izvor,² upućivalo na *neusklađenost* s propisima, običajima, merilima, *određenost otprilike, odoka*. U poznatom Kornijevom pravnom rečniku³ se arbitrnom (lat. *arbitrarius*) pridaje značenje karaktera neke odluke koji nije proizašao iz primene određenog postojećeg propisa, već je izraz *samovolje* (*une volonté libre*). Pored toga, u širem smislu bi se moglo govoriti o *nepravničnom* karakteru (*caractère injuste*) određene odluke (ili ovlašćenja za njeno donošenje)

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

1 Milica Vujanić *et al.*, *Rečnik srpskoga jezika*, Izmenjeno i popravljeno izdanje, Matica srpska, Novi Sad 2011, 41.

2 *Ibid.*, 1046.

3 Gérard Cornu (publié sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 4e édition, Presses Universitaires de France, 2003, 68.

ili o *odstupanju* koje nije u skladu sa zahtevima *razuma* ili *morala* i često je lišeno razumnog utemeljenja.

Može se steći utisak da arbitrarno ima određenih sličnosti s diskrecionim, pa ću se potruditi da u najbitnijem ukažem na razliku između ovih pojmova. Autori rečnika srpskoga jezika nisu na dobrom tragu kada pravni smisao reči *diskrecioni* povezuju s načelom odlučivanja po *sopstvenom nahođenju*,⁴ jer nas to usmerava ka poznatoj Ulpijanovoj maksimi *Princeps legibus solutus est*. Zbog toga bi *diskreciono postupanje* trebalo razumeti kao ovlašćenje ili nadležnost čije vršenje *nije određeno u svim svojim elementima*, već je njihovom titularu ostavljen određeni *prostor za slobodnu ocenu*.⁵

Drugim rečima, diskrecija predstavlja ovlašćenje koje daje mogućnost odlučivanja na osnovu ocene između dve ili više mogućnosti, od kojih su sve *zakonite*.⁶ U doktrini se ukazuje da zakonitost slobodne ocene (odnosno diskreciono odlučivanje)⁷ ima tri elementa: 1) potrebno je da postoji *pravno ovlašćenje* za korišćenje slobodne ocene, 2) prilikom primene slobodne procene neophodno je *držati se granica datog ovlašćenja*, jer svako je prekoračenje nezakonito, i 3) prilikom odlučivanja je potrebno *voditi računa o cilju poveravanja ovlašćenja* na slobodnu ocenu.⁸ S obzirom da diskreciono odlučivanje poznaje određena ograničenja, postoji mišljenje⁹ da ih je moguće podeliti na proceduralna i materijalna. Dok se proceduralna ograničenja odnose na oblike odlučivanja i mogu se podvesti pod pojam *pravičnosti* (*fairness*), materijalna ograničenja se tiču relevantnih elemenata za sudsku ocenu i mogu se obuhvatiti pojmom *racionalnosti* (*rationality*).

Određenje diskrecionog ovlašćenja donekle olakšava, ali ne otklanja neke od najvažnijih nedoumica koje iskrsavaju prilikom definisanja pojma arbitrarnosti. Jedan od osnovnih problema odnosi se na kontekst u okviru kojeg se utvrđuje da li je nešto arbitrarno, jer različiti ciljevi i interesi u velikoj meri utiču na uspostavljanje ključnih razlika prilikom određivanja konteksta.¹⁰ Pored toga, arbitrarnost bi trebalo razliko-

4 M. Vujanić *et al.*, 271.

5 G. Cornu, 304.

6 Aharon Barak, „Judicial discretion“, Yale University Press, New Haven 1989, 17–20 <https://doi.org/10.2307/j.ctt211qxt8> in Francesca Asta, „Arbitrary Decision-making and the Rule of law – The Role of the Jurisdiction in Migrants’ Detention Proceedings – Between Discretion and Arbitrariness“, *Etikk i praksis Nordic Journal of Applied Ethics*, 2/2020, 110.

7 Zoran R. Tomić, *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku – Sa sudskom praksom i registrom pojmova*, Službeni glasnik, Beograd 2017, 113.

8 Jedan od slučajeva diskrecionog odlučivanja u oblasti krivičnog procesnog prava jeste ocenjivanje činjenica koje su od značaja za odmeravanje kazne. S obzirom da je sudsko odlučivanje prilikom donošenja ove odluke samo delimično uređeno pravnim propisima, sudiji je dat određeni „slobodni prostor“ unutar kojeg vrednuje okolnosti koje utiču na donošenje odluke o kazni, a tom prilikom se oslanja na svoje razumno rasuđivanje (*prudenti iudicis arbitrio*). Vladimir Bayer, *Problematika pravnih lijekova protiv prvostepenih krivičnih presuda u kontekstu suvremene reforme krivičnog procesnog prava*, Poseban otisak iz: *Rad Jugoslavenske akademije znanosti i umjetnosti 401 Razreda za društvene znanosti – Knjiga XXI*, Zagreb 1982, 83.

9 A. Barak, 17–20, in F. Asta, 110; George R. Wright, „Arbitrariness: Why the Most Important Idea in Administrative Law Can’t Be Defined, and What This Means for the Law in General“, *University of Richmond law Review* Vol. 44, 2/2019, 850.

10 *Ibid.*, 839, 842.

vati od nekih drugih, srodnih standarda koji se sreću u uporednom pravu, kao što su „očigledno pogrešan“ („*clearly erroneous*“), „nerazumnost“ („*unreasonableness*“) ili „nepotkrepljenost suštinskim dokazom“ („*unsupported by substantial evidence*“).¹¹

Kontekst u kojem arbitrarnost treba sagledati jeste primena prava u skladu sa ustavom, a to, prema shvatanju pojedinih autora,¹² upućuje na odredbe o *Due Process of Law*. To nas dovodi na teren vladavine prava koja je, uz zanemarivanje određenih doktrinarnih neslaganja, u osnovi zasnovana na sledećim standardima:¹³ zakon kao odbrana od privatne prinude; zakon treba da bude jasan, siguran, javno objavljen i primenljiv *pro futuro*; vladavina prava podrazumeva određenu opštost zakona; zakon treba da bude postojan i moguć; zakon ograničava, kontroliše i rukovodi primenu službenih ovlašćenja; sud mora da bude nezavistan, nepristrasan i dostupan svakome; vladavina prava je suprotna odlukama koje izražavaju ličnu volju ili pojedinačni sud. U sažetijem vidu vladavinu prava je moguće svesti na tri noseća stuba:¹⁴ vladu ograničenu zakonom, formalnu zakonitost i „vladavinu prava, ne čoveka“ („*the rule of law, not man*“).

Ideja o „vladavini prava, ne čoveka“ proizašla je iz zahteva da se živi u skladu s vladavinom zakona, u nastojanju da se otkloni opasnost od nepredvidivih slabosti drugih pojedinaca – monarha, sudija, državnih službenika ili drugih građana. Osećaj za vladavinu prava je utemeljen na strahu i nepoverenju u druge. Zbog toga je vladavina prava pretpostavljena neobuzdanoj vladavini drugog, čak i kada bi to bila mudra osoba, i na taj način se otklanjaju moguće zloupotrebe koje su svojstvene moći vladanja.¹⁵ Značajno ograničenje nosilaca vlasti se sastoji i u nepostojanju potpune slobode da se izmeni zakon po vlastitom nahođenju, već je to uslovljeno određenim sadržinskim i proceduralnim zahtevima. Pri tome su sadržinska ograničenja ranije izvođena iz prirodnog prava ili *common law*-a, ali je nakon Drugog svetskog rata, strahota i razaranja koje je doneo, prevladala svest da država mora da bude zaštićena ne samo pomoću zakona, već i od zakona, pa čak i od sebe same, a to je moguće samo ako se koncept pravne države zasnuje na osnovnim slobodama i pravima.¹⁶

II

Na terenu smo osnovnih sloboda i ljudskih prava, a to na regionalnom, tačnije kazano, evropskom nivou, kao i za razmatranje kojim se u ovom radu bavim,

11 *Ibid.*, 864, 865.

12 Randy E. Barnett, Evan D. Bernick, „No Arbitrary Power: An Originalist Theory of the Due Process of Law“, *William & Mary Law Review* Vol. 60, 5/2019, 1644, 1645.

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

14 Brian Z. Tamanaha, *One the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, Cambridge 2004, 114, 119, 122.

15 *Ibid.*, 122.

16 Mireille Delmas-Marty, „Introduction“, *Libertés et droits fondamentaux Introduction, textes et commentaires* (sous la direction de M. Delmas-Marty, C. Lucas de Leyssac), deuxième édition, Le Seuil, Paris 2002, 9, 10.

pretpostavlja oslonac na odredbe Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.¹⁷ Preambula EKLJP proklamuje neraskidivu vezu između osnovnih sloboda i stvarne političke demokratije i poštovanja ljudskih prava. Vladavina prava, kao ugaoni kamen pravne države, podrazumeva postojanje efikasnog sudskog sistema koji pruža delotvornu zaštitu u slučaju povrede ljudskih prava i osnovnih sloboda. Razumljivo je zato da garancija pravičnog postupka, kao izraz duha Evropske konvencije o ljudskim pravima, ima istaknuto mesto u demokratskom društvu.

U doktrini¹⁸ evropskog prava ljudskih prava se pravi razlika između prava koja utemeljuju slobodu (*les droits fondateurs de liberté*) i zaštitnih prava (*les droits de sauvegarde*) koja omogućavaju delotvornu zaštitu prethodno pomenutih prava. Jedno od najvažnijih zaštitnih prava je pravo na pravično suđenje koje je sadržano u odredbi člana 6 EKLJP. Ono obuhvata prava *organizacionog* i prava *procesnog* karaktera, pri čemu je u okviru procesnih prava, pored onih koja se tiču postupka *stricto sensu*, moguće izdvojiti i prava koja se odnose na sudsku odluku.¹⁹

Kada je reč o sudskoj odluci, pored prava na obrazloženu sudsku odluku, kao aspekt prava na pravično suđenje navodi se i zabrana arbitrarnog postupanja (*arbitrariness*).²⁰ Autori koji se bave ovom problematikom navode da je reč o tzv. doktrini četvrte instance („*the fourth instance doctrine*“)²¹ koja omogućava Evropskom sudu za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP/ECtHR/CEDH)²² da se uzdrži od preteranog mešanja u odluke koje donose nacionalni sudovi država članica. Doktrina četvrte instance je prvi put pomenuta u presudi *Kemmache protiv Francuske*, iznošenjem gledišta da nije uloga ESLJP da ocenjuje činjenice koje su rukovodile nacionalni sud da usvoji jednu odluku. U protivnom slučaju bi Sud postupao kao sud treće ili četvrte instance, a to znači da ne bi poštovao ograničenja koja su nametnuta njegovom postupanju.²³ Doktrina četvrte instance je utemeljena na principu supsidijarne primene odredaba EKLJP, ali daleko od toga da je u vezi s njom izgrađen zaokružen i potpuno dosledan pristup.²⁴

17 Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda sa dodatnim protokolima, sa izmenama i dopunama – EKLJP, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori* 9/2003, 5/2005 i 7/2005 – ispravka i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori* 12/2010 i 10/2015.

18 Goran P. Ilić, „Pravo na obrazloženu sudsku odluku“, *Crimen* (II), 2/2011, 229.

19 Aleksandar Jakšić, *Evropska konvencija o ljudskim pravima komentar*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd 2006, 160.

20 Alan Uzelac, „Pravo na pravično suđenje u građanskim predmetima: nova praksa Evropskog suda za ljudska prava i njen utjecaj na hrvatsko pravo i praksu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* Vol. 60, 1/2010, 104.

21 Dragoljub Popović, *Postanak evropskog prava ljudskih prava Esej o sudskoj kreativnosti* (prevod: Vanja i Miodrag Jovanović), *Službeni glasnik*, Beograd 2012, 152; Jasna Omejec, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Evropskog suda za ljudska prava Strasbourgski acquis*, Novi informator d. o. o., Zagreb 2103, 587. U tom smislu i: A. Uzelac, 106.

22 Prilikom navođenja određene odluke, Evropski sud za ljudska prava će biti, u zavisnosti od jezika na kojem je odluka napisana, označen na ovaj način: ECtHR ili CEDH.

23 ECtHR, *Kemmache v. France*, 17621/91, 24 November 1994, § 44.

24 D. Popović, 152.

Sušтина je u tome da ESLJP po pravilu ne postupa kao sud četvrte instance i takav stav je jasno izražen u presudi Velikog veća u predmetu *García Ruiz protiv Španije*.²⁵ Naime, funkcija ESLJP nije da se bavi navodnim greškama nacionalnog suda prilikom utvrđivanja činjeničnih ili pravnih pitanja, osim ako se ne pojavi sumnja da su njima prekršena prava i slobode zaštićene Konvencijom. Pored toga, iako član 6 EKLJP jemči poštovanje prava na pravično suđenje, on ne postavlja nikakva pravila o prihvatljivosti dokaza ili načina na koji bi oni trebalo da se ocenjuju. Reč je prevashodno o pitanjima koja treba da budu uređena nacionalnim pravom i rešavana od strane nacionalnih sudova.

Iako ESLJP često koristi doktrinu četvrte instance u cilju sudskog samooograničenja, u teoriji joj nije posvećena odgovarajuća pažnja.²⁶ Jedan od razloga zbog kojeg ESLJP odstupa od pravila da se ne upušta u tumačenja koje su dali nacionalni sudovi jeste i arbitrarnost ocene nacionalnih sudova o činjeničnim i/ili pravnim pitanjima. Opšti je zahtev da tumačenje i primena domaćeg prava od strane domaćih organa moraju da budu „oslobođeni od arbitrarnosti“ („free of arbitrariness“).²⁷

Arbitrarnost može da bude posledica, o čemu svedoči predmet *Carbonara i Ventura protiv Italije*,²⁸ razvoja sudske prakse kojim se uskraćuje delotvorna zaštita prava i, zbog toga, može doći do odstupanja od načela zakonitosti. S obzirom da se pravičnost suđenja ostvaruje kroz isključenje proizvoljnosti u postupanju i odlučivanju od strane domaćih sudova, njihova obaveza je da se pridržavaju postojećih procesnih pravila u toku postupka. Drugim rečima, stranke uvek imaju pravo da očekuju da će se postojeća pravila primeniti na njihov slučaj.²⁹ O pravičnom suđenju se ne može govoriti ni kada domaći sud donese osuđujuću presudu za radnje koje se ne mogu jasno razlikovati od dozvoljenih aktivnosti, a tom prilikom arbitrarno tumači krivični zakon na štetu okrivljenog.³⁰ U praksi ESLJP bilo je primera da zakonska odredba i odluka koja je doneta na osnovu nje budu ocenjeni kao arbitrarni, a samim tim i u suprotnosti s pravom na pravično suđenje.³¹ Na kraju, ali ne manje važno, želim da istaknem stav ESLJP da u slučaju kada je utvrđena povreda neke odredbe EKLJP, nacionalni zakonodavac ima mogućnost da, u zavisnosti od značaja povređenog prava, predvidi da li će strazburška odluka predstavljati osnov za ponovno suđenje. To je u skladu s marginom slobodne procene, pa ESLJP ispituje samo da li se odluka nacionalnog suda kojom je odbijen zahtev za novo suđenje može oceniti kao arbitrarna.³²

25 ECtHR, (G.Ch), *García Ruiz v. Spain*, 30544/96, 21 January 1999, § 28.

26 D. Popović, 153.

27 J. Omejec, 596.

28 ECtHR, *Carbonara and Ventura v. Italy*, 24638/94, 30 May 2000, § 65.

29 ECtHR, *Sotiris and Nikos Koutras ATTEE v. Greece*, 39442/98, 16 November 2000, § 20.

30 ECtHR, *Navalnyy and Ofitserov v. Russia*, 46632/13 and 28671/14, 23 February 2016, § 115.

31 U pitanju je predmet u kojem je ESLJP prihvatio argumentaciju Ustavnog suda o *arbitrarnosti* zakonske odredbe i odluke o prestanku radnog odnosa protiv policijskog službenika zbog pokretanja krivičnog postupka i odbijanju da bude vraćen na posao nakon što je oslobođen od optužbe. ECtHR, *Milojević and others v. Serbia*, 43519/07, 43524/07 and 45247/07, 12 January 2016, § 84.

32 CEDH, *Kontalexis c. Grèce (n° 2)*, 29321/13, 6 septembre 2018, § 58.

III

Dosadašnje izlaganje pokazuje da je spor između Ustavnog suda i nekadašnjeg Vrhovnog suda Srbije, a sada Vrhovnog kasacionog suda (u daljem tekstu: VKS), o mogućnosti da sudske odluke budu predmet ustavnosudske kontrole u najvećoj meri neopravdan. U pojedinim radovima³³ se ukazuje da su sudije redovnih sudova posebno osetljive (pa čak i uvređene) zbog toga što Ustavni sud u svojim odlukama koristi termine „proizvoljna“ i „arbitrarna“ primena materijalnog prava kada ocenjuje ustavnost sudskih odluka. Autor izražava određeno razumevanje za takve „duševne patnje“ budući da se sve češće usvajaju ustavne žalbe sa obrazloženjem da je u osporenoj sudskoj odluci proizvoljno primenjeno materijalno pravo, iako se ne radi o „proizvoljnosti“ u ustavnopravnom smislu nego o pogrešnoj ili nepravilnoj primeni materijalnog prava čija ocena je u nadležnosti instancionih sudova.

Nije na odmet ponoviti da ne samo materijalne, već i odredbe procesnog karaktera mogu da budu arbitrarno primenjene. U tom smislu podsećam na predmet *Sotiris i Nikos Koutras ATTEE protiv Grčke* u kojem je ESLJP izneo stav da je cilj procesnih pravila, u skladu s kojim se podnosi pravni lek, da obezbede dobro deljenje pravde. Zainteresovana lica moraju da budu sigurna da će postojeća pravila biti primenjena. Upravo na tragu ovog stava, Ustavni sud (u daljem tekstu: US) je u jednoj odluci³⁴ utvrdio povredu prava na pravično suđenje iz člana 32 stav 1 Ustava Republike Srbije.³⁵ Tom prilikom je US istakao izuzetnu važnost stanovišta ESLJP izraženog u predmetu *Sotiris i Nikos Koutras ATTEE protiv Grčke*, jer strankama u postupku omogućava da svoje ponašanje usklade sa postojećim procesnim pravilima, u kom slučaju na njihovoj strani postoji i legitimno očekivanje da se na njihov slučaj ta postojeća, predvidljiva pravila zaista i primene.

Specifičnost konkretne procesne situacije ogleda se u tome da je *samo* podnosi-lac ustavne žalbe podneo žalbu protiv prvostepenog rešenja o troškovima krivičnog postupka. Međutim, osporenim rešenjem Osnovnog suda u Pančevu Kv. 875/13 od 19. novembra 2013. godine, „povodom žalbe branioca okrivljenog“ je preinačeno prvostepeno rešenje o troškovima krivičnog postupka time što je podnosiocu *dosuđen manji novčani iznos* na ime troškova postupka u odnosu na novčani iznos koji je dosuđen prvostepenim rešenjem.

Ustavni sud je podsetio da je izjavljivanje žalbe u krivičnom postupku jedna dispozitivna radnja stranke u postupku, a to znači da žalbeni sud ne pokreće *ex officio* postupak po žalbi, već je, naprotiv, vezan inicijativom stranke u postupku. Navedena dispoziciona maksima u žalbenom postupku ogleda se i u tome da stranka istaknutim navodima i postavljenim zahtevom u žalbi određuje osnov, obim i pravac pobijanja prvostepene odluke, a žalbeni sud, ispituje žalbom pobijanu odluku

33 Katarina Manojlović Andrić, „Odnos Vrhovnog kasacionog suda i Ustavnog suda – konflikt koji i dalje traje“, Fondacija Centar za javno pravo, Naučna konferencija i stručni dijalog: *Ustavna žalba u Republici Srbiji – dometi i ograničenja*, Beograd 29. 11. 2019, 2, 9, http://www.fcjp.ba/analize/Katarina_Manojlovic_Andric-Odnos_Vrhovnog_kasacionog_suda_i_Ustavnog_suda-konflikt_koji_i_dalje_traje.pdf

34 US, *Už-11573/13*, 16. jun 2016.

35 Ustav Republike Srbije – Ustav, *Službeni glasnik RS*, 98/2006.

u onom delu koji je obuhvaćen žalbenim navodima i zahtevom u žalbi (*tantum devolutum quantum appellatum*). Kada su u pitanju rešenja koja se pobijaju žalbom, odredbom člana 467 stav 1 Zakonika o krivičnom postupku³⁶ je propisano da sud ispituje rešenje u okviru osnova, dela i pravca pobijanja istaknutim u žalbi. Drugim rečima, odredbe ZKP isključuju mogućnost da sud po službenoj dužnosti ispita rešenje izvan žalbenih navoda i zahteva u žalbi.

Na osnovu toga je Ustavni sud ocenio da je Osnovni sud u Pančevu osporenim rešenjem Kv. 875/13 od 19. novembra 2013. godine, kojim je podnosiocu do-suđen manji novčani iznos na ime troškova postupka u odnosu na novčani iznos koji je do-suđen prvostepenim rešenjem, izašao izvan granica istaknutih navoda i postavljenog zahteva u podnosiocевой žalbi, čime je istovremeno *postupio suprotno imperativnoj odredbi* člana 467 stav 1 ZKP. Ustavni sud ocenjuje da je ovakvim postupanjem krivičnog suda *dovedena u sumnju pravičnost postupka u celini* povodom *odlučivanja* o podnosiocевom zahtevu za naknadu troškova odbrane.

IV

U ovom odeljku želim da ukažem na dva izdvojena saglasna mišljenja koja sam svojevremeno napisao u vezi sa određenim odlukama Ustavnog suda. Prvo se odnosi na rešenje o odbacivanju ustavne žalbe koje je, zbog nedostatka procesnih pretpostavki, Ustavni sud doneo 19. jula 2018. godine.³⁷

Protiv podnositeljke ustavne žalbe su vođena dva kaznena postupka, pri čemu je prekršajni postupak pokrenut donošenjem rešenja od 7. februara 2013. godine, dok je 10. januara 2013. godine podnošenjem privatne tužbe protiv nje započelo krivično gonjenje. Iako je krivični postupak pokrenut nakon postupka pred prekršajnim sudom, u periodu od *oko dve godine* su protiv podnositeljke ustavne žalbe *istovremeno* vođeni kazneni postupci pred dva suda. Na taj način je, prema mom shvatanju, otvoren problem u vezi s delovanjem načela *ne bis in idem*.

U obrazloženju rešenja Prekršajnog suda u Požegi – Odeljenje u Arilju Pr. 172/13 od 26. februara 2015. godine kojim je obustavljen postupak protiv podnositeljke ustavne žalbe navedeno je da je ona 24. maja 2013. godine tražila odlaganje suđenja zbog toga što se protiv nje u vezi sa istim događajem vodi krivični postupak. Prekršajni sud je tek 3. februara 2014. godine zatražio od Osnovnog suda u Požegi informaciju o pokretanju, vođenju i ishodu krivičnog postupka, a pošto je dobio odgovor da je u toku krivični postupak koji još uvek nije okončan, prekršajni sud je pozvao podnositeljku ustavne žalbe i ona je iznela svoju odbranu. Na osnovu toga sam zaključio da prekršajni sud *nije smatrao* da je reč o *istom delu* za koje se protiv podnositeljke ustavne žalbe vodi i krivični postupak. Međutim, nakon toga je prekršajni sud na zahtev krivičnog suda najpre dostavio fotokopiju spisa, a zatim i originalne spise prekršajnog predmeta. S obzirom da su spisi prekršajnog predmeta vraćeni tek 24. februara 2015. godine, prekršajnom sudu nije preostalo ništa drugo

36 Zakonik o krivičnom postupku – ZKP, *Službeni glasnik RS*, 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013 i 45/2013.

37 US, *Už- 6908/2015*, 19. jul 2018.

nego da 25. februara 2015. godine obustavi prekršajni postupak protiv podnositeljke ustavne žalbe zbog nastupanja apsolutne zastarelosti.

U izdvojenom mišljenju sam podsetio da član 34 stav 4 Ustava predviđa da niko ne može biti gonjen ni kažnjen za krivično delo za koje je pravnosnažno presudom oslobođen ili osuđen ili za koje je optužba pravnosnažno odbijena ili postupak pravnosnažno obustavljen, niti sudska odluka može biti izmenjena na štetu okrivljenog u postupku po vanrednom pravnom leku. Istim zabranama podleže vođenje postupka za neko drugo kažnjivo delo.

Smatrao sam da je u svetlu navedene ustavne odredbe potrebno analizirati domašaj rešenja o obustavi prekršajnog postupka. Na prvi pogled bi se moglo reći da ono predstavlja smetnju za pokretanje ili nastavljajanje krivičnog postupka u kojem se odlučuje o istom delu, pod uslovom da je reč o „istim činjenicama ili činjenicama koje su u bitnome iste“.³⁸ Nema sumnje da prekršajni sud nije prihvatio takvo stanovište, jer je nakon obaveštenja da se protiv podnositeljke ustavne žalbe vodi krivični postupak povodom istog događaja nastavio prekršajni postupak i saslušao je u svojstvu okrivljene. Pitanje je, međutim, da li je prekršajni sud ispravno postupio kada je dostavio originalne spise predmeta krivičnom sudu, a da prethodno nije doneo odgovarajuću odluku o sudbini prekršajnog postupka. Da je ostao na snazi prethodni Zakon o prekršajima³⁹ sud je mogao da primeni odredbu člana 213 stav 1 tačka 3 ZP/05 koja je propisivala da u slučaju kada je za isto delo protiv okrivljenog pokrenut krivični postupak, prekid traje do donošenja pravnosnažne sudske odluke u krivičnom postupku. Drugim rečima, postojala je mogućnost donošenja rešenja o prekidu prekršajnog postupka bez rizika da će to predstavljati smetnju, u smislu člana 34 stav 4 Ustava, za vođenje krivičnog postupka.

S obzirom da važeći Zakon o prekršajima⁴⁰ predviđa da se rešenje o prekidu prekršajnog postupka može doneti ako se ne zna boravište okrivljenog ili je on u bekstvu, ili inače nije dostižan državnim organima, ili se nalazi u inostranstvu na neodređeno vreme, ili ako je kod okrivljenog nastupilo privremeno duševno oboljenje ili privremena duševna poremećenost (član 245 stav 1 ZP), razumljivo je zbog čega prekršajni sud (pod uslovom da se uopšte bavio pitanjem da li i koju odluku treba doneti u konkretnom slučaju) nije mogao da prekine prekršajni postupak. Nije dolazilo u obzir ni rešenje o odbacivanju zahteva za pokretanje prekršajnog postupka, jer se ova odluka donosi kada nisu ispunjeni uslovi za pokretanje prekršajnog postupka (v. član 184 st. 1 i 2 ZP). Zapitao sam se zato kako je prekršajni sud valjalo da postupi.

Za razliku od krivičnog postupka koji može biti obustavljen jedino zbog postojanja neotklonjivih procesnih smetnji (istina, osnov za obustavu krivičnog postupka mogu da budu i razlozi koji su po svojoj prirodi materijalnog karaktera – na primer, delo koje je predmet optužbe nije krivično delo), rešenje o obustavi prekršajnog postupka se može doneti kako zbog neotklonjivih, tako i zbog otklonjivih procesnih

38 ECtHR, (G.Ch.), *Sergey Zolotukhin v. Russia*, 14939/03, 10 February 2009, §§ 81, 82, 84.

39 Zakon o prekršajima – ZP/05, *Službeni glasnik RS*, br. 101/2005, 116/2008 i 111/2009.

40 Zakon o prekršajima – ZP, *Službeni glasnik RS*, br. 65/2013, 13/2016 i 98/2016 – odluka Ustavnog suda.

smetnji. Upravo odredba člana 248 stav 1 tačka 3 ZP nedvosmisleno upućuje na takav zaključak, jer iz slučajeve u kojima u prekršajnom postupku deluje *res iudicata* (dakle, zbog postojanja neotklonjivih procesnih smetnji) izričito izuzima sudsku nenadležnost koja predstavlja otklonjivu procesnu smetnju. Moje mišljenje je da procesno dejstvo načela *ne bis in idem* u prekršajnom postupku ne treba posmatrati isključivo u svetlu naziva sâme odluke, već treba učiniti još jedan korak – pozabaviti se pitanjem osnova zbog kojeg se takva odluka donosi. Drugim rečima, u slučaju kada je do obustave prekršajnog postupka došlo usled stvarne nenadležnosti suda ili drugih otklonjivih procesnih smetnji, rešenje o obustavi prekršajnog postupka, uprkos svom nazivu, ne predstavlja smetnju za vođenje krivičnog postupka (štaviše, u slučaju okončanja krivičnog postupka odlukom koja ne spada pod okrilje člana 34 stav 4 Ustava bilo bi moguće pokrenuti postupak pred prekršajnim sudom).

Osim što pod „isti šinjel“ podvodi dve kategorije procesnih smetnji, nedostatak člana 248 stav 1 tačka 3 ZP je u tome što kao jedini izuzetak u kojem rešenje o obustavi prekršajnog postupka ne predstavlja smetnju za ponovno suđenje u istoj prekršajnoj stvari predviđa nenadležnost suda. Ispravan pristup bi podrazumevao da se i druge otklonjive procesne smetnje (primera radi, vođenje postupka bez zahteva, odnosno nepostojanje zahteva ovlašćenog podnosioca i postojanje diplomatskog imuniteta okrivljenog) navedu kao slučajevi u kojima rešenje o obustavi prekršajnog postupka nema učinak *res iudicata* na vođenje drugog prekršajnog postupka.

U zaključku izdvojenog mišljenja sam istakao da je izneti stav utemeljen na shvatanju da samo *neotklonjive procesne smetnje* mogu steći pravnosnažnost, dok to nije slučaj sa otklonjivim procesnim smetnjama. Usled toga se prekršajni postupak po prestanku otklonjivih procesnih smetnji može nastaviti. Drugim rečima, prekršajni sud je bio dužan da pre dostavljanja spisa predmeta krivičnom obustavi prekršajni postupak zbog stvarne nenadležnosti. Okolnost da je takvo rešenje doneo tek nakon što su mu spisi predmeta vraćeni, pri čemu je do obustave prekršajnog postupka došlo usled nastupanja apsolutne zastarelosti, otvorila je mogućnost da se pred krivičnim sudom pokrene pitanje delovanja načela *ne bis in idem*. Ne treba pri tome smetnuti s uma da je Osnovni sud u Požegi bio upoznat s činjenicom da se vodi prekršajni postupak, i čak je u obrazloženju svoje presude K. 34/13 od 3. aprila 2015. godine izričito naveo da je prilikom izvođenja dokaza, pored ostalog, čitao spise predmeta Prekršajnog suda u Požegi – Odeljenje u Arilju 7 Pr. 72/13.

S obzirom na nepostojanje procesnih pretpostavki da ustavna žalba bude razmotrena u meritumu, moje izdvojeno mišljenje se u suštini svelo na izreku: *Dixit et salvavi anima mea*. Da je kojim slučajem ustavna žalba mogla da bude uzeta kao osnov za meritorno odlučivanje, neka od pitanja na koja sam ukazao mogla su da budu predmet o kojem bi Ustavni sud raspravljao.

Drugo izdvojeno saglasno mišljenje se odnosilo na odluku kojom je Ustavni sud usvojio ustavnu žalbu i utvrdio da je rešenjem Apelacionog suda u Beogradu Reh. 66/13 od 27. decembra 2013. godine povređeno pravo podnosioca ustavne žalbe, zajemčeno članom 32 stav 1 Ustava.⁴¹ Navedeno rešenje je poništeno i određeno je da Apelacioni sud u Beogradu donese novu odluku o žalbi podnosioca ustavne

41 US, UŽ-1671/2014, 21. decembar 2017.

žalbe izjavljenoj protiv rešenja Višeg suda u Beogradu Reh. 372/12 od 17. aprila 2013. godine.

Zaključak o povredi prava iz člana 32 stav 1 Ustava zasnovan je na nedostacima obrazloženja rešenja Apelacionog suda u Beogradu Reh. 66/13 od 27. decembra 2013. godine. Reč je o jednom od jemstava sadržanih u pravu na pravično suđenje, a to znači da je i sud pravnog leka dužan da obrazloženjem svoje odluke zadovolji odgovarajuće standarde. Ovaj zahtev dolazi do izražaja naročito kada je, kao što je Ustavni sud istakao u konkretnom slučaju, prvostepeni sud propustio da u presudi obrazloži na osnovu čega je zaključio da je donošenju pravnosnažne osuđujuće presude prethodilo sprovođenje krivičnog postupka u skladu sa zakonom i opštim principima krivičnog prava uz primenu načela raspravnosti i neposrednosti, poštovanje prava okrivljenog i pravilnu primenu zakona.

Iako sam na sednici Ustavnog suda glasao za usvajanje navedene odluke, smatrao sam da je zbog značaja pitanja koja su ovom prilikom razmotrena bilo potrebno da iznesem dodatna zapažanja.

Najpre sam se osvrnuo na stav Ustavnog suda da prilikom utvrđivanja da li je određena sudska odluka doneta u skladu s načelima pravne države i opšteprihvaćenim standardima ljudskih prava i sloboda, sudska odluku treba ceniti sa stanovišta *načela i standarda koji su važili u vreme njenog donošenja*, a ne u skladu sa savremenim pravnim načelima i standardima koji tada nisu ni bili ustanovljeni, te se stoga i nisu mogli ni primenjivati. Ovo pravno stanovište *prihvataju i redovni sudovi*, pa u skladu s tim ispituju da li su u predmetnom postupku poštovana procesna načela i prava (pravo na odbranu, načelo raspravnosti i neposrednosti, pravo na obrazloženu presudu, pravo na pravni lek i dr.), a razmatraju i srazmernost krivične sankcije. Prema shvatanju Ustavnog suda takav pristup je zasnovan na ustavnopravno prihvatljivom i *nearbitrarnom tumačenju* merodavnog prava.

S obzirom da je u postupku za rehabilitaciju ispitivana krivična presuda Okružnog suda za Grad Beograd Kzp. 68/46 od 16. februara 1946. godine kojom je pokojni D. N. oglasen krivim da je učinio krivično delo privredne saradnje sa okupatorom, propisano u članu 10 Zakona o krivičnim delima protiv naroda i države⁴² i osuđen na kaznu lišenja slobode s prinudnim radom u trajanju od tri godine, konfiskaciju celokupne imovine, osim one koja se po članu 6 Zakona o konfiskaciji imovine i o izvršenju konfiskacije⁴³ ima izuzeti po zakonu, i na dve godine gubitka građanskih i političkih prava, sem roditeljskog, po izdržanoj kazni, smatrao sam da je opravdano postaviti pitanje šta se ima *smatrati načelima pravne države i opšteprihvaćenim standardima ljudskih prava i sloboda* koji su važili u to vreme.

Ako se ima u vidu da su redovni sudovi u postupcima za rehabilitaciju od procesnih načela i prava ispitivali posebno načela raspravnosti i neposrednosti, pravo na odbranu i pravo na obrazloženu presudu i pravo na pravni lek, zaključio sam da takav pristup u odgovarajućoj meri obuhvata standarde prava na pravično suđenje na način kako se oni danas tumače. U prilog tome sam uputio na presudu Velikog

42 Zakon o krivičnim delima protiv naroda i države, *Službeni list DFJ*, broj 66/1945.

43 Zakon o konfiskaciji imovine i o izvršenju konfiskacije, *Službeni list DFJ*, broj 40/1945.

veća ESLJP u predmetu *Kononov protiv Letonije*⁴⁴ koja se odnosila na osudu izrečenu na osnovu zakona iz 1993. godine za ratni zločin učinjen za vreme Drugog svetskog rata, tačnije 1944. godine. Stav Velikog veća je bio da civili koji su osumnjičeni za kršenje *jus in bello* (tačnije, za dostavljanje nemačkoj vojnoj komandi podataka o položaju partizanskih jedinica), nisu mogli da budu uhapšeni, osuđeni i streljani bez sprovedenog postupka jer je to protivno međunarodnom običajnom pravu. Postupak koji je sproveden u *odsustvu optuženih, bez njihovog znanja ili učešća u suđenju* nakon kojeg je usledilo izvršenje smrtne kazne, ne može se okvalifikovati kao pravično suđenje.

Nema sumnje da u vreme donošenja presude Okružnog suda za Grad Beograd Kzp. 68/46 od 16. februara 1946. godine navedenim procesnim načelima i pravima nije pridavano sadržinski isto značenje koje ona imaju danas, što se može objasniti posleratnim okolnostima u kojima je ona izrečena i činjenicom da krivični postupak nije bio zakonski uređen. Izuzimajući pojedine odredbe sadržane u različitim zakonima koje su u organizacionom i funkcionalnom smislu uređivale neka od pitanja krivično procesne regulative, postojala je Odluka Predsedništva Antifašističkog veća narodnog oslobođenja Jugoslavije o ukidanju i nevažnosti svih pravnih propisa donetih od strane okupatora i njegovih pomagača za vreme okupacije, o važnosti odluka koje su u to vreme donete, o ukidanju pravnih propisa koji su bili na snazi u času neprijateljske okupacije.⁴⁵ Saglasno članu 2 navedene odluke bilo je predviđeno da se ukidaju svi pravni propisi koji su bili na snazi u času neprijateljske okupacije ukoliko su u suprotnosti sa tekovinama narodnooslobodilačke borbe, sa deklaracijama i odlukama Antifašističkih veća narodnog oslobođenja Jugoslavije i zemaljskih antifašističkih veća pojedinih federalnih jedinica i njihovih predsedništava, kao i pravnim propisima donetim od Nacionalnog komiteta oslobođenja Jugoslavije i njihovih povereništava, vlada i pojedinih povereništava federalnih jedinica. Ovo je bio svojevrsni „revolucionarni“ pravni okvir za sprovođenje krivičnih postupaka, a to znači i onog u kojem je doneta presuda Okružnog suda za Grad Beograd Kzp. 68/46 od 16. februara 1946. godine. Procesna pravila kojih se sud tom prilikom pridržavao bila su sadržana u Zakoniku o sudskom krivičnom postupku za Kraljevinu Jugoslaviju od 16. februara 1929. godine.⁴⁶

Svoju analizu sam usmerio ka odredbi § 336 tačka 6 ZSKP koja je kao jednu od formalnih povreda zakona za izjavljivanje revizije predviđala određene nedostatke koje sadrži obrazloženje presude. Pri tome su bile značajne povrede koje su se odnosile na nepostojanje razloga ili nenavođenje razloga o odlučnim činjenicama ili za onaj deo presude koji se pobija. Reč je o nedostatku koji se danas vezuje za pravo na pravično suđenje, pri čemu ispitivanje poštovanja standarda pravičnog suđenja sadržanih u članu 6 EKLJP mora da bude izvršeno u skladu s pristupom koji je izgradio Evropski sud za ljudska prava.

44 ECtHR, (G.Ch.), *Kononov v. Latvia*, 36376/04, 17 May 2010, §§ 204, 221.

45 Odluka Predsedništva Antifašističkog veća narodnog oslobođenja Jugoslavije o ukidanju i nevažnosti svih pravnih propisa donetih od strane okupatora i njegovih pomagača za vreme okupacije, o važnosti odluka koje su u to vreme donete, o ukidanju pravnih propisa koji su bili na snazi u času neprijateljske okupacije, *Službeni list DFJ*, broj 4/1945.

46 Zakonik o sudskom krivičnom postupku za Kraljevinu Jugoslaviju – ZSKP, *Službene novine Kraljevine Jugoslavije*, br. 33-XVI/29, 245-LXXV/31, 74-XXIII/33 i 71-XVII/35.

Okolnost da je obrazloženje sudske odluke element prava na pravično suđenje iako nije izričito predviđeno u članu 6 EKLJP, posledica je stava Evropskog suda za ljudska prava da se prilikom ispitivanja jemstava iz člana 6 ne sme stati na formalnoj ravni, već se određena odluka može oceniti kao protivna pravu na pravično suđenje, uprkos tome što su sve formalne garancije ispunjene. Takav pristup je doveo do zaključka da postoji *obaveza obrazloženja* sudske odluke.⁴⁷ Dosledna primena ovog gledišta podrazumeva da i obrazloženje sudske odluke ne sme biti ispitivano samo formalno, već se mora raditi o suštinskoj analizi. S obzirom na redakciju odredbe § 336 tačka 6 ZSKP, smatrao sam da argumenti koje je izneo Ustavni suda mogu uspešno da izdrže sedmodecenijski „probni kamen“ i da je sud koji je odlučivao o zahtevu za rehabilitaciju imao obavezu da i sâm na njih ukaže i da na osnovu toga izvede odgovarajuće zaključke.

S obzirom da odredba člana 1 stav 2 Zakona o rehabilitaciji propisuje da je sudska odluka doneta protivno načelima pravne države i opšteprihvaćenim standardima ljudskih prava i sloboda, bilo je neophodno osvrnuti se i na pitanje primene odredaba materijalnog krivičnog prava. Podsetio sam da je Ustavni sud u svojoj odluci ukazao da redovni sudovi ispituju i *srazmernost krivične sankcije*, što predstavlja pristup koji je zasnovan na ustavnopravno prihvatljivom i *nearbitrarnom* tumačenju merodavnog prava.

Moj stav je bio da u konkretnom nije reč samo o izrečenoj krivičnoj sankciji i njenoj srazmernosti, već o nečemu mnogo važnijem, tačnije, o načelu zakonitosti u krivičnom pravu koje se uobičajeno izražava maksimom: *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, praevia, certa et stricta*. Reč je o temeljnom načelu pravne države u krivičnoj materiji koje predstavlja jednu od osnovnih tekovina evropske pravne civilizacije. U prilog tome sam naveo stav Ustavnog suda koji je, nakon podsećanja da se u postupku rehabilitacije ne vrši ocena zakonitosti i pravilnosti osporene odluke (što podrazumeva i pravilnu primenu materijalnog prava), istakao da drugostepeni sud *nije naveo razloge* na kojima temelji svoju ocenu da je lice čija rehabilitacija se traži bilo osuđeno za delo koje je u vreme izvršenja radnje bilo predviđeno ranije važećim propisima kao krivično delo, već je samo *paušalno ocenio* da je i prema ranije važećim propisima saradnja sa okupatorom imala karakter krivičnog dela. Pored toga, drugostepeni sud je svoje stavove vezao za zakonitost lišenja slobode, dok se u odnosu na drugi deo sankcije kojom se oduzima celokupna imovina nije posebno izjašnjavao.

Ako se ima u vidu da je pokojni D. N. osuđen za krivično delo predviđeno u članu 10 Zakona o krivičnim delima protiv naroda i države od 1. septembra 1945. godine, ključno pitanje na koje je izostao odgovor jeste prema kojim „ranije važećim propisima saradnja sa okupatorom je imala karakter krivičnog dela“. Ovo pitanje dobija na značaju i zbog toga što je odredbom člana 18 stav 1 navedenog zakona bilo propisano da „dela koja su izvršena pre stupanja na snagu ovog Zakona, a koja još nisu presuđena, kazniće se po ovom Zakonu, ako su njegove odredbe blažije od ranijih zakonskih propisa“. Drugim rečima, sud je prilikom donošenja krivične presude bio *obavezan da poštuje načelo zakonitosti u krivičnom pravu*, a to znači da

47 ECtHR, *Ruiz Torija v. Spain*, 18390/91, 9 December 1994, § 29.

u svetlu odredbe člana 2 Odluke Predsedništva Antifašističkog veća narodnog oslobođenja Jugoslavije o ukidanju i nevažnosti svih pravnih propisa donetih od strane okupatora i njegovih pomagača za vreme okupacije, o važnosti odluka koje su u to vreme donete, o ukidanju pravnih propisa koji su bili na snazi u času neprijateljske okupacije razmotri da li je Krivični zakonik Kraljevine Jugoslavije od 9. februara 1929. godine⁴⁸ sadržao takvo krivično delo. O tome je morao da vodi računa sud koji je odlučivao u postupku za rehabilitaciju.

Još jedan, ozbiljniji nedostatak obrazloženja odluke o kojoj je odlučivao Ustavni sud, odnosio se na *konfiskaciju imovine kao kaznu*. S tim u vezi, odredba člana 4 stav 1 Zakona o krivičnim delima protiv naroda i države izricanje kazne konfiskacije imovine vezivala je za krivična dela propisana u članu 3, ali je u članu 13 stav 2 bilo predviđeno da se i za krivična dela za koja to nije naročito predviđeno mogu uz glavnu kaznu izreći i druge kazne po Zakonu o vrstama kazni. Radilo se o odredbi člana 1 tačka 9 Zakona o vrstama kazni od 10. jula 1945. godine⁴⁹ koja je predviđala da građanski i vojni sudovi mogu učinocima krivičnih dela izricati, između ostalog, i konfiskaciju imovine koja je mogla da bude izrečena ne samo kao glavna, već i kao sporedna kazna.

Ako se analiziraju zakonski propisi u kojima je bila predviđena konfiskacija imovine, nije bilo nikakve sumnje da je ona smatrana kaznom. Ukazao sam i na postojanje jednog opšteg akta, koji je vremenski prethodio Zakonu o konfiskaciji imovine i o izvršenju konfiskacije od 12. juna 1945. godine, čiji naziv je bio Uredba o vojnim sudovima Narodnooslobodilačke vojske, a doneta je od strane Vrhovnog štaba NOV i POJ 24. maja 1944. godine. U njoj je kao sporedna kazna bila predviđena i konfiskacija imovine.

Ovaj kratki istorijski vremeplov bio mi je neophodan radi ukazivanja da su svi navedeni propisi u kojima je bila predviđena kazna konfiskacije imovine doneti nakon izvršenja krivičnog dela za koje je okrivljeni osuđen. Jedino je KZ, čija primena je bila moguća u skladu s članom 2 Odluke Predsedništva Antifašističkog veća narodnog oslobođenja Jugoslavije o ukidanju i nevažnosti svih pravnih propisa donetih od strane okupatora i njegovih pomagača za vreme okupacije, o važnosti odluka koje su u to vreme donete, o ukidanju pravnih propisa koji su bili na snazi u času neprijateljske okupacije, donet pre izvršenja krivičnog dela iz člana 10 Zakona o krivičnim delima protiv naroda i države. Problem je međutim u tome što je jedina imovinska kazna koju je predviđao KZ bila novčana kazna.

Na osnovu izloženih argumenta sam zaključio da drugostepeni sud nije pružio nikakav argument u vezi s mogućnošću izricanja kazne konfiskacije imovine i pitanjem njene retroaktivne primene, nego je jednostavno prešao preko njega. Ako već nije mogao da pronađe uporište za kaznu konfiskacije imovine u nekom od propisa koje sam pomenuo, drugostepeni sud je bio obavezan da na tragu prakse ESLJP koja je izgrađena u vezi s članom 7 stav 2 EKLJP pokuša da pronađe zadovoljavajuće argumente. S obzirom da on to nije učinio smatrao sam, imajući u vidu značaj načela

48 Krivični zakonik Kraljevine Jugoslavije – KZ, *Službene novine Kraljevine Jugoslavije*, br. 33-XVI i 245/1930.

49 Zakon o vrstama kazni, *Službeni list DFJ*, broj 48/1945.

zakonitosti u krivičnom pravu, da je reč o nedostatku obrazloženja koje daje osnova za sumnju o *proizvoljnoj primeni* materijalnog prava.

V

U jednom od skorašnjih predmeta,⁵⁰ u kojem se *u suštini* radi o *arbitrarnoj primeni procesnog* prava, Ustavni sud je usvojio ustavnu žalbu M. Đ. i utvrdio da je rešenjem Višeg suda u Beogradu K. 4219/10 od 15. septembra 2016. godine povređeno pravo podnositeljke ustavne žalbe na zabranu trgovine ljudima, zajemčeno članom 26 stav 2 Ustava. Takođe, u postupku koji je vođen pred Višim sudom u Beogradu u predmetu K. 4219/10 povređeno je pravo podnositeljke ustavne žalbe na suđenje u razumnom roku, zajemčeno članom 32 Ustava.

Iako su u ustavnoj žalbi izneti navodi koji, prema shvatanju podnositeljke, ukazuju na povredu prava iz člana 32 Ustava, Ustavni sud ih nije mogao *u potpunosti* razmotriti u okviru prava na pravično suđenje, s obzirom da je prema praksi ESLJP,⁵¹ potrebno da oštećeni istakne građanski zahtev⁵² kao uslov *sine qua non* za osporavanje *razumnosti* trajanja krivičnog postupka.⁵³ Ustavni sud, dakle, nije imao mogućnost da ispita da li navodi, u vezi s primenom instituta odlaganja krivičnog gonjenja nakon potvrđivanja optužnice, odustankom javnog tužioca od gonjenja optužnog koji je izvršio meru u postavljenom roku i rešenjem o obustavi postupka koje je doneo sud, dovode u pitanje pravičnost sprovedenog postupka.

Ustavni sud je to ipak učinio, ali uz pomoć *pozitivnih obaveza* države koje se vezuju za ostvarenje određenih sloboda i prava zajemčenih EKLJP. Naime, uživanje osnovnih sloboda i ljudskih prava podrazumeva *negativnu obavezu* države da se suzdrži od zadiranja u ljudska prava, a naročito u ona koja su obuhvaćena pojmom „tvrđog jezgra“. Međutim, za delotvorno ostvarenje ljudskih prava je neophodno da država preduzme i pozitivne mere u tom pravcu, što se, nakon odluke u predmetu *Airey protiv Irske*,⁵⁴ označava kao koncept pozitivne obaveze. Ovaj pristup se naročito koristi u odnosu na prava koja su obuhvaćena pojmom *javnog poretka* u evropskom krivičnom pravu (*lordre public en droit pénal européen*). Pri tome je reč o pravima koja u prvi plan stavljaju oštećenog, tako da se u strazburškoj praksi uvećava broj materijalnih i procesnih obaveza u njegovu korist, pri čemu ih ESLJP tumači kao implicitne garancije sadržane u odredbama EKLJP.⁵⁵

Na taj način je Ustavni sud ispitao i navode podnositeljke ustavne žalbe u vezi s povredom člana 36 Ustava. Tom prilikom je Ustavni sud podsetio da specifični aspekti ovog prava mogu biti sadržani u drugim pravima zajemčenim Ustavom, u

50 US, UŽ-1526/2017, 4. mart 2021.

51 CEDH, *Acquaviva c. France*, 19248/91, 21 novembre 1995, § 46.

52 Podnositeljka ustavne žalbe je u svojstvu oštećene istakla imovinskopravni zahtev 1. decembra 2010. godine u toku istrage.

53 Goran P. Ilić, „Oštećeni i standardi ljudskih prava u krivičnom postupku“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* godina LX, 2/2012, 138–146.

54 ECtHR, *Airey v. Ireland*, 6289/73, 9 October 1979, § 25.

55 G. P. Ilić, „Oštećeni i standardi ljudskih prava u krivičnom postupku“, 146.

delu u kome se garantuje procesni aspekt tih prava. Iz tog razloga je navode ustavne žalbe koji se tiču procesnog aspekta razmotrio u okviru prava o kome je meritorno odlučivano, a to je bilo utvrđenje postojanja povrede člana 26 stav 2 Ustava,⁵⁶ tačnije, povreda pozitivne obaveze države u odnosu na žrtvu trgovine ljudima nepoštovanjem mera prevencije, zaštite i pomoći takvim licima.

Prema shvatanju Ustavnog suda, sa stanovišta ustavne zabrane trgovine ljudima zajemčene članom 26 stav 2 Ustava, delotvornost sudskog postupka može biti povređena ukoliko posle pet godina i šest meseci vođenja postupka, pet puta održanog glavnog pretresa od 24 puta zakazivanog, dvostrukim svedočenjem oštećene u postupku koji se vodio po optužnici za trgovinu ljudima, zamenik javnog tužioca na kraju dokaznog postupka preinači delo, „odloži krivično gonjenje“ primenjujući institut iz člana 283 Zakonika o krivičnom postupku,⁵⁷ a sud obustavi krivični postupak. Kada je reč o *procesnom aspektu* pozitivnih obaveza suda, Ustavni sud je istakao da nedostavljanjem rešenja o obustavi postupka oštećenoj, kako bi se izjasnila da li želi da stupi na mesto javnog tužioca, oštećena *lišena bilo kakve mogućnosti* da preuzme krivično gonjenje, da zastupa optužbu i sopstvenim aktivnostima doprinese sprovođenju celokupnog postupka. Značajan je i stav Ustavnog suda da je načelo oportuniteta u konkretnom slučaju primenjeno posle pet godina i šest meseci vođenja postupka, čime je *suštinski* povređen *ratio* ovog procesnog mehanizma.

S obzirom na navedeno, Ustavni sud je ocenio da su osnovani navodi podnositeljke da javni tužilac nije mogao da primeni institut odlaganja krivičnog gonjenja iz člana 283 ZKP prema okrivljenom I. P., a imajući u vidu da je optužnica potvrđena. Naime, naredbom Višeg javnog tužilaštva u Beogradu Kt. 1113/10 – Keo 28/16 od 18. maja 2016. godine odloženo je krivično gonjenje okrivljenog I. P., a osporenim rešenjem Višeg suda u Beogradu K. 4219/10 od 15. septembra 2016. godine, na osnovu člana 352 stav 1 tačka 1 ZKP obustavljen je krivični postupak prema I. P. Odredba člana 283 ZKP nije se mogla primeniti u fazi glavnog pretresa u kojoj se nalazio krivični postupak, a ta *nepravilnost* je dovela i do *nepravilne primene* (istakao – G. P. I.) člana 352 ZKP, kao i do onemogućavanja podnositeljke da preuzme krivično gonjenje i da zastupa optužbu u smislu člana 52 ZKP. Ustavni sud je zaključio da u konkretnom slučaju nadležni državni organi – Više javno tužilaštvo u Beogradu i Viši sud u Beogradu *nisu ispunili* (istakao – G. P. I.) svoje pozitivne obaveze u procesnom aspektu u odnosu na zabranu svih oblika trgovine ljudima zajemčene članom 26 stav 2 Ustava, tj. da sprovedu delotvoran i pravičan postupak, koji bi rezultirao donošenjem relevantne sudske presude. Stoga je Ustavni sud utvrdio da je podnositeljki i u ovom aspektu povređeno pravo iz člana 26 stav 2 Ustava.

Začuduje me donekle terminologija koju koristi Ustavni sud kada ukazuje na povrede procesnih odredaba čije postojanje je utvrdio. U odluci se navodi da je reč o *nepravilnostima* prilikom primene odgovarajućih odredaba ZKP i *neispunjenju* pozitivnih obaveza u procesnom pogledu u odnosu na zahteve koji se vezuju za član

56 Reč je o *materijalnom* aspektu ovog prava.

57 Zakonik o krivičnom postupku – ZKP, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013 i 45/2013.

26 stav 2 Ustava. Sumnju o karakteru propusta koji su učinjeni u navedenom krivičnom postupku (odnosno, da li je reč o *nepravilnoj* ili *arbitrarnoj* primeni procesnog prava) pobuđuje već stav Vrhovnog kasacionog suda da se primena instituta odlaganja krivičnog gonjenja iz člana 283 ZKP okončava donošenjem *rešenja o odbacivanju krivične prijave*. Drugim rečima, pre donošenja navedenog rešenja ne može se smatrati da je primenjen navedeni institut, niti da je postupak obustavljen, niti da su nastupile okolnosti koje trajno isključuju krivično gonjenje.⁵⁸

Ako se ima u vidu da je javni tužilac podigao optužnicu, da je ona potvrđena i da je predstavljala osnov za održavanje glavnog pretresa, smatram da ne može biti reči o *nepravilnoj*, već isključivo o *arbitrarnoj* primeni prava. Poseban problem je u tome što se arbitrarno postupanje u konkretnom slučaju odnosi ne samo na javnog tužioca, već i na sud.

O arbitrarnosti javnog tužilaštva svedoči obrazloženje rešenja o odbacivanju zahteva za zaštitu zakonitosti u kojem je, između ostalog, navedeno da bi „za *pravilnu i ujednačenu primenu prava* od značaja bilo pitanje postupanja Višeg javnog tužilaštva u Beogradu koje je nakon stupanja optužnice na pravnu snagu odustalo od daljeg krivičnog gonjenja prema okrivljenom I. P. s obzirom da je okrivljeni izvršio u roku meru koju mu je naredbom o odlaganju krivičnog gonjenja odredilo tužilaštvo, a što spada u krug ovlašćenja koje javni tužilac *ima samo u predistražnom postupku*, ali budući da zahtev za zaštitu zakonitosti *nije podnet u tom pravcu*, Vrhovni kasacioni sud se u tu ocenu nije upuštao“.⁵⁹

Na drugoj strani, arbitrarnost suda pred kojim se održavao glavni pretres ogleđa se u donošenju rešenja o obustavi krivičnog postupka na osnovu člana 352 stav 1 tačka 1 ZKP, dakle, zbog odustanka tužioca od *optužbe* (a ne od gonjenja na šta upućuje član 283 ZKP).⁶⁰ Na taj način je poistovećen pojam krivičnog gonjenja i krivičnog postupka, krivični postupak je „vraćen“ u fazu pripremnog ročišta, umesto da, s obzirom da se radilo o fazi glavnog pretresa, bude doneta presuda o odbijanju optužbe (član 422 tačka 1 ZKP), i, kao da sve to nije bilo dovoljno, sud je *zanemario zakonsku obavezu* da, nakon odustanka javnog tužioca od *potvrđene* optužnice, pre donošenja rešenja ili presude pita ili obavesti oštećenog o mogućnosti preuzimanja gonjenja (član 52 stav 1 ZKP). Ništa od svega toga sud nije učinio, već je postupio kao da je reč o odustanku javnog tužioca od gonjenja pre potvrđivanja optužnice, tačnije, o odbacivanju krivične prijave nakon izvršenja obaveze koju je osumnjičeni ispunio u okviru odlaganja krivičnog gonjenja. Na taj način su obesmišljene ustanove potvrđene optužnice, oštećenog kao mogućeg tužioca, procesne faze i odluke koja se u okviru nje donosi. Jednom reči, broj *nepravilnosti* je bio takav da je Ustavni sud mogao i, usudio bih se da primetim, morao da ih označi kao *arbitrarno* postupanje koje dovodi u pitanje pravičnost čitavog krivičnog postupka.

58 VKS, Kzz. 248/2021, 24. mart 2021.

59 VKS, Kzz. 669/2017, 4. jul 2017.

60 O zakonitosti krivičnog gonjenja (član 6 ZKP) i pokretanju krivičnog postupka (član 7 ZKP), i razlici između ovih pojmova vid. Goran P. Ilić *et al.*, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Deseto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd 2018, 98–104.



U današnje vreme je sudska praksa postala svojevrsna konkurencija zakonu, s obzirom da objašnjava, nadahnjuje i stvara zakon.⁶¹ Stvaralačka uloga suda se ogleda u neposrednom stvaranju pozitivnog prava bez obzira da li je potrebno da zakonodavac donosi ili menja određeni zakon. Najpoznatiji primer takvog postupanja jeste odluka koju je 24. februara 1803. godine doneo Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država u predmetu *Marbury protiv Madisona* (5 U.S. (1 Cranch) 137, 2 L.Ed. 60). Tom odlukom je stvoreno sudsko preispitivanje (*Judicial Review*) saveznih zakona, iako je Ustav u članu VI predviđao samo sudsku kontrolu zakona federalnih jedinica.⁶²

Na osnovu sadašnjeg stanja stvari moglo bi se reći da sudovi imaju stvaralačku ulogu u nastanku prava, ali pritom ne treba smetnuti s uma da se sudija sreće s tekstualnim i društvenim ograničenjima.⁶³ Sudska kreativnost se ispoljava po pravilu kao utvrđivanje pravnog pravila, a samo izuzetno kao uspostavljanje pravnog pravila. Taj izuzetak će postojati u slučaju kada se sudija susretne s pravnom prazninom, pri čemu se u svom postupanju mora osloniti na pravo kao celinu, kao i na društveni kontekst u kojem donosi odluku. U tom smislu se može govoriti o podeljenoj nadležnosti između zakona i sudske prakse u stvaranju pravnih normi.⁶⁴

Arbitrarna primena prava isključuje svaku pomisao na stvaralački doprinos suda u utvrđivanju ili uspostavljanju pravnog pravila. Arbitrarnost se ne obazire na normativni kontekst, proizvoljno tumači značenje norme i njeno mesto u pravnom sistemu, jednom reči, suštinski je protivna maksimi *Ius est ars boni et aequi*. Nije tu reč o nepravilnoj primeni prava, budući da ona pretpostavlja određen normativni prostor unutar kojeg se iznalazi rešenje za određeni slučaj. I pogrešna primena prava se na neki način može razumeti, jer svedoči po pravilu o nestručnosti sudije, pogrešnom tumačenju sadržaja određene norme i zaključivanju da se ona ima primeniti na određene činjenice. Zbog toga je zakonodavac u određenim situacijama „blagonaklon“ prema pravnoj grešci, odnosno spreman je da u konkretnom slučaju pređe preko nje, pri čemu obavezuje najviši sud da utvrdi postojanje učinjene greške, ali dejstvo takve odluke usmerava *pro futuro*.

Sve to gubi smisao pred iskazanom arbitrarnošću u primeni prava, budući da ona podriva jedan od nosećih stubova vladavine prava. Senka arbitrarnosti koja se nadvija nad zahtevom za „vladavinom prava, ne čoveka“ unosi nespokoj, rađa strah od samovolje i podseća me na reči lorda Ektona da svaka vlast kvvari, a apsolutna vlast kvari apsolutno. U takvom okruženju se o pravičnosti sudskih postupaka ne može govoriti.

61 Jean Pradel, *Droit pénal comparé*, 4e édition, Dalloz, Paris 2016, 864, 865.

62 Craig R. Ducat, *Constitutional Interpretation*, Ninth Edition, Wadsworth Cengage Learning, Boston 2009, 3–11. U današnje vreme se kao primer navode odluke Suda pravde u Luksemburgu (CJCE, 10. 7. 1980, *Komisija protiv Francuske*, slučaj 152–78) u kojima je, bez uporišta u ugovorima o Zajednicama i Evropskoj uniji, proglašen primat evropskog nad nacionalnim pravom. J. Pradel, 866.

63 Vid. Goran P. Ilić, „Sudsko tumačenje i pravna sigurnost u krivičnom pravu“, *Kultura polisa* god. XIV, 32/2017, 387–398.

64 J. Pradel, 866.

LITERATURA

- Barak, Aharon, „Judicial discretion“, Yale University Press, New Haven 1989, <https://doi.org/10.2307/j.ctt211qxt8> in Francesca Asta, „Arbitrary Decision-making and the Rule of law – The Role of the Jurisdiction in Migrants’ Detention Proceedings – Between Discretion and Arbitrariness“, *Etikk i praksis Nordic Journal of Applied Ethics*, 2/2020
- Barnett, Randy E., Bernick, Evan D. „No Arbitrary Power: An Originalist Theory of the Due Process of Law“, *William & Mary Law Review* Vol. 60, 5/2019
- Bayer, Vladimir, *Problematika pravnih lijekova protiv prvostepenih krivičnih presuda u kontekstu suvremene reforme krivičnog procesnog prava*, Poseban otisak iz: *Rad Jugoslavenske akademije znanosti i umjetnosti 401 Razreda za društvene znanosti – Knjiga XXI*, Zagreb 1982
- Cornu, Gérard (publié sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 4e édition, Presses Universitaires de France, 2003
- Delmas-Marty, Mireille, „Introduction“, *Libertés et droits fondamentaux Introduction, textes et commentaires* (sous la direction de M. Delmas-Marty, C. Lucas de Leyssac), deuxième édition, Le Seuil, Paris 2002
- Ducat, Craig R., *Constitutional Interpretation*, Ninth Edition, Wadsworth Cengage Learning, Boston 2009
- Ilić, Goran P., „Pravo na obrazloženu sudsku odluku“, *Crimen* (II), 2/2011
- Ilić, Goran P., „Oštećeni i standardi ljudskih prava u krivičnom postupku“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* godina LX, 2/2012
- Ilić, Goran P., „Sudsko tumačenje i pravna sigurnost u krivičnom pravu“, *Kultura polisa* god. XIV, 32/2017
- Ilić, Goran P. et al., *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Deseto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd 2018
- Jakšić, Aleksandar, *Evropska konvencija o ljudskim pravima komentar*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd 2006
- Manojlović Andrić, Katarina, „Odnos Vrhovnog kasacionog suda i Ustavnog suda – konflikt koji i dalje traje“, Fondacija Centar za javno pravo, Naučna konferencija i stručni dijalog: *Ustavna žalba u Republici Srbiji – dometi i ograničenja*, Beograd 29. 11. 2019, http://www.fcjp.ba/analize/Katarina_Manojlovic_Andric-Odnos_Vrhovnog_kasacionog_suda_i_Ustavnog_suda-konflikt_koji_i_dalje_traje.pdf
- Omejec, Jasna, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Evropskog suda za ljudska prava Strasbourški acquis*, Novi informator d. o. o., Zagreb 2103
- Popović, Dragoljub, *Postanak evropskog prava ljudskih prava Esej o sudskoj kreativnosti* (prevod: Vanja i Miodrag Jovanović), Službeni glasnik, Beograd 2012
- Pradel, Jean, *Droit pénal comparé*, 4e édition, Dalloz, Paris 2016
- Tamanaha, Brian Z., *One the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, Cambridge 2004
- Tomić, Zoran R., *Komentar Zakona o opštem upravnom postupku – Sa sudskom praksom i registrom pojmova*, Službeni glasnik, Beograd 2017
- Uzelac, Alan, „Pravo na pravično suđenje u građanskim predmetima: nova praksa Evropskog suda za ljudska prava i njen utjecaj na hrvatsko pravo i praksu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* Vol. 60, 1/2010
- Vujančić, Milica et al., *Rečnik srpskoga jezika*, Izmenjeno i popravljeno izdanje, Matica srpska, Novi Sad 2011

Wright, George R., „Arbitrariness: Why the Most Important Idea in Administrative Law Can't Be Defined, and What This Means for the Law in General“, *University of Richmond law Review* Vol. 44, 2/2019

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

IZVORI SUDSKE PRAKSE

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22%3A%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%5D%7D>

<http://www.ustavni.sud.rs/page/jurisprudence/35/>

<https://www.vk.sud.rs/sr-lat/sudska-praksa>

Goran P. Ilić

Faculty of Law, University of Belgrade

ARBITRARY APPLICATION OF THE LAW AND THE RIGHT TO A FAIR TRIAL

SUMMARY

The paper investigates the issue of arbitrary application of law and its relationship with the right to a fair trial. The author explains the meaning of the term arbitrariness, points out the difference in relation to some similar terms, and above all discretionary decision – making. The doctrine of the fourth instance, which emerged in the practice of the European Court of Human Rights, was also analyzed and it was explained that only interpretations of national courts on factual and/or legal issues that are arbitrary can be a reason to examine the conducted proceedings and decisions. The author emphasized that arbitrariness should not be tied only to the application of substantive law, but also to the application of the provisions of procedural law. This was followed by an analysis of several cases from the practice of the Constitutional Court in which one can speak of arbitrary application of law. The conclusion reached by the author is that arbitrariness in the application of law undermines one of the main pillars of the rule of law. It calls into the question the demand for “*the rule of law, not man*” and it gives birth to fear of self-will. Arbitrariness is closely related to Lord Ecton’s words that every government spoils, and absolute power spoils absolutely. In such an environment, the fairness of court proceedings cannot be discussed.

Keywords arbitrariness, discretionary decision-making, application of law, fairness, criminal proceeding, Constitutional Court, European Convention for Human Rights, European Court of Human Rights.

Igor Vuković*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

NEOVLAŠĆENO PRISLUŠKIVANJE I SNIMANJE KAO KRIVIČNO DELO (ČLAN 143. KRIVIČNOG ZAKONIKA)

Apstrakt: Poslednjih meseci domaću javnost potresaju slučajevi u kojima se kao krunski dokaz navodno učinjenih krivičnih dela pominju telefonski snimci. Međutim, da bi se raspravilo pitanje pravnog značaja i zakonitosti takvih dokaza, neophodno je prethodno ispitati kada je i pod kojim uslovima prisluškivanje ili snimanje drugog uopšte kažnjivo. Naime, prema čl. 143. st. 1. Krivičnog zakonika, ko posebnim uređajima neovlašćeno prisluškuje ili snima razgovor, izjavu ili kakvo saopštenje koji mu nisu namenjeni, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom od tri meseca do tri godine. Reč je o krivičnom delu koje štiti onaj segment prava na privatnost koji obuhvata slobodu usmene komunikacije. U radu se razmatraju aktuelna pitanja koja se kod ovog krivičnog dela postavljaju i njihova relevantna materijalna i procesna pravna dejstva.

Ključne reči: neovlašćeno prisluškivanje, tonsko snimanje, privatnost, pristanak.

UVODNA RAZMATRANJA

Među ostalim slobodama i pravima, zaštićenim glavom XIV Krivičnog zakonika, srpski zakonodavac je kao krivično delo u čl. 143. propisao i neovlašćeno prisluškivanje i snimanje. Ovo delo u njegovom osnovnom obliku (st. 1) ostvaruje onaj ko posebnim uređajima neovlašćeno prisluškuje ili snima razgovor, izjavu ili kakvo saopštenje koji mu nisu namenjeni. Iako se kao grupni objekt zaštite pominju prava i slobode građana, ovaj objekt širokog obuhvata može se u pogledu ovog dela bliže suziti na krivičnopravnu zaštitu *prava na privatnost*, tačnije privatnog života građana u sferi ljudske *komunikacije* (član 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima), i to u vidu usmeno izgovorenih reči.¹ Dok se prisluškivanje više tiče zaštite privatne komunikacije od zloupotrebe korišćenjem posebnih uređaja, inkriminisanje neovlašćenog snimanja ide za tim da se onemogućí stvaranje zapisa koji se dalje mogu reprodukovati. Vid ljudske slobode čini i nastojanje da se krivičnopravnim normama obezbedi pravo da se možemo prepustiti opštenju sa drugima, neopterećeni rečnikom i načinom izražavanja.

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

1 Uostalom, i Zakon o javnom informisanju i medijima („Službeni glasnik RS“, br. 83/2014, 58/2015 i 12/2016 – autentično tumačenje, u daljem tekstu ZJM) predviđa da informacija iz privatnog života nekog lica, uključujući i zapis lika ili glasa, načelno ne može da se objavi bez pristanka lica čijeg se privatnog života informacija tiče, odnosno lica čije reči, lik ili glas ona sadrži (čl. 80).

Pitanje objekta zaštite nema samo teorijske konsekvence. Polazeći od cilja inkriminacije, u našoj doktrini se tumači da ona i bukvalno obuhvata isključivo izjave i razgovore u ličnoj sferi,² zbog čega izjave *političkog, službenog* ili *poslovnog* sadržaja ne bi spadale u domen ovog, već eventualno nekog drugog krivičnog dela (npr. sa elementom odavanja tajne). S druge strane, ako bi ova inkriminacija uključivala prenošenje i neličnih sadržaja, onda bi se donekle moglo tvrditi kako ona služi zaštiti ne samo ličnih već i univerzalnih (opštih, kolektivnih) dobara. Treba, međutim, imati u vidu da zakonski opis *ne ograničava* predmet inkriminacije prema sferi društvenog života u kojoj se iskazuje. Inkriminacija ne pravi razliku *prema sadržaju* izgovorenog; u obzir dolaze ne samo informacije iz privatnog života, već i poslovne ili službene rasprave i razgovori namenjeni ograničenom krugu lica. Utoliko prema domašaju iskazivanje ima nejavni karakter (nije namenjeno *svakome*), dok prema sadržini ne mora nužno biti redukovano na privatnu sferu. Sličan obuhvat inkriminacije prisutan je i u uporednom pravu.³

Ovo krivično delo predstavlja razradu Ustavom utvrđene nepovredivosti tajnosti pisama i „drugih sredstava komuniciranja“ (čl. 41, st. 1). Odstupanja od ovog pravila dopuštena su samo na određeno vreme i na osnovu odluke suda, ako je to neophodno radi vođenja krivičnog postupka ili zaštite bezbednosti Republike Srbije, a na način predviđen zakonom. Kako smo već konstatovali, razlog inkriminisanja ovde predstavlja neophodnost nesputanosti sadržaja saopštenih u privatnom krugu. Propisivanje dela ima za cilj da omogući da se građani slobodno upuštaju u privatne razgovore, ne strahujući da će ono što su saopštiti biti neovlašćeno reprodukovano, i ne morajući da suzdržano vode računa o svakoj izgovorenoj reči.⁴ Kako je demokratski sistem zasnovan na konceptu razmene ideja, građani ne bi trebalo da „mere“ svaku reč, već da iskazuju slobodno.⁵ Kako ovaj delikt ne štiti i tajnost, predmet onoga što se saopštava ne mora imati karakter *poverljivosti*, niti mora biti nepoznat učesnicima u razgovoru (N. Srzentić, *op. cit.*, str. 216).

1. OBELEŽJA OSNOVNOG OBLIKA

Delo neće postojati ako je sadržaj izjave ili razgovor već prethodno objavljen, tako postavši *opšte poznat* i dostupan. Isto važi i u drugim slučajevima u kojima je izgovorena reč imala javni a ne privatni karakter (npr. saopštena je usmeno u radio-emisiji). To znači da saopštena informacija nije bila namenjena *neodređenom* broju lica, ili čak i određenom broju subjekata koji, međutim, ne čine zatvorenu već svakom pristupačnu grupu.⁶ Ali, ako je govornikova vatrena politička agitacija slušana

2 N. Srzentić /1986/, u: *Komentar Krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine* (N. Srzentić, red.), Beograd, str. 216.

3 Vid. npr. vid. npr. J. P. Graf /2017/, u: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 4* (W. Joecks, K. Miebach, Hrsg.), München, § 201, 3.

4 W. Gallas /1963/: *Der Schutz der Persönlichkeit im Entwurf eines Strafgesetzbuches* (E 1962), *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 1, S. 19.

5 J. Courtney /1973/: *Electronic Eavesdropping, Wiretapping and Your Right to Privacy*, *Federal Communications Bar Journal*, № 1, p. 3.

6 U uporednoj literaturi se delo ne negira čak i ako se radi o velikim priredbama, čija se privatnost obezbeđuje kontrolama na ulazu (J. Eisele, *op. cit.*, § 201, 8).

od prisutnih lica u jednoj svakome dostupnoj pivnici, ili sveštениčka propoved prisutnim vernicima u crkvi, izgovorena reč više nema privatni karakter koji potrebuje krivičnopravnu zaštitu. Javnost prostora u kojem se govori načelno nije relevantna, ali okolnost da su izgovorene reči čujne i dostupne drugima (žustre i glasne diskusije na otvorenom trgu, pijaci, u javnom prevozi ili kafani) može ukazivati da su *faktički* ipak bile njima namenjene. U pogledu utvrđivanja da li je to bio slučaj, biće merodavna *subjektivna* predstava govornika. Ako on nema saznanje da drugi slušaju njegove izjave, njegovo iskazivanje uživa odgovarajuću krivičnopravnu zaštitu.

Predmet inkriminacije predstavljaju razgovor, izjava ili saopštenje. U domaćoj literaturi se ukazuje da *razgovor* podrazumeva komunikaciju između više lica, dok *izjava* predstavlja iskaz koji upravo sadrži neko saopštenje (N. Srzentić, *op. cit.*, str. 217). U tom smislu se između izjave i saopštenja očigledno ne čini neka smisljena razlika; oba vida jednako obuhvataju i monologe.⁷ Međutim, neophodno je da sadržaj bude *usmen*, zbog čega ne dolaze u obzir izjave saopštene preko recimo elektronske pošte ili sms-poruka. Povredu privatne sfere u pogledu pisanih izjava štiti povreda tajnosti pisama i drugih pošiljki (čl. 142). Delom je obuhvaćeno i kada lice razgovara samo sa sobom.⁸ Budući da srpska inkriminacija, za razliku od nekih drugih zakonodavstava (vid. čl. 201 nemačkog KZ) ne insistira i bukvalno na govornoj reči, ostaje otvoreno da li bi u obzir došlo i prisluškivanje ili tonsko snimanje drugih glasovnih izjava u vidu smejanja, plakanja, glasnog zevanja, itd.⁹ Nije od značaja na kom jeziku se iskazuje, kao što nije relevantno da li se izlažu vlastita ili tuđa zapažanja i utisci.¹⁰ Iako u stranoj doktrini ima i drugačijih pogleda, zakonsko obličje ne pravi razliku prema tome da li se saopštava tuđa (npr. čita izveštaj ili pismo drugog lica) ili vlastita misao.

Kako smo već ukazali, *sadržina* razgovora, izjave ili saopštenja nije od značaja, niti nužno ograničena na informacije iz privatnog života i intimu govornika. Može se raditi i o sadržajima koji su npr. besmisleni (koje izgovara alkoholisano lice), ili za učesnike u razgovoru *inkriminišući*.¹¹ Na ostvarenost zakonskog opisa ne bi uticalo to što je razlog snimanja npr. bilo nastojanje da se obezbedi dokaz za ucenu ili iznudu, ili sličan *motiv*, ali bi ta okolnost mogla biti vrednovana na planu protivpravnosti, po pravilu unutar pretpostavki krajnje nužde. Izjave državnih službenika ne ispadaju iz sfere obuhvata inkriminacije samo zato što se istupa iz pozicije javne službe, pa se njihova usmena ili telefonska saopštenja, nalik običnim građanima, načelno takođe ne smeju snimati (J. P. Graf, *op. cit.*, § 201, 17). Ipak, kako se danas

7 Slično u austrijskoj pravu vid. P. Lewisch /2008/, u: *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. §§ 118–124 (F. Höpfl, E. Ratz, Hrsg.), Wien, § 120, 3. Neki autori u tom smislu ukazuju da bi izjavu predstavljalo i pričanje tokom npr. sna, bez misaone obrade izgovorenog, što bi predstavljalo razliku naspram saopštenja (A. Koberber, *op. cit.*, S. 330).

8 Vid. T. Fischer /2011/: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, § 201, 3.

9 Imajući u vidu da pored razgovora i saopštenja domaća inkriminacije obuhvata i izjave, polazeći od toga da se snimanjem i takvih glasovnih fenomena može povrediti privatna sfera, odgovor na ovo pitanje bi pre bio pozitivan.

10 J. Eisele /2019/, u: *Strafgesetzbuch. Kommentar* (A. Schönke, H. Schröder [Begründ.], München, § 120, 5.

11 B. Schünemann /2007/, u: *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Band 6/ Teil 2*. §§ 146–210 (H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, Hrsg.), Berlin, § 201, 5.

većinski smatra, interes javnosti da bude informisana o zakonitom vršenju javnih ovlašćenja nesumnjivo preteže nad ličnim interesom samog službenika da ne bude sniman.¹² Poželjnije je, međutim, da se ovaj potencijalni konflikt razreši neposrednom intervencijom zakonodavca.¹³

Razgovor, izjava ili saopštenje ne smeju biti „namenjeni“ učiniocu dela. Drugim rečima, po pravilu se radi o *tuđem* razgovoru. Sporno je, međutim, da li ovo obeležje znači da onaj ko sluša izjavu koja je njemu upućena (namenjena), uvek ima pravo da ne ostvarujući delo razgovor snima, ne obavestavajući druge učesnike. Prethodni Zakonik o krivičnom postupku iz 2001. godine, štaviše, izričito je predviđao (čl. 132a, st. 4) da fotografije, zvučni odnosno zvučni i video snimci sa čijim se pravljjenjem nije saglasio osumnjičeni, odnosno okrivljeni, ako se on ili njegov glas nalaze na fotografiji ili snimku, mogu da se koriste kao dokaz u krivičnom postupku, ako se na fotografiji, zvučnom ili zvučnom i video snimku istovremeno nalazi i neko drugo lice, odnosno njegov glas, koje se prećutno ili izričito saglasilo sa pravljjenjem fotografije ili snimka. Iako slično pravilo više ne postoji, polazeći od *jezičkog tumačenja* odredbe, u domaćoj literaturi prisutno je mišljenje da su učesnici uvek vlasni da snimaju razgovor u kojem učestvuju.¹⁴ Slično rešenje prisutno je i u delu uporednog krivičnog zakonodavstva (npr. austrijskom, i to u pogledu obe radnje,¹⁵ ili nemačkom [vid. J. P. Graf, *op. cit.*, § 201, 29], ali samo ako se radi o radnji prisluškivanja). Čak i kada se razgovoru drugih samo prisustvuje, snimanje ne bi bilo neovlašćeno ako je govornik bio svestan prisustva drugih lica koja razgovor slušaju, budući da je izjava u tom slučaju očigledno bila namenjena i njima, kao njenim adresatima. Ovo tumačenje vladajuće je i u domaćoj sudskoj praksi.¹⁶

- 12 Ovo pitanje je danas naročito aktuelno u kontekstu eventualnog snimanja rada *policijskih* službenika od strane građana. Tu se susreću dva protivrečna interesa. S jedne strane, postoji interes da i policijski službenici, kao i drugi građani, uživaju pravo na privatnost. S druge strane, kako se radi o vršenju javnih ovlašćenja, postoji opravdan interes javnosti da bude upoznata s tim kako policijski i drugi službenici vrše svoje dužnosti. U angloameričkoj doktrini se danas smatra da pretežu razlozi koji građanima omogućavaju da snimaju policijsku aktivnost, ostvarujući tako svoje pravo na kontrolu vlasti (N. S. Hanley /2011/: A Dangerous Trend: Arresting Citizens for Recording Law Enforcement, *American Journal of Trial Advocacy*, № 3, p. 665).
- 13 U tom smislu, dovoljno bi npr. bilo da krug već brojnih izuzetaka u kojima se lični zapis može objaviti bez pristanka lica iz čl. 82. ZJM, a koji se i inače uglavnom vezuju za interes javnosti, preciznije obuhvati mogućnost snimanja radnji državnih službenika, uz jasnije definisane pretpostavke.
- 14 Ž. Sindelić /2016/: Krivična dela Neovlašćeno prisluškivanje i tonsko snimanje i Neovlašćeno fotografisanje, u: *Evropske integracije: pravda, sloboda i bezbednost. Tom 1*, Beograd, str. 308.
- 15 Vid. A. Koberber /1990/: Grenzloser Schutz der Privatsphäre vor Tonbandgeräten?, *Österreichische Juristenzeitung*, № 11, S. 330.
- 16 Tako u jednom primeru sud konstatuje da mobilnim telefonom sačinjeni snimak pretnje predstavlja zakoniti dokaz koji može biti korišćen u postupku. „Iz utvrđenog činjeničnog stanja proizilazi da je oštećena u dva navrata snimila izjave okrivljenog koje su bile namenjene njoj, zbog čega se ne može raditi o neovlašćenom prisluškivanju i snimanju“ (Viši sud u Nišu, KŽ1 156/19 od 13.5.2019, *Bilten sudske prakse Višeg suda u Nišu*, br. 35/2019, *Paragraf Lex*). U drugom primeru sud takođe ne smatra nedozvoljenim dokazom snimak učinjen mobilnim telefonom, u situaciji gde se okrivljeni sa pravljjenjem zvučnog snimka nije saglasio, dok je oštećena „izričito saglasna sa pravljjenjem tog snimka, odnosno isti je samoinicijativno i lično sačinila“ (presuda Apelacionog suda u Kragujevcu, KŽ1 5181/13 od 25.11.2013, *Paragraf Lex*).

S druge strane, prema suprotnom gledištu u domaćoj doktrini, delo vrši i onaj učesnik koji snima i izjavu upućenu njemu, ako to čini bez saglasnosti,¹⁷ što bi na prvi pogled odgovaralo i svrsi inkriminacije, koja bi trebalo da ima za cilj da zaštiti slobodu reči svih učesnika u razgovoru. Slične dileme prisutne su i u anglo-američkom pravu, gde federalni zakon (18 U.S.C. 2511[2][d]) i propisi većine saveznih država o prisluškivanju dopuštaju snimanje ako razgovor snima učesnik u razgovoru (*one-party consent zakoni*), dok mnoge savezne države zahtevaju saglasnost svih učesnika (*all-party consent zakoni*).¹⁸ Imajući u vidu jasno jezičko značenje, ostaje otvoreno, međutim, da li se *ciljnim* tumačenjem ovo obeležje može zanemariti, zbog čega je opet poželjnija intervencija zakonodavca.

Dok radnju *prisluškivanja* može preduzeti samo lice koje ne učestvuje u razgovoru, snimanje može ostvariti i učesnik u razgovoru, ako izjava nije bila namenjena njemu. Prisluškivati se mora činiti posebnim uređajima, što u zakonski opis ne uključuje onoga ko razgovor čuje kroz otvoreni prozor ili vrata (P. Lewisch, *op. cit.*, § 120, 6), ili npr. u kancelariji, uhom prislonjenim na zid, prati o čemu se razgovara u susednoj prostoriji.¹⁹ Posebni uređaji ovde ne moraju nužno da predstavljaju prislušne uređaje u tradicionalnom značenju aparata sa isključivo takvom svrhom, niti njihov promet mora biti zabranjen ili ograničen (vid. suprotno T. Fischer, *op. cit.*, § 201, 7). U obzir dolaze i drugi tehnički uređaji (npr. mikrofoni) koji omogućavaju da se osluškuje tuđ razgovor, izjava ili saopštenje, ali je sporno da li bi tu spadali i *telefonski* aparati (npr. u prostoru gde je više telefona priključeno na isti broj), imajući u vidu da kod sličnih uređaja, kod kojih se razgovara na daljinu, učesnik u razgovoru po pravilu mora da računa s tim da razgovor mogu slušati i druga lica. Većinsko gledište u stranoj doktrini telefonske aparate i druge uređaje koji samo prenose zvuk ne smatra podobnim uređajima za ostvarenje ovog dela.²⁰ S druge strane, manjinski pogled opravdano polazi od toga da karakteristike aparata ne bi trebalo da utiču na obuhvat inkriminacije.²¹ Uostalom, zahtev da se radi o kakvom „posebnom uređaju“ jedino negativno isključuje da se sadržaj saznaje neposredno *uhom* (odnosno eventualno kakvim slušnim medicinskim aparatom). Za razliku od ranijih vremena, kada slični uređaji nisu bili lako dostupni, danas se u tom smislu najčešće koristi *mobilni telefoni*.

Snimanje podrazumeva tonsko fiksiranje kakvog zvučnog sadržaja, koje omogućava njegovo kasnije akustično *reprodukovanje*. Kako se zahteva da se to čini posebnim uređajima, u obzir dolazi snimanje na različite nosače zvuka, kao što su magnetofoni, diktafoni, ploče, kasete, čvrsti diskovi, CD- i DVD-romovi, USB memorijski i drugi stikovi, itd. Snimanje podrazumeva da je tonski zapisan sadržaj koji

17 Z. Stojanović /2020/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, str. 532.

18 Vid. M. Brncik /2011/: A Case for Non-Enforcement of anti-Recording Laws against Citizen Recorders, *Case Western Reserve Law Review*, № 2, p. 488.

19 K. Kühl /2018/, u: K. Kühl, M. Heger, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, § 201, 5.

20 K. Kühl, *ibid.*; u švajcarskoj literaturi P. von Ins, P.-R. Wyder /2007/, u: *Basler Kommentar. Strafrecht II* (M. A. Niggli, H. Wiprächtiger Hrsg.), Basel, § 179bis, 11; u angloameričkoj judikaturi vid. J. Courtney, *op. cit.*, p. 21.

21 W. Kargl /2017/, u: *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch. Band 2* (U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen, Hrsg.), Baden-Baden, § 201, 17.

se odvija *uživo*, što podrazumeva da ovaj oblik ne ostvaruje onaj ko takav zapis dalje kopira i umnožava, dok god se, u smislu oblika iz st. 2, sadržaj dalje ne čini dostupnim trećim licima. Ovo delo najčešće se ostvaruje neovlašćenim snimanjem telefonskih razgovora (Z. Stojanović: *op. cit.*, str. 532). Ako sadržaj i pored takvih nastojanja ne bude usnimljen, polazeći od zakonske formulacije („ko... snima“), ipak neće postojati pokušaj već dovršeni delikt.

2. OSNOVI ISKLJUČENJA KRIVIČNOG DELA

Centralno obeležje dela podrazumeva da se navedene radnje vrše *neovlašćeno*. Slična obeležja mogu imati *dvojaku* pravnu prirodu. Prema jednom mišljenju ovo obeležje tipično označava opšti element protivpravnosti, koji kod sličnih delikata nešto češće dolazi u obzir, najčešće u formi pristanka kao *osnova opravdanja* (W. Kargl, *op. cit.*, § 201, 22). Slično se i u našoj literaturi smatra da vršenje dela na temelju ovlašćenja isključuje tek protivpravnost dela.²² S druge strane, vladajuće gledište u uporednoj doktrini polazi od toga da okolnost da se postupa neovlašćeno zapravo predstavlja objektivno *obeležje bića* dela. Ako drugi učesnik u razgovoru ima saznanje da se razgovor tonski snima, ova okolnost bi radnju učinio učinioca učinila ovlašćenom, i tako isključila već ostvarenje zakonskog opisa (B. Schünemann, *op. cit.*, § 201, 9; u austrijskoj literaturi tako P. Lewisch, *op. cit.*, § 120, 14; u švajcarskoj doktrini vid. P. von Ins, P.-R. Wyder, *op. cit.*, § 179^{bis}, 15). Iako uz saglasnost drugih učesnika u komunikaciji rizik od daljeg saznavanja sadržine privatnih razgovora ne otpada u potpunosti, on je ipak značajno manji nego u pogledu povreda tajnosti, zbog čega se smatra da pristanak ovde isključuje već ostvarenje zakonskog bića (K. Kühn, *op. cit.*, § 201, 9).²³ U prilog takvom zaključku govori i to što se ovde prevashodno radi o zaštiti privatne sfere (A. Koberber, *op. cit.*, S. 332), gde se po pravilu ne oseća da radnja koja nije praćena pristankom uopšte predstavlja zabranjeno ponašanje.

Postojanje ovog krivičnog dela može najpre biti isključeno na temelju saglasnosti prisutnog lica, bilo tako što će ono odobriti da treće lice posebnim uređajima sluša razgovor, bilo tako što će se saglasiti sa njegovim snimanjem. Ako se snima razgovor između više učesnika, neophodna je saglasnost svakog od njih (N. Srzentić, *op. cit.*, str. 217). Pristanak da se razgovor prisluškuje ne znači istovremeno da je data saglasnost da se razgovor i snima. U pogledu delotvornosti pristanka važe opšta pravila. Pristanak svakako može biti izričit ili konkludentan. Štaviše, kako se većinski smatra da ovde pristanak isključuje već biće dela, nije neophodno ni da saglasnost bude spolja manifestovana; dovoljno je da je učinilac interno u sebi (*pre-*

22 Lj. Lazarević /2011/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, str. 546.

23 Nejasno je da li bi zahtev da se radnja preduzima „neovlašćeno“ na planu ostvarenja zakonskog bića isključio postojanje krivičnog dela samo u pogledu pristanka titulara prava na snimanje ili prisluškivanje, ili bi se ovde podvele i situacije kod kojih se prisluškuje ili snima na temelju kakvog zakonskog ovlašćenja. Polazeći od zaštitnog objekta inkriminacije, koji ima za cilj da obuhvati privatnost učesnika u komunikaciji, ispravnije je situacije prisluškivanja ili snimanja na osnovu zakonu razmatrati tek na planu protivpravnosti (slično i J. Eisele, *op. cit.*, § 201, 29). To se tim pre odnosi na druge osnove opravdanja.

ćutno) odobrio radnju učinioca.²⁴ Isto važi i ukoliko uprkos saznanju da se razgovor prisluškuje ili snima učesnik u razgovoru *nastavi* da govori (K. Kühl, *op. cit.*, § 201, 11).²⁵ Ipak, to neće biti slučaj ako je učesnik u razgovoru bio izložen kakvom unutrašnjem ili spoljnom pritisku (npr. u pogledu snimanja od strane privatnih detektiva ili agresivnih komšija, W. Kargl, *op. cit.*, § 201, 24). Međutim, kako smo videli, ako se zakonska odredba tumači u pravcu priznavanja učesniku da uvek ima pravo da snimi izjavu koja mu je namenjena, isključenje dela po osnovu pristanka ima ograničeni domašaj.

Pored mogućnosti da se saglasnošću isključi postojanje krivičnog dela, delo neće postojati ni ukoliko se u konkretnom slučaju prisluškuje ili snima na temelju kakvog *zakonskog ovlašćenja*.²⁶ U tom smislu, naročiti značaj može imati određivanje od strane suda posebnih dokaznih radnji tajnog nadzora komunikacije (čl. 166–170 ZKP) po predlogu javnog tužioca, odnosno uporedivih mera ciljane potrage, po predlogu direktora policije (vid. čl. 60. Zakona o policiji). Slična ovlašćenja (snimanja komunikacije), u cilju zaštite nacionalne bezbednosti, predviđaju i Zakon o Bezbednosno-informativnoj agenciji (čl. 13) i Zakon o Vojnobezbednosnoj agenciji i Vojnoobaveštajnoj agenciji (čl. 12). Zakonom o detektivskoj delatnosti nisu predviđena uporediva ovlašćenja privatnih detektiva da snimaju i prisluškuju.

Pojedina karakteristična nepravda mogu biti opravdana i preko *nužne odbrane*. Tako se danas većinski smatra da bi, uz pretpostavku da je ispunjen uslov istovremenosti, preko ovog instituta bila isključena protivpravnost neovlašćenog prisluškivanja i snimanja radi obezbeđenja dokaza da je žrtva npr. izložena iznudi (tako npr. A. Koberber, *op. cit.*, S. 333; vid. I. Vuković, *op. cit.*, 134), ili radi utvrđivanja identiteta nepoznatog učinioca (koji npr. pretil kakvim terorističkim napadom).²⁷ Osim toga, sporno je i da li se snimanje pretnje može uopšte smatrati prikladnim vidom odbrane, budući da eventualno dejstvo može proizvesti samo naknadno (B. Wölfl, *op. cit.*, S. 233). Ako, pak, napad u vreme neovlašćenog snimanja ipak ne postoji, ali je prisutno kakvo *trajnije* stanje ugroženosti, nalik situacijama telefonskog proganjanja (čl. 138a), nije isključeno pozivanje na *krajnju nuždu*.²⁸ Kako ovde opasnost, u vidu defanzivne krajnje nužde, potiče upravo od učinioca, interes od zaštite njegove privatne sfere opravdano se povlači pred interesom zaštite prava pro-

24 I. Vuković /2021/: *Krivično pravo Opšti deo*, Beograd, 174. U tom smislu i rešenje Višeg suda u Beogradu, Kž2 939/19 od 1.10.2019. godine, *Ing-pro*.

25 Stoga, npr., snimanje poslovnih korisnika koji zovu tzv. kol-centre, a koji se upozoravaju da razgovor može biti snimljen – nije neovlašćeno. U pojedinim zakonodavstvima (vid. čl. 179^{quies} švajcarskog KZ) izričito je isključena kažnjivost snimanja koje čine odgovarajuće javne službe (npr. poziva upućenih hitnoj pomoći ili policiji).

26 B. Wölfl /2000/: *Rechtfertigungsgründe bei der Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes, Juristische Ausbildung*, № 5, S. 231.

27 Ako bi se pošlo od gledišta da učesnik u razgovoru nikako ne može da odgovara za snimanje izjave koja mu je namenjena, onda bi to pretpostavljalo da razgovor npr. snima privatni detektiv ili treće lice.

28 U slučaju verbalnih krivičnih dela (npr. uvrede) napad je redovno okončan izgovaranjem inkrimisanog sadržaja, zbog čega se istovremenost u smislu nužne odbrane tu po pravilu negira (B. Wölfl, *ibid.*, S. 232). Drugačije je, međutim, ako napad u nekom vidu i dalje traje (npr. lice za koje se otkup traži telefonski je i dalje protivpravno lišeno slobode).

gonjenog da se utvrdi identitet učinioca i onemogućće dalje povrede prava oštećenog (J. P. Graf, *op. cit.*, § 201, 51). Slično poređenje privatnog interesa prema pretežnom pogledu samo izuzetno će dovesti do isključenja protivpravnosti ako se radi o kakvom građanskopravnom cilju. Tako se npr. danas većinski smatra da neovlašćeno snimanje ne bi zasluživalo opravdanje ako se snimkom hoće obezbediti dokaz za budući postupak razvoda braka (W. Kargl, *op. cit.*, § 201, 27; u austrijskom pravu slično P. Lewisch, *op. cit.*, § 120, 22).²⁹ Slična zadržka prisutna je i u pogledu upoređivanja drugih privatnih interesa (npr. tajnog snimanja zaposlenih blagajnika, kako bi se sprečile eventualne pronevere), dok god se ovi iscrpljuju isključivo u nastojanju da se *obezbedi dokaz* u očekivanom budućem (krivičnom ili drugom) postupku. Čak ni interes države za uspešnim krivičnim progonom učinilaca krivičnih dela po pravilu ne može biti nadomešten tajnim nezakonitim snimanjem osumnjičenih.³⁰ Iako ovde nedostaje poseban osnov isključenja protivpravnosti, koji bi, nalik čl. 141. st. 2, sudu uvek bio dostupan, pod krajnju nuždu bi se mogli podvesti i slučajevi kod kojih povreda nečije privatne sfere ustupa pred kakvim *opštim interesom*. Tako nije isključeno da neki privatni razgovori, koji npr. imaju za cilj da otkriju identitet nekog opasnog zločinca, budu građanstvu javno obnarodovani putem sredstava informisanja, i da to bude opravdano javnim interesom.

Uostalom, sličan kriterijum isključenja protivpravnosti je u materiji informisanja i inače dostupan u pogledu objavljivanja informacije iz privatnog života od strane *medija*, u kom slučaju se lični zapis u većem broju situacija može *objaviti* i bez pristanka (npr. ako se zapis odnosi na ličnost, pojavu ili događaj od interesa za javnost, posebno ako se odnosi na nosioca javne ili političke funkcije, a objavljivanje informacije je u interesu nacionalne bezbednosti, javne sigurnosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili zločina, zaštite zdravlja ili morala, ili zaštite prava i sloboda drugih; ako je objavljivanje u interesu pravosuđa, nacionalne bezbednosti ili javne bezbednosti, itd; vid. čl. 82. ZJM), pod uslovom *pretežnosti* interesa javnosti da se upozna sa informacijom odnosno zapisom. Kako objavljivanje zapravo predstavlja vid omogućavanja drugima da se upoznaju sa sadržinom, jasno je da situacije predviđene čl. 82. opravdavaju delo iz čl. 143, st. 2. Bilo bi, međutim, nelogično da isključenje protivpravnosti pokriva objavljivanje informacije bez pristanka, a da isto ne važi i za samo snimanje. Ipak, i pored širokog domašaja odredbe čl. 82. ZJM, interes javnosti da se upozna sa informacijom odnosno zapisom *ne može* nadvladati Zakonikom o krivičnom postupku ustanovljenu tajnost podataka pribavljenih posebnim dokaznim radnjama tajnog nadzora komunikacije (vid. čl. 165. ZKP).

Srpska inkriminacija nije oslikala *donji prag* ovog krivičnog neprava, tako da bi u obzir načelno došlo neovlašćeno prisluškivanje, snimanje ili omogućavanje *svakog*

29 Tako se u SAD blizu 80% svih situacija neovlašćenog prisluškivanja odnosi na porodični kontekst, od čega velika većina otpada upravo na prisluškivanje supružnika (A. H. Zerman, C. J. Mogergerman /1994/: Wiretapping and Divorce: A Survey and Analysis of the Federal and State Laws Relating to Electronic Eavesdropping and Their Application in Matrimonial Cases, *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, № 2, p. 228).

30 Izuzeci se u uporednoj judikaturi nekada čine samo u pogledu najtežih zločina (Schünemann, *op. cit.*, § 201, 44).

sadržaja, nezavisno od toga da li se izjava eventualno odnosi na nešto *bagatelno* (npr. razgovor o vremenskim prilikama). To se naročito odnosi na prepričavanje prisluškivanih razgovora. Na planu opravdanja u tom delu posebno dolazi u obzir pozivanje na *delo malog značaja* kao osnov opravdanja (čl. 18). Treba imati u vidu da za razliku od nekih drugih zakonodavstava, ni kod ovog krivičnog dela, kao ni kod većine drugih delikata protiv sloboda i prava čoveka i građanina, sudu nije dostupan opšti osnov opravdanja, koji bi omogućio isključenje protivpravnosti prisluškivanjem ili snimanjem razgovora u nekom opštem interesu ili interesu drugog lica, pretežnijem od interesa koji se ostvaruje povredom ovih ljudskih prava (vid. npr. čl. 141, st. 2).

3. DRUGI OBLICI I PROCESNA DEJSTVA

Drugi oblik ovog dela (st. 2) istom kaznom kažnjava i onoga ko omogućí nepozvanom licu da se upozna sa razgovorom, izjavom ili saopštenjem koji su neovlašćeno prisluškivani odnosno tonki snimani. Ovaj oblik pretpostavlja da je prethodno neki razgovor neovlašćeno prisluškivan ili tonki sniman, nakon čega se sa njegovim sadržajem upoznaju treća lica. U slučaju da je reč o upoznavanju sa snimljenim sadržajima, radnja omogućavanja može se sastojati npr. u njihovom emitovanju nepozvanom licu, dok je u slučaju prethodnog prisluškivanja dovoljno da sadržina ranijeg razgovora trećem licu bude prepričana ili na drugi način (usmeno ili pismeno) saopštena. Ne traži da se saznavanje omogućava većem broju lica; dovoljno je da to bude jedan potencijalni slušalac. Zakonodavac ovim oblikom nije obuhvatio lično *preslušavanje* neovlašćeno napravljenih snimaka, već samo njihovo dalje pronošenje drugima. *Omogućavanje* trećim licima da se upoznaju sa sadržajem znači da je za njih stvorena mogućnost njegovog saznavanja. Nije nužno da učinilac npr. neposredno pusti snimak drugome; dovoljno je da je da mu snimak preda. Jednako je nevažno da li će treće lice snimak reprodukovati. Kako se radnja sastoji u omogućavanju nepozvanom da se upozna sa prisluškivanim ili tonki snimanim razgovorom, ovo delo je dovršeno nezavisno od toga da li je nepozvano lice sadržinu saznalo (npr. njemu upućeno pismo nije otvorilo). Upoznavanje sa razgovorom, saopštenjem ili izjavom ne znači da se sadržina mora učiniti dostupnom u *doslovnom* vidu; u obzir dolazi i prepričavanje saznatog u nekim osnovnim crtama. Kako se saglasnost titulara uvek odnosi na konkretnu radnju, dati pristanak na snimanje ili slušanje razgovora posebnim uređajima ne podrazumeva da je istovremeno data saglasnost da se ovi sadržaji učine dostupnim trećim licima (K. Kühl, *op. cit.*, § 201, 11). „Nepozvano“ je svako ono lice koje nije ovlašćeno da bude upoznato sa onim što je saopšteno odnosno o čemu je razgovarano, što će predstavljati pravilo, osim ukoliko po nekom osnovu drugi nije ovlašćen da sazna odnosnu informaciju.

Oba oblika mogu biti učinjena samo sa *umišljajem*. U tom smislu, dovoljan je i eventualni umišljaj. Oblik iz stava 1. ne zahteva postupanje sa namerom da se drugom omogućí upoznavanje sa neovlašćeno snimljenim ili prisluškivanim sadržajima. Kod dela iz st. 2, koji može da ostvari i onaj ko prethodno lično nije neovlašćeno prisluškivao ili snimao, umišljaj učinioca mora da obuhvati i činjenicu da

su razgovor, izjava ili saopštenje, čije se slušanje omogućava, prethodno učinjeni neovlašćeno. Stoga, ako učinilac pogrešno veruje da je drugi učesnik saglasan sa snimanjem razgovora, ne bi postupao umišljajno.³¹ U našoj literaturi uobičajeno se ukazuje da umišljaj ovde, zbog obeležja da se postupa neovlašćeno, mora da obuhvati i svest o protivpravnosti (Z. Stojanović: *op. cit.*, str. 533). Nije isključena ni pravna zabluda ukoliko učinilac na osnovu svog pogrešnog pravnog vrednovanja veruje da u njegovom slučaju prisluškivanje ili snimanje nisu zabranjeni.

Izvršilac ovog oblika može biti ne samo onaj ko je izvršio osnovni oblik (ko je neovlašćeno prisluškivao ili tonski snimao) već i drugo lice koje sa ranijim aktima nema veze. Ipak, ova ranija okolnost mora biti obuhvaćena umišljajem učinioaca. U prvom slučaju, koji predstavlja pravilo, učinilac će odgovarati samo za oblik iz stava 2, zbog prividnog idealnog *sticaja* po osnovu *supsidijariteta* (N. Srzentić, *op. cit.*, str. 219).³² U slučaju da se delikt vrši prema istom licu, moguća je konstrukcija *produženog* krivičnog dela (*ibid.*, str. 219). Prisluškivanje ili snimanje tuđih razgovora može biti i u funkciji saznavanja kakve tajne, kojom učinilac npr. kasnije ucenjuje žrtvu (čl. 215). U tom slučaju će redovno postojati *sticaj*. Ova dva oblika gone se po *privatnoj tužbi*.

Najteži oblik ovog krivičnog dela (st. 3) podrazumeva da je neku od navedenih radnji učinilo *službeno lice* u vršenju službe. Propisana je kazna zatvora od šest meseci do pet godina. Neovlašćeno vršenje dela od strane službenog lica postojalo bi i u slučaju prekoračenja poverenih ovlašćenja (Z. Stojanović: *op. cit.*, str. 533).

Zanimljivo je pitanje da li se, i pod kojim uslovima, snimci pribavljeni vršenjem ovog krivičnog dela mogu koristiti u *krivičnom postupku*. Načelno, sudska odluka ne može se zasnivati na dokazima koji su, neposredno ili posredno, sami po sebi ili prema načinu pribavljanja, u suprotnosti sa Ustavom, Zakonikom o krivičnom postupku i drugim zakonima i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima, osim ako se postupak ne vodi zbog pribavljanja takvog dokaza (čl. 16, st. 1. ZKP). Dokazi pribavljeni protivno ovoj odredbi, ne mogu biti korišćeni u krivičnom postupku (čl. 84, st. 1 ZKP). Kako se smatra, dokaz obezbeđen vršenjem krivičnog dela neovlašćenog prisluškivanja i tonskog snimanja, kao suprotan Krivičnom zakoniku, utoliko ne bi mogao biti korišćen kao dokaz u krivičnom postupku.³³ Međutim, takav zaključak bi važio samo pod uslovom da je zaista učinjeno krivično delo sa svim njegovim elementima, a ne i ukoliko je po nekom osnovu *isključena* njegova *protivpravnost*. Ako bi, dakle, sud zaključio da je razgovor snimljen u krajnjoj nuždi (B. Kramer, *op. cit.*, S. 1762),³⁴ pod okolnostima građanskog hapšenja (građanin snima lice zatečeno pri izvršenju krivičnog dela), ili

31 U obrnutoj situaciji, u kojoj učinilac ima pogrešnu predstavu da pristanka nema, postojala bi konstelacija nekažnjivog nepodobnog pokušaja (J. P. Graf, *op. cit.*, § 201, 58).

32 Vid. npr. presudu Osnovnog suda u Čačku, K 67/18 od 15.6.2018. i presudu Višeg suda u Čačku Kž 180/18 od 3.8.2018. godine, *Ing-pro*.

33 D. Lazić, I. Radisavljević /2018/: Dokazni značaj amaterskih audio i video zapisa, *Godišnjak Fakulteta bezbednosti*, str. 378.

34 B. Kramer /1990/: Heimliche Tonbandaufnahmen im Strafprozeß, *Neue Juristische Wochenschrift*, № 29, S. 1762.

nekog drugog osnova opravdanja (npr. uz pristanak učesnika ili u okvirima vršenja posebnih dokaznih radnji tajnog nadzora komunikacije), izostanak krivičnog dela omogućio bi korišćenje tako pribavljenog dokaza u krivičnom postupku.

LITERATURA

- Brcnik M. /2011/: A Case for Non-Enforcement of anti-Recording Laws against Citizen Recorders, *Case Western Reserve Law Review*, № 2
- Courtney J. /1973/: Electronic Eavesdropping, Wiretapping and Your Right to Privacy, *Federal Communications Bar Journal*, № 1
- Eisele J. /2019/, u: *Strafgesetzbuch. Kommentar* (A. Schönke, H. Schröder [Begründ.], München
- Fischer T. /2011/: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München
- Gallas W. /1963/: Der Schutz der Persönlichkeit im Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962), *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, № 1
- Graf J. P. /2017/, u: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 4* (W. Joecks, K. Miebach, Hrsg.), München
- Hanley N. S. /2011/: A Dangerous Trend: Arresting Citizens for Recording Law Enforcement, *American Journal of Trial Advocacy*, № 3
- von Ins P., Wyder P.-R. /2007/, u: *Basler Kommentar. Strafrecht II* (M. A. Niggli, H. Wiprächtinger Hrsg.), Basel
- Kargl W. /2017/, u: *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch. Band 2* (U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen, Hrsg.), Baden-Baden
- Koberber A. /1990/: Grenzloser Schutz der Privatsphäre vor Tonbandgeräten?, *Österreichische Juristenzeitung*, № 11
- Kramer B. /1990/: Heimliche Tonbandaufnahmen im Strafprozeß, *Neue Juristische Wochenschrift*, № 29
- Kühl K. /2018/, u: K. Kühl, M. Heger, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München
- Lazarević Lj. /2011/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd
- Lazić D., Radisavljević I. /2018/: Dokazni značaj amaterskih audio i video zapisa, *Godišnjak Fakulteta bezbednosti*
- Lewis P. /2008/, u: *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch. §§ 118-124* (F. Höpfel, E. Ratz, Hrsg.), Wien
- Schünemann B. /2007/, u: *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Band 6/ Teil 2. §§ 146-210* (H. W. Lauffhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, Hrsg.), Berlin
- Sindelić Ž. /2016/: Krivična dela Neovlašćeno prisluškivanje i tonsko snimanje i Neovlašćeno fotografisanje, u: *Evropske integracije: pravda, sloboda i bezbednost. Tom 1*, Beograd
- Srzentić N. /1986/, u: *Komentar Krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine* (N. Srzentić, red.), Beograd
- Stojanović Z. /2020/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd
- Vuković I. /2021/: *Krivično pravo Opšti deo*, Beograd
- Wölfl B. /2000/: Rechtfertigungsgründe bei der Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes, *Juristische Ausbildung*, № 5
- Zerman A. H., Mogerma C. J. /1994/: Wiretapping and Divorce: A Survey and Analysis of the Federal and State Laws Relating to Electronic Eavesdropping and Their Application in Matrimonial Cases, *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, № 2

Igor Vuković

Faculty of Law, University of Belgrade

CRIME OF UNAUTHORIZED
WIRETAPPING AND RECORDING
(ART. 143. OF THE SERBIAN CRIMINAL CODE)

SUMMARY

In recent months, the domestic public has been upset by cases in which telephone recordings are mentioned as the crowning evidence of allegedly committed crimes. However, in order to discuss the question of the legal significance and legality of such evidence, it is necessary to examine when and under what conditions wiretapping or recording of another is punishable at all. Namely, according to Art. 143. par. 1. of the Criminal Code, whoever, by special devices, eavesdrops or records a conversation, statement or any announcement that is not intended for him, shall be punished by a fine or imprisonment for a term between three months and three years. It is a criminal offense that protects the segment of the right to privacy that includes the freedom of oral communication. The paper discusses issues of importance that need to be addressed, and their relevant material and procedural legal effects.

Keywords: unauthorized eavesdropping, audio recording, privacy, consent.

UGOVORNO USTUPANJE POTRAŽIVANJA U SRPSKOM PRAVU

Apstrakt: Cesija je složena pravna operacija koja angažuje tri pravna subjekta odnosno tri imovine. To je promena subjekta na aktivnoj (poverilačkoj) strani u obligaciji koja u svemu ostalom ostaje ista. Poverilac izlazi iz postojeće obligacije, na njegovo mesto stupa treće lice, pravni položaj dužnika se ne menja, a obligacija zadržava identitet. Opisane pravne posledice u srpskom pravu mogu da se postignu ugovorom o cesiji, to jest ugovorom o ustupanju potraživanja. Taj dvostrani pravni posao raspolaganja zaključuju ustupilac (prvobitni poverilac, cedent) i prijemnik (novi poverilac, cesionar). Dužnik (cesus) nije strana u ugovoru o ustupanju potraživanja. Štaviše, ne traži se ni dužnikov pristanak. Predmet ovoga članka jesu poreklo, pravna priroda, forma i predmet ugovora o cesiji, slučajevi zabrane cediranja i pravne posledice nedopuštenog ugovaranja cesije, međusobni odnosi učesnika u toj operaciji, kao i tri oblika fiducijarne cesije, što su posebni oblici ugovornog ustupanja potraživanja. Zabrana cediranja može biti ugovorna i zakonska. Osim toga, zabrana može da proizlazi iz pravne prirode nekog potraživanja. Članak se u velikoj meri oslanja na noviju praksu domaćih sudova.

Ključne reči: ugovorno ustupanje potraživanja (cesija), zabrana cediranja, cesija umesto ispunjenja, cesija radi naplaćivanja, cesija radi obezbeđenja.

UVOD: PROMENA SUBJEKATA U OBLIGACIJI¹

Dugo se smatralo da dužničko-poverilački odnos predstavlja strogo ličnu pravnu vezu, da se prava i obaveze ne mogu odvojiti od svojih titulara, da ličnosti koje su u pravnom odnosu određuju taj odnos i da odnos ne može opstati odnosno ostati isti kada se one promene. Međutim, dužničko-poverilački odnos nije samo apstraktna pravna veza, već taj odnos ima i određenu imovinsku vrednost. U društvima u kojima je promet relativno slobodan ljudi će brzo prepoznati sopstveni ekonomski interes da jednu takvu vrednost stave u promet, odnosno da je pribave ili da njome raspoložu, primerice, zalažući je ili ustupajući je drugome. U takvim uslovima shvatanje o dužničko-poverilačkom odnosu kao strogo ličnoj vezi postaje smetnja, jer onemogućava raspolaganje obligacijom kao imovinskom vrednošću.

O postojanju potrebe da se obligacija kao imovinska vrednost stavi u promet i ekonomski upotrebi svedoči i sledeće: U onim pravnim sistemima u kojima je načelno prihvaćeno shvatanje o strogo ličnom karakteru dužničko-poverilačkog odnosa, čine se pokušaji da se pravni efekti promene subjekata u obligaciji postignu

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

1 Marija Karanikić Mirić, *Promena dužnika*, Službeni glasnik, Beograd 2020, *passim*, s odgovarajućim upućivanjima na literaturu.

zaobilaznim putem, upotrebom nekih drugih pravnih mehanizama. Takav je slučaj bio u rimskom pravu, a među modernim pravnim sistemima, francuska pravna doktrina tradicionalno načelno odbija ideju o prenosivosti dugova, ali dopušta da se slične pravne posledice postignu obilaznim putem. Tek odskora su u francusko pravo uvedena prva zakonska pravila o preuzimanju duga.²

Obligacioni odnos je imovinskopravni odnos između dve tačno određene strane. Međutim, identitet strana u tom odnosu nije od presudnog značaja za njegovo postojanje i sadržinu. U savremenom pravu i pravnoj teoriji obligacija se razume kao odnos između dva lica, ali i kao vrednost koja se može ustupiti drugome. Za razliku od rimskog prava, koje se držalo neprenosivosti obligacije kao principa, savremeno pravo i pravna teorija načelno prihvataju ideju o njenoj prenosivosti. Moderno shvatanje je da subjekti ne određuju identitet obligacije. Obligacija može da se odvoji od ličnosti a da ne prestane: obligacija se ne gasi kada se promeni subjekt na strani koja duguje ili potražuje, nego ostaje jedna te ista, zadržava svoj identitet.

Prema savremenom razumevanju subjekti u obligaciji su zamenjivi. Zamenjivost ne znači identičnost, već podrazumeva subjektivnu ekvivalentnost koja omogućava da jedna stvar odnosno jedna ličnost zameni drugu u ispunjenju obaveze. Zamenjive stvari su one koje se mogu upotrebiti jedna umesto druge bez dodatnih troškova. Za razliku od stvari, ne postoje ličnosti koje su prirodno zamenjive, odnosno zamenjive samim tim što pripadaju određenoj vrsti. Međutim, subjekti u obligaciji mogu da se sporazumeju o sopstvenoj zamenjivosti.³

Istorijski posmatrano, u pravnim sistemima evropskog kontinenta je brže i lakše prihvatana ideja da potraživanje može da se odvoji od ličnosti onoga ko potražuje nego ideja da obaveza može da se odvoji od ličnosti onoga ko duguje. Promena ličnosti dužnika bila je daleko veći izazov za teoriju prava od promene ličnosti poverioca. Zbog čega je to tako? Potraživanje ima određenu vrednost koja se može preneti na drugoga, dok se za dug to ne može reći. Dug nema ekonomsku vrednost, ističe francuski pisac Enes (*Aynès*), jer da je ima – neko bi bio spreman da plati da na sebe preuzme tuđe dugovanje.⁴ Nasuprot tome, potraživanje ima ekonomsku vrednost a pravna pozicija poverioca smatra se povoljnom u načelu. Zbog toga pravnoj teoriji nije bilo teško da objasni interes da se stupi na mesto pređašnjeg poverioca u obligacionom odnosu. O potraživanju se može misliti kao o bestelesnoj stvari, pa je tu jasno šta je u prometu, šta je predmet ustupanja i zbog čega bi neko pristao da potražuje umesto drugoga.

Do promene subjekta u obligaciji, bilo na aktivnoj bilo na pasivnoj strani, dolazi kada na mesto tog subjekta stupi neko drugo lice, ali tako da sama obligacija ostane ista, nepromenjena. Koji su to pravni mehanizmi kojima se danas postiže

2 U sklopu reforme francuskog obligacionog prava, u Građanski zakonik uneta su pravila o promeni dužnika kao samostalnom institutu i to pod nazivom cesija duga (*cession de dette*). Pravila o cesiji duga sadržana su u članovima 1327 i 1328 FGZ po novoj numeraciji. Više o reformi: Gaël Chantepie, Mathias Latina, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, Paris 2018.

3 Lionel Andreu, *Du changement de débiteur*, Dalloz, Paris 2010, 94–95.

4 Laurent Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, préface Philippe Malaurie, Economica, Paris 1984, 50.

promena subjekata u obligaciji? Na prvom mestu to može biti univerzalna sukcesija u neku imovinskopravnu celinu, recimo zaostavštinu. Univerzalni sukcesor stupa u ukupnost prava i obaveza svoga prethodnika, a za njegove dugove odgovara do visine vrednosti nasledene imovine. U pravnim odnosima među živima, poverilac u obligacionom odnosu može se menjati putem ustupanja ugovora, cesije (ustupanje potraživanja ugovorom) i personalne subrogacije u užem smislu (isplata sa subrogacijom). Do promene dužnika dolazi ustupanjem ugovora i preuzimanjem duga, a ustanova pristupanja dugu omogućava povećanje broja subjekata na dužničkoj strani u obligaciji koja zadržava identitet.

1. USTUPANJE POTRAŽIVANJA UGOVOROM

Već je rečeno da je u pravnim sistemima evropskog kontinenta istorijski lakše prihvatana ideja da potraživanje može da se odvoji od ličnosti poverioca, nego da dug može da se odvoji od dužnikove ličnosti. Međutim, i za to je bilo potrebno vreme.

Za prenos potraživanja među živima u rimskom pravu prvo je korišćena ustanova subjektivne novacije, a docnije ustanova mandata (*mandatum agendi*): Prvo, u slučaju novacije jedna obaveza se gasi, a umesto nje zasniva se nova obaveza istog dužnika prema novom poveriocu. To zapravo i nije promena subjekata u nepromenjenoj obligaciji, nego sporazumno gašenje jedne i zasnivanje druge obaveze, pri čemu se stara i nova obaveza međusobno razlikuju po subjektu.⁵ Pravni efekti ovakve novacije samo su ličili na pravne efekte prenosa potraživanja. Nepremostiva razlika sastojala se u tome što novacijom ne može da se obezbedi kontinuitet u identitetu obaveze: novacija podrazumeva da se jedna obaveza ugasi da bi se zasnivala nova. Drugo, u slučaju mandata poverilac bi ovlastio treće lice da umesto njega vodi postupak protiv dužnika i to u vlastito ime, kao zastupnik u sopstvenoj stvari (*procurator in rem suam*). Umesto da prenese potraživanje na trećeg, poverilac bi mu davao ovlašćenje da to potraživanje utuži i da zadrži sve što naplati od dužnika. Vremenom, rimsko pravo je odustalo od zahteva da se dužnik saglasi s ovakvim ovlašćenjem. Na osnovu dobijenog ovlašćenja, drugi poverilac sticao bi pravo na samostalnu tužbu (*actio utilis*) protiv dužnika, koja se od tužbe prvobitnog poverioca (*actio directa*) razlikovala po izmenjenom tužbenom zahtevu (*intentio*).⁶

Pravila o ugovornom ustupanju potraživanja postojala su već u prvim velikim građanskim kodifikacijama. Tako je i u našem Zakonu o obligacionim odnosima.⁷

5 Dragomir Stojčević, *Rimsko privatno pravo*, Savremena administracija, Beograd 1977, 210–212.

6 *Actio utilis* je inače tužba kojom pretor proširuje primenu neke druge tužbe na nove ali slične odnose. O svemu navedenom videti: Alan Watson, *The Law of Obligations in the Later Roman Empire*, O.U.P., Oxford 1965, 214–219; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, O.U.P., Oxford – New York 1999, 58–67; Lazar Marković, *Obligaciono pravo*, Službeni list, Beograd 1997, 333; Miroslav Milošević, *Rimsko pravo*, Nomos, Beograd 2005, 160.

7 Članovi 436–445 Zakona o obligacionim odnosima (u daljem tekstu: ZOO), *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99 i 44/99, *Službeni list SCG*, br. 1/03 – Ustavna povelja i *Službeni glasnik RS*, br. 18/20.

2. USTUPANJE POTRAŽIVANJA UGOVOROM U SRPSKOM PRAVU

U našim propisima i uopšte u pravničkom jeziku izraz cesija rezervisan je za ugovorno ustupanje potraživanja. Za razliku od nekih drugih pravnih sistema, kod nas nije uobičajeno da se kaže cesija duga. Nasuprot tome, u francuskom pravu su u širokoj upotrebi izrazi cesija duga (*cession de dette*) i cesija ugovora (*cession de contrat*). Kod nas se po pravilu ne govori ni o zakonskoj cesiji (*cessio legis*). Umesto toga kaže se zakonska personalna subrogacija.

Cesija je složena pravna operacija koja angažuje tri ličnosti odnosno tri imovine. To je promena subjekta na aktivnoj strani u obligaciji koja u svemu ostalom ostaje ista. Poverilac istupa iz postojeće obligacije, na njegovo mesto stupa treće lice, a dužnikov pravni položaj se ne menja. Obligacija zadržava identitet, ne gasi se.

U našem pravu te pravne posledice postižu se ugovorom o cesiji, to jest ugovorom o ustupanju potraživanja, koji zaključuju ustupilac (cedent, prvobitni poverilac) i prijemnik (cesionar, novi poverilac). Dužnik (cesus) nije strana u tom ugovoru. Štaviše, ne traži se ni njegov pristanak.

Naravno, iste pravne posledice mogu da se postignu i trostranim (tripartitnim) ugovorom između prvobitnog poverioca, novog poverioca i dužnika, u skladu s opštim načelom autonomije volje odnosno slobode ugovaranja.

2.1. Priroda ustupanja

Potraživanje ima imovinsku vrednost, predstavlja bestelesnu stvar i kao takvo može da bude u prometu. U svim tržišnim ekonomijama pre ili kasnije postavi se zahtev da potraživanje bude prenosivo. U savremenim pravnim sistemima nije sporno da potraživanje ulazi u imovinu; ono predstavlja imovinsko dobro i treba da bude lako prenosivo, da bi poverilac mogao slobodno da ga proda, razmeni ili pokloni.⁸ Nasuprot tome, dug nije imovinsko dobro, nije stvar te ne može biti u prometu. Dug je negativna vrednost. Za razliku od potraživanja, dug nema sposobnost za samostalnu egzistenciju kao stvar. Dug se kao stvar ne može zamisliti. To je jedna od ideja na kojima je počivao tradicionalni otpor francuskog prava prema ustanovi preuzimanja duga.⁹

Ugovor o ustupanju potraživanja je dvostrani pravni posao raspolaganja. Iz njega ne nastaju nikakve obaveze, pa tako ne nastaje ni obaveza ustupioca da prenese potraživanje na prijemnika. Potraživanje se prenosi samim ugovorom o cesiji, a ne na osnovu tog ugovora. Pravno dejstvo ugovora o cesiji je translativno a ne konstitutivno. Ugovorom o cesiji se neposredno utiče na postojeću obavezu i to tako što se ona prenosi na drugoga. Promena ličnosti na poverilačkoj strani u obligaciji jeste krajnja svrha tog posla i ona se ostvaruje samim poslom: pravni posao sam ostvaruje svoju svrhu. Nije potreban nikakav potonji modus sticanja tuđeg potraživanja;

8 R. Zimmermann, 59.

9 Jacques Ghestin, Marc Billiau, Grégoire Loiseau, *Traité de Droit Civil: Le régime des créances et des dettes*, L.G.D.J., Paris 2005, 21–22.

samim ugovorom o cesiji prijemnik stupa na poverilačku poziciju u obligaciji koja zadržava identitet.

Cesija je apstraktan pravni posao; iz same cesije se ne može videti zbog čega ustupilac prepušta drugome poverilačku poziciju. To može da bude, recimo, zato što je nameran da daruje prijemnika, da mu odobri zajam ili vrati neki stariji dug. Potraživanje može da se ustupi drugome i umesto ispunjenja, radi naplate ili na ime obezbeđenja starije tražbine.

Cesija se suštinski razlikuje od novacije. Objektivna novacija je sporazumno gašenje jedne obaveze da bi se između istih subjekata zasnovala druga obaveza, koja se od ugašene razlikuje po predmetu ili osnovu.¹⁰ Postoji i romanska (subjektivna) novacija, koju naše pravo ne poznaje, specifična po tome što se stara i nova obaveza razlikuju po subjektu na dužničkoj ili poverilačkoj strani, a predmet im je isti.¹¹ Za razliku od svake novacije, cesija je promena subjekta na poverilačkoj strani u obligaciji koja zadržava identitet: predmet i osnov obaveze ostaju isti i obaveza se ne gasi (što je najvažnije). Ustupilac izlazi iz obligacije, prijemnik stupa na njegovo mesto, a obligacija opstaje.¹²

2.2. Forma ustupanja

Što se zakonodavca tiče cesija je neformalan pravni posao: ZOO za cesiju ne traži nikakvu posebnu formu. Međutim, iz razloga pravne sigurnosti za sve učesnike u transakciji preporučljivo je da se ugovor o ustupanju potraživanja i obaveštenje dužniku da je taj ugovor zaključen sačine u pisanoj formi ili makar da se obezbedi prost dokaz o usmeno zaključenom ugovoru odnosno o usmeno datom obaveštenju.¹³

Domaća pravna teorija prepoznaje izuzetak u slučaju da se ugovorom ustupa potraživanje iz pravnog posla koji je po zakonu formalan. Naime, neki naši pravni pisci smatraju da ugovor o ustupanju potraživanja proizvodi pravna dejstva samo ako je zaključen u konstitutivnoj formi koja se po zakonu zahteva za ugovor iz kojeg potiče cedirano potraživanje.¹⁴ To svoje shvatanje ne obrazlažu. Međutim, konsensualizam je jedno od opštih načela našeg ugovornog prava i svako je po tome slobodan da izabere formu u kojoj će izjaviti svoju pravno-relevantnu volju. Zakonsko ograničenje te slobode konstituiše izuzetak, a izuzeci se usko tumače i s njima se ne prave analogije.

10 Članovi 348–352 ZOO.

11 M. Karanić Mirić, 99–110.

12 Ugovorom o cesiji menja se samo poverilac, a osnov i predmet ustupljenog potraživanja ostaju isti. Za razliku od toga, promenom predmeta ili osnova obaveze došlo bi do njenog prenova. Rešenje Vrhovnog suda Srbije (u daljem tekstu: VSS), Pzz. 14/2003 od 25. decembra 2003.

13 Način obaveštavanja dužnika nije propisan zakonom. To može da bude usmeno, pismeno, elektronski. Ipak, da bi se smanjio rizik da dođe do spora, korisno je da obaveštenje bude učinjeno na način kojim se obezbeđuje pouzdan dokaz da je dužnik obavešten o izvršenom ustupanju. Stav Privrednog apelacionog suda (u daljem tekstu: PAS) utvrđen na sednicama Odeljenja za privredne sporove i Odeljenja za privredne prestupe održanim 19. i 20. novembra 2019.

14 Živimir Đorđević, Vladan Stanković, *Obligaciono pravo*, Naučna knjiga, Beograd 1987, 620; Jakov Radišić, *Obligaciono pravo. Opšti deo*, sedmo izdanje, Nomos, Beograd 2004, 375.

ZOO ne postavlja zahtev forme za ugovorno ustupanje potraživanja. Ustupilac i prijemnik mogu da ugovore formu ustupanja potraživanja kao konstitutivnu, odnosno da uslove punovažnost cesije njenim zaključenjem u određenoj formi. Mogu i da obezbede prost dokaz o cesiji koja je zaključena usmeno. Osim toga, poverilac i dužnik mogu da ugovore uslove pod kojima je dopušteno ustupanje određenog potraživanja, što znači da se sporazumeju i o konstitutivnoj formi buduće cesije i obaveštenja o izvršenom cediranju, odnosno da njihovu punovažnost stave pod uslov neke forme. Međutim, što se zakonodavca tiče, ugovor o ustupanju potraživanja i obaveštenje o izvršenom cediranju sačinjavaju se u slobodnoj formi. S ovim se u najvećem broju slučajeva slažu i naši sudovi.¹⁵

Blanko ustupanje se uvek vrši u pisanoj formi. Ustupilac sačinjava pisanu ispravu u kojoj označava predmet ustupanja, ali ne navodi ko je prijemnik. Potom predaje ovu ispravu drugome i dopušta mu da u njoj kao prijemnika odredi sebe ili neko treće lice.

2.3. Predmet ustupanja

Predmet ugovornog ustupanja u načelu može da bude bilo koje potraživanje, bez obzira na izvor. Cedirano potraživanje ne mora da potiče iz pravnog posla; može da potiče iz činjenice prouzrokovanja štete, sticanja bez osnova, posloводства bez naloga ili nekog drugog izvora obligacija. Predmet ustupanja može da bude i potraživanje utvrđeno sudskom odlukom.¹⁶ Tražbina koja se ustupa ne mora da bude dospela, a može da bude i uslovna ili pak buduća. Njen predmet svakako mora da bude moguć, dopušten i određen (ili makar odrediv).¹⁷ Namireno potraživanje ne može da se cedira.¹⁸ Dopuštena je i delimična cesija deljive tražbine.¹⁹

- 15 Ugovor o ustupanju potraživanja je samostalan pravni posao, za čiju pravnu valjanost se zakonom ne propisuje obaveznost pismene forme. Zato se, saglasno članu 67 stav 1 ZOO, takav ugovor može zaključiti prostom saglasnošću volja ugovornih strana i u slučaju kada je njegov predmet potraživanje konstituisano formalnim pravnim poslom, kao što je bankarska garancija. Presuda VSS, Prev. 166/2001 od 20. juna 2001. [Suprotno: Ugovor kojim kupac prenosi na prijemnika potraživanje iz ugovora o prodaji nepokretnosti mora da bude zaključen u formi koja se po zakonu zahteva za promet nepokretnosti. Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž 986/2013 od 21. marta 2013.]
- 16 Nema zakonskih smetnji da ugovorom o ustupanju potraživanja poverilac prenese na treće lice neko svoje potraživanje utvrđeno pravosnažnom sudskom odlukom. Stav Višeg trgovinskog suda (u daljem tekstu: VTS) utvrđen na sednici Odeljenja za privredne sporove od 10. oktobra 2003.
- 17 Ne može se ustupiti potraživanje koje ne postoji. Na cedenta pada teret dokazivanja da je cedirano potraživanje postojalo u vreme zaključenja ugovora o ustupanju, odnosno da je predmet tog potraživanja u tom času bio dopušten, moguć i određen ili makar odrediv. Presuda VTS, VI Pž. 38/2006 od 22. marta 2006. Kada ne postoji potraživanje koje cedent prenosi na cesionara, tada je ugovor o cesiji ništav zbog neodređenosti predmeta. Presuda VSS, Prev. 112/01 od 19. septembra 2001.
- 18 Potraživanje koje je prestalo ispunjenjem ne može biti predmet ustupanja. Ne proizvodi pravno dejstvo ugovor o cesiji zaključen nakon što je potraživanje prestalo ispunjenjem. Presuda VTS, Pž. 10357/2007(1) od 10. januara 2008. Po prirodi stvari, isto važi za potraživanja koja prestanu na drugi način (recimo, oprostom duga ili kompenzacijom).
- 19 Sudska praksa je tu ujednačena: Predmet ustupanja mogu da budu sva potraživanja, bez obzira na izvor i dospelost, kao i uslovna i buduća potraživanja, ako su dovoljno određena i ako je izvesno

Ako se ustupa potraživanje koje potiče iz ugovora, predmet ustupanja je samo to potraživanje, a ne ceo ugovor odnosno status ugovornika. Na primer, prodavac može ugovorom da ustupi trećem licu svoje potraživanje iz ugovora o prodaji, tako da je sada kupac dužan da isplati cenu tom trećem licu. Međutim, treće lice time ne stupa na mesto prodavca u ugovoru o prodaji, ne postaje strana u ugovornom odnosu, nego samo poverilac ustupljene novčane obligacije. Prodavac je i dalje vezan ugovorom o prodaji i po tom osnovu je dužan da kupcu preda stvar u svojini i garantuje da predata stvar nema pravne i materijalne nedostatke. Ugovor iz kojeg potiče cedirano potraživanje i dalje proizvodi pravno dejstvo između ugovornih strana, s tim što je jedno potraživanje iz tog ugovora preneto na prijemnika.

Zajedno s ustupljenim potraživanjem na prijemnika prelaze sporedna prava, kao što su pravo prvenstvene naplate, prava iz ugovora s jemcem, hipoteka, zaloga, pravo na kamatu, ugovornu kaznu i slično. Postoji oboriva zakonska pretpostavka da je zajedno s glavnim potraživanjem ustupljeno samostalno pravo na kamate koje su u času cediranja dospеле ali još nisu naplaćene.²⁰ Ako je zalogu za ustupljeno potraživanje dalo treće lice a ne dužnik, ustupilac može da preda založenu stvar prijemniku samo ako zalagodavac pristane na to. U protivnom stvar ostaje kod ustupioca, da je čuva za račun prijemnika.²¹

2.4. Zabrana cediranja

Neka potraživanja ipak ne mogu da se ustupe drugome.²²

Prvo, ugovor o ustupanju potraživanja nema dejstvo prema dužniku, ako su poverilac i dužnik ugovorili da poverilac ne može da prenese potraživanje na drugoga ili da ne može da ga prenese bez dužnikovog pristanka. Takav ugovor između poverioca i dužnika zove se *pactum de non cedendo* ili sporazum o zabrani cediranja. Ugovorna zabrana cediranja može da se odnosi na bilo koje potraživanje koje bi inače moglo da bude predmet ustupanja. Može da se zabrani ustupanje predmetnog potraživanja bilo kome ili pak ustupanje tog potraživanja tačno određenom licu. Osim toga, ustupanje može ugovorom da se stavi pod uslov dužnikovog pristanka.²³

ko je dužnik. Predmet ustupanja mogu da budu i prirodne tražbine i potraživanja utvrđena pravosnažnom sudskom odlukom. Dopuštena je i delimična cesija, to jest ustupanje jednog dela potraživanja koje je deljivo. Stav VTS utvrđen na sednici Odeljenja za privredne sporove od 27. septembra 2004. Isto: „Predmet ugovora o ustupanju mogu da budu sva potraživanja: dospela i nedospela, uslovna, buduća, potraživanja iz hartija od vrednosti, kao i deo potraživanja, a sve to uz jedini zahtev da je potraživanje koje se ustupa dovoljno određeno i da postoji izvesnost u vezi s budućim dužnikom. Ne mogu se ustupati potraživanja čiji je prenos zabranjen zakonom, potraživanja iz zabranjenih ugovora, kao ni sporedno potraživanje, osim ako se ustupa zajedno s glavnim.“ Presuda PAS, Pž. 8721/2012(2) od 14. avgusta 2014.

20 Ustupilac i prijemnik mogu da ugovore drugačije, to jest da se izričito sporazumeju da se dospеле a nenaplaćene kamate ne ustupaju zajedno s glavnim potraživanjem. Presuda VTS, Pž. 6065/2005(2) od 5. septembra 2005.

21 Član 437 ZOO.

22 Član 436 stav 2 ZOO.

23 Na dužnika pada teret dokazivanja da je s poveriocem bio ugovorio da je ustupanje potraživanja dopušteno samo uz njegovu (dužnikovu) saglasnost. Presuda PAS, Pž. 6282/2016 od 11. januara 2018.

Ugovornu zabranu cediranja obično traži dužnik kome nije svejedno ko mu je poverilac. Poverilac nema razloga da traži takvu zabranu, odnosno da se odrekne prava da stavi u promet sopstveno potraživanje – da to svoje imovinsko dobro u pravnom i ekonomskom smislu upotrebi. Ustupanje potraživanja koje je protivno ugovornoj zabrani ili ograničenju ne proizvodi pravno dejstvo prema dužniku. Dužnik i dalje može da se oslobodi obaveze tako što će da je ispuni svome poveriocu (ustupiocu). Može da odbije zahtev prijemnika i kada je ovaj savestan, to jest i onda kada prijemnik nije znao i nije bio dužan da zna za *pactum de non cedendo*. Međutim, dužnik može i da odobri ustupanje koje je izvršeno protivno ugovornoj zabrani ili ograničenju, to jest da odustane od zaštite koju je za sebe bio ugovorio.

Drugo, zakonom je zabranjeno ugovorno ustupanje nekih potraživanja.²⁴ Na primer, potraživanje naknade neimovinske štete može da bude predmet ustupanja samo ako je za života oštećenika priznato pravnosnažnom odlukom suda ili pisanim sporazumom.²⁵ Pravo na naknadu imovinske štete u vidu novčane rente usled smrti bliskog lica ili usled povrede tela ili oštećenja zdravlja ne može se preneti drugom licu. Dospeli iznosi te naknade mogu se preneti drugome, ako je iznos naknade određen pismenim sporazumom strana ili pravnosnažnom sudskom odlukom.²⁶ Pravo preče kupovine ne može se otuđiti, osim ako zakonom nije predviđeno drugačije.²⁷ Međutim, na punovažnost ugovornog ustupanja potraživanja ne utiče to što je *cesus* u stečaju: takvo cediranje nije zabranjeno zakonom.²⁸

U nekim slučajevima ustupanje potraživanja je ograničeno zakonom, ali nije zabranjeno. Na primer, potraživanje prema korisniku kredita iz ugovora o kreditu banka može da ustupi samo jednoj banci, bez obzira na to što je ustupljeno potraživanje možda deljivo i što bi se moglo preneti na nekoliko prijemnika. To zakonsko ograničenje shodno se primenjuje na potraživanja iz ugovorâ o lizingu, dozvoljenom prekoračenju računa i izdavanju i korišćenju kreditne kartice.²⁹

Treće, predmet ugovornog ustupanja ne mogu da budu potraživanja koja se po svojoj prirodi protive prenošenju na drugoga. Na prvom mestu, tu spadaju potraživanja koja su vezana za ličnost poverioca. Recimo, svrha zakonskog izdržavanja i njegov strogo lični karakter protive se preuzimanju. Obaveze advokata iz ugovora o zastupanju vezane su za njegovu ličnost, ali za ličnost advokata nije vezano potraživanje ugovorene naknade i stoga advokat može da cedira svoje potraživanje iz ugovora o zastupanju.³⁰ Dalje, predmet ugovornog ustupanja ne mogu biti ni potra-

24 Iz odredbe člana 436 stav 1 ZOO proizlazi se cediranje potraživanja ne može da se zabrani uredbom Vlade. Zabranu ugovornog ustupanja potraživanja može da bude propisana samo zakonom. Tako: Rešenje Saveznog suda, Gzs. br. 40/98 od 19. novembra 1998. O ovome je pre toga postojala raznovrsna sudska praksa vezana za Uredbu o privremenoj zabrani raspolaganja određenim nepokretnostima, pokretnim stvarima i pravima, *Službeni glasnik RS*, br. 49/91, s docnijim ispravkama i izmenama, koja je prestala da važi tek 2008. godine.

25 Član 204 stav 2 ZOO.

26 Član 197 ZOO.

27 Član 529 ZOO.

28 Rešenje VTS, Pvh. 1024/2009 od 1. oktobra 2009.

29 Član 39 Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2011 i 139/2014.

30 Stav PAS utvrđen na sednicama Odeljenja za privredne sporove i Odeljenja za privredne prestupe i upravno-računske sporove koje su održane u periodu od 3. do 30. novembra 2015.

živanja iz zabranjenih ugovora. Potraživanje iz predugovora ne može se preneti na drugoga. Osim toga, sporedna potraživanja ne mogu da se prenesu na drugoga, ako to nije zajedno s glavnim potraživanjem. Međutim, sporedna potraživanja mogu da se prenesu na drugoga nakon dospelosti, jer se tada radi o samostalnim a ne o sporednim pravima. Reč je o dospelim obrocima izdržavanja, dospelim potraživanjima kamata ili ugovorne kazne i tome slično.

Građansko-pravna sankcija za ugovaranje cesije koja je nedopuštena po zakonu očitava se u apsolutnoj ništavosti tog ugovora. Ako su pak poverilac i dužnik ugovorili da poverilac ne može preneti potraživanje na drugoga, ili da ga ne može preneti bez dužnikovog pristanka, onda ugovor o ustupanju ne proizvodi pravno dejstvo prema dužniku.

Dužnik može da odobri ustupanje koje je izvršeno protivno ugovornoj zabrani ili ograničenju, to jest da odustane od zaštite koju je za sebe bio ugovorio, a to nije moguće ako je cesija zabranjena zakonom.

2.5. Pravni položaj dužnika ustupljenog potraživanja

Ugovor o ustupanju zaključuju ustupilac i prijemnik, što znači dužnikov stari i novi poverilac. Dužnik nije strana u tom ugovoru. Ni punovažnost, ni pravne posledice ugovora o ustupanju potraživanja nisu uslovljene dužnikovim pristankom. Međutim, dužnik ima pravo da zna za ugovornu promenu poverioca i uživa posebnu zaštitu ako o tome nije obavešten. Zakonom je propisano da za prenos potraživanja nije potreban pristanak dužnika, ali je ustupilac dužan da obavesti dužnika o izvršenom ustupanju. I još, ispunjenje izvršeno ustupiocu pre obaveštenja o ustupanju punovažno je i oslobađa dužnika obaveze, ali samo ako nije znao za ustupanje, inače obaveza ostaje i on je dužan da je ispuni prijemniku.³¹

Savestan dužnik koji delimično izvrši obavezu starom poveriocu, i to učini ne znajući da je zaključena cesija i da je predmetno potraživanje u celosti ustupljeno trećem licu, ima pravo da novome poveriocu istakne prigovor delimičnog ispunjenja obaveze, ali ne i pravo da od svoga staroga poverioca zahteva povraćaj datog.³² U takvoj situaciji samo prijemnik može da zahteva da ustupioca da mu preda to što je primio od dužnika. Međutim, kada je zaključen trostrani ugovor o cesiji između ustupioca, prijemnika i dužnika, onda dužnik ne može da se oslobodi obaveze ispunjenjem prema ustupiocu, jer po prirodi stvari zna da je došlo do ustupanja.³³

Ustupilac je dužan da obavesti dužnika o izvršenom ustupanju potraživanja i odgovoran je za imovinsku štetu koju mu nanese povredom zakonske dužnosti obaveštavanja.³⁴ Zakonom se ne traži nikakva posebna forma tog obaveštenja. Međutim, teret dokazivanja da je ispunio zakonsku dužnost obaveštavanja pada na ustupioca, pa je za njega najbolje da obaveštenje učini u pisanoj formi.

U periodu od ustupanja potraživanja do saznanja za izvršeno ustupanje savestan dužnik je zaštićen. Tokom tog vremena dužnik se oslobađa obaveze ako je

31 Član 438 ZOO.

32 Presuda PAS, Pž. 1094/2014 od 20. februara 2014.

33 Presuda PAS, Pž. 6768/2013 od 24. septembra 2014.

34 Član 268 ZOO.

ispuni svome prvobitnom poveriocu (ustupiocu), jer samo za njega zna. U tom slučaju prijemnik može da traži od ustupioca da mu po pravilima o sticanju bez osnova preda ono što je primio od savesnog dužnika.

Dužnik gubi ovaj vid zaštite čim na neki način sazna za izvršeno ustupanje, nezavisno od toga da li ga je o tome obavestio ustupilac koji je po zakonu bio dužan to da učini, ili je saznao na drugi način (od prijemnika ili pak od trećeg lica). Od časa kada sazna za izvršeno ustupanje dužnik može da se oslobodi obaveze samo ako dugovanu činidbu ispuni svome novome poveriocu (prijemniku).

Cesija ima translativno dejstvo. To znači da je promena poverioca neposredna pravna posledica ugovora o ustupanju potraživanja. Ne traži se nikakav potonji modus sticanja, odnosno prenosa potraživanja sa ustupioca na prijemnika. Prenos potraživanja obavlja se samim ugovorom a ne na osnovu ugovora. To dalje znači da sukcesivno cediranje jednog te istog potraživanja nije moguće. Za razliku od uzastopnih prodaja iste stvari, koja je moguća u periodu od zaključenja prvog ugovora do prenosa prava svojine, prvi ugovor o ustupanju potraživanja prenosi to potraživanje sa ustupioca na prijemnika. Naredni ugovor o ustupanju istog potraživanja, koji ustupilac zaključi s novim prijemnikom, ne može da izazove nameravane pravne efekte, jer poverilac više nema potraživanje koje pokušava da prenese na drugoga.

Međutim, ZOO sadrži pravilo o višestrukome ustupanju, pa je potrebno da se razjasni na šta se to odnosi.³⁵ Po tom pravilu ako je poverilac ustupio isto potraživanje raznim licima, potraživanje pripada onome prijemniku o kome je ustupilac prvo obavestio dužnika, odnosno onome koji se prvi javio dužniku. Ta zakonska odredba štiti savesnog dužnika, a ne dira u translativna svojstva cesije. Potraživanje prelazi sa ustupioca na prvog prijemnika, a ako ustupilac nastavi da zaključuje ugovore o cesiji tog istog potraživanja drugim licima, te kasnije cesije ne mogu da proizvedu nameravana pravna dejstva. Savestan dužnik može, po izričitoj zakonskog odredbi, da se oslobodi obaveze ispunjenjem onome prijemniku o kome ga je poverilac prvo obavestio, odnosno licu koje mu se prvo legitimisalo kao prijemnik. Ako savestan dužnik ne izvrši dugovanu prestaciju prvom prijemniku koji je dužnikov novi poverilac, nego licu o kojem je prvo obavestjen ili koje mu se prvo javilo, prvi prijemnik može po pravilima o sticanju bez osnova da zahteva od tog lica da mu prenese primljeno.

2.6. Odnos ustupioca i prijemnika

Prijemnik je novi poverilac. Zato je ustupilac dužan da mu preda sve dokaze o postojanju i visini ustupljenog potraživanja, odnosno sve isprave koje služe da se prijemnik legitimise kao novi poverilac. Prijemnik može da zahteva od ustupioca da mu preda isprave o dugu, ako ih ima, kao i druge dokaze o ustupljenom potraživanju i sporednim pravima.

Ako je pak ustupilac preneo na prijemnika samo deo potraživanja, onda su isprave o dugu potrebne obojici. U takvom slučaju ustupilac može da zadrži isprave kojima se dokazuje postojanje ustupljenog potraživanja, ali je dužan da prijemniku preda njihove overene prepise.

35 Član 439 ZOO.

Ustupanje potraživanja je neformalan ugovor, što znači da prijemniku može da bude teško da dokaže svoj poverilački status. Ustupilac je zato dužan da prijemniku izda, na njegov zahtev, overenu potvrdu o izvršenom ustupanju, koja ima značaj prostog dokaza o zaključenoj cesiji.

Kada je ustupanje izvršeno bez naknade, to jest kada je cesija dobročina, ustupilac ne odgovara prijemniku ni za postojanje, ni za naplativost ustupljenog potraživanja.³⁶ Kada je ustupanje izvršeno s naknadom, to jest kada je cesija teretna, ustupilac je odgovoran prijemniku za postojanje potraživanja u času kad je izvršeno ustupanje.

Kada je cesija teretna, odgovornost ustupioca za naplativost ustupljenog potraživanja može posebno da se ugovori, ali vrednosno ograničeno do visine onoga što je ustupilac zauzvrat dobio od prijemnika. Pod istim uslovima može posebno da se ugovori odgovornost ustupioca za naplativost kamata, troškova oko ustupanja i troškova vođenja postupka protiv dužnika. Ta zakonska pravila su imperativna: veća odgovornost savesnog ustupioca ne može se ugovoriti.³⁷

2.7. Odnos prijemnika i dužnika

Prijemnik ima prema dužniku ista prava koja je ustupilac imao prema tom dužniku do izvršenog ustupanja. Dužnik može prema prijemniku da istakne prigovore iz njihovog međusobnog odnosa, kao i prigovore koje je mogao da istakne ustupiocu do momenta kada je saznao za ustupanje (primerice, prigovor zastarelosti ili da je obaveza prestala ispunjenjem).³⁸

Dužnik može s ustupljenom tražbinom da prebije nešto što potražuje od prijemnika (recimo, potraživanje naknade štete koju mu je prouzrokovao prijemnik), ili pak svoje potraživanje od ustupioca (na primer, iz ugovora o zajmu) koje je mogao ovome da prebije do časa kada je saznao za cesiju.

Dužnik može prijemniku da prebije ona svoja potraživanja od ustupioca koja je stekao pre obaveštenja o ustupanju, a čiji rok za ispunjenje nije bio dospeo u momentu kada je dužnik obavešten o ustupanju, ali pod uslovom da taj rok pada pre roka za ispunjenje ustupljenog potraživanja ili u isto vreme.³⁹

Dužnik koji je saznao za izvršeno ustupanje može da se oslobodi obaveze samo tako što će je ispuniti prijemniku. Sve dok ne sazna da je izvršeno ustupanje dužnik može da se oslobodi obaveze tako što će je ispuniti svom prvobitnom poveriocu. Savesan dužnik uživa ovu zaštitu i kada je prijemnik savesan, a prijemnik ima samo

36 Po opštim pravilima o uticaju pobuda na zaključenje ugovora, ako je nedopuštena pobuda bitno uticala na odluku jednog ugovornika da zaključi ugovor o ustupanju potraživanja, i ako je drugi ugovornik to znao ili morao da zna, ugovor ne proizvodi pravno dejstvo. Međutim, ustupanje potraživanja koje je ugovoreno bez naknade (dobročina ili besteretna cesija) ne proizvodi pravno dejstvo ni kada drugi ugovornik nije znao da je nedopuštena pobuda bitno uticala na odluku njegovog saugovornika. Presuda VKS, Prev. 121/94 od 25. maja 1994.

37 Članovi 442 i 443 ZOO.

38 Položaj dužnika se ne može pogoršati ugovorom o cesiji, pa mu je zato dato pravo da se brani prigovorima koje ima prema prijemniku, ali i prigovorima koje je mogao istaći prema ustupiocu do momenta kada je saznao za ustupanje. Rešenje VSS, Prev. 839/97 i Pzz. 41/97 od 21. oktobra 1998.

39 Član 340 ZOO.

zahtev iz pravno neosnovanog obogaćenja prema ustupiocu koji je po izvršenom ustupanju primio ispunjenje od savesnog dužnika.

2.8. Posebne vrste ugovorne cesije

Povrh opštih pravila o ugovornom ustupanju potraživanja, ZOO sadrži i posebna pravila o fiducijarnim ustupanjima. Fiducijarne cesije su u zakonu smeštene pod zajednički naziv *Posebni slučajevi ustupanja potraživanja*.⁴⁰ Zajedničko obeležje fiducijarnih cesija jeste to što postoji starija obligacija između ustupioca i prijemnika, u kojoj se ustupilac nalazi na dužničkoj strani. Drugim rečima, u svim ovim slučajevima ustupilac je prijemnikov dužnik po nekom starijem osnovu. Ustupilac i prijemnik zaključuju fiducijarnu cesiju povodom odnosno u vezi s tim starijim dugom: ustupilac prenosi na prijemnika neko svoje potraživanje prema dužniku, da bi tako ugasio, obezbedio ili isplatio svoj raniji dug prema prijemniku. Fiducijarno ustupanje može, dakle, da se ugovori *umesto ispunjenja, radi naplaćivanja ili radi obezbeđenja* ustupiočevog starijeg duga prema prijemniku.

2.8.1. Ustupanje potraživanja umesto ispunjenja

Kada se ustupanje potraživanja ugovori umesto ispunjenja postojećeg ustupiočevog duga prema prijemniku, taj stariji dug prestaje već u času zaključenja cesije, a ne tek onda kada se prijemnik naplati od dužnika.⁴¹ Umesto da ispuni obavezu prema prijemniku, ustupilac se tog duga delimično ili potpuno oslobađa ustupajući prijemniku neko svoje potraživanje prema dužniku: ustupilac prijemniku plaća tim potraživanjem.

Ustupanje potraživanja umesto ispunjenja jedan je vid zamene ispunjenja (*datio in solutum*):⁴² umesto da plati, odnosno da izvrši obavezu tačno onako kako glasi, ustupilac sporazumno ustupa potraživanje svome poveriocu i tako se oslobađa obaveze. Ugašeno i ustupljeno potraživanje imaju identične predmete, odnosno predmete među kojima postoji subjektivna ekvivalentnost koja omogućava da jedan predmet bez dodatnih troškova zameni drugi za potrebe ispunjenja.

Neposredne pravne posledice zaključenja ugovora o ustupanju potraživanja umesto ispunjenja jesu (a) gašenje starije obaveze ustupioca prema prijemniku do visine ustupljenog potraživanja i (b) stupanje prijemnika na poverilačko mesto umesto ustupioca a naspram dužnika u drugoj obligaciji. Umesto starog potraživanja prema ustupiocu, prijemnik dobija potraživanje prema trećem licu; ustupilac više ne duguje.

Pošto stara obaveza ustupioca prema prijemniku prestaje samim ustupanjem (u času zaključenja cesije, pre nego što prijemnik naplati ustupljeno potraživanje) ustupilac garantuje prijemniku i za postojanje i za naplativost ustupljenog potraživanja.

40 Članovi 444 i 445 ZOO.

41 Kada bi ustupiočeva starija obaveza prema prijemniku prestajala tek kada se ovaj naplati od dužnika, to bi bio drugi oblik fiducijarnog ustupanja potraživanja, koji se zove ustupanje radi naplaćivanja.

42 Član 308 ZOO.

Kada je potraživanje ustupljeno umesto ispunjenja ili radi naplaćivanja, prijemnik je dužan da preda ustupiocu sve što naplati od dužnika preko iznosa svog potraživanja prema ustupiocu. Prijemnik odgovara ustupiocu za štetu koju mu prozrokuje propuštanjem da ustupljeno potraživanje u celini naplati od dužnika, odnosno propuštanjem da ustupiocu preda višak koji je mogao da naplati preko onoga što ustupilac njemu duguje.⁴³ Radi se o odgovornosti za štetu pričinjenu povredom postojeće obaveze.⁴⁴

2.8.2. Ustupanje potraživanja radi naplaćivanja

Drugi oblik fiducijarnog ustupanja potraživanja naziva se ustupanje radi naplaćivanja. Tu se ustupiočeva obaveza prema prijemniku ne gasi sve dok se prijemnik ne naplati od trećeg lica (cesusa). Ovde se radi o jednom slučaju predaje radi prodaje.⁴⁵

Ustupilac je i ovde prijemnikov dužnik po nekom starijem osnovu. Umesto da izvrši postojeću obavezu onako kako ta obaveza glasi, ustupilac prenosi na prijemnika neko svoje potraživanje prema trećem licu. Međutim, ustupiočeva obaveza prema prijemniku ne prestaje u momentu zaključenja cesije, nego tek kada prijemnik naplati ustupljeno potraživanje.

Dakle, kada dužnik ustupi svome poveriocu neko svoje potraživanje samo radi naplaćivanja, dužnikova obaveza se gasi, odnosno smanjuje tek kada poverilac naplati ustupljeno potraživanje. Ako je ustupljeno potraživanje veće od duga koji se gasi njegovom naplatom, prijemnik je dužan da preda ustupiocu sve što je naplatio preko iznosa namirenog duga. Ako je ustupljeno potraživanje manje od prijemnikovog potraživanja prema ustupiocu, ustupiočev dug prema prijemniku se smanjuje za onoliko koliko je naplaćeno.

Kada je potraživanje ustupljeno radi naplaćivanja, dužnik može da ispuni svoju obavezu i prema ustupiocu, čak i kada je obavешten o izvršenom ustupanju. Dužnik može da izvrši dugovanu činidbu ustupiocu ili prijemniku, po svome izboru, ali samo prijemnik može od dužnika da zahteva ispunjenje. Prosto rečeno, ovlašćenje da prime ispunjenje imaju i ustupilac i prijemnik, dok ovlašćenje da zahteva ispunjenje ima samo prijemnik.⁴⁶

2.8.3. Ustupanje potraživanja radi obezbeđenja

Ovde je reč o fiducijarnom ustupanju potraživanja zarad obezbeđenja nekog drugog potraživanja. Prijemnik je poverilac ustupioca po nekom starijem osnovu i, na ime obezbeđenja tog potraživanja, ustupilac cedira prijemniku neko svoje potraživanje od trećeg lica. Zaključenjem ugovora o cesiji ne gasi se starije prijemnikovo potraživanje prema ustupiocu; ono je sad samo obezbeđeno potraživanjem koje je cedirano.

43 Rešenje PAS, Pž. 9669/2013 od 10. jula 2014.

44 Član 262 ZOO.

45 Član 309 ZOO.

46 Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Prev. 136/2017 od 1. juna 2017. Isto: Posle ustupanja potraživanja radi naplate ustupilac više ne može da zahteva ispunjenje. Samo prijemnik može da zahteva ispunjenje od dužnika, a dužnik je ovlašćen da ono što duguje izvrši ustupiocu ili prijemniku po svome izboru. Presuda PAS, Pž. 8411/2015 od 21. januara 2016.

Kada je ustupanje izvršeno radi obezbeđenja nekog prijemnikovog potraživanja prema ustupiocu, prijemnik je dužan da se o naplati ustupljenog potraživanja stara s pažnjom dobrog privrednika, odnosno dobrog domaćina: na primer, da ne dopusti zastarevanje ustupljenog potraživanja, da naplati kamate, da prijavi ustupljeno potraživanje u stečajnu masu. Ako se ne ponaša u skladu s ovim standardom, biće odgovoran za tako pričinjenu štetu.

Prijemnik može da naplati ustupljeno potraživanje samo ako potraživanje koje je obezbeđeno ustupanjem ne bude izmireno o roku. Ako ustupilac izvrši obezbeđenu obavezu, prijemnik je dužan da mu vrati ustupljeno potraživanje. Vraćanje podrazumeva ponovno cediranje, to jest kontracesiju.

Po izvršenoj naplati ustupljenog potraživanja prijemnik ima pravo da zadrži samo ono što je potrebno za namirenje njegovog potraživanja prema ustupiocu, a sve što preostane dužan je da preda ustupiocu. Prijemnik je, dakle, dužan da ustupiocu preda višak koji ostane kada se od naplaćenog ustupljenog potraživanja odbije obezbeđeno prijemnikovo potraživanje prema ustupiocu, inače bi došlo do neosnovanog obogaćenja na strani prijemnika. Ako je ustupljeno potraživanje manje od obezbeđenog potraživanja, onda obezbeđeno potraživanje gasi naplatom ustupljenog potraživanja samo do iznosa koji je naplaćen, a ustupilac prijemniku i dalje duguje razliku.

Ustupanje radi obezbeđenja treba razlikovati od zalaganja potraživanja. Kada mu je jedno potraživanje ustupljeno radi obezbeđenja drugog potraživanja, poverilac obezbeđenog potraživanja istovremeno je postao poverilac onog potraživanja koje mu je cedirano. Posmatrano na drugi način, prijemnik je postao vlasnik ustupljene bestelesne stvari, a ne njen zalogoprimac. Ustupanje radi obezbeđenja zato više liči na fiducijarni prenos prava svojine, nego na zalaganje potraživanja. Za razliku od prijemnika koji postaje poverilac cediranog potraživanja, zalogoprimac ne postaje poverilac založenog potraživanja, nego na njemu stiče zalogu, odnosno ovlašćenje da o dospelću svoje obezbeđeno potraživanje namiri iz vrednosti založenog potraživanja.⁴⁷

Potraživanje može da se založi za svoj ili za tuđi dug; zalagodavac ne mora da bude dužnik obezbeđene obaveze. Potraživanje se pak cedira zarad obezbeđenja sopstvenog duga: ustupilac prenosi na prijemnika neko svoje potraživanje prema trećem licu na ime obezbeđenja svog starijeg duga prema tom istom prijemniku.

Kada ustupljeno potraživanje dospe na naplatu, prijemnik je dužan da ga naplati i tada stiče svojину na predmetu ispunjenja. Kada založeno potraživanje dospe za naplatu, zalogoprimac je takođe dužan da ga naplati, ali ne stiče svojину nego zalogu na predmetu ispunjenja: ispunjenjem založenog potraživanja založno pravo prelazi na stvar kojom je potraživanje ispunjeno.⁴⁸

47 Članovi 989–995 ZOO.

48 Kada je predmet založenog potraživanja novac, zalogoprimac je dužan da položi naplaćeni iznos kod suda na zahtev zalagodavca. Međutim, ako je predmet obezbeđenog potraživanja takođe novac, i ako je i ono dospelo za naplatu, zalogoprimac može da zadrži za sebe koliko mu se duguje, a ostalo je dužan da preda zalagodavcu. Član 993 stav 3 ZOO.

3. ZAKONSKO USTUPANJE POTRAŽIVANJA

Pored ugovornog, postoji i zakonsko ustupanje potraživanja (*cessio legis*), odnosno zakonska personalna subrogacija. Prema opštem pravilu, kada dužnikovu obavezu ispuni treće lice koje u tome ima određeni pravni interes, na njega po samom zakonu u času ispunjenja prelazi poveriočevo potraživanje sa svim sporednim pravima.⁴⁹ Osim toga, pojedini slučajevi zakonske promene poverioca posebno su uređeni zakonom. Na primer, na jemca koji je namirio poveriočevo potraživanje prelazi to potraživanje sa svim sporednim pravima i garantijama ispunjenja.⁵⁰ Takođe, isplatom naknade iz osiguranja na osiguravača po samom zakonu prelaze, do visine isplaćene naknade, sva osiguranikova prava prema licu koje je odgovorno za štetu.⁵¹

Personalna subrogacija u širem smislu (isplata sa subrogacijom) zasniva se na zakonu ili na ugovoru između poverioca i ispunioca, odnosno između dužnika i ispunioca. Zanimljiva je istorija te ideje. Isprva se smatralo da kada neko treći plati za dužnika, poveriočevo potraživanje prestaje ispunjenjem i treće lice više nema u šta da se subrogira: ugašeno potraživanje ne može da se prenese na isplatioca. Rešenje je pronađeno u fikciji da isplata tuđeg duga nije ispunjenje, nego plaćanje naknade za cesiju: treće lice plaća dužnikov dug poveriocu na ime naknade za to što mu poverilac ustupa neko svoje potraživanje od dužnika. Jemac koji je namirio poverioca u rimskom pravu mogao je da zahteva od tog poverioca da na njega prenese svoju tužbu prema dužniku (*beneficium cedendarum actionum*). Poverilac bi ovlastio to lice da tuži dužnika u vlastito ime (*procurator in rem suam*) i da zadrži sve što naplati. Vremenom, pravila su postala manje stroga: poverilac više nije morao da izjavljuje ustupanje, nego je do ustupanja dolazilo kada isplatilac zatraži. Konačno, u građanskim kodifikacijama je izostavljen uslov da ko plati tuđi dug mora da zahteva ustupanje od poverioca, već do cesije dolazi po sili zakona.⁵²

ZAKLJUČAK

Ugovor o ustupanju potraživanja je dvostrani pravni posao raspolaganja koji zaključuju ustupilac i prijemnik. Dužnik nije strana u tom ugovoru, a ne traži se ni njegov pristanak. Međutim, dužnik ima pravo da zna za ugovornu promenu poverioca i uživa posebnu zaštitu ako o tome nije obavešten.

Potraživanje se prenosi samim ugovorom o ustupanju, a ne na osnovu tog ugovora. Ugovor o ustupanju ima translativno, a ne konstitutivno dejstvo. Svrha ugovora je promena subjekta na poverilačkoj strani u obligaciji. Ta svrha se ostvaruje samim ugovorom; nije potreban nikakav potonji modus sticanja odnosno prenosa tražbine sa ustupiooca na prijemnika.

49 Član 300 ZOO.

50 Član 1003 ZOO.

51 Član 939 stav 1 ZOO.

52 Sve prema: Sonja Meier, „Subrogation“, u: Jurgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, O.U.P., Oxford 2012, 1615.

Ugovor o ustupanju potraživanja je apstraktan pravni posao. Iz njega se ne vidi zbog čega ustupilac prepušta drugome poverilačku poziciju. To može da bude, recimo, zato što je nameran da daruje prijemnika, da mu odobri zajam ili vrati neki stariji dug. Potraživanje može da se ustupi drugome i umesto ispunjenja, radi naplate ili na ime obezbeđenja starije tražbine.

Što se zakonodavca tiče, cesija je neformalan pravni posao. Međutim, iz razloga pravne sigurnosti, za sve učesnike u ovoj transakciji preporučljivo je da se ugovor o ustupanju potraživanja i obaveštenje o izvršenom ustupanju sačine u pisanoj formi, ili makar da se obezbedi prost dokaz o usmeno zaključenom ugovoru odnosno o obaveštenju koje je dužniku usmeno saopšteno.

Predmet ugovornog ustupanja može da bude bilo koje potraživanje, bez obzira na izvor, uključujući potraživanje utvrđeno sudskom odlukom. Tražbina koja se ustupa ne mora da bude dospela, a može da bude i uslovna ili pak buduća. Predmet potraživanja koje se ustupa svakako mora da bude moguć, dopušten i određen odnosno odrediv. Namireno potraživanje ne može da se cedira. Dopuštena je delimična cesija deljive tražbine. Ako se ustupa potraživanje koje potiče iz ugovora, predmet ustupanja je to potraživanje, a ne ceo ugovor. Zajedno s ustupljenim potraživanjem na prijemnika prelaze sporedna prava, kao što su pravo prvenstvene naplate, prava iz ugovora s jemcem, hipoteka, zaloga, pravo na kamatu, ugovornu kaznu i slično.

Određena potraživanja ne mogu da se ustupe drugome. Ugovor o ustupanju potraživanja nema dejstvo prema dužniku ako su poverilac i dužnik ugovorili da poverilac ne može da prenese potraživanje na drugoga ili da ne može da ga prenese bez dužnikovog pristanka. Ugovorno ustupanje nekih potraživanja zakonom je zabranjeno. Predmet ugovornog ustupanja ne mogu biti ni potraživanja koja se po svojoj prirodi protive prenošenju na drugoga.

Ugovor o ustupanju je apsolutno ništav ako je cediranje zakonom zabranjeno. Ako su pak poverilac i dužnik ugovorili zabranu cesije, ugovor o ustupanju ne proizvodi pravno dejstvo prema dužniku. Dužnik može da odobri ustupanje koje je izvršeno protivno ugovornoj zabrani ili ograničenju, što nije moguće ako je cesija zabranjena zakonom.

Povrh opštih pravila o ugovornom ustupanju potraživanja, ZOO sadrži i posebna pravila o fiducijarnim ustupanjima. Zajedničko obeležje fiducijarnih cesija je to što je ustupilac prijemnikov dužnik po nekom starijem osnovu. Njih dvojica ugovaraju fiducijarnu cesiju povodom te starije obaveze: ustupilac prenosi na prijemnika neko svoje potraživanje prema dužniku, da bi na taj način ugasio, obezbedio ili isplatio svoj raniji dug prema prijemniku. Fiducijarno ustupanje može, dakle, da se ugovori *umesto ispunjenja, radi naplaćivanja* ili *radi obezbeđenja* ustupiočevog starijeg duga prema prijemniku.

Konačno, personalna subrogacija u širem smislu (isplata sa subrogacijom) zasniva se na zakonu ili na ugovoru između poverioca i ispunioca, odnosno između dužnika i ispunioca. Zakonska personalna subrogacija ima i drugi naziv: zakonsko ustupanje potraživanja (*cessio legis*). Prema opštem pravilu, kada dužnikovu obaveznu ispuni treće lice koje u tome ima određeni pravni interes, na njega u času

ispunjenja po samom zakonu prelazi poveriočevo potraživanje sa svim sporednim pravima. Neki slučajevi zakonske promene poverioca posebno su uređeni zakonom.

LITERATURA

- Andreu, Lionel, *Du changement de débiteur*, Dalloz, Paris 2010.
- Aynès, Laurent, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, préface Philippe Malaurie, Economica, Paris 1984.
- Chantepie, Gaël, Mathias Latina, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, Paris 2018.
- Đorđević, Živomir, Vladan Stanković, *Obligaciono pravo*, Naučna knjiga, Beograd 1987.
- Jacques Ghestin, Marc Billiau, Grégoire Loiseau, *Traité de Droit Civil: Le régime des créances et des dettes*, L.G.D.J., Paris 2005.
- Karanikić Mirić, Marija, *Promena dužnika*, Službeni glasnik, Beograd 2020.
- Marković, Lazar, *Obligaciono pravo*, Službeni list, Beograd 1997.
- Meier, Sonja, „Subrogation“, u: Jurgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, O.U.P., Oxford 2012.
- Milošević, Miroslav, *Rimsko pravo*, Nomos, Beograd 2005.
- Radišić, Jakov, *Obligaciono pravo. Opšti deo*, sedmo izdanje, Nomos, Beograd 2004.
- Stojčević, Dragomir, *Rimsko privatno pravo*, Savremena administracija, Beograd 1977.
- Watson, Alan, *The Law of Obligations in the Later Roman Empire*, O.U.P., Oxford 1965.
- Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*, O.U.P., Oxford – New York 1999.

Marija Karanikić Mirić

Faculty of Law, University of Belgrade

CONTRACTUAL ASSIGNMENT OF CLAIMS IN SERBIAN LAW

SUMMARY

Assignment of claims is a complex legal operation that engages three legal entities. It is a mechanism which allows a creditor, the assignor (the cedent), to transfer his right to claim a debt to another person, the assignee (the cessionary). Once the claim has been transferred, the assignor is entirely substituted by the assignee. The existing obligation never ceases to exist, it retains its identity. In other words, the original creditor loses his right to claim and the new creditor acquires that right, while the obligation remains unchanged. In Serbian law, as in many other contemporary legal systems, this may be achieved by a contract between the former and the new creditor. The debtor is not a party to such contract and, what is more, his consent is not required. This paper examines the origins, legal nature, form and subject matter of the assignment agreement. The paper also explores the instances of prohibition

of contractual assignment of claims. The prohibition of the assignment may be stipulated or statutory, or it may derive from the legal nature of the claim at issue. In addition, the author looks at the mutual relations of the participants in assignment and focuses on the three types of fiduciary assignments (assignment instead of fulfillment, assignment for the purposes of collection and assignment for security purposes). This paper relies to a great extent on the recent decisions of Serbian courts.

Keywords: contractual assignment of claims, prohibition of assignment, assignment instead of fulfillment, assignment for the purposes of collection, assignment for security purposes.

Dorđe Đorđević*

Kriminalističko-policijski univerzitet, Beograd

KRIVIČNO DELO PROGANJANJA U KZ REPUBLIKE SRBIJE

Apstrakt: Krivično delo proganjanja uvedeno je u naše krivično zakonodavstvo Zakonom o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz 2016. godine, a odredba o ovom krivičnom delu stupila je na snagu 1. juna 2017. godine. Neposredan povod za uvođenje ove inkriminacije je ispunjavanje obaveze koju je naša zemlja preuzela ratifikacijom Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici iz 2011. godine. Međutim, pored ove međunarodne obaveze koja je možda mogla biti ispunjena i na drugi način, unošenjem određenih izmena u već postojeće inkriminacije, na uvođenje novog krivičnog dela u naš Krivični zakonik svakako su uticala i iskustva brojnih drugih zakonodavstava koja već odranije poznaju ovakvo krivično delo. No, dosta brzo po stupanju na snagu odredbe o ovom krivičnom delu primećeni su određeni nedostaci u njenom formulisanju koji su stvarali probleme u praksi, pa su već Zakonom o izmenama i dopunama KZ iz 2019. učinjene, na prvi pogled sitne, ali sadržinski značajne izmene kod ovog krivičnog dela koje su svakako doprinele boljem razumevanju i pravilnijoj primeni ove odredbe u praksi.

U radu se analiziraju elementi ovog krivičnog dela u svetlu pojedinih rešenja iz uporednog prava, kao i prvi rezultati u njegovoj primeni u praksi naših sudova, i daju preporuke i sugestije za poboljšanje postojećih rešenja *de lege ferenda*.

Gljučne reči: Istambulska konvencija, Krivični zakonik, krivično delo, proganjanje, ugožavanje sigurnosti.

1. RAZLOZI ZA UVOĐENJE OVE INKRIMINACIJE

Prvog juna ove godine navršava se četiri godine od stupanja na snagu odredbe Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika (u daljem tekstu: ZID KZ) iz 2016.¹ godine kojom je u naše krivično zakonodavstvo prvi put uvedeno krivično delo proganjanja. To je svakako dovoljan period da se sagledaju prvi rezultati u primeni ove inkriminacije i pogodan momenat da se ukaže na eventualne propuste pri formulisanju odredbe o ovom krivičnom delu koji mogu stvarati probleme u praksi. Neki problemi vezani za nepreciznosti same odredbe uočeni su veoma brzo po početku njene primene, pa je zakonodavac reagovao unošenjem određenih izmena kod ovog krivičnog dela već u ZID KZ iz 2019. godine.²

Neposredan povod za uvođenje ove kao i nekih drugih inkriminacija u naš Krivični zakonik (u daljem tekstu: KZ) jeste potreba njegovog usklađivanja sa odred-

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

1 Službeni glasnik RS, br. 94/2016.

2 Službeni glasnik RS, br. 35/2019.

bama tzv. Istambulske konvencije (u daljem tekstu: Konvencija)³ koju je naša zemlja ratifikovala 2013.⁴ Pristupanjem naše zemlje ovoj konvenciji stvorena je obaveza da se u naše zakonodavstvo implementiraju pojedine odredbe ove konvencije ukoliko ih naše zakonodavstvo nije prethodno sadržalo.

Međutim, ispunjenje ove međunarodne obaveze sigurno nije jedini razlog za uvođenje u naše zakonodavstvo jednog ovakvog krivičnog dela. Mnoga strana zakonodavstva su i pre donošenja pomenute konvencije imala ovakvo ili slično krivično delo jer se u savremenim uslovima života javlja sve veća potreba za krivičnopravnom zaštitom ove vrste. Tome je svakako doprineo nagli i ubrzani razvoj savremenih sredstava komunikacije koja su omogućila širokom krugu ljudi lako i brzo uspostavljanje komunikacije sa drugim ljudima i dostupnost informacija o različitim događajima, ljudima i njihovim aktivnostima. Pored svih nebrojenih prednosti koje ovakve tehnološke mogućnosti donose, one sobom nose i povećani rizik od onih oblika ponašanja i komunikacije koje pojedinac ne želi. Ako se tome dodaju i klasični oblici komuniciranja ili pokušaja komuniciranja, odnosno saznavanja podataka o nekom licu, kao što su praćenje, sačekivanje, slanje pisama i slično, dolazimo do zaključka da je sve širi krug lica pojačano izložen ovakvim oblicima ugožavanja prava na privatnost i prava na osećanje lične slobode i bezbednosti koje je zagantovano i našim Ustavom (član 27. Ustava Republike Srbije).

Sama Istambulska konvencija ne definiše izričito šta se podrazumeva pod proganjanjem, već samo insistira na obavezi strana potpisnica „da preduzmu neophodne zakonodavne ili druge mere i obezbede da namerno ponašanje ponavljanjem pretnji upućenih drugom licu, koje uzrokuju da se lice plaši za svoju bezbednost, bude inkriminisano“ (član 34. Konvencije).⁵ Međutim, mnoga krivična zakonodavstva, među kojima je i naše, propisujući ovakvo krivično delo otišla su mnogo šire u zaštiti ovog osnovnog ljudskog prava propisujući različita ponašanja kojima se ovo pravo napada i ugrožava. Očigledno je da su postojali ozbiljni kriminalno-politički razlozi za uvođenje ovakve inkriminacije i bez formalne obaveze koja proizlazi iz pomenute Konvencije,⁶ koja se, čini se, mogla zadovoljiti i na druge načine. Argumentima u prilog unošenja proganjanja u naš KZ bavila se naša krivičnopravna i kriminološka literatura i pre donošenja pomenutog Zakona o imenama i dopunama KZ iz 2016. godine.⁷ Sumarna uporednopravna analiza koja sledi pokazuje da su i druge zemlje propisivanjem ovog krivičnog dela otišle mnogo dalje od onog što se

3 Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, doneta u Istanbulu 11. maja 2011. godine.

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

5 Dostupno na: www.parlament.gov.rs, pregledano 14.4.2021.

6 M. Škulić: Silovanje bez prinude, proganjanje i polno uznemiravanje – nove buduće inkriminacije, *Bilten Višeg suda u Beogradu*, broj 87/2016, Intermex, Beograd, dostupno na: www.propositionline.com; D. Kolarić: Dinamična faza krivičnog zakonodavstva Srbije, *Pravni život*, br. 9/2016, str. 664.

7 Vidi: V. Nikolić-Ristanović, M. Kovačević-Lepojević: Proganjanje – pojam, karakteristike i društveni odgovori, *Temida*, br. 4/2007; V. Randelović: Proganjanje: pojam, karakteristike i predlozi *de lege ferenda*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1/2016; D. Miladinović-Stefanović: Prilog raspravi o kriminalizaciji proganjanja, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 72/2016.

tražilo Istambulskom konvencijom, a neka zakonodavstva su, kao što je već rečeno, ovo delo uvela i znatno pre njenog donošenja (na pr. Italija, Austrija, Nemačka).

2. UPOREDNOPRAVNI PREGLED

Ovakvo ili slično krivično delo postoji u čitavom nizu krivičnih zakonika, kao što su, na primer, KZ Albanije (čl. 121a), KZ Finske (poglavlje 25, sekcija 7a), KZ Gruzije (čl. 151), KZ Nemačke (čl. 238), KZ Malte (čl. 251AA), KZ Holanandije (čl. 285b),⁸ KZ Italije (čl. 612-bis),⁹ KZ Austrije (čl. 107a),¹⁰ KZ Slovenije (čl. 134a),¹¹ KZ Hrvatske (čl. 140),¹² KZ Republike Srpske (čl. 144),¹³ KZ Crne Gore (čl. 168a)¹⁴ i dr. Većina ovih inkriminacija je novijeg datuma.

Zajedničko svim ovim inkriminacijama jeste postojanje tri osnovne karakteristike: radnja, koja se sastoji u nelegalnom nadgledanju, praćenju, uspostavljanju neželjene komunikacije i sl, zatim posledica, koja se sastoji uznemiranjju i osećanjju straha za ličnu sigurnost i način izvršenja koji podrazumeva ponavljanje radnje, upornost pri izvršenju, kontinuitet, vremensku povezanost radnji i sl.

Pored ovih elemenata koji se, uz različite formulacije, pojavljuju kod ove odredbe u svim pomenutim zakoncima, pojedini od njih ističu i neke dodatne momente precizirajući ili proširujući samu radnju ili posledicu. Tako, na primer, KZ Albanije, KZ Italije, KZ Gruzije i KZ Republike Srpske ističu promenu životnih navika žrtve kao posledicu proganjanja od strane učinioca krivičnog dela ili bar nastojanje učinioca da do toga dođe. KZ Malte kao moguću radnju izvršenja pominje i praćenje upotrebe od strane osobe interneta, e-pošte ili bilo kog drugog oblika elektronske komunikacije. KZ Nemačke, KZ Italije, KZ Austrije i KZ Crne Gore kao radnju izvršenja određuju i zloupotrebu ličnih podataka žrtve u cilju naručivanja robe ili usluga. KZ Gruzije kao jednu od alternativno postavljenih radnji predviđa i uništavanje imovine pasivnog subjekta u cilju izazivanja straha i menjanja životnih navika, a KZ Austrije objavljivanje činjenica ili fotografija iz lične sfere života bez pristanka osobe na koju se činjenice ili fotografije odnose. Pojedini zakonici kao radnju pominju i pretnju da će se napasti na život i telo (na primer, KZ Nemačke), ali se tu radi o zakoncima koji nemaju posebno krivično delo koje se sastoji u pretnji (kao kod nas ugrožavanje sigurnosti).

Kao posledicu, pored straha za ličnu sigurnost, mnogi zakonici pominju i strah za sigurnost bliske osobe, kao što su KZ Italije, KZ Albanije, KZ Gruzije, KZ Slovenije i KZ Republike Srpske.

Većina pomenutih zakonika propisuju i teže oblike ovog krivičnog dela. Kvalifikatorne okolnosti na kojima se zasnivaju ti teži oblici su različiti. Najčešće se te

8 Dostupno na: www.legislationline.org, pregledano 14.4.2021.

9 Dostupno na: www.ipsoa.it/codici/cp/12/t12, pregledano 14.4.2021.

10 Dostupno na: www.jusline.at/gesetz/stgb, pregledano 14.4.2021

11 Dostupno na: www.pisrs.sl, pregledano 14.4.2021.

12 Dostupno na: www.zakon.hr, pregledano, 14.4.2021.

13 Dostupno na: www.paragraf.ba, pregledano 14.4.2021.

14 Dostupno na: www.paragraf.me, pregledano 14.4.2021.

kvalifikatorne okolnosti vezuju za neko lično svojstvo pasivnog subjekta ili njegov odnos sa učinioцем, pa tako KZ Hrvatske u tom kontekstu kao pasivnog subjekta pominje blisku osobu, lice sa kojim je učinilac u intimnoj vezi ili dete, KZ Albanije bivšeg supružnika, bivšeg vanbračnog partnera ili osobu koja je imala duhovnu vezu sa oštećenom, te bremenitu ženu, maloletno ili bespomoćno lice, KZ Slovenije maloletno ili bespomoćno lice, KZ Gruzije maloletno lice, bespomoćno lice, bremenitu ženu ili invalida, KZ Republike Srpske bivšeg i sadašnjeg bračnog ili vanbračnog partnera odnosno lice sa kojim je učinilac u intimnoj vezi i dete, KZ Crne Gore teže oblike dela predviđa ako se kao pasivni subjekt pojavljuje bivši bračni ili vanbračni drug, maloletno lice, bremenita žena ili lice sa invaliditetom, dok KZ Italije ovom krugu lica koje predviđa KZ Crne Gore dodaje još i sadašnjeg bračnog druga i osobu sa kojom je učinilac u emotivnoj vezi.

Pojedini pomenuti zakoni predviđaju kao kvalifikatornu neku okolnost pod kojom je delo izvršeno, kao na primer, da je izvršeno uz pretnju oružjem ili od strane lica koje se lažno predstavljalo (KZ Italije, KZ Albanije), da je delo izvršeno od strane grupe ili da je više puta ponovljeno, da je izvršeno zloupotrebom službenog položaja (KZ Gruzije) ili da je proganjanje trajalo duže od godinu dana (KZ Austrije).

U nekim zakonicima postoje i teži oblici dela kvalifikovani težom posledicom, kao što su nastupanje opasnosti po život, zdravlje i telesni integritet pasivnog subjekta, smrt pasivnog subjekta ili njemu bliske osobe (KZ Nemačke, KZ Crne Gore) ili samoubistvo ili pokušaj samoubistva od strane pasivnog subjekta (KZ Austrije).

3. KRIVIČNO DELO PROGANJANJA U KZ SRBIJE

Radnje osnovnog oblika ovog krivičnog dela određene su alternativno i to mogu biti sledeće radnje: 1) neovlašćeno praćenje drugog lica ili preduzimanje druge radnje u cilju fizičkog približavanja tom licu protivno njegovoj volji; 2) nastojanje da se sa drugim licem uspostavi kontakt protivno njegovoj volji neposredno, preko trećeg lica ili putem sredstava komunikacije; 3) zloupotreba podataka o ličnosti drugog lica ili njemu bliskog lica radi naručivanja robe ili usluga; 4) pretnja napadom na život, telo ili slobodu drugog lica ili njemu bliskog lica; 5) preduzimanje drugih radnji kojima može da se osetno ugrozi lični život lica prema kome se preduzimaju.

Za postojanje ovog krivičnog dela potrebno je da ove radnje ispunjavaju dva uslova. Prvi je da su učinjene u toku određenog vremenskog perioda, čije trajanje nije zakonom precizirano¹⁵ i o čijem mogućem trajanju postoje različita mišljenja.¹⁶ Nama se čini da ovako postavljen uslov, bez makar orijentaciono naznačene dužine „određenog vremenskog perioda“ ne znači praktično ništa, jer se sve bilo kad izvršene radnje odigravaju o okvirima nekog „određenog vremenskog perioda“. Drugi uslov koji je već precizniji jeste da je učinilac pokazao upornost u njihovom vrše-

15 M. Đorđević, Đ. Đorđević: *Krivično pravo*, Projuris, Beograd, 2020, str. 141.

16 N. Paunović: Krivičnopravni aspekti proganjanja – uporednopravna analiza i mogući pravci *de lege ferenda* izmena, *Strani pravni život*, br. 1/2019, str. 31; M. Škulić: Silovanje bez prinude, proganjanje i polno uznemiravanje – nove buduće inkriminacije, *Bilten Višeg suda u Beogradu*, broj 87/2016, Intermex, Beograd, dostupno na: www.propisionline.com.

nju. Ova dva uslova su međusobno nužno povezana.¹⁷ Interesantno je da prvobitna odredba o ovom krivičnom delu iz ZID KZ iz 2016. godine nije sadržala upornost pri izvršenju kao element ovog krivičnog dela, odnosno da je amandmanom poslanika izbačena iz Predloga Vlade,¹⁸ pa se postojanje ovakvog uslova moglo samo indirektno izvlačiti iz formulacije da se radnja vrši „u određenom vremenskom periodu“ (što, iako veoma neodređeno, ipak implicira ponavljanje radnje), kao i iz samog naziva krivičnog dela.¹⁹ Ova nepreciznost otklonjena je odredbom ZID KZ iz 2019. godine koja izričito unosi element upornosti prilikom izvršenja radnji ovog krivičnog dela. Upornost treba shvatiti kao višekratno ponavljanje nekih od propisanih radnji izvršenja, pri čemu to mogu biti i različite radnje.²⁰ Nama se čini da sastavni deo te upornosti mora da bude i subjektivni element, svest učinioca o tome da pasivni subjekt ne želi komunikaciju koju učinilac pokušava da uspostavi (što podrazumeva aktivno ili pasivno manifestovanje te nesaglasnosti), mada o tome ima i drukčijih mišljenja.²¹ U svakom slučaju, bez ponavljanja radnji izvršenja u određenom vremenskom periodu nema ovog krivičnog dela. O tome govori i presuda Vrhovnog kasacionog suda Kzz 70/2019 od 6. februara 2019. godine u kojoj se ističe da „protivpravne radnje krivičnog dela proganjanja iz člana 138a, stav 1, tačka 1. KZ, koje se sastoje u neovlašćenom praćenju drugog lica ili preduzimanju drugih radnji u cilju fizičkog približavanja tom licu protivno njegovoj volji, moraju biti preduzete prema pasivnom subjektu u toku određenog vremenskog perioda, moraju se ponavljati i trajati određeno vreme“.²² Zbog prirode krivičnog dela koje zahteva ponavljanje radnje, ovde je nemoguće postojanje konstrukcije produženog krivičnog dela,²³ već se radi o krivičnom delu sa indiferentnim brojem radnji i prozurokovanja, kod koga broj ponovljenih radnji ne utiče na broj učinjenih krivičnih dela, jer uvek postoji samo jedno, ali svakako može uticati na odmeravanje kazne. S obzirom da je kod ovog dela neophodno ponavljanje radnje problem može predstavljati ocena koliko puta je potrebno da je radnja izvršena da bi se moglo govoriti o ponavljanju. Jezički to je svakako već dva puta, ali procena postojanja ponavljanja u smislu ovog krivičnog dela mora se vršiti u svakom konkretnom slučaju.

Kao radnje izvršenja alternativno je postavljeno pet gore navedih radnji koje, da bi postojalo ovo krivično delo, moraju da ispunjavaju navedena dva uslova, da su izvršene u određenom vremenskom periodu i da je učinilac pokazao upornost prilikom njihovog vršenja. Prve četiri navedene radnje predstavljaju četiri moguće radnje izvršenja date primera radi (verovatno kao primeri najčešćih radnji), jer je kao peta radnja određeno da to može biti i preduzimanje „druge slične radnje na

17 N. Delić: *Krivično pravo, posebni deo*, Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet, Beograd, 2021, str. 82.

18 Z. Stojanović: *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2020, str. 521.

19 Z. Stojanović: *Proganjanje – novo krivično delo u Krivičnom zakoniku Srbije, u „Kaznena reakcija u Srbiji VII deo“* (ur. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2017, str. 9.

20 Z. Stojanović: *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2020, str. 521.

21 N. Delić: *Krivično pravo, posebni deo*, Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet, Beograd, 2021, str. 82.

22 *Bilten Vrhovnog kasacionog suda*, br. 4/2019, Intermex, Beograd, dostupno na: www.propisionline.com.

23 Z. Stojanović: *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2020, str. 521.

način koji može osetno da ugrozi lični život lica prema kome se radnje preduzimaju“. Dileme izaziva okolnost da je posledica dela „ugrožavanje ličnog života lica prema kome se radnje preduzimaju“ izričito navedena samo kod tog petog oblika radnje, što navodi na zaključak da se samo u tom slučaju radi o posledičnom (materijalnom) krivičnom delu, a u ostala četiri o delatnosnim (formalnim) krivičnim delima kod kojih se za postojanje dela ne traži da je nastupila posledica.²⁴ U literaturi se navodi da se do ovakvog rešenja došlo amandmanima poslanika u Narodnoj skupštini, suprotno predlogu Vlade.²⁵ Međutim, ne vidi nijedan argument u prilog takvog rešenja ni sa logičkog, ni sa kriminalonopolitičkog stanovišta. Traženje posledice samo kad su pitanju „ostale radnje“, a ne i izričito (primera radi) navedene radnje ne čini se ni logičnim ni opravdanim. No, nama se čini da je i pri ovakvoj formulaciji jezičkim tumačenjem moguće izvesti zaključak o neophodnosti nastupanja posledice kod svih pet radnji, jer čitava odredba stava 1 ovog člana zapravo predstavlja jednu rečenicu sa nabranjem mogućih radnji, pa se može smatrati da se posledica koja je izričito navedena na samom kraju te rečenice, dakle u okviru pete radnje, odnosi na čitavu rečenicu (odredbu), odnosno na svih pet navedenih radnji. U svakom slučaju ovakvom neveštom i nepreciznom formulacijom stvorena je dilema koja može izazvati ozbiljne probleme u praksi i koju bi stoga *de lege ferenda* svakako trebalo ispraviti i nedvosmisleno sve navedene radnje ovog krivičnog dela odrediti posledično.²⁶

Najviše dilema izaziva radnja propisana u tački 3, stava 1 ovog krivičnog dela koja se sastoji u zloupotrebi podataka o ličnosti drugog lica ili njemu bliskog lica radi naručivanja robe ili usluga. Kao što je već rečeno, ona je preuzeta iz nekih stranih zakonodavstava (Nemačka, Austija, Italija), ali se čini da prilikom njenog preuzimanja nije dobro shvaćen njen pravi smisao, o čemu govori i činjenica da je prilikom usvajanja ZID KZ iz 2016. godine Predlog Vlade o „naručivanju robe ili usluga“ kao radnji ovog oblika amandmanima promenjen u „nuđenje robe ili usluga“,²⁷ što sadržinski nije ni slično. Ova nelogičnost je izmenjena u ZID KZ iz 2019. godine, unošenjem izraza „naručivanje“ umesto „nuđenje“, ali sama odredba time nije postala u potpunosti jasna i svrsishodna, pogotovu u varijanti da se kod ovog oblika radnje ne traži nastupanje posledice. Pojavni oblici ovakvog ponašanja mogu biti veoma različiti, a pojedini od njih mogu imati i imovinske implikacije, što krivičnom delu daje potpuno drugačiji karakter.

Teži oblici ovog dela kvalifikovani su težim posledicama, samim tim za postojanje ovih težih oblika neophodno je da se teže posledice mogu pripisati nehatu učinioca. Kod prvog težeg oblika potrebno je da je osnovnim oblikom dela izazvana opasnost po život, zdravlje ili telo lica prema kome je delo izvršeno ili njemu bliskog lica. Dakle, u pitanju je konkretna opasnost.²⁸ Kod drugog težeg

24 N. Delić: *Krivično pravo, posebni deo*, Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet, Beograd, 2021, str. 81.

25 Z. Stojanović: *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2020, str. 523.

26 N. Paunović: *Krivičnopravni aspekti proganjanja – uporednopravna analiza i mogući pravci de lege ferenda izmena*, *Strani pravni život*, br. 1/2019, str. 33.

27 Z. Stojanović: *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2020, str. 522.

28 Đ. Đorđević, D. Kolarić: *Krivično pravo, posebni deo*, Kriminalističko-policijski univerzitet, Beograd, 2020, str. 51.

oblika potrebno je da je usled osnovnog oblika dela nastupila smrt drugog lica ili njemu bliskog lica.

Učinilac ovog dela može biti svako lice. Delo se može učiniti samo sa umišljajem, a teže posledice treba da su proizašle iz nehata učinioca.

Kao pasivni subjekt ili žrtva ovog krivičnog dela pored lica prema kome se direktno preduzima radnja izvršenja, kod pojedinih oblika ovog dela pojavljuje se i „njemu blisko lice“. KZ nigde ne objašnjava šta se podrazumeva pod bliskim licima, pa ovaj pojam može biti veoma različito shvaćen, tako da obuhvata uži ili širi krug lica.²⁹

Kazna za osnovni oblik dela je novčana kazna ili zatvor do tri godine, za prvi teži oblik zatvor od tri meseca do pet godina, a za drugi teži oblik zatvor od jedne do deset godina.

Iako uvedeno iz potrebe usaglašavanja KZ sa Konvencijom, odredba o ovom krivičnom delu znatno je šira od onoga što po tom pitanju traži Konvencija od zemalja potpisnica. Konvencija nalaže zemljama potpisnicama, kao što je već rečeno, „da preduzmu neophodne zakonodavne ili druge mere i obezbede da namerno ponašanje ponavljanjem pretnji upućenih drugom licu, koje uzrokuju da se lice plaši za svoju bezbednost, bude inkriminisano“, što znači da sve drugo što ova inkriminacija sadrži ne proizlazi direktno iz odredbe Konvencije. Dakle, sama obaveza iz Konvencije se mogla smatrati zadovoljenom i postojanjem krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti (član 138. KZ) koje odavno postoji u našem KZ. Jedina razlika između pomenute odredbe člana 34. Konvencije i krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti iz člana 138. KZ odnosi se na ponavljanje, kontinuitet pretnji, na čemu Konvencija insistira, a ne predstavlja element krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti. To praktično znači da samo radnja iz tačke 4, stava 1. odredbe o krivičnom delu proganjanja (pretnja napadom na život, telo ili slobodu) direktno proizlazi iz odredbe Konvencije, dok ostale navedene radnje bliže objašnjavaju kako se ta pretnja može manifestovati, s tim što se radnja određena u tački 3. (naručivanje robe ili usluga) veoma teško može uopšte povezati sa ovim krivičnim delom. Zbog toga se stiče utisak da je, u cilju usaglašavanja sa Konvencijom, umesto uvođenja ove nove inkriminacije, bilo mnogo jednostavnije kod krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti uneti određene izmene (možda novi oblik dela) gde bi se ponavljanje radnje pojavljivalo kao element krivičnog dela, pa eventualno i proširiti obim pretnje, pored napada na život i telo, i na slobodu (što sadrži sadašnja inkriminacija proganjanja, ali ne i ugrožavanja sigurnosti),³⁰ mada Konvencija to izričito ne pominje. Međutim, krivično delo proganjanja, ovako kako je formulisano u našem KZ, pokazuje očiglednu želju zakonodavca da iz kriminalnopolitičkih razloga koji su već navedeni znatno proširi kriminalnu zonu u odnosu na ono što je predstavljala obaveza koja proizlazi iz Konvencije. To se čini potpuno opravdanim, ali je prilikom formulisanja ove odredbe

29 N. Paunović: Krivičnopravni aspekti proganjanja – uporednopravna analiza i mogući pravci de lege ferenda izmena, *Strani pravni život*, br. 1/2019, str. 34.

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

onda trebalo voditi računa o velikom preklapanju sa krivičnim delom ugrožavanja sigurnosti. Ovakva koncepcija krivičnog dela proganjanja, očigledno preuzeta iz KZ Nemačke, ne uklapa se u potpunosti u strukturu našeg KZ, što je, na žalost, u poslednje vreme čest slučaj kada je u pitanju unošenje novih inkriminacija u naš KZ.³¹

Osim krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti sa kojim se proganjanje dobrim delom preklapa, što sticaj ovih dela čini nemogućim, odnosno prividnim,³² postoji veći broj krivičnih dela, naročito onih iz grupe protiv sloboda i prava čoveka i građanina, kao što su narušavanje nepovredivosti stana (čl. 139. KZ), povreda tajnosti pisma i drugih pošiljki (čl. 142. KZ), neovlašćeno prisluškivanje i snimanje (čl. 143. KZ), neovlašćeno fotografisanje (čl. 144. KZ)³³ i neovlašćeno prikupljanje ličnih podataka (čl. 146. KZ)³⁴ koja se mogu pojaviti u funkciji načina izvršenja neke od radnji proganjanja, u kom slučaju može postojati sticaj između tih krivičnih dela.

Za ovo krivično delo propisana kazna zatvora (tri meseca do tri godine) znatno je viša nego ona za krivično delo ugrožavanja sigurnosti (novčana kazna ili zatvor do jedne godine), što se može uzeti kao opravdano ako se ima u vidu ponavljanje pretnji, čega kod ugrožavanja sigurnosti nema, ali je razlika, čini se, prevelika. Ovo naročito dolazi do izražaja kada se pogleda kazna za teži oblik, kada je nastupila konkretna opasnost za život, zdravlje ili telo, koja je logično veća (od tri meseca do pet godina), ali koja je po svom posebnom maksimumu dostigla kaznu za tešku telesnu povredu.³⁵ Kada je u pitanju najteži oblik ovog dela, kod koga je usled radnje osnovnog oblika došlo do smrti pasivnog subjekta ili njemu bliskog lica propisana kazna je opravdano teža (od godinu dana do deset godina), ali je dosta teško zamisliti situaciju da je kao posledica proganjanja došlo do smrti nekog lica i da se ta teža posledica može pripisati nehatu učinioca. Ako ništa drugo, nehat učinioca bi u takvim slučajevima bilo dosta teško utvrditi i dokazati.³⁶

4. PROGANJANJE U PRAKSI NAŠIH SUDOVA

Kao što je već rečeno, odredba ZID KZ iz 2016. godine kojom je uvedeno krivično delo proganjanja stupila je na snagu 1. juna 2017. godine. Ako imamo u vidu da nam statistički podaci za 2020. još nisu dostupni, analiza broja pravosnažno osu-

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

32 Z. Stojanović: *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2020, str. 524.

33 M. Kovačević, M. Maljković: Proganjanje – kriminološki i krivičnopravni aspekti, *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja*, br. 3/2016, str. 93.

34 M. Barbir, B. Stanković: Krivično delo proganjanje, *Bilten Prvog osnovnog suda u Beogradu*, broj 4/2019, Intermex, Beograd, dostupno na: www.propisionline.com.

35 Đ. Đorđević: Nove inkriminacije i njihova usklađenost sa ostalim odredbama Krivičnog zakonika Srbije, u publikaciji „*Reformski procesi i poglavlje 23 (godina dana posle) –krivičnopravni aspekt*“, Beograd, Zlatibor, 2017, str. 134.

36 Z. Stojanović: Proganjanje – novo krivično delo u Krivičnom zakoniku Srbije, u „*Kaznena reakcija u Srbiji VII deo*“ (ur. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2017, str. 8.

denih lica za ovo krivično delo i krivičnih sankcija koje su im izrečene svodi se samo na dve i po godine, s tim što podaci za 2017. nisu realni ni uporedivi, ne samo zato što se odnose samo na drugu polovinu godine, već i zato što su to samo slučajevi koji su već u 2017. pravosnažno okončani, dakle veoma brzo, pa stoji pretpostavka da se radi o najlakšim slučajevima, verovatno rešenim na osnovu sporazuma o priznanju krivice ili na neki drugi način uz izostanak drugostepenog postupka. Isti razlog, samo u manjoj meri, verovatno stoji i iza znatnog povećanja broja osuđenih lica u 2019. u odnosu na 2018. godinu.

Tabela 1: prvosnažno osuđena punoletna lica za krivično delo proganjanja u periodu 2017–2019.³⁷

Krivična sankcija/godina	2017	2018	2019	UKUPNO
Zatvor ukupno	1	5	10	16
od 6 do 12 mes.	1	1	3	5
od 3 do 6 mes.		4	3	7
od 2 do 3 mes.			3	3
do 2 mes.			1	1
kućni zatvor		3	5	8
novčana kazna	1	11	7	19
uslovna osuda	2	41	82	125
rad u javnom interesu			2	2
sudska opomena		1		1
vaspitna mera	1			1
UKUPNO	5	61	106	172

Međutim, uz sve ove ograde brojevi iz gornje tabele nam pokazuju da je ovo krivično delo, veoma brzo nakon njegovog uvođenja, počelo da se pojavljuje u praksi naših sudova u relativno značajnom broju, što svakako govori u prilog opravdanosti njegovog uvođenja.

Više pažnje od samog broja osuđenih lica po godinama za ovo krivično delo izaziva podatak o strukturi izrečenih krivičnih sankcija. Daleko najčešće izricana je uslovna osuda, u čak 72,7% slučajeva, što se uklapa u opšteprisutan trend u našoj sudskoj praksi poslednjih godina preteranog izricanja ove sankcije. Kazna zatvora izrečena je u 9,3% slučajeva, najčešće u trajanju od 3 do 6 ili od 6 do 12 meseci, dok je varijanta kućnog zatvora izrečena u 4,7% slučajeva. Novčana kazna izrečena je u 11% slučajeva, a prisutni su i pojedinačni slučajevi izricanja sudske opomene, rada u javnom interesu i vaspitne mere.

37 Izvor podataka: Bilten Republičkog zavoda za statistiku, www.stat.gov.rs, pregledano 14.4.2021.

Međutim, iako stoji gore izneta konstatacija o suviše čestom izricanju uslovne osude od strane naših sudova poslednjih godina, kada je ovo delo u pitanju čini se da se takva kaznena politika ovde može oceniti kao adekvatna i opravdana. Jer ako se cilj izricanja krivične sankcije u ovom slučaju svodi na želju da ovakva uznemiravanja od strane učinioca prestanu, to se u najvećem broju, pogotovu lakših slučajeva, može postići pretnjom kaznom zatvora u slučaju ponavljanja dela, što se uslovnim osudom upravo i čini. Kazna (bezuslovnog) zatvora ostaje rezervisana za teže oblike dela, sa nastupelim težim posledicama, dok se novčana kazna i rad u javnom interesu, iako veoma korisne, a nedovoljno upotrebljavane kazne, u ovakvim slučajevima ne pokazuju kao prikladne imajući u vidu prirodu učinjenog krivičnog dela. Izuzetak bi možda bio 3. oblik dela (zloupotrebljavanje podataka o ličnosti drugog lica ili njemu bliskog lica radi naručivanja robe ili usluga) za koji se novčana kazna u pojedinim slučajevima može pokazati kao veoma prikladna.

5. OPRAVDANOST INKRIMINACIJE I PREDLOZI DE LEGE FERENDA

Osnovni problem kod ovog krivičnog dela predstavlja činjenica da se kao njegove moguće radnje pojavljuju i neka u osnovi društveno prihvatljiva, pa čak i pozitivna ponašanja (želja za druženjem, kupovanje poklona, udvaranje nekoj osobi) koja samo svojim intenzitetom i upornošću ponavljanja uprkos jasno izraženom protivljenju pasivnog subjekta postaju nepoželjna i čak kriminalna. Postoje svakako i ponašanja koja iako nisu društveno prihvatljiva, svojim značajem i težinom ipak ne zaslužuju da budu krivično delo.³⁸ Dakle, ista ponašanja se u zavisnosti od svog inenziteta mogu kretati na skali od pozitivnog, preko prihvatljivog, do neprihvatljivog, nepristojnog, nametljivog³⁹ i na kraju kriminalnog. Tu granicu, pogotovu kad je u pitanju ulazak u kriminalnu zonu, nije lako povući i ona sigurno nije ista sa stanovišta svakog pasivnog subjekta.⁴⁰

S obzirom da se naš zakonodavac opredelio za posebno krivično delo proganjanja, (mada se, kao što je već rečeno, obaveza iz Konvencije mogla ispuniti i intervencijama kod krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti) i proširenje kriminalne zone u odnosu na ono što se traži Konvencijom, bilo bi potrebno preciznije odrediti neke njegove elemente i jasno ga razgraničiti od drugih krivičnih dela. Zato bi kod ovog krivičnog dela trebalo insistirati upravo na sledećim elementima: kontinuitetu ponavljanja radnje, jasno izraženom neprihvatanju takvog ponašanja od stane pasivnog subjekta i objektivnom procenjivanju podobnosti konkretnog ponašanja da izazove zabranjenu posledicu. U tom smislu, sve radnje bi trebalo posledično

38 Z. Stojanović: Proganjanje – novo krivično delo u Krivičnom zakoniku Srbije, u „Kaznena reakcija u Srbiji VII deo“ (ur. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2017, str. 4.

39 U KZ Hrvatske ovakvo krivično delo se zove „nametljivo ponašanje“, što u duhu srpskog jezika zvuči suviše bezazleno da bi predstavljalo krivično delo

40 Đ. Đorđević: Nove inkriminacije i njihova usklađenost sa ostalim odredbama Krivičnog zakonika Srbije, u publikaciji „Reformski procesi i poglavlje 23 (godina dana posle) – krivičnopravni aspekt“, Beograd, Zlatibor, 2017, str. 134.

odrediti. Radnju koja se sastoji u naručivanju robe i usluga bi trebalo izbaciti, kao i onu koja se većim delom preklapa sa radnjom krivičnog dela ugrožavanja sigurnosti (uz eventualne korekcije kod ovog krivičnog dela). Kad su u pitanju teži oblici dela, čini se da bi bilo bolje umesto najtežeg oblika kod koga usled osnovnog oblika dolazi do smrtne posledice, kao nerealne i teške za dokazivanje, uneti posledicu u vidu samoubistva ili pokušaja samoubistva pasivnog subjekta, kao što je to slučaj u KZ Austrije. Pojam bliskog lica koji se sada pojavljuje i kod osnovnog i kod težih oblika dela potrebno je precizno i relativno restriktivno odrediti, najbolje na način kako je taj krug lica određen kod krivičnih dela neprijavlivanja pripremanja krivičnog dela (čl. 331, stav 3), neprijavlivanje krivičnog dela i učinioca (čl. 332, stav 4) i pomoć učiniocu posle učinjenog krivičnog dela (čl. 333, stav 5).

Mišljenja smo da bi na taj način bile otklonjene brojne nedoumice i dileme oko ovog krivičnog dela i njegove primene u praksi, te da bi ovako koncipirano krivično delo proganjanja ostvarilo svoju svrhu i opravdalo kriminalnopolitičke razloge koji su doveli do njegovog uvođenja.

LITERATURA

- M. Barbir, B. Stanković: Krivično delo proganjanje, *Bilten Prvog osnovnog suda u Beogradu*, broj 4/2019, Intermex, Beograd.
- V. Delibašić: Usklađivanje krivičnog zakonodavstva sa Istambulskom konvencijom, u „*Evropske integracije i kazneno zakonodavstvo (poglavlje 23 – norma, praksa i mere integracije*“, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu (ur. S. Bejatović), Zlatibor, 2016.
- N. Delić: *Krivično pravo, posebni deo*, Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet, Beograd, 2021.
- S. Dujaković, I. Milovanović: Implementacija Istambulske konvencije u pravni sistem Republike Srbije, u „*Policijska i pravosudni organi kao garanti slobode i bezbednosti u pravnoj državi, tom 1*“, (ur. B. Simeunović-Patić), Kriminalističko-policijska akademija, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, fondacija „Hans Zajdel“, Beograd, 2017.
- Đ. Đorđević, D. Kolarić: *Krivično pravo, posebni deo*, Kriminalističko-policijski univerzitet, Beograd, 2020.
- Đ. Đorđević: Nove inkriminacije i njihova usklađenost sa ostalim odredbama Krivičnog zakonika Srbije, u publikaciji „*Reformski procesi i poglavlje 23 (godina dana posle) – krivičnopravni aspekt*“, Beograd, Zlatibor, 2017.
- M. Đorđević, Đ. Đorđević: *Krivično pravo*, Projuris, Beograd, 2020.
- M. Kovačević, M. Maljković: Proganjanje – kriminološki i krivičnopravni aspekti, *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja*, br. 3/2016.
- D. Kolarić: Dinamična faza krivičnog zakonodavstva Srbije, *Pravni život*, br. 9/2016.
- D. Miladinović-Stefanović: Prilog raspravi o kriminalizaciji proganjanja, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 72/2016.
- V. Nikolić-Ristanović, M. Kovačević-Lepojević: Proganjanje – pojam, karakteristike i društveni odgovori, *Temida*, br. 4/2007.
- N. Paunović: Krivičnopravni aspekti proganjanja – uporednopravna analiza i mogući pravci *de lege ferenda* izmena, *Strani pravni život*, br. 1/2019.

- V. Randelović: Proganjanje: pojam, karakteristike i predlozi de lege ferenda, Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1/2016.
- Z. Stojanović: *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2020.
- Z. Stojanović: Proganjanje – novo krivično delo u Krivičnom zakoniku Srbije, u „*Kaznena reakcija u Srbiji VII deo*“ (ur. Đ. Ignjatović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2017.
- M. Škulić: Silovanje bez prinude, proganjanje i polno uznemiravanje – nove buduće inkriminacije, *Bilten Višeg suda u Beogradu*, broj 87/2016, Intermex, Beograd.

OSTALI IZVORI

www.parlament.gov.rs
 www.propisionline.com
 www.stat.gov.rs
 www.legislationline.org
 www.ipsoa.it/codici/cp/l2/t12
 www.jusline.at/gesetz/stgb
 www.pisrs.sl
 www.zakon.hr
 www.paragraf.ba
 www.paragraf.me

Đorđe Đorđević

University of Criminal Investigation and Police Studies in Belgrade

CRIMINAL OFFENSE OF STALKING IN THE CRIMINAL CODE OF THE REPUBLIC OF SERBIA

SUMMARY

The criminal offense of stalking was introduced into our criminal legislation by the Law on Amendments to the Criminal Code from 2016, and the provision on this criminal offense entered into force on June 1, 2017. The immediate reason for the introduction of this incrimination is the fulfillment of the obligation that our country undertook with the ratification of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence from 2011 (The Istanbul Convention). However, in addition to this international obligation that may have been fulfilled in another way (by making certain changes to existing incriminations), the introduction of a new crime in our Criminal Code was certainly influenced by the experience of numerous other legislations that have already introduced this criminal offence. However, soon after its entry into force, certain shortcomings in the formulation of the provision in question were to be noticed. That had created problems in practice, so the Law on Amendments to the Criminal Code from 2019 already made seemingly small but significant changes regarding this criminal

offense, which have certainly contributed to a better understanding and application of this provision in practice.

The paper deals with the elements of criminal offence of stalking in the comparative legal perspective and also analyzes first results in its application in the practice of our courts. Finally, certain recommendations and suggestions for improving existing solutions *de lege ferenda* are offered.

Keywords: Istanbul Convention, Criminal Code, criminal offence, stalking, endangerment of safety.

JEDAN OSVRT NA PRIMENU ZAKONA O SPREČAVANJU NASILJA U PORODICI U REPUBLICI SRBIJI

Apstrakt: Zakon o sprečavanju nasilja u porodici počeo je da se primenjuje 01. juna 2017. godine. Vreme proteklo od početka njegove primene dozvoljava da se izvedu izvesni zaključci u pogledu pitanja da li je zadovoljio svrhu i cilj zbog kojih je donet. Autor u radu pravi paralelnu analizu primene odredbi Krivičnog zakonika i Zakona o sprečavanju nasilja u porodici kako bi utvrdio da li je primena Zakona o sprečavanju nasilja u porodici uticala na smanjenje broja učinjenih krivičnih dela, kao i da li se primećuje trend smanjivanja broja prijavljenih događaja nasilja u porodici po Zakonu o sprečavanju nasilja u porodici što bi trebalo da budu njegovi prvi pozitivni efekti. Nakon analize podataka Zavoda za statistiku Republike Srbije, Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srbije, Republičkog javnog tužilaštva i Ministarstva pravde iznosi se i praksa US u pogledu ustavnih žalbi podnetih nakon okončanja postupaka po ZSNP kojim su određene i produžene hitne mere prema mogućim učinioциma. Na kraju, autor zaključuje da nov način rada nadležnih državnih organa, odnosno stavljanje naglasaka na preventivno postupanje policije, javnog tužilaštva i suda pokazuju izvesne rezultate.

Ključne reči: Krivični zakonik, nasilje u porodici, krivično delo, učinilac, sprečavanje, hitne mere, mogući učinilac.

UVOD

Na nasilje u porodici, kao oblik nasilničkog kriminaliteta, primenjuju se brojne odredbe iz oblasti krivičnopravnih, prekršajopravnih i porodičnopravnih propisa. Najpre je, Zakonom o izmenama i dopunama Krivičnog zakona iz 2002, inkriminisano tada novo krivično delo nasilje u porodici.¹ Rezultati mnogobrojnih istraživanja u Srbiji su pokazali da je mali procenat osumnjičenih za nasilje u porodici bio osuđen, pri tome više od dve trećine na uslovnu osudu. U period 2007–2014. dominantna vrsta sankcije za krivično delo nasilje u porodici je uslovna osuda. Ona čini dve trećine od ukupnog broja svih izrečenih sankcija. Trend rasta broja uslovnih osuda nastavio se i 2015. kada je bilo ukupno 1.193, a 2016. je izrečena 1.301 uslovna osuda.² U 2017. izrečeno je 1736, u 2018. čak 1998 ili 67% uslovnih osuda od ukupnog broja osuda, dok je 2019. bilo rekordnih 1827 ili 70% uslovnih osuda.³

* redovni profesor, dragana.kolaric@ustavni.sud.rs, draganakolaric.kpa@gmail.com

1 Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakona RS, *Službeni glasnik RS*, broj 10/02.

2 D. Kolaric, S. Marković, Pojedine nedoumice u primeni Zakona o sprečavanju nasilja u porodici, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1/2018. str. 45–71.

3 Podaci Republičkog zavoda za statistiku.

Sudovi su se često odlučivali za uslovnu osudu čak i u situacijama kada je okrivljeni ranije osuđivan za istorodna krivična dela. Imajući u vidu da se veliki broj slučajeva porodičnog nasilja vezuje za konzumiranje alkohola, možda je trebalo više razmišljati o izricanju uslovne osude sa zaštitnim nadzorom koja je inače veoma malo zastupljena.⁴ Njena sadržina bi se npr. mogla odnositi na uzdržavanje od upotrebe droga ili alkoholnih pića. Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz 2019⁵ sa dve intervencije sužava obim primene uslovne osude, pa se nadamo da se više neće izricati „uslovna osuda na uslovnu osudu“. Naime, kada je u pitanju uslov dopunskog karaktera koji se odnosi na propisanu kaznu i ima za cilj ograničenje u primeni uslovne osude. Po ranije važećoj odredbi za krivična dela za koja se može izreći kazna zatvora u trajanju od deset godina ili teža kazna, uslovna osuda se ne može izreći. Po novom rešenju iz 2019. godine, zabrana izricanja uslovne osude obuhvatiće i krivična dela kod kojih je kao posebni maksimum propisana kazna zatvora od osam godina. Druga intervencija u članu 66. dovela je do toga da se uslovna osuda ne može izreći ako nije proteklo više od pet godina od pravno-snažnosti osude kojom je učiniocu izrečena kazna zatvora *ili uslovna osuda* za umišljajno krivično delo. Kao što vidimo, sada se zabrana odnosi i na slučaj da mu je u tom periodu za umišljajno krivično delo bila izrečena uslovna osuda.⁶

Porodični zakon (PZ) iz 2006. uvodi mere zaštite od nasilja koje se primenjuju u parničnom postupku.⁷ Ove mere zaštite od nasilja u porodici nisu imale zapaženije rezultate. Podnosi se mali broj tužbi u parničnom postupku, u odnosu na broj prijavljenih događaja, što rezultira malim brojem presuda kojim se izriču mere zaštite od nasilja u porodici. Javno tužilaštvo i organ starateljstva, iako su zakonom ovlašćeni, retko su podnosili tužbe, tako da se najveći broj postupaka vodio po tužbi žrtve.⁸

Po podacima Ministarstva pravde Republike Srbije, u 2018. osnovna javna tužilaštva podnela su 378 tužbi za određivanje mera zaštite, u 2019. taj broj je 377, dok je u 2020. podneta ukupno 231 tužba (Ministarstvo pravde, 2021). Istraživanje koje je sprovedeno za period 2014–2018. pokazuje da centri za socijalni rad u još manjem procentu podnose tužbe.⁹ Najveći broj tužbi, preko 80%, podnet je od članova porodice koji su žrtve nasilja i njihovih punomoćnika. Istraživanjem je, takođe, utvrđeno neujednačeno postupanje nadležnih državnih organa kada je u pitanju podnošenje tužbi za zaštitu žrtava nasilja u porodici po PZ. Naime, samo u četiri

- 4 D. Kolarić, Uslovna osuda sa zaštitnim nadzorom i druge alternativne krivične sankcije u Krivičnom zakoniku Srbije, u zborniku: *Alternativne krivične sankcije (regionalna krivična zakonodavstva, iskustva u primeni i mere unapređenja*, OEBS, Beograd, 2018, str. 73–95.
- 5 *Sl. glasnik RS*, br. 35/2019.
- 6 D. Kolarić, Krivični zakonik i (ne)adekvatnost državne reakcije na kriminalitet (sadašnje stanje i nova rešenja), u zborniku: *Izmene u krivičnom zakonodavstvu i status nosilaca pravosudnih funkcija i adekvatnost državne reakcije na kriminalitet*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd-Zlatibor, 2019, str. 35.
- 7 *Službeni glasnik RS*, br. 18/2005, 72/2011 – dr. zakon, 6/2015.
- 8 D. Kolarić, S. Marković, Pojedine nedoumice u primeni Zakona o sprečavanju nasilja u porodici, *Analni Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1/2018. str. 50–51.
- 9 S. Marković, Strategija suprostavljanja nasilju u porodici, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3/2019, str. 1081–1097.

osnovna javna tužilaštva preuzimaju se uloge u parničnim postupcima koji se vode zbog porodičnopravne zaštite žrtava nasilja u porodici – podnose tužbe za određivanja mera zaštite od nasilja u porodici. Očigledno je da na taj način žrtve nasilja u porodici nisu jednako zaštićene pa je potrebno *de lege ferenda* na jedinstven način urediti ovu materiju.¹⁰

Kada je u pitanju oblast prekršaja Zakon o javnom redu i miru¹¹ predviđa određenu vrstu prekršaja koji za posledicu imaju narušavanje javnog reda, a može se desiti da izvršilac i oštećeni budu članovi porodice. Prekršaji iz ovog zakona se mogu učiniti samo na javnom mestu. Na taj način oštećeni, u velikom broju događaja nasilja u porodici koji nisu učinjeni na javnom mestu (praksa pokazuje da su u ranijem periodu sankcionisani kroz prekršajni postupak), mogu biti upućeni na privatne tužbe u krivičnom postupku (uvreda, uništenje i oštećenje tuđe stvari i sl.), odnosno ukoliko se utvrdi da postoje svi elementi zakonskog opisa bića krivičnog dela iz člana 194. KZ, javni tužilac će preuzeti krivično gonjenje.

Ratifikacija *Konvencije Saveta Evrope o borbi i sprečavanju nasilja nad ženama i nasilja u porodici*¹² i slabosti dotadašnjeg načina suprostavljanja nasilju u porodici u Srbiji, doveli su do donošenja Zakona o sprečavanju nasilja u porodici¹³ (ZSNP). Policija dobija novu, preventivnu ulogu u suprostavljanju nasilju u porodici koja se sastoji u obavezi izricanja hitnih mera u svim onim slučajevima kada se proceni rizik da postoji neposredna opasnost od nasilja u porodici. Naime, od trenutka saznanja za nasilje u porodici policija ima obavezu preduzimanja preventivnih mera kojima će sprečiti nasilje u porodici u budućnosti i zaštititi žrtvu. Naziv zakona upućuje na to da je reč o zakonu koji ima za cilj prevenciju nasilja u porodici. Međutim, uzimajući u obzir ovlašćenja pojedinih državnih organa, jasno je da postoje i određene represivne mere: dovođenje mogućeg učinioca, njegovo zadržavanje i izricanje i sprovođenje hitnih mera. Sve to dovodi u pitanje preventivnu dimenziju jer lišenje slobode (dovođenje i zadržavanje) mogućeg učinioca radi vođenja postupka i izricanje hitnih mera jesu mere represije. Kao srednje rešenje nametnulo se posmatranje ZSNP kao normativnog teksta zasnovanog na *pre-crime* konceptu. Pod njim se podrazumeva trend savremenih krivičnopravnih sistema da se sve više fokusiraju na sprečavanje konkretnih krivičnih dela koja još nisu izvršena i možda nikada i ne bi bila izvršena.¹⁴

1. ODNOS KRIVIČNOG ZAKONIKA I ZAKONA O SPREČAVANJU NASILJA U PORODICI

Krivični zakonik propisuje krivično delo nasilje u porodici u članu 194. U okviru zaštite članova porodice od nasilja najznačajnija je, svakako, krivičnopravna za-

10 *Ibidem*.

11 *Službeni glasnik RS*, br. 6/2016 i 24/2018.

12 Zakon o potvrđivanju Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, *Službeni glasnik RS – međunarodni ugovori*, br. 12/2013.

13 Zakon o sprečavanju nasilja u porodici (ZSNP), *Službeni glasnik RS*, br. 94/2016.

14 R. Lazić, S. Nenadić, Javno tužilaštvo pred izazovima Zakona o sprečavanju nasilja u porodici, u zborniku: *Reformski procesi i Poglavlje 23 (godinu dana posle) – krivičnopravni aspekti*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd-Zlatibor, 2017, str. 493–494.

štita, ali se mora imati u vidu da je krivično pravo *ultima ratio* i da bi ono trebalo da stupi na scenu tek kada su druge grane prava nemoćne.¹⁵ Naglašavamo, ponovo, da je nasilje u porodici prvi put izdvojeno u samostalno krivično Zakonom o izmenama i dopunama Krivičnog zakona RS iz 2002. godine. U grupu krivičnih dela *protiv braka i porodice* dodat je tadašnji član 118a „Nasilje u porodici“. Objekat zaštite ove grupe su bračni i porodični odnosi.

Krivično pravo i njegove odredbe, iako veoma korisne u suprotstavljanju kriminalitetu, imaju ograničeni karakter, što uostalom proizilazi iz osnovnih karakteristika krivičnog prava koje ukazuju na to da je ono akcesornog, fragmentarnog i supsidijarnog karaktera. Štiti pravna dobra koja su već konstituisana i određena drugim granama prava, i to samo od određenih oblika napada na njih. Normativna regulativa bračnih i porodičnih odnosa primarno podrazumeva primenu odgovarajućih ustavnopravnih, porodičnopravnih, građanskopravnih i administrativnih propisa. Supsidijarno, brak i porodica štite se i krivičnim pravom.¹⁶

Zakon o sprečavanju nasilja u porodici, prateći njegov naziv, obrazloženje i prvih nekoliko članova u kojima se puno puta ponavlja reč „sprečavanje“, bi po zamisli zakonodavca trebao da bude isključivo preventivnog karaktera. Međutim, lišenje slobode mogućeg učinioca i njegovo zadržavanje u organizacionoj jedinici policije izaziva dilemu u pogledu tog svojstva. Kada je u pitanju karakter hitnih mera, u teoriji postoji stav da su to „kvazikazne“ koje se, za razliku od krivičnih sankcija koje izriče sud u krivičnom postupku, izriču od strane policije kvaziučiniocu u pojednostavljenoj kvaziproceduri.¹⁷ One zaista podsećaju na krivičnu sankciju – meru bezbednosti zabrane približavanja ili komunikacije sa oštećenim, pa se postavljalo pitanje opravdanosti dupliranja sankcija u pravnom poretku.¹⁸ Međutim, hitne mere su mere *sui generis* koje po svojoj prirodi predstavljaju ograničavanje određenih sloboda i prava (ne mogu biti krivične sankcije *sui generis* jer nisu propisane Krivičnim zakonikom – KZ,¹⁹ tako da im je nadenut naziv kvazikrivične sankcije).

Zbog toga je važno ukazati još jednom na terminologiju ZSNP i KZ, kao i na njihov međusobni odnos. Prema ZSNP imamo: događaj nasilja u porodici, „lica sa kojima se učinilac nalazi u odnosu“, mogući učinilac, hitne mere, *pre-crime* koncept. Prema KZ tu su: krivično delo nasilje u porodici, član porodice, učinilac, mere bezbednosti i druge krivične sankcije, osnovna načela i postavke krivičnog prava. Po zamisli zakonodavca koja proizilazi iz obrazloženja ZSNP ovaj poseban postupak i posebne mere stupaju u dejstvo pre krivičnog postupka i postupka zaštite predviđenog PZ. Prema mogućem učiniocu se primenjuju mere čak i pre nego što je preduzeo čin nasilja, uspostavlja se njegova „vremenski ranija odgovornost“, što je odraz *pre-crime* koncepta. Dakle, ZSNP propisuje poseban postupak sprečavanja nasilja u porodici i posebne mere za isto shvaćeno u skladu sa odredbom člana 3. stav 3.

15 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2018, str. 40. i 632.

16 Z. Stojanović, N. Delić, *Krivično pravo – posebni deo*, Beograd, 2013, str. 94.

17 B. Ristivojević, „Da li je Zakon o sprečavanju nasilja u porodici zakazao“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Novi Sad, 2018, str. 137–141.

18 *Ibidem*.

19 Krivični zakonik, „Službeni glasnik RS“, br. 85/05, 88/05 – ispr. 107/05 – ispr. 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 i 35/19.

Tu se definše nasilje u porodici u smislu ovog zakonskog teksta, što je, naravno, drugačije od definicije u smislu krivičnog prava. Nasilje, u smislu Zakona, jeste akt fizičkog, seksualnog, psihičkog ili ekonomskog nasilja učinioca prema licu sa kojim se učinilac nalazi u sadašnjem ili ranijem bračnom ili vanbračnom ili partnerskom odnosu ili prema licu sa kojim je krvni srodnik u pravoj liniji, a u pobočnoj liniji do drugog stepena ili sa kojim je srodnik po tazbini do drugog stepena ili kome je usvojitelj, usvojenik, hranjenik ili hranitelj ili prema drugom licu sa kojim živi ili je živio u zajedničkom domaćinstvu. Vidimo da je ovde u pitanju neka vrsta nabrojavanja kriminoloških vrsta nasilja.²⁰

Što se tiče odnosa dva zakona, prema članu 5. ZSNP posmatrano legislativno-tehnički, izražen je prioritet odredaba ZSNP u odnosu na druge zakone. Dakle, on je *lex specialis* za temu koju uređuje, tj. primenjuje se prioriteto na sprečavanje nasilja u porodici, kao i u postupcima protiv učinilaca krivičnih dela određenih ovim zakonom i na pružanje zaštite i podrške žrtvama nasilja u porodici i žrtvama krivičnih dela određenih ovim zakonom. Ovaj zakon se, dakle, primarno primenjuje, dok se sekundarno, ako ovim zakonom nije drugačije određeno, primenjuju Krivični zakonik, Zakonik o krivičnom postupku, Zakon o parničnom postupku (u daljem tekstu: ZPP), Porodični zakon i Zakon o policiji.²¹

ZSNP se primenjuje na nasilje u porodici shvaćeno u skladu sa odredbom člana 3. stav 3. Po mišljanju zakonodavca koja proizilazi iz obrazloženja ZSNP ovaj poseban postupak i posebne mere stupaju u dejstvo pre krivičnog postupka i postupka zaštite koji propisuje PZ.

U krivičnom pravu stvari stoje drugačije. Izvesne sličnosti ali minimalne ima kažnjavanje za pripremanje krivičnog dela, ali to je odredba od koje je zakonodavac odustao u opštem delu upravo zbog brojnih zamerki koje su joj se mogle uputiti.²² Međutim, greška je poistovećivanje ZSNP sa krivičnopravnim odredbama i os-

20 B. Ristivojević, Da li je novi Zakon o sprečavanju nasilja u porodici opredmećenje pojave tzv. bezbednosnog prava, *Crimen*, 1/2017, str. 11.

21 D. Kolarić, S. Marković, *Komentar Zakona o sprečavanju nasilja u porodici*, Beograd, 2019, str. 81–93.

22 Naime, teško je odrediti precizno u čemu se one sastoje, tj. postaviti granicu između pripremnih radnji i radnje izvršenja. U Opštem delu je postojala jedna opšta definicija pripremnih radnji, ali su joj se, s aspekta načela zakonitosti (*lex certa*), mogli uputiti brojni prigovori. Upravo zato, ova zakonska odredba više nije predviđena u Opštem delu KZ. Kada se propisuje opšti pojam pripremnih radnji zajednički za sva krivična dela, to nužno vodi povredi načela određenosti. Zbog toga je zakonodavac signalizirao, ukidanjem takve odredbe, da ukoliko je potrebno kažnjavati za pripreme radnje za pojedina krivična dela, one treba da se propišu kao posebno krivično delo, odnosno poseban oblik krivičnog dela koje se priprema. Sada u posebnom delu imamo kažnjavanje za pripremanje kao samostalno krivično delo, što je kriminalno-politički nesporno, i kao jednu nedoslednost zakonodavca kod većine krivičnih dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti RS predviđa se i kažnjavanje za pripreme radnje koje nisu kod svakog krivičnog dela precizirane kao posebno krivično delo, već se to čini u jednom zajedničkom članu. To je ponovo učinjeno na uopšten način sa korišćenjem formulacije ranijeg člana 18. OKZ, s tim što se uz četiri grupe pripremnih radnji dodaje i peta specifična za ova krivična dela. Čak i Zakon o izmenama i dopunama KZ iz 2019. godine („Službeni glasnik RS“, br. 35/19) uvodi nešto slično rešenju iz grupe krivičnih dela protiv ustavnog uređenja, ali kada je u pitanju teško ubistvo.

novnim načelima krivičnog prava. Vremenski ranija odgovornost mogućeg učinioca nema veza sa krivičnopравnom situacijom. Mogući učinilac nasilja u porodici ne mora da bude budući učinilac krivičnog dela, jer je moguće da radnju krivičnog dela nikada ne preuzme. Već smo rekli da je događaj nasilja u porodici širi od krivičnog dela nasilje u porodici. ZSNP se, dakle, primarno odnosi na one koji će tek u budućnosti preuzeti akt nasilja, a ne na one koji su već učinili krivično delo. Dakle, ideja zakonodavca jeste da ova vrsta postupka prethodi krivičnom postupku, do koga ne mora doći jer je akt nasilja širi od krivičnog dela nasilje u porodici, da se izreknu hitne mere zasnovane na posebnom osnovu (član 3. stav 3). Sada dolazimo do jedne ključne rečenice u mnogim teorijskim radovima koja zavređuje našu pažnju ali i fokus onih koji primenjuju ZSNP, pre svih nadležnih policijskih službenika. Naime, mnogi ističu da ako bi akt nasilja koji pokreće ovaj zakon bilo nasilje u porodici, u smislu KZ, onda nema nikakve potrebe za ovim zakonom.²³ Po njihovom razmišljanju krivično delo vodi krivičnom postupku u kome se ionako izriču mere iz ZKP koje služe nesmetanom vođenju krivičnog postupka, a gde su, između ostalog, zabrana prilaženja, sastajanja ili komuniciranja sa određenim licem i posećivanja određenih mesta i pritvor, te one u potpunosti konzumiraju posebne mere iz Zakona.²⁴ Tu dolazimo do odnosa ZSNP i ZKP. ZKP i ZSNP, takođe, imaju drugačiju terminologiju. ZKP: oštećeni, osumnjičeni-okrivljeni, krivični postupak, mere za obezbeđenje prisustva okrivljenog krivičnom postupku. Zakon: žrtva, mogući učinilac, posebna vrsta postupka, hitne mere. Ali je odredba člana 5. posebno važna sa stanovišta postupanja policije u onim slučajevima kada postoji osnov sumnje da je učinjeno krivično delo propisano Krivičnim zakonikom ili prekršaj iz oblasti Zakona o javnom redu i miru, a istovremeno je došlo do nasilja u porodici u smislu člana 3. stav 3. Zakona.

Da li osnovi sumnje da je učinjeno krivično delo odlažu primenu odredbi ovog zakona? Dakle, ako su ispunjeni uslovi da se izvrši hapšenje i zadržavanje i eventualno određivanje pritvora po ZKP, sa jedne strane, i postupanje po Zakonu (sa druge strane, čemu dati prednost, ili postoji mogućnost primene oba zakonska teksta?²⁵

U članu 15. je eksplicitno navedeno da nadležni policijski službenik *mora* da mogućem učiniocu koji je doveden u nadležnu organizacionu jedinicu policije pruži priliku da se izjasni o svim bitnim činjenicama, da prikupi potrebna obaveštenja od drugih policijskih službenika, *odmah* proceni rizik neposredne opasnosti od nasilja u porodici i da, pod uslovima određenim ovim zakonom *izrekne hitnu meru za sprečavanje nasilja u porodici*.

Osumnjičeni za krivično delo (učinilac krivičnog dela) istovremeno je i „mogući učinilac“ nasilja u porodici. Da li onda možemo da izbegnemo primenu Zakona? Prema članu 14. Zakona, policijski službenici dužni su *da odmah obaveste nadležnog policijskog službenika o svakom nasilju u porodici ili neposrednoj opa-*

23 B. Ristivojević, Da li je novi Zakon o sprečavanju nasilja u porodici opredmećenje pojave tzv. bezbednosnog prava, *op. cit.*, str. 12.

24 *Ibidem*.

25 D. Kolarić, S. Marković, Komentar Zakona o sprečavanju nasilja u porodici, *op. cit.*, str. 84.

snosti od njega, bez obzira na to kako su za to saznali. Član 15. Zakona je, takođe, vrlo eksplicitan. Prema članu 16. nadležni policijski službenik *odmah dostavlja* sva dostupna obaveštenja o nasilju u porodici ili neposrednoj opasnosti od njega i procenu rizika – ako ona ukazuje na neposrednu opasnost od nasilja – osnovnom javnom tužiocu.

Koristeći reč „odmah“ više puta, čini se da zakonodavac nije imao nameru da policijskim službenicima pruži mogućnost da procenjuju vreme za izvršenje određenog posla, pri čemu je članom 17. Zakona određeno da nadležni policijski službenik *donosi* naređenje kojim izriče hitnu meru učiniocu koji je doveden u nadležnu organizacionu jedinicu policije, ako posle procene rizika ustanovi neposrednu opasnost od nasilja u porodici, što ukazuje na to da mu odredbe ovog zakona ne pružaju mnogo mogućnosti za izbor. Nije propisana mogućnost već je imperativno propisano da *donosi* naređenje. Ne treba zanemariti ni činjenicu da se hitne mere izriču naređenjem nadležnog policijskog službenika kada je neposredna opasnost od nasilja u porodici otkrivena, odnosno kada iz ponašanja mogućeg učinioca i drugih okolnosti proizilazi da je on spreman da u vremenu koje neposredno predstoji prvi put učini ili ponovi nasilje u porodici (član 3. Zakona).²⁶

Trebalo bi, ako pratimo tekst ZSNP, u svakom slučaju događaja nasilja u porodici pribegavati primeni najpre tog zakonskog teksta, hitno, blagovremeno i delotvorno razdvojiti žrtvu i mogućeg učinioca, što ovaj zakon omogućava i ako su ispunjeni uslovi, tek onda, ući u postupak po ZKP-u. Nažalost, iako je jedan od ciljeva ZSNP bio ujednačeno postupanje nadležnih državnih organa i dalje beležimo da strategije nisu iste.²⁷

2. BROJNO STANJE I KRETANJE KRIVIČNOG DELA NASILJE U PORODICI U PERIODU 2015–2019.

Pre Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakona iz 2002. krivično delo nasilje u porodici se suzbijalo primenom drugih krivičnopравниh odredbi, pre svega onih kojima je regulisana laka i teška telesna povreda, ugrožavanje sigurnosti, ali i primenom prekršaja iz oblasti Zakona o javnom redu i miru (nasilje, vređanje, pretnja). U oktobru 2005. donet je Krivični zakonik (KZ), koji se primenjuje od 01.01.2006, u kojem je članom 194. inkriminisano krivično delo nasilje u porodici u nešto izmenjenom obliku u odnosu na prethodni zakon. Poslednjim Zakonom o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika²⁸ koji se primenjuju od 1. decembra 2019. krivično delo nasilje u porodici je dobilo sadašnje obličje. Pooštrena je zakonodavna politika za najteži oblik koji predviđa nehatno lišenje života člana porodice (umesto od 3 do 15, predviđena je kazna zatvora od 5 do 15 godina). Takođe, ukoliko usled izvršenja ovog krivičnog dela nehatno nastupi smrt maloletnog lica učinilac će se kazniti zatvorom od najmanje 10 godina.

26 D. Kolarić, S. Marković, Komentar Zakona o sprečavanju nasilja u porodici, *op. cit.*, str. 91–92.

27 *Ibidem.*

28 *Sl. glasnik RS*, br. 35/2019.

Tabela 1: Broj prijavljenih lica, odbačenih krivičnih prijava, podignutih optužnica i osuda za nasilje u porodici (Podaci Republičkog zavoda za statistiku)

Član 194. KZ	2015	2016	2017	2018	2019
Krivične prijave	5040	7244	7795	7916	7308
Odbačene krivične prijave	3148	4663	4625	4792	4385
Optuženja	2104	2386	3077	3385	2984
Osude	1778	2065	2713	2974	2627

U 2015. od 5040 krivičnih prijava odbačeno je 62,5%, dok podignutih optužnica imamo u 36,4% slučajeva. Godine 2016. o Sl. Glasnik RS, br. 35/2019.d 7244 prijava odbačeno je 64% i podignuto optužnica u 35% slučajeva. Godine 2017. prijavljeno je 7795 lica, odbačenih prijava imamo 59%, podignutih optužnica 3104 ili 40%. U toku 2018. od 7916 prijava odbačeno je 60,5%, broj optuženja je 38,7%. I na kraju, 2019. prijavljeno je 7308 lica, u odnosu na 60% je odbačena krivična prijava, dok je u 39% slučajeva podignuta optužnica (Prijavljena punoletna lica za nasilje u porodici, RZZS).²⁹

Zanimljivo je da je uvek veći broj odbačaja nego optuženja, konstantno se kreće na oko 60%, a optužbi između 35 i 40%. Šta bi mogao biti potencijalni problem?

U velikom broju slučajeva uspeh u krivičnom postupku javnog tužioca zavisi od oštećenog, koji se najčešće nalazi u ulozi privilegovanog svedoka i ne mora da svedoči pred organom postupka. Veliki broj krivičnih prijava, koje podnesu oštećeni za nasilje u porodici, biva odbačen, takođe, zbog nedostatka dokaza. Ne treba smetnuti sa uma da se značajan broj postupaka okončava oslobađajućom presudom zato što oštećeni, koristeći svoje pravo i posle svedočenja u predistražnom postupku, na glavnom pretresu uskrati isto, a javno tužilaštvo prethodno nije prikupilo dovoljno materijalnih dokaza da utemelji optužnicu. Javni tužilac prilikom ovakvih i sličnih situacija kod dokazivanja nasilja u porodici mora imati u vidu da se krivično delo nasilje u porodici goni po službenoj dužnosti i da gonjenje ne zavisi isključivo od saradnje sa oštećenim (prilivegovanim svedokom), pri čemu treba imati u vidu i stav sudija Vrhovnog kasacionog suda Republike Srbije koji je usvojen na sednici

29 Imajući u vidu da krivičnu prijavu mogu podneti i oštećeni i drugi organi, podaci RZZS u odnosu na podatke MUP-a su nešto drugačiji. Naime, nesporno je da se najveći broj krivičnih prijava za nasilje u porodici podnese od strane policije javnom tužilaštvu. Međutim, manji broj (oko 10%) se podnese direktno od strane oštećenog ili drugih organa, a određen broj prijava policija dostavlja u formi izveštaja pa ne ulazi u zvaničnu policijsku statistiku (Marković, 2018). Bitno je naglasiti da se prijave podnete od strane MUP-a evidentiraju odmah po saznanju za događaj, dok se u evidencijama RZZS to čini tek kada javno tužilaštvo odluči po prijavi (odbačena prijava ili je podignuta optužba), a to često bude nakon nekoliko meseci ili godina pa se podaci prelivaju iz jedne u drugu kalendarsku godinu. Po podacima MUP, 2015. je bilo 5344 krivičnih prijava, 2016. je bilo 6231, u 2017. ukupno 7095, u 2018. nešto manje u odnosu na 2017. tj. ukupno 5959 krivičnih prijava i u 2019. brojke pokazuju 5401. Po podatku koji smo dobili od MUP za 2020, koja godina nije uzeta u obzir za gornju tabelu jer ti podaci u RZS nisu bili dostupni u vreme kada se pisao ovaj rad, bilo je 4934 krivičnih prijava.

Krivičnog odeljenja dana 15.3.2017. godine, a koji predviđa da „u procesnoj situaciji kada privilegovani svedok, shodno odredbi čl. 94 ZKP koristi svoje pravo da ne svedoči, može se koristiti kao dokaz na kome se može zasnovati presuda – iskaz svedoka koji svedoči o onome što mu je privilegovani svedok rekao o krivičnopravnom događaju koji je predmet krivičnog postupka, jer svedok na taj način samo svedoči o činjenicama koje je svojim čulima opazio, a odredbama ZKP nije propisano da se ovakav iskaz ne može koristiti u postupku.“³⁰ Kvalitet dokaza dostavljenih uz krivičnu prijavu je veoma važan i ne sme se svoditi samo na iskaze oštećenih.

Do 2008. godine u proseku je podnošeno između 2000 i 3000 krivičnih prijava za nasilje u porodici, od 2009. do 2014. taj broj se kretao od 3200 do 3800, od 2015. dolazi do naglog porasta broja podnetih krivičnih prijava.³¹ Vidimo da taj broj eskalira 2018. Tokom 2019. godine dolazi do smanjenja. To bi mogao biti prvi pozitivan efekat ZSNP tj. hitnih mera koje naređenjem izriče policija.

Što se tiče broja osuđenih lica za krivično delo nasilje u porodici on je dostigao svoj maksimum 2018, kada je podignuto 3385 optužbi, a osuđeno 2974 lica. Broj osuđenih je 2013. prvi put prešao brojku od 1500, preko 2000 je prvi put bilo 2016, a 2017. je iznosio 2713, dok je 2019. bilo 2627 osuđenih za nasilje u porodici (Republički zavod za statistiku Republike Srbije). Oko 50% osumnjičenih lica za krivično delo nasilje u porodici se optuži, a oko 30% prijavljenih osudi i to najčešće merom upozorenja.

3. PRIMENA ZAKONA O SPREČAVANJU NASILJA U PORODICI U PRAKSI U PERIODU 2018–2020.

Kada je u pitanju primena ZSNP važno je analizirati brojno stanje i kretanje izrečenih hitnih mera od strane nadležnog policijskog službenika, broj produženih hitnih mera od strane suda na predlog ovlašćenog tužioca i prekršenih hitnih mera.

Podaci o ukupnom broju događaja nasilja u porodici su evidentirani u jedinstvenom informacionom sistemu MUP-a. Ova evidencija se elektronski vodi od 1. januara 2018.

Nasilje u porodici, u smislu ZSNP, jeste akt fizičkog, seksualnog, psihičkog ili ekonomskog nasilja učinioca prema licu sa kojim se učinilac nalazi u sadašnjem ili ranijem bračnom ili vanbračnom ili partnerskom odnosu ili prema licu sa kojim je krvni srodnik u pravoj liniji, a u pobočnoj liniji do drugog stepena ili sa kojim je srodnik po tazbini do drugog stepena ili kome je usvojitelj, usvojenik, hranjenik ili hranitelj ili prema drugom licu sa kojim živi ili je živeo u zajedničkom domaćinstvu. Dakle, moraju biti ispunjena dva uslova. Prvi, ostvarivanje nekog od alternativno propisanih oblika nasilja u porodici: fizičko, seksualno, psihičko ili ekonomsko nasilje. I drugi uslov se odnosi na postojanje određene veze između učinioca i same žrtve (sadašnji ili raniji bračni ili vanbračni ili partnerski odnos ili srodstvo po krvi

30 B. Sinanović, Zaštita prava žrtava nasilja u porodici u krivičnom postupku i postupku za sprečavanje nasilja u porodici, *Bilten Vrhovnog Kasacionog suda*, 2/2017, 91–108.

31 S. Marković, *Sprečavanje i suzbijanje nasilja u porodici*, Beograd, JP Sl. Glasnik, 2018, str. 338–339.

u pravoj liniji, u pobočnoj liniji do drugog stepena ili tazbinsko srodstvo do drugog stepena, odnos usvojioca i usvojenika, hranioca i hranjenika ili odnos prema licu sa kojim živi ili je živio u zajedničkom domaćinstvu).

Vidimo da je u Srbiji 2018. godine izrečeno ukupno 27 230 hitnih mera, u 2019. taj broj je 29 978 a u 2020. 29 565. U posmatrane tri godine ukupno je izrečeno 86 773 hitnih mera. Važno je napomenuti da se naređenjem mogu izreći obe ili jedna hitna mera. Zbog toga se broj naređenja kojim su izrečene hitne mere i broj hitnih mera ne poklapaju. U 2018. je doneto 19171 naređenje, u 2019. istih je bilo 20887, i u 2020. godini 20511.

Zanimljivo je primetiti da je na predlog ovlašćenog tužioca sud u 2018. godini produžio hitne mere u 17 299 slučajeva (naređenja je bilo 19 171), u 2019. godini je produžio 19 502 slučajeva (naređenja je bilo 20 887) i u 2020. godini u 20 142 (naređenja je bilo 20 511).

Tabela 2: Brojno stanje i kretanje izrečenih i prekršenih hitnih mera u periodu 2018–2020.

ZSNP	2018	2019	2020
Broj naređenja kojim su izrečene hitne mere	19171	20887	20511
Broj izrečenih hitnih mera	27 230	29 978	29 565
Broj produženih hitnih mera	17 299	19 502	20 142
Broj prekršenih hitnih mera	1434	1515	1288
Hitna mera privremenog udaljenja učinioca iz stana	8113	9130	9082
Hitna mera zabrane mogućem učiniocu da kontaktira žrtvu nasilja i prilazi joj	19 117	20 848	20 483

Možemo zapaziti da je prekršenih hitnih mera bilo 4 237, i da se u mnogo većem obimu izriče hitna mera zabrane mogućem učiniocu da kontaktira žrtvu nasilja i prilazi joj u odnosu na hitnu meru privremenog udaljenja učinioca iz stana. Kako se pokazalo u dosadašnjoj praksi, mera privremenog udaljenja učinioca iz stana nije se nikada samostalno izričala već uvek uz meru privremene zabrane učiniocu da kontaktira žrtvu nasilja i prilazi joj. Logično je da ako učinioca nasilja udaljimo iz porodičnog stana, domaćinstva ili stambenog objekta u kojem žrtva ima boravište ili prebivalište, da je neophodno da mu zabranimo i mogućnost kontakta i prilaska žrtvi nasilja u porodici.

4. POSTUPANJE US PO PODNETIM UŽ U VEZI SA POSTUPCIMA SPROVEDENIM PO ZSNP

Pred Ustavnim sudom su bile dve ustavne žalbe vezane za postupanje nadležnih državnih organa po ZSNP. U njima je, prvenstveno, isticana povreda slobode kretanja. U tim predmetima je US doneo meritorne odluke.

Prvom UŽ (UŽ 2919/2018) se osporava naređenje kojim su izrečene hitne mere predviđene članom 17. Zakona o sprečavanju nasilja u porodici. Podnositeljka ustavne žalbe obrazlaže povredu prava na slobodu kretanja iz člana 39. Ustava i pri tome navodi da je u konkretnom slučaju jasno da naređenje Ministarstva unutrašnjih poslova nije zasnovano ni na jednom od razloga navedenih u članu 39. stav 2. Ustava, jer je hitna mera zabrane prilaska podnositeljki ustavne žalbe izrečena u fazi kada krivični postupak još nije započeo, niti se slobodnim kretanjem podnositeljke stvara opasnost po širenje zaraznih bolesti i ugrožavanja javnog reda i mira i bezbednosti Republike Srbije pa je dejstvom izrečene i sprovedene hitne mere zabrane mogućem učiniocu da kontaktira žrtvu nasilja i prilazi joj direktno povređeno ustavno pravo podnositeljke žalbe da se slobodno kreće bilo gde na teritoriji Republike Srbije.

Ustavni sud je ocenio ove navode podnositeljke kao neosnovane. Naglašavajući da je sloboda kretanja (i nastanjivanja) jedno od osnovnih ličnih prava pojedinca koje jemči Ustav i konstatuje da Ustav u članu 39. stav 1. svakom licu garantuje da se slobodno kreće i nastanjuje u Republici Srbiji, da je napusti i da se u nju vrati. Međutim, navedene slobode nisu apsolutne, budući da Ustav u stavu 2. istog člana dopušta mogućnost njihovog ograničenja i upućuje na zakon koji reguliše ograničenje ovih sloboda, koji mora biti vezan opštim ustavnim pravilom koje definiše sadržaj, kvalitet i obim zakonskih ovlašćenja u materiji ljudskih prava (član 18. stav 2.) i granicama u kojima Ustav dopušta ograničenje ljudskih prava (član 20.). Da li je došlo do povrede prava na slobodu kretanja iz člana 39. Ustava, mora se temeljiti na činjenicama svakog konkretnog slučaja, polazeći od sledećih opštih principa: 1) da li je bilo ograničenja slobode kretanja; 2) da li je ograničenje bilo izričito propisano zakonom i koja je njegova svrha; 3) da li je ograničenje proporcionalno cilju koji se želi postići u demokratskom društvu (videti Odluku Ustavnog suda UŽ-1167/2011 od 29. maja 2011. godine, kao i, pored ostalih, presudu Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Miazdzyk protiv Poljske*, broj 23592/07, od 24. januara 2012. godine, st. 29. do 41.). Ustavni sud je, primenjujući navedene opšte principe na konkretan slučaj, utvrdio da je osporenim naređenjem Ministarstva unutrašnjih poslova nesporno ograničena sloboda kretanja podnositeljki ustavne žalbe u vremenskom periodu od 8. februara 2018. godine (15h 50min) pa do 10. februara 2018. godine (15h 50min), jer joj je izrečena hitna mera zabrane mogućem učiniocu da kontaktira žrtvu nasilja i prilazi joj. Ograničenje slobode kretanja je trajalo ukupno 48 časova. Aktom Ministarstva unutrašnjih poslova izvršena je procena rizika gde je od 22 stavke koje se uzimaju u obzir dat pozitivan odgovor na više stavki, te je nadležni policijski službenik u aktu procenio da rizik od neposredne opasnosti od nasilja u porodici postoji. Dalje, Ustavni sud je utvrdio da je ograničenje slobode kretanja podnositeljke ustavne žalbe bilo propisano zakonom – Zakonom o sprečavanju nasilja u porodici i da je svrha ograničenja delotvorno sprečavanje nasilja u porodici i hitna, blagovremena i delotvorna zaštita i podrška žrtvama nasilja u porodici.

Međutim, Ustavni sud smatra da je ograničenje slobode kretanja podnositeljke ustavne žalbe težilo legitimnom cilju utvrđenom odredbom člana 39. stav 2. Ustava. Prilikom ispitivanja trećeg uslova, Ustavni sud je ocenjivao da li je ovakvo ograničenje slobode kretanja podnosioca zaista bilo i neophodno. Naime, Ustavni sud naglašava da je u situaciji kada postoje dva ili više suprotstavljenih prava ili interesa,

čije uživanje je garantovano Ustavom, zadatak sudova je da, ceneći okolnosti svakog konkretnog slučaja, uspostave ravnotežu između tih suprotstavljenih prava, ili da, ukoliko daju prevagu jednom pravu nad drugim, svoju odluku detaljno obrazlože, posebno vodeći računa o značaju, sadržini i granicama tih prava, odnosno da obezbede da svako ograničenje bude opravdano i srazmerno. Ograničenje može biti opravdano u datom slučaju samo ako postoje jasni pokazatelji istinskog javnog interesa koji prevazilaze pravo pojedinca na slobodu kretanja (videti presudu Evropskog suda za ljudska prava *Hajibeyli protiv Azerbejdžana*, broj 16528/05, od 10. jula 2007. godine, stav 63.). Ustavni sud je ocenio da su nadležni organi Ministarstva unutrašnjih poslova, ceneći okolnosti konkretnog slučaja, uspostavili razumnu ravnotežu između suprotstavljenih interesa, odnosno da je ograničenje slobode kretanja podnositeljke bilo opravdano i srazmerno, tj. proporcionalno legitimnom cilju koji se želi postići u demokratskom društvu. Takođe, Ustavni sud je ocenio da osporeno naređenje ne onemogućava slobodu kretanja podnositeljke, te da ono nije uporeno protiv slobode kretanja, nego osporeno naređenje, između ostalog, privremeno zabranjuje mogućem učiniocu krivičnog dela prilazak određenoj osobi. Stoga je Ustavni sud navode podnositeljke ustavne žalbe o povredi prava iz člana 39. Ustava ocenio kao neosnovane.

Ova podnositeljka ustavne žalbe je isticala i povredu prava iz člana 34. stav 3. Ustava i pri tome je navela da je osporeno naređenje doneto na osnovu protivpravnog prejudiciranja krivice, bez pravnosnažne sudske odluke, te je samim tim izricanje hitne mere prema podnositeljki ustavne žalbe nedozvoljeno i protivustavno, jer ista nije oglašena krivom pravnosnažnom odlukom suda, niti je njena krivica utvrđena nakon pravnosnažnog sprovedenog sudskog postupka. Ustavni sud je ocenio ove navode kao očigledno neosnovane. Naime, Sud konstatuje da se u osporenom naređenju koristi termin mogući učinilac, te da se ni na koji način ne prejudicira krivica podnositeljke ustavne žalbe. Odredbom člana 5. Zakona o sprečavanju nasilja u porodici propisano je da ako ovim zakonom nije drugačije određeno, na sprečavanje nasilja u porodici, u postupcima protiv učinilaca krivičnih dela određenih ovim zakonom i na pružanje zaštite i podrške žrtvama nasilja u porodici i žrtvama krivičnih dela određenih ovim zakonom primenjuju se Krivični zakonik, Zakonik o krivičnom postupku, Zakon o parničnom postupku, Porodični zakon i Zakon o policiji, te da su konkretne hitne mere izrečene podnositeljki ustavne žalbe na osnovu odredaba Zakona o sprečavanju nasilja u porodici u trajanju od 48 časova. Prema tome, osporenim aktom podnositeljki je izrečena hitna mera koja ima za cilj sprečavanje nasilja u porodici. Sprečavanje nasilja u porodici se sastoji od skupa mera kojima se otkriva da li preti neposredna opasnost od nasilja u porodici i skupa mera koje se primenjuju kada je neposredna opasnost otkrivena.

Druga ustavna žalba (UŽ 6300/2017) je izjavljena protiv rešenja Višeg suda u Zrenjaninu zbog, takođe, povrede slobode kretanja iz člana 39. st. 1. i 2. Ustava. Rešenjem Osnovnog suda u Zrenjaninu usvojen je predlog Osnovnog javnog tužilaštva za produženje hitnih mera izrečenih naređenjem nadležnog policijskog službenika i to: privremenog udaljenja učinioca, ovde podnosioca ustavne žalbe, iz stana i privremene zabrane kontaktiranja i prilaženja žrtvi nasilja, pod pretnjom prekršajnog gonjenja, tako da se izrečene mere produžavaju na period od 30 dana.

Osporenim rešenjem Višeg suda u Zrenjaninu odbijena je žalba učinioca i potvrđeno prvostepeno rešenje Osnovnog suda u Zrenjaninu.

Dakle, podnosilac ustavne žalbe osporava rešenje kojim su prema njemu pravnosnažno produžene hitne mere privremenog udaljenja od kuće i privremene zabrane kontaktiranja i prilaženja supruzi u postupku zaštite od nasilja u porodici, ističući povredu prava na slobodu kretanja. I u ovom slučaju Ustavni sud je sproveo test kojim je utvrdio da li je došlo do povrede prava na slobodu kretanja, polazeći od sledećih opštih principa: 1) da li je bilo ograničenja slobode kretanja; 2) da li je ograničenje bilo izričito propisano zakonom i koja je njegova svrha; 3) da li je ograničenje proporcionalno cilju koji se želi postići u demokratskom društvu?

Ocenjujući ispunjenost prvog uslova, Ustavni sud konstatuje da je nesporno da je do ograničenja slobode kretanje došlo, budući da podnosilac ustavne žalbe osporava rešenje kojim su mu pravnosnažno produžene mere privremenog udaljenja od kuće i privremene zabrane kontaktiranja i prilaženja supruzi. Ispitujući ispunjenost drugog uslova, Ustavni sud je utvrdio da je ograničenje slobode propisano Zakonom o sprečavanju nasilja u porodici i da se svrha produženja navedenih mera ogleda u sprečavanju nasilja u porodici i pružanju hitne, blagovremene i delotvorne zaštite i podrške žrtvi nasilja. Ovim merama se štite prava drugih, u konkretnom slučaju, prava žrtve nasilja na zaštitu psihičkog i fizičkog integriteta i na privatnost. Za vreme trajanja izrečenih mera žrtva i potencijalni učinilac treba da sagledaju razloge svojih konfliktnih odnosa kako bi se isti razrešili na zadovoljavajući način uz uzajamno poštovanje ličnosti i psihičkog i fizičkog integriteta, jer je neprihvatljivo da se konfliktni odnosi rešavaju primenom bilo psihičkog bilo fizičkog nasilja, u kom cilju se isti mogu obratiti i odgovarajućim specijalizovanim ustanovama podrške, nadležnom centru za socijalni rad ili psihološkom savetovalištu, kako i stoji u obrazloženju osporenog rešenja. Shodno tome, Ustavni sud smatra da je ograničenje slobode kretanja podnosioca ustavne žalbe težilo legitimnom cilju utvrđenom odredbom člana 2. stav 3. Protokola 4 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i sloboda tj. prava i sloboda drugih. Naime, nasilje u porodici ugrožava ostvarivanje osnovnih ljudskih prava člana porodice – žrtve porodičnog nasilja. Pored toga, Ustavni sud ističe da je odredbom člana 5. Zakona o sprečavanju nasilja u porodici propisano da ako ovim zakonom nije drugačije određeno, na sprečavanje nasilja u porodici, u postupcima protiv učinilaca krivičnih dela određenih ovim zakonom i na pružanje zaštite i podrške žrtvama nasilja u porodici i žrtvama krivičnih dela određenih ovim zakonom primenjuju se Krivični zakonik, Zakonik o krivičnom postupku, Zakon o parničnom postupku, Porodični zakon i Zakon o policiji, te da su konkretne hitne mere izrečene podnosiocu ustavne žalbe na osnovu odredaba Zakona o sprečavanju nasilja u porodici u trajanju od 48 časova, produžene za još 30 dana osporenim sudskim rešenjem koje je doneto u postupku u kome se shodno primenjuje zakon kojim se uređuje parnični postupak na osnovu odredbe člana 20. stav 6. Zakona o sprečavanju nasilja u porodici. Prema tome, osporenim aktom podnosiocu su produžene izrečene hitne mere u građanskom postupku koje imaju za cilj sprečavanje lica koje vrši nasilje da ponovi akt nasilničkog ponašanja i ove mere izrečene su bez obzira i nezavisno od vođenog krivičnog postupka, koji je obustavljen odbacivanjem krivične prijave protiv podnosioca ustavne žalbe. Zakon o sprečavanju nasilja

u porodici je i donet sa ciljem propisanim odredbom člana 2, da na opšti i jedinstven način uredi organizaciju i postupanje državnih organa i ustanova i time omogućiti delotvorno sprečavanje nasilja u porodici i hitnu, blagovremenu i delotvornu zaštitu i podršku žrtvama nasilja u porodici, ne ograničavajući primenu samo na sprečavanje nasilja u porodici u krivičnim postupcima za krivična dela određena tim zakonom, već pružajući dodatni vid zaštite i u građanskom postupku. Jasno je da je pitanje zaštite od nasilja u porodici regulisano različitim mehanizmima zakonske zaštite, s obzirom na poseban značaj zaštite koju porodica na osnovu Ustava uživa, te da se primarna zaštita od nasilja u porodici pruža kroz građanskopravnu zaštitu, a da je krivičnopravna zaštita supsidijarnog karaktera, posebno zbog prirode odnosa u braku i porodici koji spadaju u privatnu sferu pojedinaca, pa se i krivično pravo ograničava samo na one slučajeve u kojima druge vrste zaštite nisu dovoljne. (videti Zaključke IUz-16/2013 od 12. decembra 2013. godine i IUz-18/2019 od 23. septembra 2019. godine, u kojima se Sud izjašnjavao o inicijativama za ocenu ustavnosti i saglasnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorom određenih odredaba Porodičnog zakona kojima se propisuje zaštita od nasilja u porodici).

Prilikom ispitivanja trećeg uslova, Ustavni sud je ocenjavao da li je ovakvo ograničenje slobode kretanja podnosioca, zaista bilo i neophodno i srazmerno legitimnom cilju. Naime, Ustavni sud naglašava da je u situaciji kada postoje dva ili više suprotstavljenih prava ili interesa, čije uživanje je garantovano Ustavom, zadatak sudova je da, ceneći okolnosti svakog konkretnog slučaja, uspostave ravnotežu između tih suprotstavljenih prava, ili da, ukoliko daju prevagu jednom pravu nad drugim, svoju odluku detaljno obrazlože, posebno vodeći računa o značaju, sadržini i granicama tih prava, odnosno da obezbede da svako ograničenje bude opravdano i srazmerno. Prema tome, navedene mere su prema podnosiocu ustavne žalbe određene, te osporenim rešenjem produžene u ograničenom trajanju od 30 dana, nakon što je sud posle vrednovanja rizika ustanovio neposrednu opasnost od nasilja u porodici, te zaključio da će izrečenim merama obezbediti zaštitu od porodičnog nasilja, a time obezbediti i ostvarivanje prava na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti, te nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta žrtve nasilja. Imajući u vidu sve navedeno, utvrđeno je da je ograničenje slobode kretanja podnosioca ustavne žalbe bilo opravdano i srazmerno, odnosno da je uspostavljena pravična ravnoteža između opšteg interesa što svakako jeste zaštita žrtve nasilja u porodici i prava podnosioca ustavne žalbe.

Dakle, i u prvom i u drugom slučaju US je ocenio navode podnosioca UŽ kao neosnovane i utvrdio da nije došlo do povrede slobode kretanja.

ZAKLJUČAK

Analizirani podaci pokazuju prve efekte primene ZSNP-a. Ima osnova za izvođenje zaključaka da je nov način rada nadležnih državnih organa, odnosno stavljanje naglaska na „preventivno“ postupanje policije, javnog tužilaštva i suda pokazalo izvesne rezultate.

Posmatrajući interakciju ZSNP i KZ glavno pitanje koje se postavlja jeste da li je primena Zakona o sprečavanju nasilja u porodici uticala na smanjenje broja

učinjenih krivičnih dela? Nakon dostizanja maksimuma po broju podnetih krivičnih prijava u 2018. godini u poslednjoj posmatranoj godini beležimo pad. To bi mogla da bude posledica drugačijeg načina rada nadležnih organa.

Kada je u pitanju brojno stanje i kretanje događaja nasilja u porodici po Zakonu o sprečavanju nasilja u porodici primećujemo da je broj izrečenih hitnih mera manji u 2020. godini u odnosu 2019. Isto tako, manji je broj prekršenih hitnih mera u 2020. godini od 2019. godine. To su prvi pozitivni efekti ZSNP. Naravno, važno je dalje praćenje primene ZSNP u praksi i ujednačavanje rada nadležnih državnih organa u pogledu nekoliko pitanja. Prvo, kada se radi o primeni ZSNP u situaciji kada je prema nekom licu doneto rešenje o zadržavanju ili određivanju pritvora. Drugo, kada dođe do kršenja hitnih mera i pokretanja prekršajnog postupka gde bi se mogla tražiti i primena mera po Zakonu o prekršajima. I treće, kada je u pitanju podnošenje tužbi po Porodičnom zakonu.

Kada se radi o pojedinim primedbama upućenim zakonodavcu u pogledu ograničavanja osnovnih ljudskih sloboda i prava primenom ZSNP, US se izjašnjavao u pogledu slobode kretanja i utvrdio je da je ograničenje slobode kretanja podnosioca UŽ bilo opravdano i srazmerno, odnosno da je uspostavljena pravična ravnoteža između opšteg interesa, zaštite žrtve nasilja u porodici, i prava podnosioca ustavne žalbe.

LITERATURA

- D. Kolarić, S. Marković, Pojedine nedoumice u primeni Zakona o sprečavanju nasilja u porodici, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1/2018.
- D. Kolarić, Uslovna osuda sa zaštitnim nadzorom i druge alternativne krivične sankcije u Krivičnom zakoniku Srbije, u zborniku: *Alternativne krivične sankcije (regionalna krivična zakonodavstva, iskustva u primeni i mere unapređenja*, OEBS, Beograd, 2018.
- D. Kolarić, Krivični zakonik i (ne)adekvatnost državne reakcije na kriminalitet (sadašnje stanje i nova rešenja), u zborniku: *Izmene u krivičnom zakonodavstvu i status nosilaca pravosudnih funkcija i adekvatnost državne reakcije na kriminalitet*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd-Zlatibor, 2019.
- D. Kolarić, S. Marković, *Komentar Zakona o sprečavanju nasilja u porodici*, Beograd, 2019.
- R. Lazić, S. Nenadić, Javno tužilaštvo pred izazovima Zakona o sprečavanju nasilja u porodici, u zborniku: *Reformski procesi i Poglavlje 23 (godinu dana posle) – krivičnopravni aspekti*, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd-Zlatibor, 2017.
- S. Marković, *Sprečavanje i suzbijanje nasilja u porodici*, Beograd, JP Sl. Glasnik, 2018, str. 338–339.
- S. Marković, Strategija suprostavljanja nasilju u porodici, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3/2019.
- B. Ristivojević, „Da li je Zakon o sprečavanju nasilja u porodici zakazao“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, Novi Sad, 2018.
- B. Sinanović, Zaštita prava žrtava nasilja u porodici u krivičnom postupku i postupku za sprečavanje nasilja u porodici, *Bilten Vrhovnog Kasacionog suda*, 2/2017, 91–108.
- Z. Stojanović, N. Delić, *Krivično pravo – posebni deo*, Beograd, 2013.
- Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2018.

Krivični zakonik, „Službeni glasnik RS“, br. 85/05, 88/05 – ispr. 107/05 – ispr. 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 i 35/19.

Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakona RS, *Službeni glasnik RS*, broj 10/02.

Zakon o potvrđivanju Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, *Službeni glasnik RS – međunarodni ugovori*, br. 12/2013.

Zakon o sprečavanju nasilja u porodici (ZSNP), *Službeni glasnik RS*, br. 94/2016.

Dragana Kolarić

University of Criminal Investigation and Police Studies
and the Constitutional Court of the Republic of Serbia

A REVIEW OF IMPLEMENTATION OF THE LAW ON PREVENTION OF DOMESTIC VIOLENCE IN THE REPUBLIC OF SERBIA

SUMMARY

The implementation of the Law on Prevention of Domestic Violence started on June 01, 2017. The time that has passed from the beginning of its implementation allows us to make certain conclusions if it has served its purpose and fulfilled the objective for which it was adopted. In this paper the author offers a parallel analysis of implementation of the provisions of the Criminal Code and the Law on Prevention of Domestic Violence in order to determine if the implementation of the Law on Prevention of Domestic Violence has had impact on the decline in the number of criminal offenses, as well as if it is possible to observe the trend of reduction in the number of reported instances of domestic violence according to the Law on Prevention of Domestic Violence, which should be its first positive effects. Upon the analysis of the data of the Statistical Office of the Republic of Serbia and the Ministry of Interior of the Republic of Serbia, the practice of the Constitutional Court is presented regarding constitutional complaints filed after the completion of procedures pursuant to the Law on Prevention of Domestic Violence, according to which the urgent measures were ordered and extended against the possible offenders. Finally, the author concludes that the new manner of work of competent state authorities, i. e. the focus on preventive policing as well as preventive work of Public Prosecutor's Office and the courts have shown certain results.

Keywords: Criminal Code, domestic violence, criminal offence, offender, prevention, urgent measures, possible offender.

CELISHODNOST TAKTIKA DEESKALACIJE U POLICIJSKOM POSTUPANJU

Apstrakt: Rad je posvećen razmatranju značaja komunikacijskih veština i primene taktika deeskalacije konflikta u rutinskom radu policijskih službenika. Posebna pažnja je posvećena rezultatima dosadašnjih evaluacijskih studija o učincima obuke policijskih službenika u Sjedinjenim Državama za sticanje i primenu veština komunikacije i taktika deeskalacije. O delotvornosti deeskalacijskih taktika u policijskom postupanju i celishodnosti obuke u ovoj oblasti još uvek ne postoji konsezus, mada ima ohrabrujućih empirijskih nalaza koji ukazuju na blagorodan uticaj obuke na bezbednost kako građana, tako i policijskih službenika. Otpori savremenim reformama usmerenim na utvrđivanje policije kao servisa građana, odnosno transformaciji tradicionalnog policijskog mentaliteta i preobražaju uloge policajca od „ratnika“ do „zaštitnika“, posebno su vidljivi u koncipiranju i sadržaju policijske obuke. Izgovor za otpor promenama po običaju se traži u brizi za bezbednost policijskih službenika, pri čemu se taktike deeskalacije označavaju kao potencijalno opasne i životno ugrožavajuće prakse. Budući razvoj u ovoj oblasti će se, po svemu sudeći, odvijati na temelju spoznaje da profesionalni učinak i bezbednost policijskih službenika, kao i bezbednost i poverenje građana sa kojima dolaze u kontakt, suštinski zavise od sposobnosti i obučenosti policijskih službenika da uspostave efektivnu kontrolu nad svim aspektima krizne situacije, bilo primenom sile kad je to neophodno, ili češće, veštinama komunikacije i deeskalacije.

Gljučne reči: policija, primena sredstava prinude, deeskalacija, veštine komunikacije, interakcija policije i građana.

UVOD

Primena mera i sredstava prinude, odnosno upotreba sile, tradicionalno se smatra ključnim aspektom policijskih ovlašćenja i okosnicom policijskog autoriteta. U današnje vreme je, međutim, ona sve učestalije i glasnije predmet preispitivanja u opštem i stručnom diskursu, posebno u zemljama zapadnog sveta. U Sjedinjenim Državama, gde su pojedini skorašnji slučajevi policijskih intervencija koje su rezultovale lišenjem života nenaoružanih građana doveli do snažne javne osude policije i njenog učestalog sumnjičenja za prekomernu upotrebu sile, brutalnost i rasizam,¹ paralelno raste zabrinutost zbog sve ugroženije bezbednosti samih policijskih službenika (Engel, McManus, Herold, 2020), kao i produbljivanje nepoverenja između

* redovni profesor, biljana.sp@kpu.edu.rs

1 Edwards i saradnici ukazuju da je policijsko nasilje vodeći uzrok smrti za mlade muškarce u SAD-u i procenjuju da celoživotni izgledi gubitka života usled primene sile od strane policije iznose otprilike 1 na 2.000 za muškarce, 1 na 33.000 za žene, i 1 na 1.000 za Afroamerikance muškog pola (Edwards, Lee, Esposito, 2019).

građana i policije i polarizacije društva u pogledu različitih aspekata tradicionalnog policijskog delovanja (Todak, James, 2018).

Tradicionalna perspektiva uloge policije, prema kojoj se njen zadatak suštinski ogleda u primeni represije radi osiguravanja poštovanja pravnog poretka i zaštite društva, već decenijama unazad se naglašeno kritički preispituje. Bittner je, tako, još pre pola veka isticao da se veština obavljanja policijskog posla ogleda ne samo u primeni sile kad je to neophodno, već još više u iznalaženju načina da se primena sile izbegne kad god je to moguće, odnosno da se njena primena svede na najmanju moguću meru (Bittner, 1974: 40). Od policije se danas očekuje da prinudu primenjuje pažljivo i odmereno, uz poštovanje principa legitimnosti, srazmernosti, pravičnosti i kompetentnosti. Evolucija demokratizacije socijalnih procesa i relacija građana i policije u društvima današnjice otkriva neminovnost reforme i napokon otvara realan prostor za implementaciju dugo ignorisanih, pa i omalovažvanih mirotvornih strategija i taktika u policijskom postupanju, sa potencijalnim višestrukim i nemerljivim značajem kako za zajednicu i građane, tako i za policiju. Naime, nastojanje da se u interakcijama sa građanima osigura dominacija, koje je srž komandno-kontrolnog stila autoriteta, samo je po sebi opasno jer, kako je suvislo ukazao Tyler (2001), podstiče neprijateljstvo i uvećava rizik viktimizacije za obe strane. Policija je već sama po sebi izrazito oličenje moći i autoriteta; kad se povrh toga i sami policijski službenici prema građanima ophode iz pozicije moći, zaokupljeni pre svega održavanjem dominacije, rizikuju da podstaknu prkos, otpor, bes i neprijateljstvo i incident zaokrenu u iracionalnom pravcu borbe za nadmoć. Racionalni ciljevi intervencije se gube iz vida i podređuju nastojanju da se ostvari „pobeda“ u okršaju za potvrđivanje dominacije, i pokreće se spirala konflikta koja se može loše završiti kako po građane, tako i po same policijske službenike (Tyler, 2001: 384, 369). Nesporno je da je smirivanje kriznih situacija bez primene mera prinude, tj. deeskalacija (umesto eskalacije) konflikta, u obostranom i neposrednom interesu građana i policijskih službenika.

Premda deeskalacija nije posve nov koncept, u relevantnoj literaturi još uvek nedostaje njena koncizna definicija i preciziranje njene uloge u radu policije. Pojmom *deeskalacija* obično se označava smirivanje situacije na miroljubiv način (Abanonu, 2018), snižavanje intenziteta tenzije i konfliktnog potencijala kod različitih aktera kriznog događaja, odnosno kretanje od stanja visoke u stanje snižene tenzije (Richards, 2007). Konkretnije, deeskalacija u policijskom radu se određuje kao „*preduzimanje radnji ili verbalne ili neverbalne komunikacije tokom potencijalno nasilnog konflikta u pokušaju da se situacija stabilizuje i ublaži neposredna opasnost kako bi se dobilo više vremena, opcija i resursa za rešavanje situacije bez primene sile ili uz njenu redukciju*“ (International Association of Chiefs of Police – IACP, 2017: 2).

Deeskalacija podrazumeva proces, ili skup taktičkih pristupa koji se koriste radi sprečavanja ili smirivanja ponašanja u vezi s konfliktom, poput verbalne ili fizičke agitacije, agresije i nasilja (IACP/UC Center for Police Research and Policy, 2020: 3). Ona, po prirodi stvari, uključuje postupanje usmereno na mirno razrešenje konflikta kako bi se izbegla eskalacija nasilja i primena sile, odnosno, rešavanje problema uz minimiziranje štete za sve strane. U konkretnom smislu deeskalacija obuhvata

pristupe i postupke kojima se nadvladavaju agitiranost, strah ili gnev i time umanjuje rizik agresivnog ispoljavanja. Kao pristup i veština smirivanja konflikta deeskalacija je proistekla iz profesionalnog iskustva zaposlenih u psihijatrijskim ustanovama koji su razvili tehnike smirivanja osoba sa psihomotornom uznemirenošću, koja može biti povezana s različitim psihijatrijskim stanjima i čija neadekvatna procena vodi u nepotrebnu primenu sile i medikacije. Iskustvo iz ovih ustanova govori da se eskalacija može sprečiti pravovremenom intervencijom koja uključuje različite psihosocijalne tehnike, dok je primena mera prinude poput humanog sputavanja, farmakoterapije i izolacije opravdana samo u slučaju neuspeha prethodnih metoda. Tradicionalne prakse „smirivanja“ agitiranih pacijenata koje su imale dominantno-submisivnu konotaciju i uključivale vezivanje i tešku medikamentnu terapiju u novije vreme se zamenjuju nekoercitivnim verbalnim tehnikama čiji je cilj pomaganje pacijentu da se smiri, gde praktičari najpre uspostavljaju kontakt i odnos saradnje sa pacijentom, a zatim kroz razgovor snižavaju njegov distres (Richmond, Berlin, Fishkind et al, 2012: 17–18).

Deeskalacija u policijskom postupanju može se razumeti dvojako – kao opšta smernica koja podstiče policijske službenike da konstantno i iznova procenjuju svaku situaciju kako bi odabrali optimalan odgovor, i kao skup tehnika kojima se ovaj cilj može postići (IACP, 2017). Deeskalacijske taktike i tehnike obuhvataju postupke koje koriste policajci radi smirivanja kriznog događaja onda kada je to bezbedno, primereno situaciji i kad ne ugrožava prioritete policijskog delovanja, a kojima se teži tome da se potreba za primenom sredstava prinude svede na minimum i povećaju izgledi za dobrovoljno povinovanje aktera incidenta. Kada proceni da je to bezbedno i moguće u konkretnom slučaju, policijski službenik će, koristeći veštinu da se postavi kao osoba vredna poštovanja, a ne neko koga se treba bojati, primenjujući taktičko repozicioniranje (prebacivanje na lokaciju koja je bezbednija), savetovanje, verbalnu persuaziju i druge komunikacijske veštine, nastojati da uspori i stabilizuje interpersonalnu razmenu da bi se obezbedio više vremena, opcija i resursa za rešavanje incidenta. Cilj ovog rada jeste sagledavanje aktuelnih komparativnih iskustava u ovoj oblasti, odnosno svrsishodnosti i učinaka primene taktika deeskalacije u policijskom delovanju i svakodnevnoj praksi.

1. MESTO I UČINAK DEESKALACIJE U RUTINSKOM RADU POLICIJE

Policijski posao po svojoj prirodi podrazumeva interakciju i transakciju. Kako oslikavaju Todak i James, policajac rutinski „čita“ situacije i osobe i na osnovu pročitane donosi odluke, posmatra reakcije građana na te odluke i po potrebi prilagođava taktiku: „*Kao u partiji šaha, policajac mora da anticipira poteze određenog građanina i da na njih odgovori na najbolji mogući način kako bi izdejstvovao ‘pobedu’ – bilo da to uključuje ubeđivanje građanina narušenog mentalnog zdravlja da ode u bolnicu, odgovaranje tinejdžera od odluke da skoči s mosta, ili neutralisanje smrtonosne pretnje*“ (Todak, James, 2018: 513). White, koji je zamašnu istraživačku pažnju usmerio na nasilnu interpersonalnu razmenu između policijskih službenika

i građana ukazao je pogrešnost ustaljene prakse da se policijska upotreba sile i napadi na policiju posmatraju kao nepovezane pojave, premda su u realnosti, to „dve strane iste medalje“ (White, 2015: 227). Treba u potpunosti razumeti mikroprocese koji se odvijaju kroz transakciju između policajaca i građana da bi se utvrdilo zašto u nekim situacijama dolazi do pozitivnog ishoda, dok se druge završavaju nasiljem (Alpert, Dunham, MacDonald, 2004).

Policijski službenici u rutinskom radu pribegavaju prinudi da bi uspostavili kontrolu nad svim aspektima situacije, pri čemu im na raspolaganju stoje, kako upućuju Alpert i saradnici, dva oblika sile – dominirajuća i izbalansirana (Alpert et al, 2004). Dominirajuća sila je ona koja nadilazi otpor osumnjičenog, i policajac je koristi onda kada proceni da od određenog lica preta neposredna opasnost i da bi pokušaj deeskalacije bio uzaludan – kad primenjuje dominirajuću silu on nastoji da pojača koercitivan odgovor, savlada osumnjičenog i tako spreči njegov dalji otpor. Izbalansirana sila je ona koja je po nivou jednaka ili slabija od otpora osumnjičenog, a svrha njene primene jeste deeskalacija tenzija – primena izbalansirane sile je dobra taktika kad policijski službenik smatra da je potrebno najpre smiriti tenzije kako bi uspostavio kontrolu nad situacijom (Alpert et al, 2004: 476).

Analizirajući situacije u kojima su policijski službenici pojačavali prinudu prema građanima, Terrill utvrđuje da do toga dolazi ne samo u incidentima u kojima građanin pruža otpor, već i u svakoj petoj situaciji u kojoj otpora nema (Terrill, 2005). Faktori koji utiču na pojačavanje prinude uključuju intoksikaciju građanina, prisustvo podrške (drugih policajaca) i iniciranje kontakta od strane policije, dok ophođenje građanina s nepoštovanjem prema policijskom službeniku nije od uticaja na njegovu odluku da pojača prinudu. Zanimljivo je da istraživanja usmerena na identifikovanje faktora koji određuju verovatnoću primene sile pokazuju da na individualnom nivou samo obrazovanje i profesionalno iskustvo imaju određeni uticaj – obrazovaniji policajci i oni s više policijskog staža ređe primenjuju silu (Todak, James, 2018). Rašireno verovanje da su žene i pripadnici manjina u redovima policije veštiji u komunikaciji i da ređe primenjuju silu nije univerzalno potvrđeno: mešoviti su nalazi o uticaju polne i rasne pripadnosti na verovatnoću primene sile (Nix, Campbell, Byers, Alpert, 2017).

Situacioni i organizacioni faktori se, međutim, pokazuju daleko uticajnijim. Stepenn opasnosti koju opažaju policajci kod određenih lica u kriznoj situaciji smatra se najboljim prediktorom primene sile (Terrill, Mastrofski, 2002). Držanje, odnosno stav konkretnog lica utiče na percepciju vlastite ugroženosti od strane policajca i verovatnoću da sa mirnog tona pređe na verbalnu komandu (James et al, 2018, prema: Todak, James, 2018). Empirijski nalazi, pak, ukazuju na to da su pripadnici nižih socijalnih slojeva, rasnih i etničkih manjina češće izloženi policijskoj sili (Terrill, Mastrofski, 2002; Alpert et al, 2004). Nix i saradnici su, istražujući karakteristike incidenta u Sjedinjenim Državama tokom 2015. godine u kojima je došlo do upotrebe vatrenog oružja i lišenja života građana zaključili da su među stradalim građanima oni tamnije puti ređe prethodno preduzimali napad na policiju, dok su građani Afroamerikanci dvostruko češće od ostalih bili nenaoružani (Nix et al, 2017).

Emocionalna pozadina interakcija policije i građana koja uvećava izgleda za eskalaciju u nasilje takođe je važna tema. Građani najčešće u kontakt s policijom dolaze zbog nekog negativnog događaja – zato što su žrtve ili očevici delikta ili su osumnjičeni za delikt, i obično su preplavljeni negativnim osećanjima poput straha, tuge, anksioznosti i besa. Pripadnici raznih manjinskih grupa često imaju negativne stereotipe o policiji, doživljavajući njeno delovanje kao ključno u održavanju strukturnih nejednakosti. Ove okolnosti dovode do toga da početna emocionalna reakcija na kontakt s policijom bude negativna, čak neprijateljska, što dodatno afirmiše svrsishodnost primene taktike deeskalacije, pri čemu treba imati u vidu naglašena emocionalna stanja kako građana, tako i samih policijskih službenika.

Premda postoje određena preklapanja, „proceduralna pravda“ i deeskalacija u postupanju policijskih službenika razlikuju se po svojoj svrsi, ali i opsegu primene. Proceduralna pravda se može smatrati univerzalnim pristupom koji treba primenjivati u svim kontaktima policije sa građanima, budući da je njen cilj demonstriranje poštovanja ličnosti i ljudskih prava, odnosno neutralnog, profesionalnog rada policije. Njeni ciljevi su direktno usmereni na unapređenje legitimiteta policije, imajući u vidu da je osećanje uvažavanja od strane policijskih službenika jedna od ključnih komponenti pozitivne ocene legitimnosti policije od strane građana (Mazerolle, Antrobus, Bennett, Tyler, 2013). Deeskalacija, na drugoj strani, ima specifičniju svrhu: da spreči eskalaciju konflikta, agresivne ispade i primenu sile u konkretnim kriznim situacijama (Todak, 2017).

Izbegavanje konfrontacije i primene sile snižava rizik da policijski službenik bude napadnut, povređen ili pak tužen od strane građanina. Povećana primena taktika i tehnika deeskalacije, kako zaključuju Todak i James, može sniziti prevalenciju nasilja između policije i građana i doprineti obnovi poverenja javnosti u policiju (Todak, James, 2018). Policajci danas uviđaju da taktike deeskalacije postaju obavezujuća komponenta policijskog delovanja, ali je jednako značajno da razumeju pozitivne efekte koje primena deeskalacije u rutinskom profesionalnom radu ima na njih same, tj. njihovo zdravlje i karijeru. Smatra se da primena taktika deeskalacije ima potencijal da doprinese poboljšanju odnosa u zajednici, ali i profesionalni učinak policije. Policijski službenik koji ovlada veštinama deeskalacije i koristi ih u odgovarajućim situacijama postizaće bolje profesionalne rezultate – smanjiće rizik i strah od vlastite viktimizacije, kao i mogućnost da protiv njega bude podneta pritužba ili tužba, što dodatno doprinosi tome da u svom radu bude efektivniji (McFarlin, 2017).

Organizacioni faktori poput organizacione strukture, supervizije i programa obuke ključno utiču na učestalost upotrebe sile od strane policijskih službenika, kao i taktika kojima se ona izbegava (White, 2016, prema: Todak, James, 2018). Kao svaka druga veština, deeskalacija se uči i unapređuje kroz obuku i praksu. Do nedavno, policijska obuka uglavnom nije obuhvatala specifične veštine koje omogućavaju izbegavanje primene mera prinude, ali se u poslednje vreme to ubrzano menja. Deeskalacija, koja podrazumeva primenu suptilnih tehnika komunikacije sa različitim kategorijama građana i smirivanja raznih konflikata, predstavlja kompleksan integrisan odgovor profesionalaca u kriznoj situaciji i temelji se na njihovom znanjačkom

postupanju i umešnosti da brzo i pravilno opažaju i odlučuju u složenim okolnostima. Postoji pak uverenje (mada još uvek bez čvrstih potvrda) da skoro svaki profesionalac može uspešno da primenjuje deeskalacijske tehnike, pod uslovom da je kroz obuku usvojio set odgovarajućih veština (Richmond et al, 2012).

2. DEESKALACIJSKE VEŠTINE

Idealan cilj deeskalacije ostvaruje se uspešnom nenasilnom intervencijom u kriznoj situaciji, odnosno pomaganjem osobi u krizi da se pribere i povrati unutrašnju ravnotežu. Preduslov uspešne intervencije i deeskalacije jeste da profesionalac uspostavi kontakt – ako je lice nesposobno ili ne želi da sluša i reaguje na ono što policijski službenik govori (usled specifičnog mentalnog, zdravstvenog ili emocionalnog stanja), proces deeskalacije ne može otpočeti (Wolfe, 2017). S druge strane, razgovor koji je dobro započeti i vođen deluje smirujuće i blagorodan je i za građanina i za samog policijskog službenika, jer dovodi do fiziološkog olakšanja usled snižavanja distresa (McFarlin, 2017). Deeskalaciju je često moguće postići mirnim i empatičnim obraćanjem i pružanjem osobi u krizi dovoljno vremena za promenu stava i ponašanja.

Veštine deeskalacije u policijskom postupanju podrazumevaju brzo i pravilno rasuđivanje, ali i odgovarajuću obučenost koju treba shvatiti veoma ozbiljno, jer upravo ona u određenim okolnostima može sačuvati ljudske živote, uključujući i živote samih policajaca. Postoji više taktika i tehnika deeskalacije, a svima im je zajedničko to da uključuju *komunikaciju* – bilo verbalnu ili neverbalnu. Komunikacija shvaćena u najširem smislu – kao prenos ili razmena informacija i ideja korišćenjem različitih sistema signala (zvukova, pisanih simbola, znakova i znakovnog jezika), smatra se jednom od osnovnih veština u policijskom radu (Bottomley, Prymachuk, Wright, 2020: 1). U kontekstu deeskalacije usmerena je na postizanje dobrovoljnog poveravanja aktera incidenta posredstvom verbalne persuazije i verbalnih tehnika poput slušanja i objašnjavanja uz poštovanje dostojanstva sagovornika, odnosno putem saveta, upozorenja i instrukcija datih smirenim tonom, na objašnjavajući način, radi smirivanja uznemirenosti i podsticanja racionalnog donošenja odluka. Pristup usmeren na deeskalaciju podrazumeva apsolutno izbegavanje uvredljivog obraćanja (jer to može voditi u eskalaciju incidenta) i pažljivo razmatranje da li je odbijanje osobe da se povinuje svestan i voljan čin otpora ili rezultat nesposobnosti usled narušenog zdravstvenog stanja, mentalnih smetnji, zaostalog razvoja, fizičkih ograničenja, jezičke barijere, uticaja psihoaktivnih supstanci, straha ili anksioznosti.

Deeskalaciju konflikta profesionalac taktički ostvaruje posredstvom *usporavanja reakcije* (jer, ne zahteva svaka situacija reakciju bez odlaganja); *saosećajnog, ali odlučnog pristupa u komunikaciji*, kao i *smirivanjem tenzija* kod građanina i/ili samog policijskog službenika (McFarlin, 2017). Tehnike usmerene na smirivanje tenzija koje profesionalac ima na raspolaganju uključuju: usporavanje interakcije; zadržavanje samokontrole, isključivanje subjektivnosti i taštine, odolevanje eventualnim verbalnim provokacijama i apsolutno uzdržavanje od ponižavanja sagovornika; razložno, kratko i konkretno verbalno izražavanje; pažljivo, aktivno slušanje uz

neverbalni i verbalni feedback, strpljivost u komunikaciji i osiguravanje da svaka osoba uključena u konflikt ima priliku da govori; onemogućavanje okupljanja „publike“; poštovanje ličnog prostora osobe u krizi i pokazivanje razumevanja za njenu uznemirenost; davanje primera prihvatljivog ponašanja korišćenjem staloznog govora i pristojnog jezika, kako bi se poslala poruka da govor mora biti smiren i uljudan; postavljanje granica na smiren način, bez pretećeg stava, i ponavljanje ključnih poruka onoliko puta koliko je u konkretnoj situaciji potrebno. Profesionalac treba da vodi računa o svemu što izgovara, kao i o govoru tela, odnosno usklađenosti verbalne i neverbalne komunikacije (Reynolds, 2019).

Da bi policijski službenik odgovorio racionalno i profesionalno u situaciji u kojoj postoji rizik od eskalacije konflikta potrebno je da zadrži mentalnu kontrolu, to jest da izbegne „frontalnu blokadu“ i zastoj promišljenog reagovanja (Wolfe, 2017). On treba da je kadar da drži pod kontrolom sve aspekte situacije i dobro obučan za emocionalnu samoregulaciju i kontrolu stresa.² Rad s ljudima u krizi veoma je složen imajući u vidu da osobe pod uticajem afekta, mentalnog poremećaja ili psihoaktivnih supstanci često ne reaguju na način koji je racionalan, uobičajen i očekivan. I dok je reakcija koju profesionalac dobije izvan njegove kontrole, ono što u svakom momentu može kontrolisati jeste on sam – način na koji razmišlja, odluke koje donosi, taktike koje koristi, način na koji komunicira (Wolfe, 2017). U kontaktu sa agresivnim građanima, imperativ je da policajac ne pokazuje bes ili frustriranost, da ne pojačava konfrontaciju i time poveća opasnost za sebe i druge (Gillies, 2016). Od njega se očekuje da sasluša osobu koja govori, da je ne prekida i ne prepire se s njom, da se ni nad kim ne nadvija i da ni u kog ne upire prstom tokom interakcije sa građanima (Reynolds, 2019). U slučaju da treba da izvrši pretres ili postavi potencijalno neprijatna pitanja, policijski službenik će to učiniti nakon što osobu izdvoji na stranu. Osobe koji se međusobno prepiru treba izolovati od ostalih prisutnih – udaljavanje potencijalne „publike“ katkad eliminiše potrebu ljudi da ispolje ljutnju i agresivnost. Ofanzivan način ophođenja (vika, vređanje i sl.) prekinuće tako što će lice koje više zamoliti da ponovo kaže ono što želi na primeren način, a to uputstvo će ponoviti onoliko puta koliko je to neophodno. Policajac treba da razume značaj ponavljanja ključnih poruka građaninu (taktika „pokvarena ploča“), budući da je to dobar način postizanja dvojakog cilja – slanja poruke da je policijski službenik taj koji određuje pravila, i uspostavljanje kontrole nad potencijalnim konfliktom. Osobe obuzete jarošću obično se smire kad opaze da ih neko sluša i uzima za ozbiljno. Ako građanin pak krene da se raspravlja, policijski službenik treba da odbije tu provokaciju i nastavi da ponavlja istu poruku, sve dok svoj posao ne završi. Policajac ne treba da troši vreme i energiju pokušavajući da ubedi građanina da greši i da je on u pravu, dok ono što treba da preduzme (npr. hapšenje), vrši odlučno, bez ubeđivanja i „pravdanja“ (Reynolds, 2019).

2 Obuka za emocionalnu samoregulaciju i inokulaciju („vakcinisanje“ protiv) stresa omogućava policajcu da iskusi i uvežba odgovor na različite stresne scenarije. Trening za inokulaciju stresa (e. *Stress inoculation training*) koji je razvio američki klinički psiholog Donald Meichenbaum krajem 70-ih godina XX veka preventivno je usmeren kognitivno-bihevioralni pristup u obučavanju ljudi za prepoznavanje okidača stresa i gnevnog ili iracionalnog mišljenja i suočavanje sa stresnim situacijama, odnosno ovladavanje veštinama snižavanja stresa i/ili besa u okviru rutinskih profesionalnih aktivnosti (Meichenbaum, 1996).

Policijski službenik treba da uvek i iznad svega vodi računa o bezbednosti. Takođe, on treba da je svestan toga da čak i kada dobro ovlada veštinama komunikacije i deeskalacije i učini sve kako treba, stvari mogu krenuti neželjenim tokom (Wolfe, 2017). Upravo zbog neposrednog ili posrednog iskustva nepredvidljivog reagovanja pojedinih osoba, mnogi policijski službenici i na sam pomen deeskalacije reaguju skepticizmom ili averzijom. Zato se često ističe tzv. „realistični“ aspekt deeskalacije, to jest činjenica da njena primena nije uvek moguća. Ipak, prevlađuje uverenje da je u realnosti je malo situacija u kojima nije moguće ili nije oportuno primeniti taktiku deeskalacije – takve situacije su zapravo pre izuzetak nego pravilo.

Veština od suštinske važnosti za deeskalaciju je *aktivno slušanje*. Ona podrazumeva valjano razumevanje reči koje izgovara osoba u krizi, pri čemu se policijski službenik usredsređuje na njihovo aktuelno značenje ne dozvolivši da ga od razumevanja udalje deluzije, halucinacije i drugi simptomi koji mogu biti prisutni kod te osobe. Policajcu je na raspolaganju više tehnika aktivnog slušanja poput predstavljanja, upotrebe „ja-rečenica“, ponavljanja rečenog, refleksije i sumiranja. Predstavljanje podstiče komunikaciju i uspostavljanje kontakta između osobe u krizi i policajca koji interveniše. „Ja-rečenice“ pokazuju osobi u krizi da je policajac svestan situacije i spreman da se zbilja uključi u njeno rešavanje (npr. „Ja čujem brigu u Vašem glasu“; „Ja sam tu da Vam pomognem“...). Ponavljanjem onog što je osoba u krizi izgovorila (npr. „Ako dobro razumem...“) policajac pokazuje da sluša i razume, a uz to podstiče osobu da pruži dodatna pojašnjenja (Georgia CIT Program, 2006). Refleksija pokazuje osobi u krizi da policajac razume njena ključna osećanja, te bi policajac trebalo da praktikuje upotrebu neutralnih rečenica refleksije (npr. „Vidim da Vas je to naljutilo“), kako bi potvrdio da pažljivo sluša i da se trudi da razume misli, potrebe i ponašanje osobe u krizi (Richards, 2007). Sumiranje izjave vrši se na kraju, kad policijski službenik ponavlja informacije koje je osoba dala (npr. „Dakle, rekli ste mi da... i da se zbog toga osećate.... Da li sam Vas dobro razumeo?“) (Georgia CIT Program, 2006).

Ponašanje koje policijski službenik treba da izbegava uključuje: preglasan govor, koji može pojačati anksioznost i agitiranost; žurbu, jer događaju treba posvetiti dovoljno vremena za rešavanje, kao i postavljanje pitanja koja počinju sa „zašto“, jer ona mogu izazvati pritisak kod osobe u krizi i učiniti da postane defanzivna. Policajac treba da nastoji da njegova osećanja ne ugroze profesionalizam, da zadrži ljubaznost u ophođenju (koristi reči „molim“ i „hvala“), dok ono što izgovori osoba u krizi ne prima lično (Georgia CIT Program, 2006).

Na temelju empirijskih nalaza o postupcima koje policijski službenici koriste u različitim situacijama kako bi izbegli primenu sile, Todak je identifikovala sledeće *ad hoc* verbalne deeskalacijske taktike: *ljudskost* (e. *humanity*), koja podrazumeva da se u interakciji osoba tretira kao jednaka i koja prioritizuje ljudske kvalitete u odnosu na autoritarnost, ublažava disparitet moći između policijskog službenika i građanina kome se obraća mirnim tonom i s poštovanjem; *slušaj* (e. *listen*), koje uključuje slušanje svih strana, poštovanje osobe, uviđanje njenih potreba i uvažavanje njenih interesa; *kompromis* (e. *compromise*), koji predstavlja predočavanje kompromisnih rešenja ukoliko takva mogućnost postoji; *iskrenost* (e. *honesty*) tj. otvorenost prema

građanima u pogledu njihovog slučaja, i *osnaži* (e. *empower*), kao taktika koja podrazumeva omogućavanje građaninu da se oseća kao da i sam učestvuje u procesu donošenja odluka, i njegovo podsticanje/savetovanje kako bi ubuduće izbegao slične probleme i donosio bolje odluke u vlastitom interesu (Todak, 2017: 116–125)³.

3. OSPOSOBLJAVANJE ZA PRIMENU TAKTIKA DEESKALACIJE: TRANSFORMACIJA TRADICIONALNOG POLICIJSKOG MENTALITETA

Dva pristupa ulozi i delovanju policije – tzv. model „ratnika“ (e. *warrior*) i model „zaštitnika“ (e. *guardian*), simbolizuju dva shvatanja uloge policije u društvu i dva razvojna koraka čija je smena, uprkos silovitoj inerciji, upravo u toku. Redefinisanje ključnih profesionalnih veština predstavlja srž reforme policije u XXI veku i sve su snažniji glasovi koji direktno ukazuju na potrebu suštinskog upodobljavanja policijske kulture demokratskim idealima i transformacije policije u „čuvare demokratije“ iz vizija koje su u svoje vreme gajili Platon i Robert Peel (Rahr, Rice, 2015).

Taktičko odlučivanje, uključujući i odluku vezanu za primenu prinude, podrazumeva balansiranje rizika *akcije* i rizika *odlaganja*, čiji ishod u velikoj meri zavisi, kako primećuje Von Kliem, od toga kako je policijski službenik obučen, tj. kojem od „javnih interesa“ je utreniran da pruži prioritet. Tradicionalni policijski rad oličan u motu „zakon i red“ nije uvek u skladu sa savremenim poimanjem socijalne pravde, a cenu tog nesklada plaća policijski službenik kao pojedinac (Von Kliem, 2020). Iz perspektive socijalne pravde, akcije policije se ne procenjuju samo s obzirom na zakonitost postupanja, već i u pogledu veštine policijskih službenika da pokažu poštovanje prema građanima, zadobiju njihovo poverenje, promovišu legitimnost i proceduralnu pravdu. Od policije se ne očekuje samo da suzbija kriminalitet, već i da bude kulturno senzitivna, te da kroz svoje strategije i taktike u postupanju nastoji da eliminiše efekte diskriminacije pojedinih društvenih grupa (Von Kliem, 2020).

Nova uloga i zadaci policije zahtevaju nove profesionalne veštine. Tradicionalno, obuka policijskih službenika bila je u velikoj meri usmerena na upotrebu vatrenog oružja i odbrambenih taktika (Abanonu, 2018), što je u skladu sa tvrdokornim mitom o policajcima kao „ratnicima“ koji su pre i iznad svega angažovani u suzbijanju kriminaliteta. Stvarnost je, pak, drugačija: manji deo aktivnosti policijskih patrola usmeren je na borbu protiv kriminaliteta, dok se većina njihovih zadataka tiče održavanja reda i mira, različitih servisnih aktivnosti i rešavanja problema u zajednici (Walker, Katz, 2008). Jer, po davno ustaljenoj praksi, kad sve druge opcije zataje građani se obraćaju policiji, kao kakvoj službi opšte namene, vazda dežurnoj i dostupnoj za hitne intervencije, sa očekivanjem da sprovede ono što drugi ne mogu ili ne žele (Oliva, Morgan, Comptona, 2010: 16). Mnogi pozivi građana upućenih policiji odnose se na probleme čije rešavanje ne zahteva angažovanje oklopljene

3 Primenom ovih taktika, kako primećuje Todak (2017), ostvaruju se i principi proceduralne pravde: komponente pravičnosti, neutralnosti i poštovanja ostvaruju se taktikom „iskrenost“. Davanjem jasnih obrazloženja donetih odluka policajac demonstrira fer odnos, dok taktike „slušaj“ i „osnaži“ uključuju građane kao partnere u procesu donošenja odluka.

policije, ali svakako zahteva rad obučenog profesionalca, kadrog da reaguje u kriznoj situaciji (Miller, Braswell, 1983). I tako, uprkos relativno skromnoj formalnoj obuci za angažovanje u incidentima koji uključuju probleme nasilja u porodici, mentalnih poremećaja ili zloupotrebe psihoaktivnih supstanci, od policijskih službenika se očekuje da odgovore na širok dijapazon kriznih situacija čiji akteri imaju ekstremne teškoće u nošenju s ličnim problemima, događajima ili interpersonalnim odnosima (Oliva et al, 2010: 16). Kako policija postaje sve više orijentisana na ulogu servisa građana, neophodno je da policijski službenici budu kadri da pravilno i brzo prepoznaju obeležja osoba u krizi, da bi mogli da iznađu rešenja uz minimizovanje rizika povrede bilo kog učesnika kriznog događaja. Širok je spektar osoba koje se mogu naći u krizi – od lica pod dejstvom alkohola ili droga, preko žrtava nasilnih krivičnih dela ili katastrofa, pa do suicidalnih osoba i osoba koje pate od težih mentalnih poremećaja uz narušen kontakt sa realnošću, deluzije ili halucinacije. Policijski službenici u realnosti često moraju da rešavaju krizne situacije o kojima ne znaju dovoljno, uz rizik da neadekvatnim postupanjem konflikt pogoršaju, umesto da ga smire. Rizik od povređivanja policijskih službenika tokom intervencije, kako se pokazuje u praksi, naročito je izražen u slučajevima nasilja u porodici, dok je pri intervenciji u kriznoj situaciji čiji je akter osoba sa netretiranim mentalnim poremećajem ugrožen život kako te osobe, tako i policajca koji interveniše, pogotovo ukoliko nije obučen za takve intervencije (Oliva et al, 2010).

Deeskalacija može biti delotvoran alat u policijskoj intervenciji koji ne samo da pomaže pojedincima u krizi, već snižava i mogućnost povređivanja policajaca, primene prinude i prekoračenja ovlašćenja (Oliva et al, 2010). Policijski službenici rutinski su u interakciji sa građanima, te je nužno da budu obučeni da uspešno komuniciraju sa njima i smanje rizik od konflikta kad god je to moguće. Verbalne tehnike deeskalacije pomažu da se ublaži strah kod građanina i smiri situacija, kako bi se umanjila mogućnost da dođe do povrede na bilo kojoj strani. Savremeni modeli policijske obuke za primenu deeskalacijskih (timskih i individualnih) taktika i tehnika uključuju izgradnju delotvornih komunikacijskih veština i težišno su bazirani na mogućim scenarijima, odnosno izlaganju policijskih službenika različitim simulovanim situacijama koje zahtevaju primenu veština komunikacije i taktika deeskalacije, kao i prosuđivanje o opravdanosti upotrebe sredstava prinude (u spektru od blažih do smrtonosne upotrebe vatrenog oružja) kroz simulaciju i igre uloga. Policajci se pripremaju i uvežbavaju za prepoznavanje mogućih stresora i suočavanje s njima, za prevladavanje preplavljujućih emocija, suočavanje sa osećanjem straha, savladavanje panike, samoosnaživanje i izbor između različitih opcija reagovanja. Uvežbavaju se da u konkretnoj situaciji, koristeći svoje znanje, veštine i iskustvo, izaberu najbolji način na koji će reagovati zavisno od procene da li u konkretnoj situaciji postoji opasnost po život i telo nekog lica, i niza drugih okolnosti. Posebna pažnja se pridaje specifičnostima primene tehnika deeskalacije u kontaktu sa emocionalno rastrojenim (naoružanom ili nenaoružanom) osobama.

Programi obuke treba da omoguće policijskim službenicima da tokom treninga prođu kroz realne scenarije koji odgovaraju situacijama s kojima se redovno sreću u praksi. Sve policijske organizacione jedinice trebalo bi da podstiču svoje policijske službenike da koriste taktike deeskalacije kao alternativu upotrebi sile kad god je

to moguće, što će u krajnjoj liniji pomoći i da se obnovi poverenje u to da policija štiti zajednicu i stoji na usluzi svojim građanima. U obuci se naročita pažnja poklanja učvršćivanju stava da prinuda nije jedina opcija rešavanja brojnih situacija. Deeskalacijske veštine se učvršćuju kroz igranje uloga koje pruža priliku da se one primene i uvežbaju, a scenariji za igre uloga preuzimaju se iz realnih situacija i iskustava. Međutim, smatra se da obuka za primenu veština deeskalacije nije dovoljna da kritično promeni praksu na terenu, pa se na ekspertskom nivou sugerise da pravila za primenu sile od strane policijskih službenika treba da budu reformulisana tako da učine nedvosmislenim da je deeskalacija poželjan taktički pristup u mnogim incidentima. Policijski službenici treba da usvoje ključne principe deeskalacije: delotvorna komunikacija je dovoljna za rešavanje mnogih situacija; komunikacija treba da bude prva opcija, i policijski službenik treba da održi komunikaciju tokom čitavog događaja (Police Executive Research Forum, 2016).

Istražujući praksu primene deeskalacije u radu policije u Sjedinjenim Državama Todak i James nalaze da je policijski službenici redovno koriste, čak mnogo više nego što se to obično pretpostavlja (Todak, James, 2018). Redovna je praksa predstavljanja građanima imenom, komuniciranja s poštovanjem uz izbegavanje autoritarnog obraćanja. U polovini slučajeva policajci primenjuju aktivno slušanje, omogućavajući svakom da iznese svoju stranu priče, dok u trećini slučajeva policijski službenici primenjuju i taktike kompromisa i osnaživanja. Istraživanje je pokazalo da deeskalacijske taktike dovode do uspešnog smirivanja konflikata, odnosno do rešavanja kriznih situacija. Individualne varijable koje utiču na uspeh u primeni deeskalacijskih taktika jesu starost, profesionalno iskustvo i stručnost policijskih službenika. Policijski službenici iz uzorka retko su se nalazili u situaciji da treba da primenjuju tehnike deeskalacije, ali su ipak imali iskustvo sa potencijalno opasnim situacijama reagujući na pozive građana u slučajevima nasilja u porodici, suicidalnog ponašanja i uličnih tuča uz upotrebu opasnog oruđa ili oružja, koje su uspešno rešavali bez primene posebnih mera prinude. Na miran način su rešavali i incidente čiji su akteri bili građani koji su imali mentalne probleme, emocionalnu krizu, koji su bili pod dejstvom psihoaktivnih supstanci ili su pripadali ekonomski marginalizovanim društvenim grupama sa izraženom neprijateljskom nastrojenošću prema policiji.

Policijski izvršni istraživački forum, ekspertska nacionalna organizacija u Sjedinjenim Državama koja poslednjih godina intenzivno sprovodi istraživanja u oblasti polisinga i razvija standarde obuke policijskih službenika za primenu sile, pregovaranja i deeskalacije, ukazuje na potrebu stalnog usavršavanja veština komunikacije u raznim situacijama i sa različitim subjektima – sa građanima u zajednici, javnošću, žrtvama i svedocima krivičnih dela, osobama sa mentalnim smetnjama i problemima usled konzumiranja psihoaktivnih supstanci. Policijski službenici koji reaguju na incident čiji je akter lice s mentalnim smetnjama treba da zatraže pomoć posebno obučениh kolega, a svi policajci treba da budu obučeni da u složenim situacijama deluju kao tim, a ne kao individualci. Scenariji u obuci treba da su realistični, izazovni, da dosežu dalje od odlučivanja „upotrebiti vatreno oružje ili ne“, te da uključe lepezu mogućih izbora i ishoda koji mogu biti najprimereniji – od komunikacije, deeskalacije do primene lakših sredstava prinude (Police Executive Research Forum, 2016).

Uprkos rastućoj popularnosti deeskalacije u naučnim, stručnim i profesionalnim krugovima i činjenici da je u poslednje vreme ona prigrljena od sve većeg broja policijskih rukovodilaca u Sjedinjenim Državama i drugim zemljama kao „potvrda“ rada na upodobljavanju policijske obuke cilju unapređenja odnosa poverenja sa građanima i manjinskim socijalnim grupama, i izraz neupitnog poštovanja svetosti (svakog) ljudskog života, obuka za sticanje i primenu deeskalacijskih veština još uvek nije prošla ispit metodološki korektno evaluacije. Premda su krosdisciplinarnne studije o efektima obuke za profesionalne veštine deeskalacije pokazale da ona proizvodi skromne do umerene benefite, dosadašnja evaluacijska istraživanja, kako je nedavno zaključila grupa autora na osnovu sprovedenog sistematskog multidisciplinarnog pregleda njihovih rezultata (Engel, McManus, Herold, 2020), uglavnom pate od metodoloških slabosti (npr. nedostatak kontrolnih grupa, korišćenje samoisказа umesto podataka prikupljenih opservacijom i dr.). Uprkos nedostatku dokaza o delotvornosti deeskalacije u policijskom radu, treninzi veština deeskalacije su implementirani u policijskim organizacionim jedinicama širom SAD. Ova obuka se ocenjuje obećavajućom, budući da postoje dobri teorijski i razlozi celishodnosti koji govore u prilog njenog sprovođenja, mada se oni još uvek ne temelje na čvrstim empirijskim nalazima, i još uvek nisu sasvim otklonjene sumnje da primena tehnika deeskalacije u nekim situacijama može povećati rizik od povređivanja ili gubitka života policijskih službenika (Blake, 2017; Engel, McManus, Herold, 2020: 725, 740).

Veru u blagorodne efekte obuke za primenu taktika deeskalacije osnažuju rezultati još jedne skorašnje evaluacije koju je grupa istraživača predvođena Robinom Engalom sa Univerziteta u Sinsinatiju sprovedla ispred Centra za policijska istraživanja Univerziteta u Sinsinatiju i Međunarodne asocijacije šefova policije (IACP). Reč je o evaluacijskoj studiji o učincima obuke za primenu taktika deeskalacije u policijskoj upravi u Luivilu (Kentaki, SAD), kojom je utvrđeno značajno opadanje primene sile (-28%), povređivanja građana (-26%) i povređivanja policijskih službenika (-36%) koje se može pripisati sprovedenim policijskim obukama za primenu taktika deeskalacije. Značajno je i to da je oko dve trećine policajaca koji su bili obuhvaćeni obukom trening ocenilo korisnim i navelo da bi ga preporučili drugim policijskih službenicima (Engel, Corsaro, Isaza, McManus, 2020).

Na kraju, treba pomenuti da u javnosti, pogotovo američkoj, postoje dileme o tome da li će obučavanje policijskih službenika da se oslanjaju više na veštine komunikacije, taktike pregovaranja i deeskalaciju nego na fizičku silu biti dovoljna da usvoje policijski mentalitet „zaštitnika“ (Schumaker, 2020). No, ono što se nameće kao jednak izazov jeste okolnost da se od policije zapravo i ne očekuje da se u potpunosti preorijentiše na ulogu „zaštitnika“, već da bude kadra da kombinuje različite uloge i veštine: jer, kako ukazuje Wexler, otprilike u jednom od stotina zahteva za intervencijom policije njen adekvatan odgovor će zahtevati upravo prebacivanje na „ratnički mod“. „Predugo su koncepti zaštitnika i ratnika opažani kao međusobno isključivi. Zapravo, oba su deo onoga što čini policijskog službenika današnjice: sposobnost da uspori i smiri određene incidente koristeći komunikaciju, empatiju i strpljenje, udružena s hrabrošću i požrtvovanom spremnošću da pohrli u opasnost kad nikog drugog nema i kad je to pitanje života [...] Nekad će zaštitnik biti taj koji će postići cilj [zaštita ljudskog života], drugi put će to biti ratnik“ (Wexler, 2021).

ZAVRŠNI OSVRT

Novi pristup u policijskom radu taktički usmeren na deeskalaciju još uvek nije optimalno konceptualizovan u kontekstu policijskog delovanja gde se primenjuje s ciljem izbegavanja, ili redukovanja težine i učestalosti primene sredstava prinude. Na temelju obuke policijskih službenika o tome kako mogu da „uspore“ događaje i koriste komunikaciju, prostor i vreme kako bi pronašli alternativu u situacijama koje su tradicionalno podrazumevale riskantnu upotrebu sile.

Deeskalacija kao pristup u policijskom radu od strane mnogih policijskih službenika još uvek se razume kao „nerealna“, katkad opasna novotarija. Veoma dugo, policajci su učeni da donose odluke i delaju u što kraćem vremenu. Uz to, oni vrlo brzo tokom svoje karijere nauče da društvo od njih u mnogim situacijama očekuje upravo da primene silu. Nema sumnje pak, da građani očekuju od policije, pre i nakon svega, da uspešno rešavaju problem kriminaliteta i nebezbednosti u zajednici, ali da istovremeno imaju korektnu komunikaciju sa građanima i posebnim društvenim grupama. Sunshine i Tyler (2003) s tim u vezi nalaze da građani češće ocenjuju policiju kao legitimnu kad policijske službenike opažaju kao uspešne u redukciji kriminaliteta, a uz to kadre da sa građanima komuniciraju na fer način i sa uvažavanjem. Imajući u vidu da se autoritet u demokratskom ključu temelji prevashodno na opaženoj legitimnosti onog ko ima moć ili ovlašćenje, čini se neupitnim da autoritet policije danas u dobroj meri zavisi od poverenja koje građani gaje prema njoj.

Bezbednost policijskih službenika je od ključne važnosti i izvesno je da će obuka za sticanje veština fizičkih kontrolnih taktika i upotrebe oružja uvek biti važne i neophodne. No, istinska briga za bezbednost policijskih službenika, kako primećuju Rahr i Rice, nužno zahteva da se značajno veća pažnja pokloni znanjima iz oblasti bihevioralnih naučnih disciplina i obuci za sticanje komunikacijskih veština (Rahr, Rice, 2015: 5). Mnoge od kriznih situacija s kojima se policajci rutinski suočavaju mogu se rešiti, i u praksi se rešavaju, primenom veština komunikacije i deeskalacije, a alternativni način rešavanja krizne situacije vredan je razmatranja čak i onda kada je primena sile, kako ističe Abanonu, opravdan, a ipak jeziv („lawful but awful“) i možda preteran odgovor policije (Abanonu, 2018).

Efektivnost taktika deeskalacije u radu policije i celishodnost obuke za sticanje i primenu deeskalacijskih veština još uvek su pod znakom pitanja. Postoje ocene da postojeći programi obuke dobre policajce čine još boljima, ali da ne uspevaju da dosegnu do onih „loših“ (Schumaker, 2020), dok s druge strane, ima i ohrabrujućih empirijskih nalaza koji ukazuju na blagorodan uticaj obuke na bezbednost kako građana, tako i policijskih službenika (Engel, Corsaro, Isaza, McManus, 2020). Jedino oko čega po ovom pitanju postoji konsenzus među autorima jeste da je potrebno sprovesti još metodološki korektnih evaluacijskih studija o delotvornosti i učincima obuke i primene deeskalacije u policijskoj praksi. Opreznost je potrebna imajući u vidu da je oblast krivičnopravne reakcije već krcata praksama koje su, zakićene „dobrim namerama“ umesto empirijskim potvrdama, na sva zvona hvaljene i prigrljene od strane nestrpljivih kreatora politika, praktičara, ili dela akademske zajednice, da bi se kasnije pokazale nedelotvornim, ili čak štetnim (Engel, McManus, Herold, 2020). Zbog toga je smisleno i važno upozorenje Engela i saradnika kojim su

zaključili sistematski pregled rezultata evaluacijskih studija, da obuka za sticanje i primenu deeskalacijskih taktika pruža još jedan alat profesionalcima koji interve- nišu u kriznim i nasilnim incidentima, ali da bi preporuke za primenu deeskalacije kao primarnog pristupa trebalo da sačekaju dodatne empirijske potvrde delotvor- nosti i odsustva neželjenih posledica po bezbednost policijskih službenika i građana (Engel, McManus, Herold, 2020: 740).

Iskustva iz zemalja u kojima su već razvijeni koncept deeskalacije u policijskom postupanju i obuke za sticanje i primenu deeskalacijskih veština informativno je i značajno i za naše prilike, posebno u svetlu razvoja i implementacije strategije poli- cijie u zajednici poslednjih godina u Republici Srbiji. Strateškim dokumentima pro- klamovana je namera da policija, profilisana kao „moderan servis građana“ i javna služba koja ostvaruje partnerstvo sa zajednicom, nastoji da razvija profesionalne ka- pacitete, kompetencije i etiku policijskih službenika uz puno poštovanje ljudskih i manjinskih prava i zaštitu svih ranjivih grupa,⁴ unapređuje obuku, komunikaciju i saradnju sa građanima, odnosno pripadnicima manjinskih, marginalizovanih i ra- njivih socijalnih grupa i grupama u riziku.⁵ „Suštinskom komponentom“ inoviranih obuka policije u Srbiji za rad i delovanje u zajednici smatra se unapređenje komu- nikacijskih i radnih obrazaca i izgradnja kvalitetnijih odnosa prema demokratskim vrednostima u društvu, građanima i unutar policijske organizacije, te je s tim u vezi, planirano posvećivanje pažnje „usvajanju znanja o demokratskim principima u radu policije, zaštiti i unapređenju ljudskih i manjinskih prava, savremenim standardima i tehnikama rada policije...“⁶ Mesto u tom, sada već davno zacrtanom razvoju bi, u godinama koje dolaze, trebalo da ima i obuka ciljana na usvajanje temeljnijih znanja o različitim vulnerabilnim grupama i specifičnim kriznim situacijama, kao i bazič- nih veština komunikacije sa različitim kategorijama građana, uključujući i osobe u krizi. Temeljni zaokret potreban je i u pogledu evaluacije policijske obuke, odnosno praćenja njenih efekata, budući da se već dugo u domaćoj akademskoj javnosti s pravom ukazuje na to da se malo zna o uticaju programa obuke na znanje, stavove i ponašanje policijskih službenika, odnosno njihovu interakciju sa građanima (Ivetić, 2017). S toga je valjano i pravovremeno praćenje razvoja u oblasti veština deeska- lacije, komparativnih iskustava i rezultata evaluacijskih studija o efektima obuka i praktične primene deeskalacijskih taktika, od velike važnosti za buduće strateške i operativne odluke i izbore u domaćim uslovima.

LITERATURA

- Abanonu, R. (2018). De-escalating Police-Citizen Encounters. *Review of Law and Social Jus- tice*, 27(3), 239–269.
- Alpert, G. P., Dunham, R. G., MacDonald, J. M. (2004). Interactive police-citizen encounters that result in force. *Police Quarterly*, 7(4), 475–488.

4 *Strategija razvoja Ministarstva unutrašnjih poslova za period 2018–2023. godine* („Službeni gla- snik RS“, br. 78/2018).

5 *Strategija policije u zajednici* („Službeni glasnik RS“, br. 43/2013).

6 *Ibid*, 4.1. Strateški cilj: uspostavljanje savremenih standarda u radu policije; aktivnost: *Razvoj policijske obuke*.

- Bittner, E. (1974). Florence Nightingale in pursuit of Willie Sutton: A theory of the police. In Jacob, H. (ed.) *Potential for reform of criminal justice* (pp. 17–44). Beverly Hills, CA: Sage Publications.
- Blake, D. (2017, November 3). *Does de-escalation endanger police officers or save lives?* Lexipol, Police1. <https://www.policeone.com/Officer-Safety/articles/455355006-Does-de-escalation-endanger-police-officers-or-save-lives/>
- Bottomley, J., Prymachuk, S., Wright, M. (2020). *Communication Skills for Your Policing Degree: Critical Study Skills*. Critical Publishing Ltd.
- Edwards, F., Lee, H., Esposito, M. (2019). Risk of being killed by police use of force in the United States by age, race–ethnicity, and sex. In Hagen, J. (ed.) *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 116(34), 16793–16798; first published August 5, 2019; <https://doi.org/10.1073/pnas.1821204116>
- Engel, R. S., Corsaro, N., Isaza, G. T., McManus, H. D. (2020). *Examining the Impact of Integrating Communications, Assessment, and Tactics (ICAT) De-escalation Training for the Louisville Metro Police Department: Initial Findings*. https://www.theiacp.org/sites/default/files/Research%20Center/LMPD_ICAT%20Evaluation%20Initial%20Findings%20Report_FINAL_10.30.20%20Update.pdf
- Engel, R. S., McManus, H. D., Herold, T. D. (2020). Does de-escalation training work? A systematic review and call for evidence in police use-of-force reform. *Criminology and Public Policy*, 19, 721–759.
- Georgia CIT Program (2006). *State of Georgia Crisis Intervention Team Training Manual*. http://www.gocit.org/uploads/3/0/5/5/30557023/georgia_cit_curriculum_1_copy.pdf
- Gillies, O. (2016). Protecting the protectors: Enhancing emotional well-being in law enforcement. *Educational Specialist*, 20. <https://commons.lib.jmu.edu/edspec201019/20>
- International Association of Chiefs of Police – IACP (2017). *National Consensus Policy on Use of Force* (Revised July 2020). IACP. https://www.theiacp.org/sites/default/files/2020-07/National_Consensus_Policy_On_Use_Of_Force%2007102020%20v3.pdf
- IACP/UC Center for Police Research and Policy (2020). *De-escalation: Guidelines for how to begin evaluating your agency's de-escalation practices*. <https://www.theiacp.org/sites/default/files/Research%20Center/Combined%20v2.pdf>
- Ivetić, M. (2017). Rad policije u zajednici između strategije i osnovne policijske obuke u Srbiji. *Bezbednost*, 59(2), 130–152.
- Mazerolle, L., Antrobus, E., Bennett, S., Tyler, T. R. (2013). Shaping citizen perceptions of police legitimacy: A randomized field trial of procedural justice. *Criminology*, 51(1), 33–63.
- McFarlin, C. L. (2017, October 17). *Integrating de-escalation techniques into policing*. Lexipol, Police1. <https://www.police1.com/american-military-university/articles/integrating-de-escalation-techniques-into-policing-YumZSki33Ak5qSJz/>
- Meichenbaum, D. (1996). Stress inoculation training for coping with stressors. *The Clinical Psychologist*, 49, 4–7.
- Nix, J., Campbell, B. A., Byers, E. H., Alpert, G. P. (2017). A bird's eye view of civilians killed by police in 2015: Further evidence of implicit bias. *Criminology and Public Policy*, 16(1), 309–340.
- Oliva, J. R., Morgan, R. Compton, M. T. (2010). Practical Overview of De-Escalation Skills in Law Enforcement: Helping Individuals in Crisis While Reducing Police Liability and Injury. *Journal of Police Crisis Negotiations*, 10, 15–29.

- Police Executive Research Forum (2012). *An Integrated Approach to De-Escalation and Minimizing Use of Force*. PERF, Washington, D.C. https://www.policeforum.org/assets/docs/Critical_Issues_Series/an%20integrated%20approach%20to%20de-escalation%20and%20minimizing%20use%20of%20force%202012.pdf
- Police Executive Research Forum (2016). *Critical Issues in Policing Series – Use of Force: Taking Policing to a Higher Standard, 30 Guiding Principles*. PERF, Washington, D.C. <https://www.policeforum.org/assets/30guidingprinciples.pdf>
- Rahr, S., Rice, S. K. (2015). *From Warriors to Guardians: Recommitting American Police Culture to Democratic Ideals. New Perspectives in Policing Bulletin*. Washington, D.C.: U.S. Department of Justice, National Institute of Justice, NCJ 248654.
- Reynolds, J. (2019, October 4). Police Officer Training: *Strategies for De-escalating a Situation*. Virtual Academy. <https://www.virtualacademy.com/blog/police-officer-training-8-strategies-for-de-escalating-a-situation>
- Richards, K. J. (2007). De-escalation techniques. In Compton, M. T., Kotwicki, R. J. (eds.) *Responding to individuals with mental illnesses* (pp. 160–174). Sudbury, MA: Jones and Bartlett Publishers, Inc.
- Richmond, J. S., Berlin, J. S., Fishkind, A. B. et al. (2012). Verbal de-escalation of the agitated patient: consensus statement of the American Association for Emergency Psychiatry Project BETA De-escalation Workgroup. *Western Journal of Emergency Medicine*, 13, 17–25.
- Schumaker, E. (2020, July 5). Police reformers push for de-escalation training, but the jury is out on its effectiveness, *ABC News*. <https://abcnews.go.com/Health/police-reformers-push-de-escalation-training-jury-effectiveness/story?id=71262003>
- Sunshine, J., Tyler, T. R. (2003). The Role of Procedural Justice and Legitimacy in Shaping Public Support for Policing. *Law & Society Review*, 37(3), 513–548.
- Terrill, W., Mastrofski, S. D. (2002). Situational and officer-based determinants of police coercion. *Justice Quarterly*, 19(2), 215–248.
- Todak, N. (2017). *De-escalation in police-citizen encounters: A mixed methods study of a misunderstood policing strategy* (Doctoral dissertation). Arizona State University, Phoenix, AZ. <https://repository.asu.edu/items/45039>
- Todak, N., James, L. (2018). A Systematic Social Observation Study of Police De-Escalation Tactics. *Police Quarterly*, 21(4), 509–543.
- Tyler, T. R. (2001). Trust and Law Abidingness: A Proactive Model of Social Regulation. *Boston University Law Review*, 81, 361–369.
- Vlada RS (2013). *Strategija policije u zajednici*, „Službeni glasnik RS“, br. 43/2013.
- Vlada RS (2018). *Strategija razvoja Ministarstva unutrašnjih poslova za period 2018–2023. godine*, „Službeni glasnik RS“, br. 78/2018.
- Von Kliem, L. (2020, March 26). *Realistic De-Escalation: Balancing Risk*. Force Science Institute. <https://www.forcescience.org/2020/03/realistic-de-escalation-balancing-risk/>
- Wexler, C. (2021, March 27). *A Time for Guardians and a Time for Warriors*. Police Executive Research Forum. <https://www.policeforum.org/trending27mar21>
- White, M. D. (2015). Transactional encounters, crisis-driven reform, and the potential for a national police deadly force database. *Criminology and Public Policy*, 15(1), 223–235.
- Wolfe, D. (2017, November 8). *The Warrior's Path – 5 Tips from Force Science on De-escalation Tactics*. Lexipol, Police1. <https://www.police1.com/crisis-intervention-training/articles/5-tips-from-force-science-on-de-escalation-tactics-cftKqoOWGC7SGopa/>

Biljana Simeunović-Patić

University of Criminal Investigation and Police Studies in Belgrade

RATIONALE OF DE-ESCALATION TACTICS IN POLICING

SUMMARY

The paper is dedicated to considering the importance of communication skills and the application of de-escalation tactics in the routine work of police officers. Special attention is paid to the results of previous evaluation studies on the effects of training police officers in the United States to acquire and apply communication skills and de-escalation tactics. There is still no consensus on the effectiveness of de-escalation tactics in police work and the expediency of training in this area, although there are encouraging empirical findings that indicate a noble impact of training on the safety of both citizens and police officers. Resistance to modern reforms aimed at establishing the police as a service to citizens, i.e. the transformation of the traditional police mentality and transforming the police officers' role from „warriors“ to „guardians“, is especially visible in the concept and content of police training. An excuse for resisting change is usually sought in the safety of police officers, with de-escalation tactics perceived as potentially dangerous and life-threatening practices. Future developments in this area are likely to take place on the basis that the professional performance and safety of police officers, as well as the safety and trust of the citizens they encounter, depend on the ability and training of police officers to establish effective control over all aspects of a crisis situation, either by the use of force when necessary, or more often, by communication and de-escalation skills.

Keywords: police, use of force, de-escalation, communication skills, police–citizen interactions.

SPREČAVANJE I ZAŠTITA OD DISKRIMINACIJE U ZAPOŠLJAVANJU – UNIVERZALNI MEĐUNARODNI STANDARDI OD ZNAČAJA ZA REPUBLIKU SRBIJU

Apstrakt: Jednakost predstavlja jednu od osnovnih vrednosti savremenog društva, zbog čega je u aktima Organizacije ujedinjenih nacija (OUN) potvrđena kao osnovno načelo zaštite ljudskih prava, bilo kao uslov za delotvorno ostvarivanje njima potvrđenih prava i sloboda, bilo kao posebno ljudsko pravo, dok neki akti garantuju i posebnu zaštitu naročito osetljivim grupama lica. Time se doprinosi očuvanju društvenog mira, ali i socijalnoj koheziji u državama ugovornicama, jer se obezbeđivanjem zaštite od diskriminacije jača njihova sposobnost da obezbede dobrobit svim svojim članovima. Bitan segment tih aktivnosti predstavlja i sprečavanje diskriminacije u zapošljavanju, budući da diskriminacija ograničava mogućnosti građana da svojim radom obezbeđuju sredstva za izdržavanje i da kroz rad razvijaju svoju ličnost. U članku su analizirane odredbe akata OUN i Međunarodne organizacije rada (MOR) od značaja za sprečavanje i zaštitu od diskriminacije u zapošljavanju koje je naša država ratifikovala, kao i praksa ugovornih nadzornih tela koja značajno doprinosi pravilnom i potpunom razumevanju odgovarajućih standarda. Imajući u vidu raskorak koji neretko postoji između prihvaćenih međunarodnih standarda i stanja na terenu, ocenjen je i značaj koji univerzalni međunarodni izvori prava imaju za zaštitu od diskriminacije u zapošljavanju u državama na koje se primenjuju, posebno iz ugla njihove normativne sadržine, ratifikacije i mehanizama nadzora nad njihovom primenom.

Cljučne reči: jednakost, diskriminacija na radu, Organizacija ujedinjenih nacija, univerzalni radni standardi, ugovorna nadzorna tela.

UVOD

Jednakost predstavlja *jednu od osnovnih vrednosti savremenog društva*, koja, zajedno sa zabranom diskriminacije, čini ključni element i osnovno načelo zaštite ljudskih prava. Diskriminacija, pritom, pretpostavlja postojanje jednakosti, jer se „konceptija diskriminacije može promišljati samo u društvu u kome je hijerarhija ukinuta kao osnovno načelo društvenog poretka, dakle, u individualističkom društvu, koje se zasniva na postulatu jednakosti među ljudima, iako ne može da spreči da se u njemu pojavljuju nejednakosti i hijerarhija“.¹

Na međunarodnom nivou, zabrana diskriminacije nije bila potvrđena sve do perioda koji je usledio posle Drugog svetskog rata, uz izuzetak manjinskih ugovora

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

1 Danièle Losshak, „Réflexions sur la notion de discrimination“, *Droit social*, broj 11/1987, str. 778.

koji su zaključivani posle Prvog svetskog rata.² Izuzetak predstavlja i tzv. Filadelfijska deklaracija Međunarodne organizacije rada (MOR), kojom je 1944. godine potvrđeno da „sva ljudska bića, nezavisno od rase, vere ili pola, imaju pravo da traže svoj materijalni napredak i svoj duhovni razvoj u uslovima slobode i dostojanstva, ekonomske sigurnosti i jednakih mogućnosti“.³ Danas brojni univerzalni izvori prava međunarodnog porekla sadrže tzv. *antidiskriminacionu klauzulu*, odnosno odredbe o zabrani diskriminacije i jednakosti, bilo tako što zaštitu od diskriminacije kvalifikuju kao preduslov delotvornog uživanja zajemčenih ili potvrđenih prava i sloboda, bilo tako što garantuju pravo na zaštitu od diskriminacije kao posebno ljudsko pravo, a, postoje i izvori prava koji članovima naročito osetljivih grupa garantuju posebnu zaštitu. U tom smislu, ima mesta konstataciji da, pored toga što je jedna od osnovnih vrednosti savremenog društva, jednakost predstavlja i *jedno od osnovnih načela savremenog prava*, koje je u Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima potvrđeno rečima da se *„[s]va ljudska bića rađaju [se] slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima“*.⁴ U svetlu velike ideje o urođenom dostojanstvu i jednakosti svih članova ljudske zajednice, citirana odredba, naime, potvrđuje da svakom čoveku pripadaju neotuđiva i nepovrediva prava, uz obavezu države da ih svima učini dostupnim pod jednakim uslovima. S tim u vezi, valja se sasvim kratko podsetiti da *diskriminacija*, najopštije posmatrano, podrazumeva neopravdano pravljenje razlike ili nejednako postupanje, odnosno propuštanje koje se ogleda u isključivanju, ograničavanju ili davanju prvenstva određenim licima ili grupama (kao i njima bliskim licima), koje se zasniva na njihovim stvarnim ili pretpostavljenim, urođenim ili stečenim ličnim svojstvima.⁵ I *načelo jednakosti*, takođe, podrazumeva zabranu diskriminacije, ali se kroz nju ne iscrpljuje. Ovo stoga što postoje slučajevi u kojima je pravljenje razlike među ljudima neophodno, upravo, da bi se postigla njihova (faktička) jednakost, tako da načelo jednakosti, pored zabrane diskriminacije, podrazumeva i preduzimanje posebnih mera, koje su neophodne da bi se otklonile posledice diskriminacije s kojima se određene kategorije ljudi tradicionalno suočavaju u pojedinim oblastima.

- 2 Nav. prema Ivana Krstić, *Zabrana diskriminacije u međunarodnom i domaćem pravu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2018, str. 45.
- 3 Declaration concerning the aims and purposes of the International Labour Organisation (1944) – Deklaracija o svrsi i ciljevima Međunarodne organizacije rada, deo II, tač. a).
- 4 Universal Declaration of Human Rights, adopted by General Assembly resolution 217 / III/ of 10 December 1948 – Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, čl. 1.
- 5 Milan Paunović, Boris Krivokapić, Ivana Krstić, *Međunarodna ljudska prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2018, str. 58. U svetlu prakse ugovornih tela koja nadziru primenu međunarodnih i evropskih instrumenata, navedena definicija je proširena ukazivanjem na *asocijativnu ili prenesenu diskriminaciju* (engl. *discrimination by association*), koja podrazumeva da zabrana neposredne diskriminacije na osnovu određenog ličnog svojstva nije ograničena samo na zaštitu lica koja to svojstvo poseduju, već se prostire i na lica koja ga nemaju, ali se dovode na nepovoljniji položaj zato što njima blisko lice ima određeno lično svojstvo. Premda je izgrađena povodom predmeta koji se ticao diskriminacije zaposlene koja je negovala sina s invaliditetom, a, što je Evropski sud pravde kvalifikovao kao diskriminaciju na osnovu invaliditeta (a ne na osnovu porodičnih dužnosti), zaštita od prenesene diskriminacije podrazumeva zaštitu licâ koja su u vezi s licem koje ima bilo koje od zaštićenih ličnih svojstava. Vid. Presuda Evropskog suda pravde u predmetu C-303/06 (*Coleman v. Attridge Law*), od 17. jula 2008. godine (ECLI:EU:C:2008:415).

Koncepcija jednakosti se, pritom, u velikoj meri oslanja na *ljudsko dostojanstvo* i *poštovanje pojedinca*, kao vrhunske vrednosti, budući da neopravdano pravljenje razlike među ljudima umanjuje posebnu i jedinstvenu vrednost koju imamo kao ljudska bića.⁶ To je jedan od ključnih razloga što se zaštita od diskriminacije uređuje u međunarodnim instrumentima za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Osim toga, razloge za međunarodno normiranje zaštite od diskriminacije treba tražiti i u činjenici da loši odnosi između pripadnika različitih grupa, pre svega grupa različitih veroispovesti, rase, etničkog porekla ili kulturne i jezičke tradicije predstavljaju jednu od najozbiljnijih pretnji svetskom miru, zbog čega delotvornu primenu načela jednakosti i zabrane diskriminacije treba smatrati i *važnom garantijom društvenog mira*. Takođe, uređivanjem zaštite od diskriminacije međunarodno pravo doprinosi i *socijalnoj koheziji* u državama ugovornicama, jer delotvorna primena načela jednakosti i zabrane diskriminacije jača sposobnosti društva da obezbedi dobrobit svim svojim članovima, uz svođenje posledica socijalnog raslojavanja na najmanju moguću meru.⁷ U tom smislu, važan aspekt zaštite od diskriminacije predstavlja i zaštita od diskriminacije u oblasti zapošljavanja.

Garantija slobode izbora zaposlenja, koja se smatra bitnim elementom prava na rad (i slobode rada) neretko gubi svaki značaj, ako su radnici izloženi diskriminaciji. Ovo stoga što diskriminacija ne samo da vređa njihovo dostojanstvo, već i ograničava njihove mogućnosti za pronalaženje posla, a, posledično, i njihove mogućnosti da, radom u okviru radnog odnosa ili na osnovu druge vrste radnog angažovanja, obezbeđuju sredstva za svoje i izdržavanje članova svoje porodice, da kroz rad razvijaju svoju ličnost, i da ostvaruju radna prava. Ovo tim pre što poslodavcu, u postupku zapošljavanja, pripada čitav niz ovlašćenja (utvrđivanje posebnih uslova za zasnivanje radnog odnosa, utvrđivanje potrebe za radnim angažovanjem jednog ili više lica, vrednovanje radnih sposobnosti učesnikâ oglasa ili konkursa, izbor kandidata za zasnivanje radnog odnosa i dr.) koja mogu biti zloupotrebljena za isključivanje ili ograničavanje mogućnosti licâ ili grupa s određenim ličnim svojstvima da se zaposle. Bitan element slobode rada, otud, predstavlja i *jednaka dostupnost slobodnih poslova*, budući da, bez toga, sloboda izbora zanimanja i zaposlenja ostaje samo „mrtvo slovo na hartiji“, a isto vredi i za izostanak obaveštenosti radnikâ o potrebi poslodavca za zapošljavanjem jednog ili više lica za obavljanje slobodnog posla, kao i za uskraćivanje prava na prigovor, odnosno žalbu protiv odluke o izboru kandidata za zasnivanje radnog odnosa.⁸ Naravno, odnos prava na rad, slobode rada i dostupnosti poslova pod jednakim uslovima treba sagledati i iz drugog ugla. Ne samo da je sloboda rada, posebno sloboda izbora zanimanja i

6 Sandra Fredman, *Discrimination law*, Oxford University Press, New York, 2011², str. 227.

7 Michael Hansenne, Labour flexibility: the quest for competitiveness *versus* the need for social regulation, u: *Reconciling labour flexibility with social cohesion – Ideas for political action*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2006, str. 28.

8 Teofil Popović, *Radno pravo*, Službeni list SFRJ, Beograd, 1990, str. 102. Iscrpno o pravu radnikâ koji smatraju da su diskriminisani u postupku zasnivanja radnog odnosa na prigovor ili žalbu vid. u: Ljubinka Kovačević, „Zaštita učesnikâ oglasa ili konkursa i pravo na delotvorno pravno sredstvo u opštem režimu radnih odnosa“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 89, 2020, 263–284.

zaposlenja, „mrtvo slovo na hartiji“, ukoliko svi poslovi nisu svima dostupni pod jednakim uslovima, već i jednakost mogućnosti i postupanja u zapošljavanju ostaje „mrtvo slovo na hartiji“, ukoliko država ne sprovodi aktivnu politiku zapošljavanja kojom se obezbeđuje puna zaposlenost i stvaraju uslovi za delotvorno ostvarivanje slobode izbora zaposlenja. Uporna visoka i dugoročna nezaposlenost, naime, samo jača i ukorenjuje postojeće nejednakosti i stvara nove nejednakosti.⁹ Ovo, pre svega, stoga što socijalna isključenost dugoročno nezaposlenih lica (poglavito zbog gubitka profesionalnih veština i sposobnosti, i gubitka kontakata s radnim okruženjem) predstavlja nezanemarljiv činilac diskriminacije, posebno u slučaju radnikâ koji pripadaju grupama naročito osetljivim na diskriminaciju.

1. AKTI ORGANIZACIJE UJEDINJENIH NACIJA I PRAKSA UGOVORNIH NADZORNIH TELA OD ZNAČAJA ZA SPREČAVANJE I ZAŠTITU OD DISKRIMINACIJE U ZAPOŠLJAVANJU

1.1. Opšti okvir

Staranje o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, kao i razvoj međunarodne saradnje rešavanjem međunarodnih ekonomskih, socijalnih, kulturnih i humanitarnih problema, predstavljaju jedan od ciljeva OUN. Ovaj cilj treba da doprinese ostvarenju osnovne uloge OUN, koja se sastoji u obezbeđivanju svetskog mira, ali je i samostalan cilj OUN. U tom smislu može se zaključiti da jedan od razloga za postojanje OUN predstavlja i razvoj međunarodne saradnje na rešavanju zajedničkih problema u socijalnoj sferi, kao i staranje o zaštiti i razvoju ljudskih prava, uključujući i prava koja se ostvaruju u okviru radnog odnosa i u vezi sa radom. Zaštita od diskriminacije predstavlja sastavni deo korpusa ljudskih prava i osnovnih sloboda priznatih pod okriljem OUN, budući da akti ove organizacije, počevši od *Povelje OUN*, potvrđuju načelo jednakosti i načelo zabrane diskriminacije.¹⁰ Preambulom Povelje OUN je, tako, potvrđeno da je jedan od ciljeva OUN „postizanje međunarodne saradnje rešavanjem međunarodnih ekonomskih, socijalnih, kulturnih ili humanitarnih problema i unapređenje i podsticanje poštovanja ljudskih prava i osnovnih sloboda za sve, bez obzira na rasu, pol, jezik ili veru“. Ista ideja afirmisana je i u odredbi kojom je potvrđeno da OUN pomaže: „sveopšte poštovanje i uvažavanje ljudskih prava, kao i osnovnih sloboda svih, bez obzira na rasu, pol, jezik ili veru“.¹¹ Ovaj niz nastavlja *Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima*, koja, u duhu ideje o solidarnosti među ljudima, potvrđuje da se sva ljudska bića rađaju slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima, i da je svaki čovek titular svih prava i sloboda

9 International Labour Organization, *Equality in employment and occupation. General Survey by the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, International Labour Conference, 75th Session, Report III (Part 4B), Geneva, 1988, st. 251.

10 Povelja Ujedinjenih nacija (*Službeni list DFJ*), br. 69/45), čl. 1, st. 3.

11 *Ibid.*, čl. 55, st. c).

potvrđenih u Deklaraciji, bez ma kakve razlike.¹² Isto vredi i za instrumente OUN koji su izvorno usvojeni kao pravnoobavezujući, jer se iz fundamentalne prirode njima zajemčenih prava i sloboda može zaključiti da se primenjuju na sve ljude.¹³ To, preciznije, znači da države ugovornice konvencija OUN garantuju zajemčena prava svim licima koja se nalaze na njihovoj teritoriji i pod njihovom jurisdikcijom. Ova postavka se, po pravilu, prihvata kao nesporna u pogledu građanskih i političkih prava, dok ostvarivanje ekonomskih i socijalnih prava prate određeni sporovi.

Međunarodni paktovi o ljudskim pravima, pritom, sadrže *apsolutnu garantiju zabrane diskriminacije u uživanju njima zajemčenih prava i sloboda*, tj. potvrđuju jednaku zaštitu zajemčenih ljudskih prava i osnovnih sloboda, kao i obavezu država ugovornica da muškarcima i ženama obezbede njihovo jednako uživanje.¹⁴ Osim toga, *Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima* potvrđuje i *jednakost svih ljudi pred zakonom i njihovo pravo na jednaku pravnu zaštitu*, bez bilo kakve diskriminacije.¹⁵ Potonja garantija se, pritom, primenjuje ne samo na prava zajemčena Paktom, već i na sve situacije i sve oblasti, uključujući oblast zapošljavanja (uprkos tome što Pakt ne garantuje ljudska prava „druge generacije“).¹⁶ Zakonodavstva država ugovornica Pakta, otud, moraju zabraniti *svaku* diskriminaciju i garantovati svim ljudima jednaku i delotvornu zaštitu od diskriminacije po bilo kom osnovu, uključujući rasu, boju, pol, jezik, veroispovest, političko ili drugo uverenje, nacionalno ili socijalno poreklo, imovinu, rođenje ili drugi status.¹⁷ S tim u vezi, valja

12 Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, čl. 1, i čl. 2, st. 2.

13 Mark Bell, „Irregular migrants: beyond the limits of solidarity?“, u: Malcom Ross, Yuri Borgmann-Prebil (eds), *Promoting solidarity in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2010, str. 159.

14 Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (*Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 7/71), čl. 2–3; Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (*Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 7/71), čl. 2–3.

15 Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (*Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 7/71), čl. 26.

16 Lammy Betten, *International labour law – Selected issues*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer – Boston, 1993, str. 162; tako i John Spencer, Maureen Spencer, „International law and discrimination“, u: Malcom Sargeant (ed.), *Discrimination law*, Pearson Education Limited, Harlow, 2004, str. 48. O tome, primera radi, svedoči zaključak Komiteta za ljudska prava da je holandsko zakonodavstvo o zaštiti za slučaj nezaposlenosti neusklađeno s odredbom člana 26 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, budući da je koncipirano po modelu muškarca kao izdržavaoca porodice (engl. *‘breadwinner’ clause*). Zaključak je donet povodom odbijanja zahteva za ostvarivanje prestacije za slučaj nezaposlenosti, s obrazloženjem da je podnositeljka zahteva udata i da nije izdržavalac porodice. Iako Pakt ne garantuje pravo na socijalnu sigurnost, niti s njim povezana socijalna prava, Komitet je, naime, našao povredu člana 26 Pakta, jer se holandsko socijalno zakonodavstvo zasniva na neopravdanom pravljenju razlike između oženjenih muškaraca i udatih žena, u smislu zahteva da samo nezaposlene žene treba da dokažu da izdržavaju porodicu, da bi mogle da ostvare odgovarajuće pravo, dok takva obaveza ne postoji za nezaposlene koji su oženjeni, odnosno za nezaposlene koje su neudate. *F. H. Zwaan-de Vries v. the Netherlands*, Communication No. 182/1984 (9 April 1987), U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/42/40).

17 Predmetna zabrana ima za cilj postizanje jednakog, ne i identičnog postupanja, zbog čega su dopušteni izuzeci koji se tiču pravljenja razlike među ljudima na osnovu objektivnih i razumnih kriterijuma. Henrik Karl Nielsen, „The concept of discrimination in ILO Convention No. 111“, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 43, 1994, str. 831.

imati u vidu da prava zajemčena Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima, u načelu, pripadaju svakom, nezavisno od njegovog državljanstva ili statusa apatrida, zbog čega su države ugovornice dužne da obezbede ostvarivanje tih prava, bez diskriminacije stranaca. Ipak, Pakt dopušta pravljenje određenih razlika u postupanju na osnovu državljanstva, između ostalog, i u pogledu *pristupa javnoj službi*, tj. zaposlenja javnih službenika,¹⁸ što znači da je državama ugovornicama Pakta, u načelu, dopušteno da pravo na pristup javnoj službi učine dostupnim samo domaćim državljanima.¹⁹ S tim u vezi, valja imati u vidu da svakom građaninu, pod opštim uslovima jednakosti, mora biti dostupna „javna služba“ u njegovoj zemlji.²⁰ Pojam javne službe na koje se odnosi ovo osnovno političko pravo se, pritom, razlikuje od države do države, i, najopštije posmatrano, podrazumeva rad u državnim institucijama, kao i institucijama koje imaju javnopravna ovlašćenja.²¹ Države su, pritom, slobodne da utvrđuju uslove za pristup javnim službama, kao i da uvode posebne mere u korist pripadnika ugroženih grupa, kao što se to čini u pogledu pripadnikâ nacionalnih manjina, ili drugih kategorija (npr. prednost prilikom zapošljavanja koja u Urugvaju postoji u korist lica koja su bila otpuštena s poslova državnih službenika za vreme vojne diktature)²².

Za razliku od Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, *Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima* sadrži samo antidiskriminacionu klauzulu, koja je, pritom, vezana samo za prava zajemčena ovim paktom i koja se može „aktivirati“ samo u vezi s nekim od tih prava. Iako su države ugovornice dužne da postepeno ispunjavaju ugovorne obaveze iz Pakta, postoje i obaveze koje se neposredno primenjuju, a, takva je, upravo, i obaveza obezbeđivanja zaštite od diskriminacije.²³ Paktom su, pritom, kao osnovi diskriminacije potvrđeni rasa,

18 Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, čl. 25, tač. c).

19 Olivier de Schutter, *Links between migration and discrimination*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2009, str. 40. S tim u vezi, može se otvoriti i pitanje da li bi s odredbama Pakta moglo biti usklađeno pravilo po kom se, u pogledu pristupa poslovima u javnim službama pravi razlika između radnika koji su stekli državljanstvo određene države rođenjem i radnika koji su ga stekli naturalizacijom. De Šuter (de Schutter) je bliži negativnom odgovoru, dok Valtikos (Valticos) smatra da izuzetno, nacionalno poreklo može biti utvrđeno kao poseban uslov za zasnivanje radnog odnosa na nekim poverljivim ili na drugi način osetljivim poslovima u tzv. javnom sektoru. Ovo stoga što se smatra da je u slučaju nedavno naturalizovanih stranaca, privremeno ograničenje pristupa određenim poslovima opravdano, ukoliko je priroda tih poslova takva da je za njihovo uspešno obavljanje neophodna trajnija privrženost radnika državi kroz (njegovu novo) državljanstvo. N. [Nicolas] Valtikos, *International labour law*, Springer-Science + Business Media, B. V., Deventer, 1979, str. 107–108.

20 Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (*Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 7/71), čl. 25, st. c).

21 Vojin Dimitrijević, Dragoljub Popović, Tatjana Papić, Vesna Petrović, *Međunarodno pravo ljudskih prava*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2007², 264.

22 Human Rights Committee, Communication No. 198/1985 (*R. D. Stall Costa v. Uruguay*), U.N. Doc. CCPR/C/30/D/198/1985.

23 Paraskevi Naskou-Perraki, „Le Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels et le contrôle de son application“, u: Nikitas Aliprantis (éd.), *Les droits sociaux dans les instruments Européens et internationaux: Défis à l'échelle mondiale*, Bruylant, Bruxelles, 2008, str. 212. Produbljeno o pravnoj prirodi ekonomskih i socijalnih prava i odgovarajućim osobenostima

boja, pol, jezik, veroispovest, političko ili drugo uverenje, nacionalno ili socijalno poreklo, imovina i rođenje, „ili drugi status“. U praksi Komiteta za ekonomska, socijalna i kulturna prava, potonja „kaučuk klauzula“ protumačena je na način da zabrana diskriminacije obuhvata i starost, seksualnu orijentaciju, zdravstveno stanje (uključujući zaraženost virusom *HIV*, odnosno oboljevanje od side), građanski, politički, socijalni ili drugi status koji ima za cilj ili posledicu poništavanje ili narušavanje jednakog uživanja ili jednakog vršenja zajemčenih prava, odnosno bračno stanje, status izbeglice ili migranta, i mesto prebivališta.²⁴ Zabrana diskriminacije, pritom, uključuje nekoliko aspekata, od ukidanja formalne diskriminacije (u smislu sprečavanja usvajanja i primene diskriminatorskih pravnih propisa i politika), preko preduzimanja mera potrebnih za eliminisanje faktičke diskriminacije, do propisivanja zabrane neposredne i posredne diskriminacije.²⁵ Konačno, treba imati u vidu i to da je u Paktu, garantija zabrane diskriminacije dopunjena potvrdom načela jednakosti muškarca i žena u uživanju zajemčenih prava. Kao i u slučaju Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, i ovde, zahtev za formalnom (u smislu neutralnog postupanja prema muškarcima i ženama u nacionalnim pravnim propisima i politikama) i faktičkom jednakošću muškaraca i žena podrazumeva da, pored zabrane diskriminacije, treba izričito priznati i ista prava za muškarce i žene i preduzimati mere koje omogućavaju ženama delotvorno uživanje pravâ, budući da njihovo ostvarivanje i dalje opterećuju brojne predrasude.²⁶

I pored toga što su njihova prava inkorporisana u „opšta“ ljudska prava zajemčena ustavima savremenih država i međunarodnim konvencijama o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, pojedine osetljive kategorije lica, neretko, nailaze na značajne prepreke prilikom ostvarivanja i uživanja formalno priznatih prava i osnovnih sloboda, uključujući ekonomska i socijalna prava koja se ostvaruju prilikom zapošljavanja. Pravo na rad je, otud, priznato i u *posebnim konvencijama OUN o ljudskim pravima* koje imaju za cilj ukidanje diskriminacije po nekom od nedopuštenih osnova. U tom smislu, najpre, treba pomenuti Međunarodnu konvenciju o eliminisanju svih oblika rasne diskriminacije, Konvenciju o ukidanju svih oblika diskriminacije žena i Konvenciju o pravima osoba s invaliditetom. Takođe, za ostvarivanje prava na rad kroz zasnivanje radnog odnosa značajne su i odredbe konvencija za zaštitu migranata, kao kategorije lica koja se, sa stanovišta pravnog položaja,

obaveza država ugovornica vezanih za stvaranje uslovâ za njihovo delotvorno ostvarivanje vid. u: Borivoje Šunderić, „Osnovi međunarodnog radnog prava“, u: Katica Bobar (ur.), *Radni odnosi*, Glosarijum, Beograd, 2004, str. 203–289; Predrag Jovanović, Normativna izgradnja ljudskih i socijalno-ekonomskih prava, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/2010, str. 103–115.

24 Nav. prema: Malcom Langford, Jeff A. King, „Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Past, present and future“, u: Malcom Langford (ed.), *Social rights jurisprudence: Emerging trends in international and comparative law*, Cambridge University Press, New York, 2008, str. 490.

25 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, 2 July 2009, E/C.12/GC/20, st. 8–10.

26 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 16: The equal right of men and women to the enjoyment of all economic, social and cultural rights (art. 3 of the Covenant)*, 11 August 2005, E/C.12/2005/4, st. 2 i 7.

nalaze ili mogu naći u izuzetno nepovoljnoj situaciji (Konvencija o statusu izbeglica, Konvencija o pravnom položaju lica bez državljanstva, Međunarodna konvencija o zaštiti prava svih radnika migranata i članova njihovih porodica).

1.2. Zaštita od diskriminacije na osnovu rase, boje i etničkog porekla

U oblasti zapošljavanja, rizik diskriminacije naročito je izražen u pogledu pripadnikâ etničkih manjina, a zbog predrasuda i stereotipa koji poslodavci imaju u pogledu njihove produktivnosti i ponašanja na radu, poput predrasude da će prisustvo radnikâ afričkog porekla u radnom okruženju izazvati neprijateljstvo zaposlenih, stereotipa da su Romi lenji i sl.²⁷ Taj rizik se ispoljava prevashodno u visokoj stopi nezaposlenosti, u diskriminaciji u pogledu pristupa zaposlenju i u lošim uslovima rada radnikâ određene rase ili etničkog porekla, ali može biti i intenzivniji, poput politike aparthejda u Južnoafričkoj Republici, koja je bila usmerena na sistematsku diskriminaciju građana tamne puti, u smislu razdvajanja građana bele i tamne puti u svim oblastima života i uspostavljanja hijerarhije moći zasnovane isključivo na rasi, uz registraciju rasne pripadnosti svakog pojedinca.²⁸ Rasa je, naime, određivala ne samo mesto na kom svako od njih može živeti i njihovu slobodu kretanja, već i obrazovanje koje mogu dobiti i poslove na kojima se mogu zaposliti, budući da je radnicima određene rase bio uskraćen pristup obuci, zaposlenju i napredovanju u pogledu nemalog broja poslova, a pre svega poslova koji su dobro plaćeni, sigurni i nalaze se na višim nivoima hijerarhije poslova u preduzeću. Takvi slučajevi diskriminacije u oblasti zapošljavanja predstavljaju značajnu pretnju po industrijski, ali i društveni mir, jer sistemi zapošljavanja, radnih odnosa i industrijskih odnosa ne mogu dobro funkcionisati ukoliko su radna prava dostupna samo određenim klasama radnika.²⁹ Stoga se kao važan izvor prava od značaja za zaštitu od diskriminacije u oblasti zapošljavanja pojavljuje *Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije* (1965).³⁰ Njene ugovornice dužne su da obezbede uživanje ljudskih prava i osnovnih sloboda, uključujući ekonomska i socijalna prava koja se ostvaruju u vezi sa zapošljavanjem, bez rasne diskriminacije. Te obaveze značajne su čak i u XXI veku, na šta upozorava, između ostalog, i praksa Komiteta za ukidanje svih oblika rasne diskriminacije. Komitet je, tako, ukazao na visoku stopu nezaposlenosti pripadnikâ etničkih manjina u određenim državama (npr. u Velikoj Britaniji),³¹ kao i na diskriminaciju Romkinja i pripadnica drugih etničkih manjina u zapošljavanju (npr. u Makedoniji),³² iako Međunarodna kon-

27 Sam Middlemiss, „Sex and race discrimination“, u: Malcom Sargeant (ed.), *Discrimination law*, Pearson Education Limited, Harlow, 2004, str. 98.

28 Debbie Collier, „De l'apartheid à l'action positive: Un aperçu de la loi sur l'égalité au travail en Afrique du Sud“, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, broj 2/2015, 13.

29 David Hirschman, „South Africa and the International Labour Organisation“, *The South African Institute of International Affairs Newsletter*, br. 3/1972, str. 10.

30 Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (*Službeni list SFRJ*, br. 31/67).

31 J. Spencer, M. Spencer, 60.

32 Za zaključke Komiteta koji se tiču diskriminacije Romkinja i predstavnica drugih etničkih grupa u Makedoniji vid. *infra*.

vencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije ne prepoznaje problem intersekcionalne diskriminacije.³³ Komitet je konstatovao i da Slovačka nije obezbedila delotvornu sudsku zaštitu učesnicima oglasa romske nacionalnosti,³⁴ dok Francuska nije preduzela nikakve mere protiv prakse stigmatizacije radnika afričkog porekla u „Renou“ (*Renault*).³⁵ S tim u vezi, treba imati u vidu i preporuku Komiteta

- 33 Konceptiju intersekcionalnosti osmislila je Kimberle Krenšo (*Kimberlé Crenshaw*), pošavši od postavke da su Afroamerikanke osetljive na rizik diskriminacije ne samo zato što su žene ili samo zato što su afroameričkog porekla, već i zato što su žene afroameričkog porekla. Borba protiv diskriminacije, otud, mora biti usmerena na identifikaciju i pravilno razumevanje konglomerata različitih razloga zbog kojih se radnici koji nemaju osobine zamišljenog „normalnog radnika“ dovedu nepovoljniji položaj (Elisabeth Holzleithner, „Intersecting grounds of discrimination: Women, headscarves and other variants of gender performance“, *Juridikum*, br. 1/2008, str. 33–34). Premda Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije ne prepoznaje problem intersekcionalne, odnosno višestruke diskriminacije, Komitet za ukidanje rasne diskriminacije smatra da može da razmatra pitanja višestruke diskriminacije, koju označava izrazom *dvostruka diskriminacija* (I. Krstić, *op. cit.*, str. 69).
- 34 U postupku protiv Slovačke razmatran je podnesak Romkinje koja je konkurisala na oglas za posao nastavnika istorije u osnovnoj školi, ali je na njemu izabran manje obrazovani kandidat koji nije romskog porekla. Prilikom razgovora za posao, direktor škole je radnicu pitao zašto, umesto što traži posao, ne rađa decu, kao što to čine sve Romkinje, i upozorio je da, koliko god se usavršavala, nikada neće dobiti posao u školi. Izbor slabije kvalifikovanog kandidata za zaposlenje je, pritom, obrazložen manjkom sredstava u budžetu za plate nastavnika. Za Komitet za ukidanje rasne diskriminacije, taj argument nije mogao biti dovoljno ubedljiv, jer poslodavci treba da podržavaju zapošljavanje obrazovanih kandidata, a, da samo izuzetno zapošljavaju kandidate sa srednjom školom [Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Opinion concerning communication No. 56/2014 (*V. S. v. Slovakia*), 4 December 2015]. Ovaj slučaj je posebno značajan zbog činjenice da se kao vid moćnog instrumenta u borbi protiv diskriminacije romske dece u obrazovanju – između ostalog, i po preporuci Komiteta za ukidanje rasne diskriminacije – pojavljuje, upravo, zapošljavanje većeg broja nastavnika romskog porekla (Patrick Thornberry, „Confronting racial discrimination: A CERD perspective“, *Human Rights Law Review*, br. 2/2005, str. 259). Osim toga, slučaj je osoben i zbog činjenice da je adresat diskriminacije bila visoko obrazovana Romkinja, jer su riziku diskriminacije tim pre izložene neobrazovane ili slabo obrazovane Romkinje u Slovačkoj, koje zbog toga, ali i zbog očekivanja da se već u vrlo ranom uzrastu ostvare u ulozi supruge i majke, kao i zbog stereotipa i predrasuda koje poslodavci vezuju za njihovo zapošljavanje, izuzetno teško pronalaze zaposlenje u ovoj državi. Tome treba dodati i podatak da filijale slovačke javne službe za zapošljavanje neretko dopuštaju poslodavcima da, prilikom prijave slobodnih poslova, naznače da li zapošljavaju Rome ili ne. Kristina Koldinská, *Multidimensional equality in the Czech and Slovak Republics*, u: Dagmar Schiek, Victoria Chege (eds), *European Union non-discrimination law: Comparative perspectives on multidimensional equality law*, Routledge-Cavendish, New York, 2009, str. 264–265.
- 35 Mišljenje je doneto povodom podneska francuskog državljanina afričkog porekla zaposlenog na poslu čuvara u Renou, koga je poslodavac rasporedio da, umesto noćne, radi u dnevnoj smeni, kako ne bi mogao da pohađa nastavu na fakultetu koji je upisao zbog želje da napreduje u karijeri. O zahtevu zaposlenog za korišćenje odsustva u obrazovne svrhe je, pritom, odlučeno tek nakon pet meseci, dok je njegov zahtev da u preduzeću obavi praksu neophodnu za ispunjenje odgovarajućih nastavnih obaveza, najpre bio odbijen, zbog čega je zaposleni značajno zaostajao za kolegama sa studija. Osim toga, rukovodilac je više puta ukazivao zaposlenom da ne može da podrži nastojanja crnaca da obavljaju rukovodeće poslove, dok je, u postupku restrukturiranja zaposleni proglašen viškom, s predlogom poslodavca da se odrekne francuskog državljanstva i vrati u državu porekla (Čad), kako bi mogao da koristi mere podrške koje poslodavac pruža radnicima migrantima (iako je zaposleni bio francuski državljanin!). To je zaposlenog podstaklo da započne štrajk glađu, čime je čitav predmet dobio značajnu medijsku pažnju, te je poslodavac, pod tim pritiskom, poništio rešenje o otkazu. Po vraćanju zaposlenog na rad, usledilo je deveto-

da države ugovornice Konvencije preduzimaju mere protiv subjekata javnog prava, kao i protiv privatnih kompanija i organizacija koje proveravaju poreklo učesnikâ oglasa ili konkursa.³⁶ Takođe, za analizu je interesantno i ukazivanje Komiteta na (višestruku) diskriminaciju subjekata neregularnih migracija iz svih delova sveta, naročito iz Afrike, istočne Evrope i Azije u Italiji, budući da se u oblasti zapošljavanja, ova lica neretko suočavaju sa zlostavljanjem, isplatom niskih zarada, obustavom isplate dela zarade na ime troškova smeštaja u kome nema struje i tekuće vode, povredom pravila o ograničenom radnom vremenu, pa i ograničenjem slobode rada.³⁷ Italija je, otud, pozvana da preduzme neophodne mere za ukidanje diskriminacije stranaca u pogledu uslova rada, uključujući stavljanje van snage pravila i prakse koji imaju diskriminatorni cilj ili posledice, kao i rešavanje ozbiljnih problema s kojima se susreću strani radnici, poput zadržavanja pasoša ili dužničkog ropstva.

1.3. Rodna perspektiva u aktima OUN

Budući da, istorijski posmatrano, žene nisu uživale mnoga ljudska prava, brojni akti OUN, počevši od Povelje OUN i međunarodnih paktova za zaštitu ljudskih prava, zahtevaju ukidanje diskriminacije žena proistekle iz društvenih, kulturnih, verskih i drugih činilaca. Odredbe tih akata se, pritom, moraju razumeti u svetlu standarda jednakosti žena koji je izgrađen na osnovu *Konvencije o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena*. Ova konvencija nije, naime, prevashodno usmerena na ukidanje diskriminacije na osnovu pola, već na ukidanje (formalne i faktičke,

godišnje uznemiravanje zaposlenog po osnovu rase, uz isplatu niže zarade i rad u ponižavajućim uslovima, čak i pošto je posle mnogo prepreka uspeo da bude raspoređen na rukovodeći posao. Poslodavac, pritom, nije pružio nikakve dokaze da su prilikom postupanja prema zaposlenom korišćeni zakoniti kriterijumi. [Committee on the Elimination of Racial Discrimination, Opinion concerning communication No. 52/2012 (*Laurent Gabre Gabaroum v. France*), 10 May 2016]. Osam godina ranije, Komitet za ljudska prava je uočio da se u Francuskoj, uprkos preduzetim merama za borbu protiv diskriminacije (usvajanje Zakona o prilagodavanju komunitarnim standardima o zaštiti od diskriminacije /Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations/, potpisivanje Povelje o različitosti u kompanijama od strane nekoliko privatnih kompanija i sl.), pripadnici etničkih, nacionalnih i verskih manjina, naročito oni sa severnoafričkim i arapskim imenima, i dalje suočavaju s „ozbiljnim diskriminatornim praksama“ u oblasti zapošljavanja, zbog koje su uskraćeni za jednak pristup zaposlenju. Human Rights Committee, *Concluding observations: France*, 31 July 2008, CCPR/C/FRA/CO/4, stav 25.

- 36 Nav. prema Nathalie Prouvez, *Committee on the Elimination of Racial Discrimination: Confronting racial discrimination and equality in the enjoyment of economic, social and cultural rights*, u: Malcolm Langford (ed.), *Social rights jurisprudence: Emerging trends in international and comparative law*, Cambridge University Press, New York, 2008, str. 525–526.
- 37 Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 9 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination – Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: Italy, UN Doc. CERD/C/ITA/CO/15, 16 May 2008, stav 17. S druge strane, Savet za ljudska prava OUN je ukazao na postojanje diskriminacije stranih radnika i pripadnika etničkih manjina u oblasti zapošljavanja, kao i na njihovu radnu eksploataciju u Ruskoj Federaciji. Human Rights Council, *Compilation prepared by the Office of the High Commissioner for Human Rights, in accordance with paragraph 15(b) of the Annex to Human Rights Council Resolution 5/1 – Russian Federation*, 22 December 2008, A/HRC/WG.6/4/RUS/2, stav 47.

neposredne i posredne) diskriminacije žena.³⁸ Pritom se polu, kao osnovu diskriminacije, pridružuju i brak i materinstvo, te se od država ugovornica zahteva da, u cilju stvaranja uslovâ za delotvorno uživanje prava na rad, pod pretnjom sankcije, zabrane otkaz ugovora o radu zbog trudnoće ili korišćenja porodijskog odsustva, kao i zbog bračnog stanja radnikâ.³⁹ Komitet za eliminisanje diskriminacije žena, pritom, stoji na stanovištu da je Konvencija usmerena na ukidanje svih oblika diskriminacije žena, uključujući i rodno zasnovanu diskriminaciju, iako se u Konvenciji kao osnov diskriminacije pominje samo pol, ne i rod.⁴⁰ S tim u vezi, valja istaći da ovde imamo u vidu pre svega one osnove diskriminacije zbog kojih žene, kao takve, mogu biti lišene priznavanja i vršenja ljudskih prava, a to su *pol, odnosno rod, trudnoća, materinstvo, bračno stanje, porodično stanje, i porodične dužnosti i odgovornosti*.⁴¹ Pored toga, žene mogu biti izložene i *višestrukoj, odnosno interseksionalnoj diskriminaciji*, zasnovanoj na drugim osnovima, poput rase, etničkog porekla, veroispovesti, invaliditeta ili uzrasta, zbog čega je značajno istaći da Konvencija prevazilazi koncepciju diskriminacije koja je primenjena u mnogim izvorima prava međunarodnog porekla, i prepoznaje problem interseksionalne diskriminacije žena. Reč je, preciznije, o problemu koji nastaje zbog činjenice da je diskriminacija na osnovu pola tesno povezana s drugim činiocima nepovoljnijeg postupanja prema ženama, poput rase, etničkog porekla, zdravstvenog stanja, starosti, seksualne orijentacije i rodnog identiteta.⁴² O tome, primera radi, svedoči i Zaključno zapažanje Komiteta za ekonomska, socijalna i kulturna prava za BJR Makedoniju od 2006. godine, u kom je upozoreno da u ovoj državi, Romkinje i žene koje žive na selu imaju krajnje ograničene mogućnosti za obavljanje profesionalne aktivnosti i često rade u neformalnom sektoru ili u sektorima u kojima se obavljaju skromno plaćeni poslovi, odnosno rade na nižim poslovima (nižim u hijerarhiji poslova u preduzeću) i ostvaruju niže zarade od muškaraca, nezavisno od svojih radnih sposobnosti. Makedoniji je, u tom smislu, preporučeno usvajanje posebnih mera kako bi ovim

38 Csilla Kollonay-Lehoczky, „Article 20 – The right to equal opportunities and equal treatment in matters of employment and occupation without discrimination on the ground of sex“, u: Niklas Bruun, Klaus Lörcher, Isabelle Schömann, Stefan Clauwaert (eds), *The European Social Charter and employment relation*, Hart Publishing, Oxford – Portland, Oregon, 2017, str. 362. Politika ukidanja diskriminacije žena pretpostavlja i obavezu država ugovornica da, „ako to još nisu učinile, uključe načelo jednakosti muškaraca i žena u nacionalne ustave ili drugo odgovarajuće zakonodavstvo, i da, kroz pravo i druga primerena sredstva, osiguraju praktično ostvarenje ovog načela“ (Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 11/81, čl. 2, tač. a).

39 Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena, čl. 11, st. 2, tač. b) i d), i st. 3.

40 Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *General Recommendation No. 28 on the Core Obligations of States Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, CEDAW/C/GC/28, stav 5.

41 Manisuli Ssenyonjo, *Economic, social and cultural rights in international law*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2009, str. 90.

42 David Fennelly, „Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women: Articles 1, 2, 3, 4 and 11 (CEDAW)“, u: Edoardo Ales, Mark Bell, Olaf Deinert, Sophie Robin-Olivier (eds), *International and European labour law – A Commentary*, Nomos / Verlag C.H. Beck / Hart Publishing, Baden-Baden – München – Oxford, Portland, 2018, str. 450.

ugroženim kategorijama žena u praksi bio obezbeđen isti pristup tržištu rada i kvalitetnijim poslovima, uz obezbeđivanje jednake zarade za rad jednake vrednosti.⁴³

Konvencija sadrži i norme koje su neposredno posvećene svetu rada, te su države ugovornice dužne da ukinu diskriminaciju žena, kako bi osigurale da one u ovoj oblasti, uživaju i ostvaruju radna prava jednako kao muškarci. Predmetna obaveza se tiče tri osnovna pitanja – zapošljavanja i prava iz radnog odnosa, zabrane diskriminacije na osnovu bračnog stanja ili materinstva, i zaštitnog zakonodavstva. Konvencija, naime, zabranjuje diskriminaciju u pogledu ostvarivanja prava na rad, „kao neotuđivog prava svih ljudskih bića“, ali i njegovih elemenata i drugih iz njega proisteklih prava, čije je ostvarivanje preduslov za puno i delotvorno uživanje prava na rad, uključujući pravo na iste mogućnosti za zapošljavanje, primenu istih kriterijuma za izbor kandidata za zaposlenje, pravo na slobodan izbor zanimanja i zaposlenja, pravo na napredovanje, pravo na sigurnost posla i pravo na stručnu obuku.⁴⁴ Garantiji prava žena da imaju iste mogućnosti za zaposlenje kao muškarci,⁴⁵ pritom, ne podrazumeva to da žene (i muškarci) imaju pravo na zaposlenje, kao takvo, već da država mora obezbediti svim građanima, nezavisno od njihovog pola, iste mogućnosti za pronalaženje zaposlenja i zasnivanje radnog odnosa.⁴⁶ S tim u vezi, valja primetiti da personalno područje primene Konvencije nije ograničeno samo na učesnike oglasa ili konkursa za zasnivanje radnog odnosa, niti samo na zaposlene u privatnom i javnom sektoru, uključujući lica angažovana za plaćeni rad u domaćinstvu poslodavca i za rad kod kuće. Pored toga, odredbe Konvencije primenjuju se i na *samozapošljavanje žena, kao i na sve ostale oblike rada za drugog koji se ne mogu kvalifikovati kao radni odnos*.⁴⁷ To uključuje, između ostalog, i rad žena u porodičnim preduzećima, jer se neretko dešava da članice porodice koje rade u ovoj vrsti preduzeća za to ne primaju naknadu, niti uživaju zaštitu od socijalnih rizika, a što predstavlja vid radne eksploatacije.⁴⁸ Ipak, u literaturi se upozorava da su odredbe Konvencije prevashodno posvećene ženama koje rade u formalnom sektoru, naročito trudnicama i majkama, a da iz Konvencije izostaju odredbe kojima bi bila uvažena osetljivost radnopravnog položaja žena iz marginalizovanih grupa, kao što su migrantkinje, žene određenog etničkog porekla ili rase, starije žene i žene iz drugih grupa koje su, takođe, diskriminisane zbog svog pola, a što Komitet za ukidanje diskriminacije žena nastoji da nadomesti svojom kvazilegislativnom i kvazisudskom delatnošću.⁴⁹

43 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding observations: The Former Yugoslav Republic Macedonia*, 15 January 2008, E/C.12/MKD/CO/1, stav 33.

44 Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena, čl. 11, st. 1.

45 *Ibid.*, čl. 11, st. 1, tač. b).

46 Anja Wiesbrock, „Equal employment opportunities and equal pay: Measuring EU law against the standards of the Women’s Convention“, u: Ingrid Westendorp (ed.), *The Women’s Convention turned 30: Achievements, setbacks, and prospects*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Portland, 2012, str. 230.

47 *Ibid.*, str. 235–236.

48 *Ibid.*, str. 236.

49 Leilani Farha, „Committee on the Elimination of Discrimination Against Women: Women claiming economic, social and cultural rights – the CEDAW potential“, u: Malcom Langford (ed.),

Može se zaključiti da odredbe člana 11 Konvencije živo odslikavaju izazove s kojima se u mnogim državama žene susreću u pogledu pristupa dostojanstvenom i bezbednom radu, uključujući rizik njihovog isključivanja iz tržišta rada, i to iz tradicionalnih, kulturnih ili pravnih razloga.⁵⁰ S druge strane, izričite garantije tako velikog broja prava vezanih za pravo na rad odslikavaju nastojanje da se Konvencijom uspostavi režim jednakosti, kako na konceptijskom, tako i na institucionalnom planu. To je i razlog što je, primera radi, Komitet za ukidanje diskriminacije žena koristio ove odredbe kao osnov za reakciju na dominaciju rodnih stereotipa na mestu rada, kao i za potcrtavanje interseksionalne prirode diskriminacije mnogih grupa žena, te za borbu protiv strukturne diskriminacije u ovoj oblasti.⁵¹ S tim u vezi, valja imati u vidu i to da Konvencija počiva na pristupu koji je, u osnovi, negativan: njene odredbe usmerene su prevashodno na zabranu diskriminacije žena, dok je krajnje ograničena uloga data posebnim merama koje imaju za cilj uklanjanje socijalnih razlika proisteklih iz viševekovnog diskriminatornog odnosa prema ženama.⁵²

Konačno, valja pomenuti i *Pekinšku deklaraciju i platformu za akciju* (1995), u kojima je potvrđena potreba promovisanja ekonomske samostalnosti žena, između ostalog, i kroz zasnivanje radnog odnosa, kao i potreba iskorenjivanja upornog i rastućeg siromaštva žena. Istovremeno je kao najvažniji instrument za postizanje tog cilja identifikovano prevazilaženje uzrokâ siromaštva kroz promene u ekonomskim strukturama, obezbeđivanje jednakog pristupa za sve žene, uključujući i one iz ruralnih sredina, proizvodnim sredstvima i mogućnostima za zaposlenje u privatnom i javnom sektoru. U pogledu zaposlenja, to naročito podrazumeva usvajanje mera za veću zapošljivost žena i borbu protiv njihove nezaposlenosti, naročito one dugoročne, između ostalog i usvajanjem i primenom pravnih propisa o zaštiti od polno zasnovane diskriminacije u zapošljavanju, posebno prema starijim radnicama. Na to se nadovezuje i ukidanje diskriminatorne prakse poslodavaca koja se zasniva na reproduktivnoj ulozi i funkciji žena, poput uskraćivanja zaposlenja ili otpuštanja zbog trudnoće ili dojenja ili zahtevanje dokaza o korišćenju kontraceptivnih sredstava.⁵³ Slične mere treba da doprinesu i ukidanju profesionalne segregacije – od usvajanja i primene propisa koji zabranjuju neposrednu i posrednu diskriminaciju radnikâ na osnovu pola i bračnog ili porodičnog stanja u pogledu pristupa zaposlenju, uslovâ

Social rights jurisprudence: Emerging trends in international and comparative law, Cambridge University Press, New York, 2008, str. 560.

50 D. Fennelly, *op. cit.*, str. 454. U tom smislu, Komitet za eliminisanje diskriminacije žena redovno upozorava na dva dugotrajna i široko rasprostranjena problema u ovoj oblasti – *razliku u zaradama između muškaraca i žena*, i *profesionalnu segregaciju*. Učešće žena u tržištu rada, preciznija, obeležava jaz u zaradama muškaraca i žena, skromna zastupljenost žena na rukovodećim i upravljačkim poslovima, i značajna profesionalna segregacija. Pritom se u literaturi, kao najveće prepreke za implementaciju odredaba Konvencije navode nestandardni oblici zaposlenja, duboko ukorenjeni razlozi nejednakog postupanja prema muškarcima i ženama (i posledično koncipiranje radnog i socijalnog zakonodavstva po modelu radnika muškog pola), te pojava višestruke diskriminacije. Nav. prema: A. Wiesbrock, *op. cit.*, str. 233.

51 D. Fennelly, *op. cit.*, str. 455.

52 C. Kollonay-Lehoczky, *op. cit.*, str. 362.

53 Fourth World Conference on Women, *Beijing Declaration and Platform for Action*, stav 165, <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20E.pdf>, 9.8.2020.

za zasnivanje radnog odnosa i uslovâ rada, preko razvoja programâ za zapošljavanje žena (posebno siromašnih žena u gradovima, žena u ruralnim sredinama i mladih žena), do preduzimanje posebnih mera usmerenih na uklanjanje sistematske diskriminacije žena, naročito žena s invaliditetom, migrantkinja (istina, samo ako su subjekti regularnih migracija, odnosno izbeglice) i žena koje pripadaju drugim ugroženim grupama.⁵⁴ Takođe, ukazano je i na značaj promovisanja jednakog učešća žena u obavljanju visoko kvalifikovanih i rukovodećih poslova, kao i diverzifikacije izbora zanimanjâ kako za žene, tako i za muškarce, u smislu ohrabrivanja žena na obavljanje poslova koji se tradicionalno smatraju „muškim poslovima“, posebno u oblasti nauke i tehnologije, odnosno ohrabrivanja muškaraca na traženje posla u sektoru socijalne zaštite, gde se tradicionalno zapošljavaju žene, zbog stereotipa da žene imaju urođene sposobnosti za brigu o licima zavisnim od tuđe nege i pomoći. Konačno, kao moćno sredstvo za bolje pomirenje profesionalnih i porodičnih dužnosti predviđeno je i slobodno odlučivanje radnikâ o prelasku na nestandardni radni odnos, uz pružanje odgovarajuće posebne radnopravne zaštite.

1.4. Zaštita od diskriminacije na osnovu invaliditeta

Niz posebnih konvencija OUN o ljudskim pravima nastavlja se prvim međunarodnim instrument koji obavezuje ugovornice da obezbede i zaštite prava predstavnika najbrojnije „manjine“ na svetu, budući da osobe s invaliditetom čine oko 10% svetskog stanovništva.⁵⁵ Reč je, preciznije, o Konvenciji o pravima osoba s invaliditetom, koja, međutim, ne priznaje osobama s invaliditetom neka nova prava i slobode, već precizira uslove za delotvorno ostvarivanje svih osnovnih prava od strane osoba s invaliditetom, a što pretpostavlja i minuciozno utvrđivanje mera koje mogu doprineti stvaranju uslovâ za jednako postupanje prema osobama s invaliditetom (od zakonskih reformi, preko izgradnje i prilagođavanja infrastrukture, do konsultovanja organizacija osoba s invaliditetom). U Konvenciji su, u tom smislu, identifikovane oblasti u kojima postoji potreba da se uslovi za ostvarivanje prava (u razumnoj meri) prilagođavaju specifičnim potrebama osoba s invaliditetom, a, zatim, i oblasti u kojima one redovno nailaze na prepreke i gde je neophodna njihova posebna zaštita. Na ovaj način je, zapravo, potvrđeno da formulacije ljudskih prava i osnovnih sloboda moraju biti prilagođene specifičnim potrebama osoba s invaliditetom, tako da se odredbama Konvencije „precizira“ i obogaćuje normativna sadržina ljudskih prava i osnovnih sloboda. Odgovarajuće (korelativne) ugovorne obaveze, pritom, izražavaju osnovna načela Konvencije: a) načelo poštovanja dostojanstva, lične autonomije i nezavisnosti; b) načelo zabrane diskriminacije; v) načelo punog i efikasnog učešća i uključenosti u društvo; g) načelo poštovanja razlika; d) načelo jednakih mogućnosti; e) načelo pristupačnosti; ž) načelo jednakosti muškaraca i žena; i z) načelo poštovanja razvojnih sposobnosti dece s invaliditetom.

54 *Ibid.*, stav 178.

55 *From exclusion to equality: Realizing the rights of persons with disabilities. Handbook for Parliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol*, United Nations, Geneva, 2007, str. 2.

Navedena načela predstavljaju i okvir za ostvarivanje prava na rad, koje, po slovu Konvencije, obuhvata „pravo na mogućnost da se zarađuje za život na osnovu slobodno izabranog ili prihvaćenog rada, na tržištu rada i u radnoj sredini koji su otvoreni, inkluzivni i pristupačni osobama s invaliditetom“.⁵⁶ Konvencijom je, otud, zabranjena diskriminacija na osnovu invaliditeta u pogledu „svih pitanja koja se tiču svih oblika zaposlenja“, uključujući, između ostalog, i uslove za zasnivanje radnog odnosa, zapošljavanje, napredovanje u karijeri, i pristup programima profesionalne orijentacije, uslugama službi za zapošljavanje i profesionalnoj i kontinuiranoj obuci.⁵⁷ Osim toga, ugovornice su obavezne da unapređuju mogućnosti ovih radnika za zapošljavanje, napredovanje i sticanje radnog iskustva na otvorenom tržištu rada, kao i da im pružaju pomoć vezanu za pronalaženje, dobijanje i očuvanje zaposlenja i vraćanje na rad.⁵⁸ U tom smislu, interesantno je ukazati na predstavku podnetu Komitetu za prava osoba s invaliditetom, zbog propuštanja Nemačke da na odgovarajući način unapređuje učešće u tržištu rada radnikâ čiji invaliditet nije privremenog karaktera.⁵⁹ Ovo, najpre, stoga što subvenciju za integraciju osoba s invaliditetom u nemačko tržište rada mogu zahtevati samo poslodavci, pošto raspišu oglas/konkurs za zasnivanje radnog odnosa, bez mogućnosti osobe s invaliditetom da učestvuje u odgovarajućem postupku. Ishod i trajanje postupka za dodelu subvencije su, pritom neizvesni, dok se subvencija ne može ostvariti ukoliko ne postoji mogućnost za vaspostavljanje pune radne sposobnosti radnika u roku od 36 meseci.⁶⁰ Podnositeljka predstavke je, pritom, istakla da njen sin, koji je osoba s invaliditetom, nije imao odgovarajuću obuku, a da pokrajinska agencija za zapošljavanje „sistematski, sofisticirano i perfidno“ sprečava profesionalnu integraciju osoba s trajnim invaliditetom. Ovo posebno stoga što je porodica finansirala rehabilitaciju radnika (usluge logopeda i fizioterapeuta, kao i teniske treninge, koji su bili neophodni za očuvanje mentalnih i fizičkih sposobnosti radnika), kao i pohađanje kurseva za stručno osposobljavanje za poslove blagajnika, knjigovođe i računovođe. Agencija za zapošljavanje je, naime, odbila da obezbedi finansijsku podršku za pohađanje ovih kurseva, dok se sva njena aktivnost u pogledu posredovanja u zapošljavanju sastojala u pukom prosleđivanju oglasa i konkursa radniku, iako je za neke od njih već bio istekao rok za podnošenje prijava, dok su se drugi odnosili na neodgovarajuće poslove. Tim povodom, Komitet je zaključio da mere nemačke Vlade nisu u skladu s Konvencijom, jer se prilikom njihove primene polazi od medicinske koncepcije invaliditeta, kao i postavke da je invaliditet prolazna pojava koja se vremenom može prevazići, odnosno izlečiti. Takođe je konstatovano da podnošenje zahteva za subvenciju odvraćá poslodavce od zapošljavanja osoba s invaliditetom, jer slične pogodnosti mogu

56 Konvencija o pravima osoba s invaliditetom (*Službeni glasnik RS*, br. 42/09), čl. 27, st. 1.

57 *Ibid.*, čl. 27, st. 1, tač. a) i d).

58 *Ibid.*, čl. 27, st. 1, tač. e) i k).

59 Mišljenje Komiteta za prava osoba s invaliditetom u predmetu *Liliane Gröninger et al.* protiv Nemačke (podnesak br. 2/2010, od 25. juna 2010. godine).

60 *Ibid.*, st. 6.2. Ovo stoga što poslodavac mora uputiti radniku s invaliditetom ponudu za zasnivanje radnog odnosa i podneti zahtev za ostvarivanje subvencije, nakon čega služba za zapošljavanje procenjuje datu situaciju i donosi odluku o trajanju i visini subvencije koja će biti dodeljena poslodavcu.

ostvariti i prilikom zapošljavanja radnika koji nemaju invaliditet, čime su radnici s invaliditetom posredno diskriminirani. Komitet je, stoga, preporučio Nemačkoj da revidira zakonodavstvo i praksu ne bi li se sprečile slične povrede pravâ radnikâ s trajnim invaliditetom. Budući da su navedena rešenja iz nemačkog zakonodavstva bila usvojena pre nego što je ova država ratifikovala Konvenciju, prikazani predmet ukazuje i na značaj usklađivanja zakonodavstva država ugovornica s odredbama Konvencije, kao i na značaj osmišljavanja i primene programâ koji obezbeđuju stvarnu inkluziju i izbegavaju neposrednu i posrednu diskriminaciju radnikâ na osnovu invaliditeta.

1.5. Zaštita migranata od diskriminacije

Riziku diskriminacije u oblasti zapošljavanja naročito su izraženi migranti.⁶¹ Pod okriljem OUN, njihovoj zaštiti doprinosi nekoliko konvencija, počevši od *Konvencije o statusu izbeglica* (1951), koja je usvojena s ciljem da se licima koja ispunjavaju uslov za sticanje statusa izbeglice obezbedi ostvarivanje osnovnih prava i sloboda u najvećoj mogućoj meri.⁶² U tom smislu, jedna od osnovnih obaveza država ugovornica tiče se primene odredaba Konvencije na izbeglice, bez diskriminacije u pogledu rase, vere ili države porekla,⁶³ pri čemu izbeglicama treba priuštiti najmanje isti tretman kao i strancima uopšte. Ipak, Konvencija sadrži i povoljnije odredbe u pogledu nekih pitanja, uključujući i pitanje radnopravne zaštite. Države ugovornice su, otud, dužne da izbeglicama koje zakonito borave na njihovoj teritoriji obezbede iste uslove rada kao i domaćim državljanima, a, obaveza nacionalnog tretmana važi i u pogledu utvrđivanja uslova za zasnivanje radnog odnosa koji se tiče minimalnog uzrasta za zaposlenje.⁶⁴ S tim u vezi, valja imati u vidu da je subjektima zaštite priznato i više prava bitnih za prevazilaženje egzistencijalnih problema s kojima se suočava najveći broj izbeglica, uključujući pravo na plaćeno zaposlenje (eng. *gainful employment*, fr. *emplois lucratifs*). Države su, otud, dužne

61 Stoga ne čudi da je Komitet za ekonomska, socijalna i kulturna prava, u jednom od svojih opštih komentara, istakao da načelo zabrane diskriminacije koje je potvrđeno u Međunarodnom paktu o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima – treba primenjivati u odnosu na radnike migrante i njihove porodice. Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment No. 18: The Right to Work (Art. 6 of the Covenant)*, 6 February 2006, E/C.12/GC/18, st. 18.

62 Premda se neretko opisuje kao konvencija za zaštitu ljudskih prava, pre svega da bi se, kao živi instrument, razvijala u pravcu uvažavanja potreba i izazova današnjice, u literaturi se upozorava da ova konvencija nije poput drugih međunarodnih instrumenata za zaštitu ljudskih prava. Ovo stoga što drugi instrumenti, kao svoje polazište, identifikuju pojedinca (bilo jednostavno /kao ljudsko biće/, bilo kao ženu, radnika migranta, osobu s invaliditetom i dr.). Umesto toga, sadržina ove konvencije odnosi se mnogo više na položaj izbeglica, nego što se tiče njihovih prava. Štaviše, Konvencijom nisu potvrđena prava izbeglica, kao prava koja bi trebalo da uživa „svaka izbeglica“ i koja ne mogu biti uskraćena nijednoj izbeglici, već se odredbe Konvencije tiču prevažodno obaveza ugovornica vezanih za poštovanje, zaštitu ili priznavanje određenih prava i pogodnosti. Guy S. Goodwin-Gill, „The international law of refugee protection“, u: Elena Fiddian-Qasimiyeh, Gil Loescher, Katy Long, Nando Sigona (eds.), *The Oxford handbook of refugee and forced migration studies*, Oxford University Press, Oxford, 2014, str. 43–44.

63 Konvencija o statusu izbeglica (*Službeni list FNRJ – Međunarodni ugovori*, br. 7/60), čl. 3.

64 *Ibid.*, čl. 24, st. 1, tač. a).

da u pogledu rada u okviru radnog odnosa, izbeglicama koje zakonito borave na njihovoj teritoriji obezbede najpovoljniji tretman, koji se, pod istim okolnostima, primenjuje na strane državljane uopšte.⁶⁵ To, međutim, ne вреди i za mere ograničenja zapošljavanja stranaca koje država može uvesti u cilju zaštite domaćeg tržišta rada, jer se one ne primenjuju na izbeglice koje su tri godine boravile u toj državi, ili je njihov supružnik državljanin te države (pod uslovom da izbeglica ne napusti svog supružnika) ili njihovo dete ima državljanstvom te države.⁶⁶ Takođe, države su preuzele i obavezu sredstva da razmotre mogućnost uvođenja nacionalnog tretmana, naročito u pogledu izbeglica koje su ušle na njihovu teritoriju prema planu useljavanja ili programu regrutovanja radne snage.⁶⁷ Kada je, pak, reč o izbeglicama koje žele da rade kao samozaposlena lica, odnosno kao pripadnici slobodnih profesija, države su dužne da primene što je moguće povoljniji tretman, koji, pritom, ne može biti nepovoljniji od postupka koji se, u istim okolnostima, primenjuje na strance.⁶⁸ Ove odredbe su izuzetno značajne imajući u vidu da je radno angažovanje izbeglica važno ne samo za njihovu ekonomsku sigurnost i dostojanstvo, već i za države prijema. Ovo stoga što rad značajno olakšava integraciju izbeglica u društvo, dok su troškovi koje države prijema imaju značajno manji u odnosu na troškove koje ih opterećuju u pogledu nezaposlenih lica i lica koja ne spadaju u radno aktivno stanovništvo (pre svega zbog visokih troškova socijalnih prestacija), dok u nekim državama, rad izbeglica čak može pomoći (po pravilu, samo kratkoročno) boljem savladavanju problema koji, zbog nepovoljnih demografskih trendova, postoje na nacionalnom tržištu rada.⁶⁹

Konvenciji o statusu izbeglica komplementarna je *Konvencija o pravnom položaju lica bez državljanstva* (1954), koja ima za cilj da u najvećoj mogućoj meri obezbedi ostvarivanje osnovnih prava i sloboda lica koja nijedna država, po svom zakonodavstvu, ne smatra svojim državljanima. Države ugovornice su, pritom, dužne da primenjuju odredbe Konvencije na apatride, bez diskriminacije na osnovu rase, vere ili države porekla, dok je u pogledu zasnivanja radnog odnosa njihova osnovna ugovorna obaveza vezana za tretiranje svakog apatrida koji zakonito boravi na njihovoj teritoriji na što je moguće povoljniji način, a u svakom slučaju na način koji neće biti nepovoljniji od onog koji je, pod istim okolnostima, predviđen za strance uopšte.⁷⁰ Ugovornice su preuzele i obavezu da s blagonaklonošću razmotre usvajanje mera koje imaju za cilj da, u pogledu rada u okviru radnog odnosa, izjednače prava svih apatrida s pravima domaćih državljana, naročito kada je reč o apatridima koji su došli na njihovu teritoriju po osnovu programa regrutovanja radne snage ili plana imigracije. Kada je, pak reč o apatridima koji žele da rade kao samozaposlena lica, odnosno da obavljaju slobodne profesije, Konvencija preuzima

65 *Ibid.*, čl. 17, st. 1.

66 *Ibid.*, čl. 17, st. 2.

67 *Ibid.*, čl. 17, st. 3.

68 *Ibid.*, čl. 18–19.

69 Iván Martín et al., *From refugees to workers: Mapping labour-market integration support measures for asylum seekers and refugees in EU Member States. Volume I*, Bertelsmann Stiftung, Gütersloh, 2016, str. 14–15.

70 Konvencija o pravnom položaju lica bez državljanstva (*Službeni list FNRJ*, br. 9/59), čl. 3 i 17.

ista pravila koja, *mutatis mutandis*, važe za izbeglice.⁷¹ Konačno, države su dužne da apatridima obezbede nacionalni tretman u pogledu pravila o minimalnom uzrastu za zasnivanje radnog odnosa.⁷²

Pravila OUN o migrantima zaokružuje *Međunarodna konvencija o zaštiti prava svih radnika migranata i članova njihovih porodica*, koja uređuje različite aspekte zaštite radnika migranata, i priznaje im pravo da uživaju ljudska prava, bez obzira na njihov pravni položaj. Načelo zabrane diskriminacije se, pritom, pojavljuje kao jedno od osnovnih načela Konvencije i vezano je za obavezu ugovornica da, u skladu s međunarodnim instrumentima za zaštitu ljudskih prava, svim radnicima migrantima i članovima njihovih porodica koji se nalaze pod jurisdikcijom određene države, obezbede Konvencijom zajemčena prava, bez diskriminacije.⁷³ Interesantno je uočiti da, pored ličnih svojstava koja se pominju u ranije navedenim konvencijama OUN, ova konvencija izričito zabranjuje i diskriminaciju na osnovu starosti, ekonomskog položaja, imovine i bračnog stanja, što su svojstva zbog kojih radnici migranti mogu biti diskriminirani prilikom zasnivanja radnog odnosa. To naročito vredi za prvo i poslednje lično svojstvo, tim pre što su po osnovu neretko diskriminirani i domaći državljani, s tim što u slučaju kandidata za zaposlenje bez domaćeg državljanstva rizik diskriminacije postaje naročito intenzivan, zbog njihove vulnerabilnosti.⁷⁴

Po odredbama Konvencije, prema svim migrantima, uključujući subjekte neregularnih migracija, mora se postupati jednako kao prema domaćim radnicima, u pogledu minimalnog uzrasta za zasnivanje radnog odnosa, smetnji za zasnivanje radnog odnosa i činjenica koje se u nacionalnom zakonodavstvu i praksi smatraju uslovima za zapošljavanje.⁷⁵ Konvencija, pritom, nastoji da razgraniči pitanja imigracionog i radnog prava, zbog čega subjektima neregularnih migracija nisu priznata prava koja se tiču ulaska ili boravka u državi prijema, već se od država zahteva jednako postupanje prema migrantima koji su prisutni i aktivni na tržištu rada, i to u pogledu uslovâ za zasnivanje radnog odnosa, uslovâ rada i sindikalnih sloboda.⁷⁶ Da ta garantija ne bi ostala samo „mrtvo slovo na hartiji“, ugovornice moraju

71 *Ibid.*, čl. 18–19.

72 *Ibid.*, čl. 24.

73 International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, Adopted by General Assembly resolution 45/158 of 18 December 1990 – Međunarodna konvencija o zaštiti prava svih radnika migranata i članova njihovih porodica, čl. 7.

74 Yao Agbetse, „La Convention sur les droit des travailleurs migrants: Un nouvel instrument pour quelle protection?“, *Droits fondamentaux*, br. 4/2004, str. 52. Kada je reč o bračnom stanju kao osnovu diskriminacije, ono se često vezuje za praksu poslodavaca da učesnicima oglasa ili konkursa postavljaju pitanja vezana za planiranje porodice, a, što je naročito nepovoljno za žene, zbog predrasuda koje poslodavci imaju u vezi s korišćenjem odsustava s rada zbog trudnoće i porođaja. Osim toga, Komisija OUN za ljudska prava izrazila je „duboku zabrinutost zbog stalnog prijavljivanja ozbiljnih zloupotreba i nasilja koje neki poslodavci, kao i trgovci ljudima, preduzimaju prema radnicama migrantkinjama“. Commission on Human Rights Resolution 2004/49 on Violence Against Women Migrant Workers, 20 April 2004, E/CN.4/RES/2004/49.

75 Međunarodna konvencija o zaštiti prava svih radnika migranata i članova njihovih porodica, čl. 25, st. 1, tač. b).

76 M. Bell, *op. cit.*, str. 161.

sprečiti poslodavce da se oslobode ma koje zakonske ili ugovorne obaveze zbog nezakonitosti statusa migranata, baš kao što ona ne sme biti razlog ni za ograničavanje obaveza poslodavaca.⁷⁷ Konačno, valja imati u vidu da su, pored prava koja su priznata svim radnicima migrantima, Konvencijom OUN obuhvaćene i garantije (dopunskih) prava koja su priznata samo subjektima regularnih migracija (deo IV Konvencije), kao i specijalne garantije za posebne kategorije privremenih radnika migranata.⁷⁸ Odgovarajuće garantije postaju posebno značajne imajući u vidu to da se, u smislu odredaba Konvencije, učešće u plaćenju profesionalnoj aktivnosti tu maći tako široko da obuhvata lica u državi porekla koja se pripremaju da počnu da obavljaju plaćenu aktivnost u drugoj državi, lica koja već rade u drugoj državi, lica koja više ne rade u drugoj državi ali se i dalje nalaze na njenoj teritoriji, te lica koja se vraćaju u državu porekla.⁷⁹

Premda su pisci Međunarodne konvencije o zaštiti prava svih radnika migranata i članova njihovih porodica bili u velikoj meri inspirisani standardima Međunarodne organizacije rada (MOR), najveća razlika između ovih univerzalnih instrumenata postoji u pogledu *subjekata neregularnih migracija*, što je, ujedno i najveći doprinos unapređenju položaja radnika migranata u međunarodnoj zajednici.⁸⁰ Ipak, za pravilnu ocenu obima i kvaliteta zaštite radnika migranata koju garantuju ovi instrumenti treba uzeti u obzir i činjenicu da prilikom ratifikacije Konvencije MOR broj 97 nisu dozvoljene rezerve, dok država koja ratifikuje Konvenciju MOR broj 143 može da ne prihvati delove I ili II Konvencije. Državama članicama ovih dveju konvencija, nije, međutim, dozvoljeno da iz područja primene isključe ma koju kategoriju radnika migranata koji su zakonito ušli na teritoriju države prijema, uz izuzetak lica na koja se konvencije ne primenjuju. Suprotno, ratifikacija ili pristupanje Međunarodnoj konvenciji o zaštiti prava radnika migranata i članova njihovih porodica ne sme biti praćeno isključenjem ni *ratione materiae* ni *ratione personae*.

77 Međunarodna konvencija o zaštiti prava svih radnika migranata i članova njihovih porodica, čl. 25, st. 3.

78 Pogranični, sezonski i putujući radnici, u načelu, imaju sva prava kao i drugi radnici migranti, ali ih mogu uživati samo ako to odgovara specifičnostima njihovog radnopravnog statusa, tj. činjenici da pogranični radnik nema uobičajeno boravište u državi zaposlenja, da sezonski radnik boravi u državi zaposlenja samo tokom jednog dela godine i sl.

79 Kristina Touzenis, Alice Sironi, *Current challenges in the implementation of the UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families*, Directorate-General for External Policies of the Union Policy Department, Brussels, 2013, str. 7.

80 Subjekti neregularnih migracija predstavljaju naročito osetljivu grupu migranata, budući da, zbog činjenice da su nezakonito ušli na teritoriju određene države ili da u njoj nezakonito borave, odnosno nezakonito rade, ova lica neretko žive u neprihvatljivim uslovima, suočena su s racijama u stanu i na radnom mestu, kao i s istragama u kojima mogu biti izložena ponižavajućem postupanju. Njihov položaj posebno teškim čini to što, iz straha od proterivanja, neretko ne traže sudsku zaštitu, dok im je u oblasti radnih odnosa, ona u nekim državama i uskraćena, upravo zbog neregularnog statusa. David Weissbrodt, Stephen Meili, „Human rights and protection of non-citizens: Whither universality and indivisibility of rights?“, *Refugee Survey Quarterly*, br. 4/2009, str. 49; više o ovom pitanju vid. u Ljubinka. Kovačević, „Radno angažovanje subjekata neregularnih migracija“, u: Đorđe Ignjatović (prir.), *Kaznena reakcija u Srbiji. X deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020, str. 231–262.

2. STANDARDI MEĐUNARODNE ORGANIZACIJE RADA OD ZNAČAJA ZA SPREČAVANJE I ZAŠTITU OD DISKRIMINACIJE U ZAPOŠLJAVANJU

Načelo jednakosti nalazi se u temelju standardâ MOR, kao specijalizovane agencije OUN. Njihov razvoj je, pritom, pratio razvoj ideje jednakosti, tako da su u prvim decenijama postojanja MOR, univerzalni radni standardi bili usmereni na zaštitu posebnih grupa radnikâ od naročito ozbiljnih oblika diskriminacije.⁸¹ Reč je o radnicima migrantima, radnicima na plantažama, radnicima u kolonijama, kao i ženama, u pogledu rada koji je mogao da ugrozi njihovu bezbednosti i zdravlje, ne samo u vezi s trudnoćom, porođajem i postnatalnim periodom, već i uopšte (u smislu propisivanja apsolutne zabrane noćnog rada žena u industriji). Uređivanje rada žena je, pritom, počivalo na postavci da su one fizički slabije od odraslih muškaraca i podložnije eksploataciji, što je uticalo na usvajanje standardâ o zaštiti materinstva (Konvencija broj 3).⁸² Interesantno je uočiti i to da je načelo jednakog postupanja, kao takvo, ušlo u međunarodno radno pravo „na mala vrata“, jer je, isprva, bilo potvrđeno samo u pogledu ostvarivanja prava na zaradu, kroz odredbe Konvencije MOR broj 100 o jednakim zaradama muškaraca i žena za isti rad.⁸³

Pored perspektive *ratione personae*, fragmentarni pristup materiji zaštite od diskriminacije na radu ogledao se i u potvrđivanju zaštite od diskriminacije po pojedinim osnovima, te je, primera radi, Konvencijom MOR broj 87 potvrđeno pravo radnikâ i poslodavaca na osnivanje profesionalnih udruženja, bez razlike po bilo kom osnovu,⁸⁴ dok je Konvencijom broj 105 o ukidanju prinudnog rada zabranjeno korišćenje prinudnog rada kao sredstva za uspostavljanje rasne, socijalne, nacionalne ili verske diskriminacije.⁸⁵ Prvi iskorak u odnosu na ovaj fragmentarni i partikularni pristup uređivanju zaštite od diskriminacije učinjen je u standardima Konvencije MOR broj 82 o socijalnoj politici u kolonijama, kojom je potvrđena obaveza ukidanja svake diskriminacije radnikâ na osnovu rase, boje, pola, uverenja, plemenske pripadnosti ili članstva u sindikatu, između ostalog i u pogledu pristupa zaposlenju u tzv. javnom i privatnom sektoru, uslovâ za zasnivanje radnog odnosa, mogućnosti za profesionalnu obuku, i uslovâ rada.⁸⁶

Ipak, najznačajnije izvore prava u ovoj oblasti predstavljaju Konvencija MOR broj 111 i Preporuka MOR broj 111, koje su usvojene na inicijativu Ekonomskog

81 N. Valticos, *op. cit.*, str. 104.

82 George P. Politakis, „Night work of women in industry: Standards and sensibility“, *International Labour Review*, br. 4/2001, str. 404.

83 Patrice Adam, *L'individualisation du droit du travail: Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, L.G.D.J., Paris, 2005, str. 228; iscrpno o načelu jednake zarade za isti rad videti u: Predrag Jovanović, „Načelo jednake plaćenosti za isti rad u međunarodnim, regionalnim i nacionalnim aktima“, *Radno i socijalno pravo*, br. 4–7/2003, str. 21–33.

84 Konvencija MOR br. 87 o slobodi udruživanja i zaštiti prava na organizovanje (*Službeni list FNRJ – Međunarodni ugovori*, br. 8/58), čl. 2.

85 Konvencija MOR br. 105 koja se odnosi na ukidanje prinudnog rada (*Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 13/2002), čl. 1, tač. e).

86 Social Policy (Non-Metropolitan Territories) Convention, 1947 (No. 82) – Konvencija MOR br. 82 o socijalnoj politici u kolonijama, čl. 18, st. 1, tač. b)-e).

i socijalnog komiteta OUN.⁸⁷ U smislu odredaba Konvencije MOR broj 111, diskriminacija u oblastima zaposlenja (engl. *employment*, fr. *emploi*) i zanimanja (eng. *occupation*, fr. *profession*) odnosi se na pristup profesionalnoj obuci, pristup zaposlenju i određenim zanimanjima, i uslove zaposlenja, dok je odredbama prateće preporuke precizirano da se zaštita od diskriminacije odnosi, između ostalog, i na dostupnost profesionalne orijentacije i usluga službi za zapošljavanje, na dostupnost obuka i zaposlenja po sopstvenom izboru (a na osnovu lične podesnosti za određenu obuku ili zaposlenje), na napredovanje u skladu s ličnosti, iskustvom, sposobnostima i marljivošću, te na sigurnost zaposlenja.⁸⁸ Pritom je interesantno uočiti da su, prilikom usvajanja Konvencije broj 111, predstavnici vlada nekih država članica predlagali brisanje izraza „zanimanje“ iz naslova i sadržine Konvencije, i to zbog nastojanja da njenim područjem primene ne budu obuhvaćena i samozaposlena lica. Taj amandman je odbijen, jer nije bilo prihvatljivo da radnici koji žele da rade kao samozaposleni budu uskraćeni za zaštitu od diskriminatornih propisa i diskriminatorne prakse.⁸⁹ S tim u vezi, valja imati u vidu da, u smislu odredaba ove konvencije, izraz `zanimanje` označava profesiju ili vrstu rada koju pojedinac obavlja, nezavisno od grane ekonomske aktivnosti kojoj je priključen i nezavisno od njenog industrijskog položaja.⁹⁰ To je izuzetno značajno, imajući u vidu rizik diskriminacije koji natkriljuje pristup određenim slobodnim ili drugim profesijama, u smislu utvrđivanja uslovâ za pristup profesiji, izdavanja licenci ili dozvola za obavljanje određenog zanimanja ili aktivnosti, i sl.

U Konvenciji MOR broj 111 sadržana je i *opšteprihvaćena definicija diskriminacije u oblasti zaposlenja i zanimanja*, po kojoj ovaj pojam označava: „svako razlikovanje, isključivanje ili davanje prednosti koje se zasniva na rasi, boji kože, polu, veroispovesti, političkom opredeljenju, nacionalnom ili socijalnom poreklu, koje ima za posledicu da se ukida ili narušava jednakost mogućnosti ili postupanja u materiji zapošljavanja ili zanimanja“.⁹¹ Ova opisna, široka definicija počiva na tri osnovna elementa: *faktičkom elementu*, koji se tiče uspostavljanja različitog postupanja (razlikovanje, isključivanje ili davanje prednosti, usled određenog

87 Resolution 545 C(XVIII) of 29 July 1954 inviting the ILO to undertake the study of discrimination measures in the field of employment and occupation. Deklaracijom o osnovnim načelima i pravima na radu (1998) potvrđeno je da sve države članice MOR imaju obavezu da „ukinu diskriminaciju u pogledu zaposlenja i zanimanja“, nezavisno od toga da li su ratifikovale konvencije br. 100 i 111 (ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, adopted by the International Labour Conference at its Eighty-sixth Session, Geneva, 18 June 1998 /Annex revised 15 June 2010/, st. 2). Vid.: Mario Reljanović, „Međunarodna organizacija rada i zabrana diskriminacije pri zapošljavanju“, *Strani pravni život*, br. 3/2012, str. 80–94.

88 Konvencija MOR br. 111 o diskriminaciji u pogledu zaposlenja i zanimanja (*Službeni list SFRJ – Dodatak*, br. 3/61), čl. 1, st. 3; Discrimination (Employment and Occupation) Recommendation, 1958 (No. 111) – Preporuka MOR br. 111, st. 2, tač. b), al. i)-iv). U praksi nadzornih tela MOR odredbe Konvencije broj 111 tumače se na način da zabranjuju i diskriminaciju u pogledu pristupa visokom obrazovanju, ako je ono neophodno za dobijanje pristupa određenom zaposlenju (H. K. Nielsen, 832).

89 International Labour Organization, *Equality in employment and occupation*, st. 86.

90 *Ibid.*

91 Konvencija MOR br. 111, čl. 1, st. 1, tač. a). Treba imati u vidu da je ovo prva definicija diskriminacije na međunarodnom nivou (I. Krstić, *op. cit.*, str. 17).

činjenja ili nečinjenja); osnovu za različito postupanje (urođena ili stečena, stvarna ili pretpostavljena lična svojstva); i objektivnoj posledici različitog postupanja (ukidanje ili narušavanje jednakosti mogućnosti i/ili jednakog postupanja u materiji zaposlenja i zanimanja).⁹²

Definicija, pritom, polazi od (konkretnog ili apstraktnog) poređenja postupanja prema jednom licu s tretmanom drugog lica, pri čemu je za kvalifikaciju diskriminacije potrebno da rezultati poređenja pokazuju da postoji „razlikovanje, isključivanje ili davanje prednosti“ jednom licu u odnosu na drugo. Kako načelo jednakosti ne podrazumeva odsustvo pravljenja svake razlike između zaposlenih, zabranjena distinkcija počiva na nekom od sedam razloga (motiva), koji su, danas, univerzalno priznati kao osnovi diskriminacije.⁹³ Ugovornicama Konvencije MOR broj 111 je, pritom, prepušteno da, nakon konsultacija s reprezentativnim sindikatima i udru-

92 International Labour Organization, *Equality in employment and occupation. General Survey by the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, International Labour Conference, 75th Session, Report III (Part 4B), Geneva, 1988, st. 23.

93 S tim u vezi, treba uočiti da u ustavima i radnom zakonodavstvu nekoliko država centralne i istočne Evrope, političko uverenje nije bilo izričito potvrđeno kao osnov diskriminacije, na šta je istrajno upozoravao Komitet eksperata MOR, npr. u pogledu Bugarske (L. Betten, *op. cit.*, str. 178–179). Slično vredi i za našu državu, a zbog utvrđivanja moralno-političke, odnosno idejno-političke podobnosti kao načela kadrovske politike, odnosno kao posebnog uslova za zasnivanje radnog odnosa ili kao uslov na osnovu kog se može utvrđivati prednost pri zasnivanju radnog odnosa. Utvrđivanje i proveru ispunjenosti ovog uslova za zasnivanje radnog odnosa čak i na poslovima čija priroda, značaj i organizacija nemaju poseban značaj za razvoj samoupravnih odnosa u preduzeću (npr. poslovi šefa kuhinje, tehničara pletačkog smera, daktilografa i magacionera) pratio je, naime, rizik neobjektivnosti, ali i rizik diskriminacije i neopravdanog ograničavanja prava na rad na osnovu političkog uverenja, te rizik negativne selekcije radnikâ. Ovo stoga što je podobnost (neposredno ili posredno) vezivana za privrženost političkim stavovima i za ponašanje koje je smatrano pozitivnim sa stanovišta samoupravnog socijalističkog društva (u smislu doprinosa razvijanju bratstva i jedinstva, opredeljenosti za revolucionarni kurs Saveza komunista Jugoslavije /SKJ/, posvećenosti samoupravnom socijalizmu, isticanja društveno-političkim radom, posedovanja društvenih i moralnih kvaliteta, i sl.). Kako je privrženost određenim političkim stavovima, odnosno opredeljenost za određene političke ideje, morala biti „potvrđena na delu“, ispunjenost ovog uslova procenjivana je kroz upoznavanje poslodavca s činjenicama iz života i rada kandidata za zaposlenje. U sudskoj praksi je, pritom, bio afirmisan stav da se moralno-politička podobnost građana pretpostavlja, a da se suprotno dokazuje, npr. osuđujućom presudom za određeno krivično delo ili ponašanjem kandidata u društvenom životu (Andrej Frimmerman, *Sistematizacija poslova i radnih zadataka*, Privredna štampa, Beograd, 1981, str. 83). S tim u vezi, domaći sudovi su smatrali da za ispunjavanje predmetnog uslova za zasnivanje radnog odnosa nije neophodno da kandidat bude član SKJ, dok je u praksi poslodavaca to predstavljalo posebno važan, ali ne i jedini dokaz o ispunjenosti ovog uslova. Utvrđivanje uslova koji se sastojao u moralno-političkoj podobnosti napušteno je, između ostalog, zbog prakse nadzornih tela MOR, u kojoj je ovaj uslov kvalifikovan kao diskriminatoran. Na sednici predsednikâ ustavnih sudova od 19. decembra 1979. godine bilo je, naime, zaključeno da je propisivanje moralno-političke podobnosti neustavno, zbog čega je ukazano na neophodnost postepenog ukidanja ovog uslova za zasnivanje radnog odnosa u zakonodavstvu, opštim aktima preduzeća i oglasima i konkursima za slobodne poslove. Inspekcija rada je, pritom, bila odgovorna za preduzimanje neophodnih mera da se iz oglasa ili konkursa za slobodna radna mesta ukloni svaka naznaka uslova koji bi se ticao moralno-političke podobnosti. Nav. prema: International Labour Organization, *Equality in employment and occupation*, st. 59 i 96; za analizu ovog pitanja vid.: Borivoje Šunderić, „Moralna i politička podobnost kao uslov za zasnivanje radnog odnosa“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1–2/1982, str. 164–181.

ženjima poslodavaca, odrede i druge nedopuštene osnove razlikovanja zaposlenih i kandidatâ za zaposlenje,⁹⁴ s tim što se sistemskim tumačenjem odredaba ove konvencije mogu otkriti još neki zabranjeni osnovi razlikovanja. To je, najpre, slučaj s trudnoćom i materinstvom, za koje se smatra da su obuhvaćeni zabranom diskriminacije na osnovu pola, dok su starost, invalidnost i porodične dužnosti posredno zaštićene kao osnov razlikovanja kroz pravila o merama posebne zaštite koje se ne smatraju diskriminacijom.⁹⁵

Međunarodni radni standardi određuju, dakle, diskriminaciju kao nelegitimno razlikovanje radnikâ, koje može biti uspostavljeno na različite načine (zakonima i drugim pravnim propisima, merama javne politike, običajima ili praksom socijalnih partnera i državnih institucija i sl.), pod uslovom da proizvodi negativne posledice u pogledu određenog lica ili grupe lica. U smislu odredaba Konvencije, negativne posledice razlikovanja tiču se jednakih mogućnosti i jednakog postupanja, pri čemu *'jednakost mogućnosti'* pretpostavlja zahtev da svi moraju imati šansu i slične prilike za uključivanje u tržište rada i zapošljavanje. Neki autori to opisuju kroz metaforu o takmičarima koji učestvuju u trci – kako ne može biti stvarne jednakosti, ako pojedinci započinju trku s različitim startnih pozicija, zahtev koji se odnosi na jednake mogućnosti ima za cilj da svima budu zadate iste startne pozicije.⁹⁶ To, dalje, znači da jednakost mogućnosti može biti obezbeđena, ako se utvrde okolnosti koje sprečavaju pojedince ili grupe lica da učestvuju na tržištu rada pod istim uslovima kao i drugi, i ako se, zatim, te prepreke uklone, tj. ako se primene mere koje mogu da neutrališu njihove posledice.⁹⁷ Potonje mere se, po pravilu, sastoje u javnom oglašavanju slobodnih poslova i u podsticanju ugroženih kategorija radnikâ da se prijavljuju na oglase i konkurse, kao i u sprečavanju prakse da se kandidati za zaposlenje biraju na osnovu kriterijumâ koji nisu od presudnog značaja za obavljanje slobodnih poslova. U literaturi se, međutim, s pravom, ukazuje da većina ovih mera otklanja samo *procesne prepreke za zapošljavanje*. Iako se time povećavaju mogućnosti za zapošljavanje ugroženih kategorija radnika, oni, neretko, nisu u prilici da iskoriste stvorene mogućnosti (npr. veliki broj Roma, uprkos otklanjanju nekih procesnih prepreka za zapošljavanje, ne može da se uključi u tržište rada, jer, zbog osobenog načina života, siromaštva, socijalne isključenosti i diskriminacije u obrazovanju, nema potrebne kvalifikacije, tj. ne može da ispuni propisane uslove za zasnivanje radnog odnosa). Konačno, valja primetiti da je time što je definisala pojam diskriminacije imajući u vidu, pre svega, *posledice* različitog postupanja prema tražiocima zaposlenja i zaposlenima, Međunarodna konferencija rada potvrdila da namera *ne* predstavlja konstitutivni element (i neophodan uslov) diskriminacije u oblasti zaposlenja i zanimanja.⁹⁸

94 Konvencija MOR br. 111, čl. 1, st. 1, tač. b).

95 *Ibid.*, čl. 5, st. 2.

96 Anna Cieslar, André Nayer, Bernadette Smeesters, *Le droit à l'épanouissement de l'être humain au travail: Métamorphoses du droit social*, Bruylant, Bruxelles, 2007, str. 203.

97 Sandra Fredman, „Affirmative action and the European Court of Justice: A critical analysis“, u: Jo Shaw (ed.), *Social law and policy in an evolving European Union*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2000, str. 175.

98 Manuela Tomei, „Discrimination and equality at work: A review of the concepts“, *International Labour Review*, br. 4/2003, str. 402.

Definicija diskriminacije iz Konvencije MOR broj 111 „ponovljena“ je u nizu drugih izvora međunarodnog radnog prava, dok je u odgovarajućim direktivama Evropskih zajednica, odnosno Evropske unije, ona, u izvesnoj meri, precizirana i proširena. Ta pojašnjenja i dopune se, prevashodno, odnose na razlikovanje pojedinih oblika diskriminacije, premda je zabrana neposredne i posredne diskriminacije *implicito* potvrđena i u legislativi MOR, kroz isticanje (negativnih) *posledica* različitog postupanja prema zaposlenima i kandidatima za zaposlenje.⁹⁹ Takođe, pravilnom i potpunom razumevanju pojma diskriminacije u zaposlenju i zanimanju doprinose i pravila o dopuštenom razlikovanju kandidata za zaposlenje i zaposlenih zbog stvarnih zahteva određenog posla, zbog aktivnosti koje mogu ugroziti bezbednost države, i zbog primene posebnih mera zaštite ili pomoći osetljivim kategorijama radnika.

Konačno, valja istaći da su Konvencijom MOR broj 111 utvrđene brojne mere za ukidanje diskriminacije u oblasti zaposlenja i zanimanja, počevši od uklanjanja svih diskriminativnih pravnih propisa i prakse. Na to se nadovezuju, između ostalog, i obaveza osmišljavanja i primene nacionalne politike jednakih mogućnosti i jednakosti postupanja, obaveza usvajanja pravnih propisa i podsticanja osmišljavanja i uvođenja obrazovnih programa kojima se obezbeđuje prihvatanje i poštovanje načela jednakosti i zabrane diskriminacije, te poštovanje zahteva za suzbijanjem diskriminacije u aktivnostima vezanim za profesionalnu orijentaciju i poslove zapošljavanja.¹⁰⁰ Ova lista proširena je odredbama Preporuke MOR broj 111 nizom drugih mera, poput ograničavanja mogućnosti za zaključenje ugovora o javnim nabavkama samo na poslodavce koji poštuju načelo jednakosti, baš kao što izdavanje licence privatnim agencijama za zapošljavanje može biti uslovljeno zahtevom da poštuju ovo načelo.¹⁰¹ Pravilnom i potpunom razumevanju ovih aktivnosti doprinosi praksa nadzornih tela, pri čemu su naročito ilustrativne preporuke Komisije za istragu ustanovljene povodom pritužbe koju su predstavnici radnikâ podneli Opštoj konferenciji rada zbog diskriminacije Roma i predstavnikâ mađarske i nemačke manjine u Rumuniji. Komisija je utvrdila da se neposredna diskriminacija Roma ogleda u tome što se oni, gotovo bez izuzetka, angažuju za obavljanje mukotrpnih poslova koji ne uživaju društveno uvažavanje, na kojima ostvaruju niže zarade od drugih zaposlenih i nemaju mogućnosti za napredovanje, dok je posredna diskriminacija naročito izražena u pogledu obuke i pristupa zaposlenju, pre svega stoga što, zbog niskih zarada, Romi ne mogu da priušte svojoj deci odgovarajuće stručno obrazovanje, zbog čega ni ona ne mogu imati pristup bolje plaćenim poslovima.¹⁰² Rumuniji je, stoga, predloženo preduzimanje čitavog niza mera u oblasti ekonomske, socijalne i jezičke politike, ne bi li se uvažile osobene potrebe pripadnikâ manjina u oblasti zapošljavanja.

99 Up. sa International Labour Organization, *Time for equality at work*. Global Report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, Report of the Director-general, International Labour Conference, 91st Session, Geneva, 2003, st. 16.

100 Konvencija MOR br. 111, čl. 3.

101 Preporuka MOR br. 111, st. 3.

102 Colin Fenwick, „The International Labour Organization: An integrated approach to economic and social rights“, u: Malcom Langford (ed.), *Social rights jurisprudence: Emerging trends in international and comparative law*, Cambridge University Press, New York, 2008, str. 600.

Pored navedenih instrumenata, delotvornoj primeni načela jednakosti doprinose i standardi sadržani u nizu drugih izvora prava MOR, poput Konvencije broj 122 o politici zapošljavanja, Konvencije broj 156 o radnicima s porodičnim dužnostima, kao i konvencija o fleksibilnim oblicima radnog odnosa (Konvencija broj 175 o radu s nepunim radnim vremenom, Konvencija broj 177 o radu kod kuće i Konvencija broj 189 o plaćenom radu u domaćinstvu poslodavca), koje su naročito značajne za delotvornu primenu načela jednakosti muškaraca i žena.¹⁰³ S tim u vezi, valja imati u vidu da standardi MOR krajnje skromno prepoznaju vezu između pola i nestandardnog, odnosno prekarnog rada, dok zaokret uspostavlja koncepcija dostojanstvenog rada koju je MOR osmislila, upravo, u cilju unapređenja „mogućnosti muškaraca i žena da dobiju pristojan i produktivan posao, u uslovima slobode, jednakosti, sigurnosti i ljudskog dostojanstva“.¹⁰⁴ Jednakost je, dakle, potvrđena kao jedan od elemenata dostojanstvenog rada, koji treba obezbediti svim radnicima, bilo da obavljaju plaćeni, bilo neplaćeni rad u formalnoj ili neformalnoj ekonomiji. Time je posebno uvažena potreba za zaštitom radnikâ s periferije formalnog sistema rad-

103 Analiza načela jednakosti i zabrane diskriminacije u oblasti radnih odnosa neizostavno uključuje i pitanje *postupanja prema zaposlenima s nestandardnim radnim odnosom*, jer se u ovoj oblasti, kao specifičan osnov nejednakog postupanja prema radnicima može pojaviti i *atipičnost radnog odnosa*, odnosno činjenica da zaposleni radi s nepunim radnim vremenom, na određeno vreme ili na specifičnom mestu rada (rad kod kuće, rad na daljinu, rad pomoćnog kućnog osoblja). Ovaj oblik diskriminacije može biti ispoljen u različitim segmentima radnog odnosa, i to kroz priznavanje određenih prava samo za zaposlene sa standardnim oblikom zaposlenja ili kroz utvrđivanje strožih uslova za sticanje i ostvarivanje određenih prava za zaposlene s nestandardnim radnim odnosom. Pri tome je moguće uočiti dva osnovna razloga za pojavu ovog oblika nejednakog postupanja: prvi leži u činjenici da je radno i socijalno zakonodavstvo tradicionalno koncipirano po modelu standardnog radnog odnosa, dok se drugi razlog vezuje za činjenicu da su zaposleni s nestandardnim radnim odnosom, po pravilu, slabije integrisani u radnu sredinu. Normama radnog zakonodavstva se, otud, uspostavlja pravni okvir, koji, zbog prednosti koje nestandardni oblici radnog odnosa imaju za poslodavce i državu, treba da ohrabruje zaposlene na zaključivanje nestandardnih ugovora o radu, a, što se postiže, pre svega, obezbeđivanjem jednake (ili, barem, srazmerne) zaštite, kao i u slučaju zaposlenih sa standardnim radnim odnosom. To je i razlog što se načelo jednakosti nalazi u središtu međunarodnih normi o nestandardnim vrstama radnog odnosa. Zabrana nepovoljnijeg postupanje prema zaposlenima s nestandardnim radnim odnosom nije, međutim, apsolutna, već različit tretman može biti dopušten, kada za to postoje objektivni razlozi. Ipak, primena načela jednakosti nije dovoljna za potpunu zaštitu ovih lica, jer postoje aspekti radnog odnosa u kojima se oni, u poređenju sa zaposlenima sa standardnim radnim odnosom, susreću s problemima koji su krajnje specifični (npr. ograničene mogućnosti za stručno usavršavanje i napredovanje u karijeri, problem zahtevanja prekovremenog rada od zaposlenih koji rade s nepunim radnim vremenom, odnosno u domaćinstvu poslodavca, ili nemogućnost zaposlenih s ugovorom o radu na određeno vreme da ostvare prava koja se stiču zavisno od dužine radnog staža ostvarenog kod istog poslodavca). Ti problemi iskrsavaju i pored načelne jednakosti, svedočeci da je ovoj kategoriji zaposlenih neretko potrebna i *posebna zaštita*. Naravno, prilikom razmatranja različitog postupanja prema zaposlenima s obzirom na vrstu radnog odnosa treba biti oprezan u pogledu kvalifikacije takvog ponašanja kao diskriminacije. Ovo stoga što pojam diskriminacije nužno pretpostavlja postojanje urođenih ili stečenih ličnih svojstava, kao osnova diskriminacije, što ovde nije slučaj. Vid. Ljubinka Kovačević, *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, str. 438-463.

104 Decent work. Report of the Director-General of the ILO to the 87th Session of the International Labour Conference, Geneva, 1999.

nih odnosa i socijalne sigurnosti, a, što, pored nestandardnih oblika radnog odnosa u okviru kojih neretko rade žene, uključuje i neplaćeni rad žena u domaćinstvu.¹⁰⁵ Ipak, u literaturi se, s pravom, zaključuje da rodna perspektiva u novijim univerzalnim međunarodnim radnim standardima podrazumeva veću jednakost muškaraca i žena u pogledu izbora zanimanja, kao i u pogledu uslovâ rada, dok se pitanje pravičnije raspodele porodičnih dužnosti prema deci i drugim članovima porodice koji zavise od tuđe nege i pomoći još uvek ne uređuje konvencijama i preporukama.¹⁰⁶ Konačno, ne treba gubiti iz vida ni to da je savremeno radno pravo, prilikom stvaranja uslovâ za postizanje rodne ravnopravnosti, usmereno, pre svega, na jačanje položaja žena u svetu rada. Takav pristup je, u velikom broju slučajeva opravdan, imajući u vidu da se radnice češće suočavaju s nepovoljnim postupanjem i češće su adresati diskriminacije od muškaraca. Ipak, istrajavanje u takvom pristupu može voditi odviše pojednostavljenom shvatanju načela rodne ravnopravnosti, kao i ignorisanju osobenih potreba koje muškarci imaju u svetu rada, ali i ignorisanju važnosti njihove uloge za doslednu primenu načela rodne ravnopravnosti i osnaživanje položaja žena.¹⁰⁷ Stoga postoji potreba da se, u cilju uklanjanja rodno zasnovane diskriminacije iz sveta rada, pored potreba radnica, uvažava i osobene potrebe muškaraca. Na nivou MOR, ova potreba je prepoznata i izražena kroz Rezoluciju o rodnoj ravnopravnosti u srcu dostojanstvenog rada (2009), kojom je potvrđena obaveza MOR da preispita pritiske na dečake i muškarce da prihvate i povinuju se rodnim stereotipima u svetu rada. Ovo vredi, između ostalog, i za stereotip da žene treba da budu bezmalo jedini adresati mera koje se tiču pomirenja profesionalnog i porodičnog života zaposlenih, kao i za stereotip da radnicima muškog pola nije potrebna posebna radnopravna zaštita.¹⁰⁸ Radno pravo, upravo suprotno, treba da teži intenzivnijem učešću muškaraca u porodičnim dužnostima, kroz pravična pravila o odsustvu za očeve i odsustvu radi (posebne) nege deteta, baš kao što postoji i potreba za posebnom zaštitom radnika muškog pola angažovanih na opasnim poslovima.

Konačno, valja imati u vidu i delatnost MOR u borbi protiv aparthejda, budući da je rasna segregacija u Južnoafričkoj Republici uključivala i uskraćivanje mogućnosti afričkim radnicima za pristup obuci, zaposlenju i napredovanju u pogledu nemalog broja poslova, a, što je imalo za posledicu da je velika većina afričkih radnika obavljala skromno plaćene i nesigurne poslove, u lošim uslovima rada i uz značajno ograničena kolektivna prava. U tom smislu je 1964. godine usvojena Deklaracija o politici aparthejda u radnopravnim pitanjima u Južnoafričkoj Republici, uz ustanovljavanje detaljnog programa mera za ukidanje aparthejda u oblastima zapošljavanja, obuke, zaštite od prinudnog rada i slobode udruživanja.¹⁰⁹

105 Leah F. Vosko, „Gender, precarious work, and the International Labour Code: The ghost in the ILO closet“, u: Judy Fudge, Rosemary Owens (eds), *Precairous work, women, and the new economy – The challenge to legal norms*, Hart Publishing, Oxford – Portland, Oregon, 2006, str. 58.

106 *Ibid.*, str. 75.

107 *Men and masculinities: promoting gender equality in the world of work*, International Labour Office, Geneva, 2013, str. 2–3.

108 Resolution concerning gender equality at the heart of decent work, adopted by the General Conference of the International Labour Organization at its 98th Session on 17 June 2009, st. 6.

109 Vid.: Declaration concerning the Policy of „Apartheid“ of the Republic of South Africa (1964); ILO Programme for the Elimination of Apartheid in Labour Matters (1963). Pored ideje o nepo-

Može se zaključiti da su pobrojani i drugi univerzalni radni standardi od značaja za zaštitu od diskriminacije usvajani s dvojakim ciljem: da doprinesu ukidanju nejednakog postupanja i da unapređuju jednakost mogućnosti radnikâ.¹¹⁰ U tom smislu, Hepl (*Bob Hepple*), s pravom, zaključuje da se *jednakost nalazi u samom srcu pojma 'dostojanstven rad'*.¹¹¹ Ovo stoga što implementacija modela dostojanstvenog rada može doprineti održivom razvoju (u smislu stvaranja odgovarajućih prihoda i obezbeđivanja odgovarajuće zaštite od socijalnih rizika), ali samo ako se otklone društvene i ekonomske podele koje su važan uzrok siromaštva, uključujući i podele uzrokovane diskriminacijom.¹¹²

ZAKLJUČAK

Pravna jednakost ljudi izražava se na posredan način u međunarodnom pravu, u načelu suverene jednakosti država.¹¹³ S timu vezi, nije jednostavno izvesti ocenu značaja koji razmotreni međunarodni instrumenti imaju za zaštitu od diskriminacije u državama na koje se primenjuju, posebno uzimajući u obzir „raskorak koji neretko postoji između retorike međunarodnog diskursa i stanja na terenu“¹¹⁴. Prilikom te ocene, u pogledu akata OUN, važan pokazatelj njihovog značaja predstavlja prilično veliki broj ugovornica, jer to jasno odslikava široku, tj. opštu (makar, samo i formalnu) prihvaćenost načela jednakosti i načela zabrane diskriminacije u zapošljavanju.¹¹⁵ Tome doprinosi i činjenica da su, i pored *univerzalnosti načela jednakosti i načela zabrane diskriminacije*,¹¹⁶ merodavni izvori međunarodnog radnog

vredivosti dostojanstva svakog radnika, ovi akti počivali su i na ideji da „moderno industrijsko društvo ne može sebi da priušti očuvanje dva kontradiktorna sistema radnih odnosa za različite klase radnika, od kojih jedna uživa slobodu izbora zaposlenja i slobodu kretanja, dok druga klasa, koja obuhvata veliku većinu radne snage, svodi položaj radnika na položaj privremenog migranta, koji nema stvarnu slobodu da izabere ili promeni zaposlenje, i koji ima pravo da živi i radi u glavnim urbanim i industrijskim delovima države samo dok tamo postoji potreba za njegovim radom.“ D. Hirschman, *op. cit.*, str. 10.

110 N. Valticos, *op. cit.*, str. 104.

111 Bob Hepple, „Equality and empowerment for decent work“, *International Labour Review*, br. 1/2002, str. 5.

112 *Ibid.*, str. 13–14.

113 Jasminka Hasanbegović, *Ka filozofiji prava kao filozofiji ljudskih prava*, Dosije studio, Beograd, 2021, str. 160.

114 J. Spencer, M. Spencer, *op. cit.*, str. 55.

115 Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima ratifikovale su 173 države, Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima ima 171 ugovornicu, Međunarodnu konvenciju o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije ratifikovale su 182 države, isti broj ratifikacija ima i Međunarodna konvencija o pravima osoba s invaliditetom, Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena ima čak 189 ugovornica, Konvenciju o statusu izbeglica ratifikovalo je 146 država, Konvencija o pravnom položaju licâ bez državljanstva ima 94 ugovorne strane, dok je Međunarodnu konvenciju o zaštiti prava svih radnika migranata i članova njihovih porodica ratifikovalo svega 55 država. Nav. prema: „Human rights indicators“, <https://indicators.ohchr.org/>; „Convention relating to the Status of Stateless Persons“, <https://treaties.un.org/>; „The 1951 Refugee Convention“, <https://www.unhcr.org/5d9ed32b4>, 18.4.2021.

116 Ovdje pod univerzalnosti, zapravo, mislimo na to da su zabrana diskriminacije i jednakost ključni elementi zaštite ljudskih prava koje države moraju poštovati, nezavisno od njihove pravne tradicije i domaćeg prava. M. Ssenyonjo, *op. cit.*, str. 84.

prava dovoljno *fleksibilni* da mogu da se primenjuju u državama koje su međusobno značajno, nekad, čak, i dramatično, različite u pogledu pravne tradicije, društvenog uređenja, ekonomskog razvoja i političkog sistema koji je u njima izgrađen. Stoga je državama, po pravilu, prepušten izbor mera kojima će obezbediti primenu ovih načela, pod uslovom da su time „pokriveni“ svi osnovi diskriminacije propisani u odgovarajućem izvoru prava, da su mere usmerene na promovisanje jednakih mogućnosti u cilju ukidanja svih oblika diskriminacije u zakonodavstvu i praksi, i da primena predmetnih mera može da doprinese postizanju jednakosti u svim aspektima zapošljavanja.

Delotvorna primena načelâ jednakosti i zabrane diskriminacije u zapošljavanju nije u potpunosti moguća ukoliko se ona ne primenjuju dosledno u drugim, zapravo, u svim oblastima života. Tu mislimo ne samo na postojanje nekog opšteg konteksta nejednakosti, kao što je to bio slučaj s aparthejdom, već i na izraženu diskriminaciju u određenim oblastima, koja se nužno preslikava i na oblast zapošljavanja, kao što se, primera radi, diskriminacija u oblasti obrazovanja, neretko „preliva“ i na oblast zapošljavanja, naročito u pogledu osoba s invaliditetom ili Roma, koji, zbog prepreka na koje nailaze u oblasti obrazovanja, neretko imaju ozbiljne teškoće da pronađu i zadrže zaposlenje, kao i da napreduju u profesionalnoj karijeri. U tom smislu, ima mesta zaključku da (pravne i vanpravne) mere koje se preduzimaju u cilju ispunjenja obaveza preuzetih ratifikacijom međunarodnih instrumenata moraju biti posmatrane kao *delić šireg skupa međusobno usklađenih mera usmerenih na postepenu izgradnju društva u kom neće biti diskriminacije*.¹¹⁷ Najznačajnije od tih mera su, pritom, usmerene na *uređivanje zaštite od diskriminacije* u ustavima, matičnim zakonima za oblast zapošljavanja i radnih odnosa, kao i u antidiskriminacionom zakonodavstvu i izvorima autonomnog prava, s tim što je, pored osmišljavanja i propisivanja pravila sadržanih u merodavnim izvorima prava unutrašnjeg porekla, postoji i potreba da te norme ostvaruju praktičan uticaj na postizanje jednakosti. U tom smislu, delotvornoj primeni međunarodnih instrumenata u državama ugovornicama značajno doprinosi *stvaranje uslovâ za ostvarivanje (pravosudne i vanpravosudne) zaštite pravâ radnika koji smatraju da su diskriminirani*. Stoga je za delotvornu primenu načela jednakosti posebno važna *izgradnja i unapređenje odgovarajućeg institucionalnog okvira za zaštitu od diskriminacije*, pre svega, u smislu obezbeđivanja adekvatnog nadzora nad primenom merodavnih propisa, uspostavljanjem saradnje resornih ministarstava s nezavisnim kontrolnim institucijama, otklanjanjem prepreka koje stoje na putu ostvarivanju delotvorne sudske zaštite pravâ radnikâ uopšte, pa i prava na zaštitu od diskriminacije, i tako dalje.

To, dalje, znači da se problemi koji postoje u društvu u vezi s ukidanjem diskriminacije ne mogu rešavati isključivo donošenjem propisâ, kako to često veruju tzv. legalni fetišisti.¹¹⁸ Kako je uloga zakonâ i drugih pravnih propisa, kao instrumenata za postizanje društvenih promena koje se tiču dosledne implementacije načelâ jednakosti i zabrane diskriminacije prilično ograničena, važno je iskoristiti potencijale

117 International Labour Organization, *Equality in employment and occupation*, st. 241.

118 Senad Jašarević, „Antidiskriminaciono pravo Srbije u oblasti rada i standardi Evropske unije“, u: Željko Potočnjak, Ivana Grgurev, Andrea Grgić (ur.), *Perspektive antidiskriminacijskog prava*, Sveučilište u Zagrebu – Pravni fakultet, Zagreb, 2014, str. 50.

drugih instrumenata, od kojih mnogi prevazilaze oblast prava. To, naročito, vredi za *razvijanje kulture tolerancije i osetljivosti građana na probleme koji se vezuju za obezbeđivanje jednakosti*, a, zatim, i za *pomirenje legitimnih interesa poslodavaca i zaposlenih u ovoj oblasti*. U tom postupku moraju učestvovati svi, a posebna odgovornost, leži na socijalnim partnerima. Stoga je neophodno i *jačanje uloge sindikata u ovoj oblasti*, najpre, kroz povećanje broja članova sindikata i članova sindikalnih organa koji dolaze iz osetljivih grupa radnika, a, zatim, i kroz jačanje (bipartitnog i tripartitnog) dijaloga o ovim pitanjima, jer *društvene promene nisu moguće bez učešća zainteresovanih lica u tom procesu*.¹¹⁹ Time se, naravno, ne iscrpljuju potencijali socijalnih partnera u sprečavanju i otklanjanju diskriminacije u zapošljavanju, zbog čega ne čudi da pojedina ugovorna nadzorna tela, poput Komiteta eksperata MOR i Evropskog komiteta za socijalna prava, prilikom ocene usklađenosti zakonodavstva i prakse država ugovornica redovno traže i podatke o oblicima učešća sindikata u ovoj oblasti, pre svega iz ugla stvaranja uslovâ za delotvorno ostvarivanje prava na (van)pravosudnu zaštitu radnikâ koji smatraju da su diskriminisani.¹²⁰

Konačno, potencijale i nemoć međunarodnih instrumenata da doprinesu zaštiti od diskriminacije u zapošljavanju treba sagledavati i iz ugla činjenice da *suverenost država* može biti prepreka za delotvorniji uticaj međunarodnih standarda na nacionalna zakonodavstva i praksu. To je naročito vidljivo u procesu ratifikacije, budući da čak i neki instrumenti koji čine armaturu međunarodnog prava ljudskih prava imaju skroman broj ratifikacija, kao što je to slučaj s Međunarodnom konvencijom o zaštiti pravâ svih radnika migranata i članova njihovih porodica.¹²¹ S druge strane, ratifikacija nekog instrumenta ne znači nužno i njegovu delotvornu primenu, budući da neke države nemaju odgovarajuće administrativne i druge mehanizme za to.¹²² U tom smislu, ima mesta zaključku da je nivo nezavisnosti koju državna suverenost pretpostavlja – nejednak, i zapravo, zavisi od ekonomske snage i političke moći svake države, a što ozbiljno dovodi u pitanje očuvanje jednakosti, kao bitne pretpostavke mira u svetu.¹²³ Na to se nadovezuju i *slabosti nadzornog mehanizma* razmatranih akata OUN i MOR, u smislu komplikovanosti nadzornog postupka i mogućnosti da u njemu za povrede obaveza preuzetih ratifikacijom akata od značaja za zaštitu od diskriminacije u zapošljavanju – budu izrečene samo političke, ne i pravne sankcije.¹²⁴

119 *Ibid.*, str. 60.

120 International Labour Organization, *Equality in employment and occupation*, st. 249–250; C. Kollonay-Lehoczky, *op. cit.*, str. 376.

121 Monique Chemillier-Gendreau, „La souveraineté, obstacle au développement d’un droit démocratique“, *Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale Working Papers*, WPS/2014/9, str. 2.

122 Manfred Weiss, „Re-inventing labour law?“, u: Guy Davidov, Brian Langille, *The idea of labour law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, 52.

123 M. Chemillier-Gendreau, str. 2.

124 Tako i J. Spencer, M. Spencer, *op. cit.*, str. 50 i 70. Za produbljenu analizu prednosti i nedostataka nadzornih mehanizama videti u: Goran Obradović, *Primena međunarodnih standarda rada*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu – Centar za publikacije, Niš, 2011, kao i radove objavljene u zborniku George P. Politakis (ed.), *Protecting labour rights as human rights: Present and future of international supervision*, International Labour Organization, Geneva, 2007 (posebno radove:

Literatura

- Agbetse, Y. (2004), „La Convention sur les droit des travailleurs migrants: Un nouvel instrument pour quelle protection?“, *Droits fondamentaux*, 4, 48–66.
- Adam, P. (2005), *L'individualisation du droit du travail: Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, Paris, L.G.D.J.
- Bell, M. (2010), „Irregular migrants: beyond the limits of solidarity?“, u: M. Ross, Y. Borgmann-Prebil (eds), *Promoting solidarity in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 151–165.
- Betten, L. (1993), *International labour law – Selected issues*, Deventer – Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers.
- Valticos, N. (1979), *International labour law*, Deventer, Springer-Science + Business Media, B. V.
- Vosko, L. F. (2006), „Gender, precarious work, and the International Labour Code: The ghost in the ILO closet“, u: J. Fudge, R. Owens (eds), *Precarious work, women, and the new economy – The challenge to legal norms*, Hart Publishing, Oxford – Portland, Oregon, 2006, 53–75.
- Goodwin-Gill, G. S. (2014), „The international law of refugee protection“, u: E. Fiddian-Qasmieh, G. Loescher, K. Long, N. Sigona (eds.), *The Oxford handbook of refugee and forced migration studies*, Oxford, Oxford University Press, 37–47.
- Decaux, E. (2007), „Duplication des travaux, superposition des normes, engagements diffus: où sont les limites?“, u: G. P. Politakis (ed.), *Protecting labour rights as human rights: Present and future of international supervision*, Geneva, International Labour Organization, 73–91.
- de Schutter, O. (2009), *Links between migration and discrimination*, Luxembourg, Publications Office of the European Union.
- Dimitrijević, V., Popović, D., Papić, T., Petrović, V. (2007²), *Međunarodno pravo ljudskih prava*, Beograd, Beogradski centar za ljudska prava.
- International Labour Organization (2003), *Time for equality at work*. Global Report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, Report of the Director-general, Geneva, International Labour Conference, 91st Session.
- Jašarević, S. (2014), „Antidiskriminaciono pravo Srbije u oblasti rada i standardi Evropske unije“, u: Ž. Potočnjak, I. Grgurev, A. Grgić (ur.), *Perspektive antidiskriminacijskog prava*, Zagreb, Sveučilište u Zagrebu – Pravni fakultet, 49–65.
- Jovanović, P. (2010), „Normativna izgradnja ljudskih i socijalno-ekonomskih prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3, 103–115.
- Jovanović, P. (2013), „Načelo jednake plaćenosti za isti rad u međunarodnim, regionalnim i nacionalnim aktima“, *Radno i socijalno pravo*, 4–7, 21–33.
- Kovačević, Lj (2013), *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice*, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Kovačević, Lj (2020), „Radno angažovanje subjekata neregularnih migracija“, u: Đ. Ignjatović (prir.), *Kaznena reakcija u Srbiji. H deo*, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 231–262.

Kari Tapiola, „The ILO system of regular supervision of the application of conventions and recommendations: A lasting paradigm“, 29–36; Emmanuel Decaux, „Duplication des travaux, superposition des normes, engagements diffus: où sont les limites?“, 73–91; Linos-Alexandre Sicilianos, „La réforme des organes des Nations Unies chargés du contrôle de l'application des traités relatifs aux droits de l'homme“, 151–166).

- Kovačević, Lj (2020), „Zaštita učesnikâ oglasa ili konkursa i pravo na delotvorno pravno sredstvo u opštem režimu radnih odnosa“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 89, 263–284.
- Koldinská, K. (2009), „Multidimensional equality in the Czech and Slovak Republics“, u: D. Schiek, V. Chege (eds), *European Union non-discrimination law: Comparative perspectives on multidimensional equality law*, New York, Routledge-Cavendish, 249–277.
- Kollonay-Lehoczky, C. (2017), „Article 20 – The right to equal opportunities and equal treatment in matters of employment and occupation without discrimination on the ground of sex“, u: N. Bruun, K. Lörcher, I. Schömann, S. Clauwaert (eds), *The European Social Charter and the employment relation*, Oxford/Portland, Hart Publishing.
- Krstić, I. (2018), *Zabrana diskriminacije u međunarodnom i domaćem pravu*, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Langford, M., King, J. A. (2008), „Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Past, present and future“, u: M. Langford (ed.), *Social rights jurisprudence: Emerging trends in international and comparative law*, New York, Cambridge University Press, 477–516.
- Losshak, D. (1987), „Réflexions sur la notion de discrimination“, *Droit social*, 11, 778–790.
- Middlemiss, S. (2004), „Sex and race discrimination“, u: M. Sargeant (ed.), *Discrimination law*, Harlow, Pearson Education Limited, 73–107.
- Martin I. et al. (2016), *From refugees to workers: Mapping labour-market integration support measures for asylum seekers and refugees in EU Member States. Volume I*, Gütersloh, Bertelsmann Stiftung.
- Naskou-Perraki, P. (2008), „Le Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels et le contrôle de son application“, u: N. Aliprantis (éd.), *Les droits sociaux dans les instruments Européens et internationaux: Défis à l'échelle mondiale*, Bruxelles, Bruylant, 179–216.
- Nielsen, H. K. (1994) „The concept of discrimination in ILO Convention No. 111“, *International and Comparative Law Quarterly*, 43, 821–856.
- Obradović, G. (2011), *Primena međunarodnih standarda rada*, Niš, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu – Centar za publikacije.
- Paunović, M., Krivokapić, B., Krstić, I. (2018), *Međunarodna ljudska prava*, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Politakis, G. P. (2001), „Night work of women in industry: Standards and sensibility“, *International Labour Review*, 4, 403–428.
- Popović, T. (1990), *Radno pravo*, Beograd, Službeni list SFRJ.
- Prouvez, N. (2008), „Committee on the Elimination of Racial Discrimination: Confronting racial discrimination and equality in the enjoyment of economic, social and cultural rights“, u: M. Langford (ed.), *Social rights jurisprudence: Emerging trends in international and comparative law*, New York, Cambridge University Press, 517–539.
- Reljanović, M. (2012), „Međunarodna organizacija rada i zabrana diskriminacije pri zapošljavanju“, *Strani pravni život*, 3, 80–94.
- Sicilianos, L.-A. (2007), „La réforme des organes des Nations Unies chargés du contrôle de l'application des traités relatifs aux droits de l'homme“, u: G. P. Politakis (ed.), *Protecting labour rights as human rights: Present and future of international supervision*, Geneva, International Labour Organization, 151–166.
- Spencer, J., Spencer, M. (2004), „International law and discrimination“, u: M. Sargeant (ed.), *Discrimination law*, Harlow, Pearson Education Limited, 45–72.

- Ssenyonjo, M. (2009), *Economic, social and cultural rights in international law*, Oxford/Portland, Hart Publishing.
- Tapiola, K. (2007), „The ILO system of regular supervision of the application of conventions and recommendations: A lasting paradigm“, u: G. P. Politakis (ed.), *Protecting labour rights as human rights: Present and future of international supervision*, Geneva, International Labour Organization, 29–36.
- Tomei, M. (2003), „Discrimination and equality at work: A review of the concepts“, *International Labour Review*, 4, 401–418.
- Touzenis, K., Sironi, A. (2013), *Current challenges in the implementation of the UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families*, Brussels, Directorate-General for External Policies of the Union Policy Department.
- Thornberry, P. (2005), „Confronting racial discrimination: A CERD perspective“, *Human Rights Law Review*, 2, 239–269.
- Farha, L. (2008), „Committee on the Elimination of Discrimination Against Women: Women claiming economic, social and cultural rights – the CEDAW potential“, u: M. Langford (ed.), *Social rights jurisprudence: Emerging trends in international and comparative law*, New York, Cambridge University Press, 553–568.
- Fennelly, D. (2018), „Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women: Articles 1, 2, 3, 4 and 11 (CEDAW)“, u: E. Ales, M. Bell, O. Deinert, S. Robin-Olivier (eds), *International and European labour law – A Commentary*, Baden-Baden – München – Oxford, Portland, Nomos / Verlag C.H. Beck / Hart Publishing, 449–455.
- Fenwick, C. (2008), „The International Labour Organization: An integrated approach to economic and social rights“, u: M. Langford (ed.), *Social rights jurisprudence: Emerging trends in international and comparative law*, New York, Cambridge University Press, 591–612.
- Fredman, S. (2000), „Affirmative action and the European Court of Justice: A critical analysis“, u: J. Shaw (ed.), *Social law and policy in an evolving European Union*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 171–195.
- Fredman, S. (2011²), *Discrimination law*, New York, Oxford University Press.
- Frimerman, A. (1981), *Sistematizacija poslova i radnih zadataka*, Beograd, Privredna štampa.
- Hansenne, M. (2006), „Labour flexibility: the quest for competitiveness versus the need for social regulation“, u: *Reconciling labour flexibility with social cohesion – Ideas for political action*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 27–37.
- Hasanbegović, J. (2021), *Ka filozofiji prava kao filozofiji ljudskih prava*, Beograd, Dosije studio.
- Hepple, B. (2002), „Equality and empowerment for decent work“, *International Labour Review*, 1, 5–18.
- Hirschman, D. (1972), „South Africa and the International Labour Organisation“, *The South African Institute of International Affairs Newsletter*, 3, 7–16, 38–39.
- Holzleithner, E. (2008), „Intersecting grounds of discrimination: Women, headscarves and other variants of gender performance“, *Juridikum*, 1, 33–36.
- Cieslar, A., Nayer, A., Smeesters, B. (2007), *Le droit à l'épanouissement de l'être humain au travail: Métamorphoses du droit social*, Bruxelles, Bruylant.
- Chemillier-Gendreau, M. (2014), „La souveraineté, obstacle au développement d'un droit démocratique“, *Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale Working Papers*, 9, 1–14.

- Collier, D. (2015), „De l'apartheid à l'action positive: Un aperçu de la loi sur l'égalité au travail en Afrique du Sud“, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2, 12–23.
- Šunderić, B. (1982), „Moralna i politička podobnost kao uslov za zasnivanje radnog odnosa“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1–2, 164–181.
- Šunderić, B. (2004), „Osnovi međunarodnog radnog prava“, u: K. Bobar (ur.), *Radni odnosi*, Beograd, Glosarijum, 203–289.
- Wiesbrock, A. (2012), „Equal employment opportunities and equal pay: Measuring EU law against the standards of the Women's Convention“, u: I. Westendorp (ed.), *The Women's Convention turned 30: Achievements, setbacks, and prospects*, Cambridge – Antwerp – Portland, Intersentia, 227–245.
- Weiss, M. (2011), „Re-inventing labour law?“, u: G. Davidov, B. Langille, *The idea of labour law*, Oxford, Oxford University Press, 43–56.
- Weissbrodt, D., Meili, S. (2009), „Human rights and protection of non-citizens: Whither universality and indivisibility of rights?“, *Refugee Survey Quarterly*, 4, 34–58.
- *** (2013), *Men and masculinities: promoting gender equality in the world of work*, Geneva, International Labour Office.
- *** (2007), *From exclusion to equality: Realizing the rights of persons with disabilities. Handbook for Parliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol*, Geneva, United Nations.

IZVORI PRAVA

- Povelja Ujedinjenih nacija (*Službeni list DFJ*, broj 69/45).
- Universal Declaration of Human Rights, adopted by General Assembly resolution 217 /III/ of 10 December 1948 – Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima.
- Konvencija o statusu izbeglica (*Službeni list FNRJ – Međunarodni ugovori*, broj 7/60).
- Konvencija o pravnom položaju licâ bez državljanstva (*Službeni list FNRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi*, broj 9/59).
- Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (*Službeni list SFRJ*, broj 31/67).
- Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (*Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, broj 7/71).
- Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (*Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, broj 7/71).
- Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena (*Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, broj 11/81).
- International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, Adopted by General Assembly resolution 45/158 of 18 December 1990 – Međunarodna konvencija o zaštiti prava svih radnika migranata i članova njihovih porodica.
- Declaration concerning the aims and purposes of the International Labour Organisation (1944) – Deklaracija o svrsi i ciljevima Međunarodne organizacije rada.
- ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, adopted by the International Labour Conference at its Eighty-sixth Session, Geneva, 18 June 1998 (Annex revised 15 June 2010) – Deklaracije MOR o osnovnim načelima i pravima na radu.

- Declaration concerning the Policy of „Apartheid“ of the Republic of South Africa (1964) – Deklaracija o politici „aparthejda“ Republike Južna Afrika.
- Social Policy (Non-Metropolitan Territories) Convention, 1947 (No. 82) – Konvencije MOR broj 82 o socijalnoj politici u kolonijama.
- Konvencija MOR broj 87 o slobodi udruživanja i zaštiti prava na organizovanje (*Službeni list FNRJ – Međunarodni ugovori*, broj 8/58).
- Konvencija MOR broj 105 koja se odnosi na ukidanje prinudnog rada (*Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, broj 13/02)
- Konvencija MOR broj 111 o diskriminaciji u pogledu zaposlenja i zanimanja (*Službeni list SFRJ – Dodatak*, broj 3/61).
- Discrimination (Employment and Occupation) Recommendation, 1958 (No. 111) – Preporuka MOR broj 111 o diskriminaciji u pogledu zaposlenja i zanimanja.
- Resolution concerning gender equality at the heart of decent work, adopted by the General Conference of the International Labour Organization at its 98th Session on 17 June 2009.
- ILO Programme for the Elimination of Apartheid in Labour Matters (1963).
- Decent work. Report of the Director-General of the ILO to the 87th Session of the International Labour Conference, Geneva, 1999.
- Fourth World Conference on Women, Beijing Declaration and Platform for Action – Pekinška deklaracija i platforma za akciju, <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20E.pdf>, 9.8.2020.

PRAKSA UGOVORNIH NADZORNIH TELA

- Commission on Human Rights Resolution 2004/49 on Violence Against Women Migrant Workers, 20 April 2004, E/CN.4/RES/2004/49, <https://www.refworld.org/docid/415bea082.html>, 3.4.2021.
- Human Rights Committee, *Concluding observations: France*, 31 July 2008, CCPR/C/FRA/CO/4, <https://undocs.org/en/CCPR/C/FRA/CO/4>, 5.4.2021.
- Human Rights Committee, Communication No. 198/1985 (*R. D. Stall Costa v. Uruguay*), U.N. Doc.CCPR/C/30/D/198/1985, http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/1987.07.09_Stalla_Costa_v_Uruguay.htm, 20.4.2021.
- Human Rights Committee, Communication No. 182/1984 (*F. H. Zwaan-de Vries v. the Netherlands*), U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/42/40), <https://juris.ohchr.org/Search/Details/532>, 5.4.2021.
- Human Rights Council, *Compilation Prepared by the Office of the High Commissioner for Human Rights, in accordance with paragraph 15(b) of the Annex to Human Rights Council Resolution 5/1 – Russian Federation*, 22 December 2008, A/HRC/WG.6/4/RUS/2, <https://www.refworld.org/docid/496b0e0fd.html>, 4.3.2021.
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 16: The Equal Right of Men and Women to the Enjoyment of All Economic, Social and Cultural Rights (Art. 3 of the Covenant)*, 11 August 2005, E/C.12/2005/4, <https://www.refworld.org/docid/43f3067ae.html>, 4.3.2021.
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment No. 18: The Right to Work (Art. 6 of the Covenant)*, 6 February 2006, E/C.12/GC/18, <https://www.refworld.org/docid/4415453b4.html>, 4.3.2021.

- Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General comment No. 20: Non-discrimination in economic, social and cultural rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, 2 July 2009, E/C.12/GC/20, <https://undocs.org/E/C.12/GC/20>, 4.3.2021.
- Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding observations: The Former Yugoslav Republic Macedonia*, 15 January 2008, E/C.12/MKD/CO/1, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2FC.12%2FMKD%2FCO%2F1&Lang=en, 4.3.2021.
- Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 9 of the Convention: International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination – Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: Italy, UN Doc. CERD/C/ITA/CO/15, 16 May 2008, <https://undocs.org/CERD/C/ITA/CO/15>, 4.3.2021.
- Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Opinion concerning communication No. 52/2012 (Laurent Gabre Gabaroum v. France)*, 10 May 2016, <https://undocs.org/CERD/C/89/D/52/2012>, 5.3.2021.
- Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Opinion concerning communication No. 56/2014 (V. S. v Slovakia)*, 4 December 2015, <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsjTEspjCO2hr0gz%2BunRkKZfTh8mj%2BboOJKkQjb3cVvTKTc5EzHROILC0qbxD8TZC%2FpfejyOenjWUUMfTJeusC%2FGkfEWeBSSMPChENIBQv%2BXF0aF7cqzCZu4n2sgPa4pTRA%3D%3D>, 5.3.2021.
- Mišljenje Komiteta za prava osoba s invaliditetom u predmetu *Liliane Gröninger et al. protiv Nemačke* (podnesak broj 2/2010, od 25. juna 2010. godine), https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/D/2/2010&Lang=en, 19.3.2021.
- General Recommendation No. 28 on the Core Obligations of States Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, CEDAW/C/GC/28, <https://www.refworld.org/docid/4d467ea72.html>, 19.3.2021.
- International Labour Organization (1988), *Equality in employment and occupation. General Survey by the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Geneva, International Labour Conference, 75th Session, Report III (Part 4B).
- Presuda Evropskog suda pravde u predmetu C-303/06 (*Coleman v. Attridge Law*) od 17. jula 2008. godine (ECLI:EU:C:2008:415).

Ljubinka Kovačević

Faculty of Law, University of Belgrade

PREVENTION OF AND PROTECTION AGAINST
DISCRIMINATION IN EMPLOYMENT – UNIVERSAL
INTERNATIONAL STANDARDS OF IMPORTANCE
FOR THE REPUBLIC OF SERBIA

SUMMARY

Equality represents one of the basic values of modern society and is reaffirmed as a basic principle of protection of human rights within UN instruments, either as a requirement for effective exercise of human rights and freedoms, or as a special human right, while some regulations guarantee special protection for particularly vulnerable groups of persons. This contributes to the preservation of social peace, but also to social cohesion in the Member States, because providing protection against discrimination strengthens their ability to ensure the well-being of all its members. An important segment of these activities is the provision of protection against employment discrimination, since discrimination limits the ability of citizens to provide means of subsistence and develop their personality through work.

This article analyzes the UN documents, as well as the sources of law of the International Labour Organization as a specialized agency of the UN, that are relevant in protection against employment discrimination as well as the practice of treaties-based supervisory bodies that significantly contributes to the clear and complete understanding of the relevant standards. Given the gap that often exists between the accepted international standards and the situation on the ground, the author evaluated the importance that the universal sources of international law have on protection against employment discrimination in countries in which they are applied, especially in terms of their normative content, ratification and supervisory mechanisms. It was concluded, in this regard, that equality and prohibition of discrimination are the key elements of human rights protection that countries must respect, regardless of their legal tradition. However, despite such perception of universality of these regulations, their content is flexible enough to make them applicable in countries that are significantly different from each other, in terms of selecting the measures for implementation of these principles, provided that they „cover“ all prescribed grounds of discrimination and that these measures contribute to achieving equality in all aspects of employment. Although most of the reviewed instruments have an extremely high number of ratifications, there are those that don't (especially when it comes to the conventions on the rights of migrant workers), which is why state sovereignty appears as an obstacle to a more effective influence of international standards on national legislation and practice. All the more so because the level of independence of sovereign states depends on their economic and political strength, which calls into question the preservation of equality, as a precondition for social peace. This is compounded by the weaknesses of the supervisory mechanism, which allows only political, and not legal, sanctions to be imposed on the Member States that breach their contractual obligations.

Keywords: equality, employment discrimination, United Nations, universal international labour standards, treaties-based supervisory bodies.

Vanja Bajović*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

RAZLOZI ZA ODBIJANJE EKSTRADICIJE U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA

Apstrakt: U radu se analizira praksa Evropskog suda za zaštitu ljudskih prava po pitanju odobrenih zahteva za izručenje. Podnošenje predstavke po ovom osnovu je moguće ako je, dozvolom izručenja dovedeno u pitanje neko od prava zagarantovanih Evropskom Konvencijom. Prvi deo rada bavi se pitanjem povrede člana 3 Konvencije kako iz ugla nečovečnog postupanja i torture koja navodno pretili u državi molilji, tako i po osnovu „drakonske“ ili nesrazmerne kazne koja se može izreći. Drugi deo rada bavi se povredom člana 6, dok je povreda ostalih članova analizirana u trećem, završnom delu. Analiza je zasnovana na raspoloživim odlukama Evropskog suda.

Ključne reči: ekstradicija, Evropski sud za ljudska prava, zabrana torture, pravično suđenje.

UVOD

Pravo pojedinca da ne bude ekstradiran nije predviđeno Evropskom Konvencijom o zaštiti ljudskih prava (EKLJP) niti bilo kojim drugim instrumentom koji se bavi njihovom zaštitom. Suprotno tome, ekstradicija predstavlja izraz dobrosusedskih odnosa među državama, sprečavajući da izvršioci krivičnih dela prelaskom državne granice pronalaze „sigurnu luku“ od krivičnog gonjenja i kažnjavanja. Ona vuče korene još iz antičkih vremena, a veruje se da najstariji zabeleženi ugovor koji sadrži odredbe o izručenju begunaca datira iz 1258. godine pre nove ere i bio je sastavni deo mirovnog sporazuma između egipatskog faraona Ramzesa II i Hetita.¹

Po nekim autorima sama ideja ekstradicije potiče iz koncepta odgovornosti nadređenog. U rimskom pravu važno je bilo pravilo *noxae deditio*, po kome otac ili gospodar izvršioca krivičnog dela može i sam odgovarati za zločin, pod uslovom da izvršioca ne preda nadležnim organima. Iako dakle nije sam izvršilac krivičnog dela, pravo ga je smatralo odgovornim za zločin ako ne preda stvarnog izvršioca koji se nalazi „u njegovoj vlasti“. Preneto na međunarodne odnose, ova teorija odgovornom čini državu u kojoj se izvršilac krivičnog dela nalazi, te ako ga ona ne isporuči državi koja ga traži (državi molilji), jedan javnopravni odnos između okrivljenog i

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

1 M. C. Bassiouni, *International Extradition and World Public Order*, A. W. Sijthoff, Leyden (1974), at pp. 3–4, navedeno prema: S. Kapferer, *The Interface between Extradition and Asylum*, UNHCR, 2003.

države oštećene njegovim nedelom, prerasta u međudržavni sukob i narušava odnose poverenja i uzajamne saradnje među državama.²

Do prodora ideje da prilikom odlučivanja o zahtevu za izručenje treba voditi računa i o pravima pojedinca, odnosno lica čije se izručenje traži, dolazi nakon II svetskog rata sa donošenjem instrumenata o zaštiti ljudskih prava. Tako UN Konvencija o statusu izbeglica iz 1951. godine³ predviđa da lice ne treba da bude vraćeno u državu u kojoj mu preti progon zbog rase, religijskog opredeljenja, nacionalnosti ili političkog mišljenja, što je danas sastavni element modernih ekstradicionih ugovora (tzv. diskriminatorna klauzula). I UN Konvencija protiv torture iz 1984. godine,⁴ izričito zabranjuje izručenje lica državi u kojoj mu preti opasnost od nečovečnog postupanja i kažnjavanja, propisujući da „nijedna država članica neće proterati, isterati niti izručiti jedno lice drugoj državi, ako postoje ozbiljni razlozi da se posumnja da može biti podvrgnuto torturi“ (čl. 3).⁵

Iako ne postoji pravilo koje izričito predviđa da ekstradicija treba da bude kompatibilna sa ljudskim pravima, ESLJP se u dosadašnjoj praksi bavio odlukama kojima su države odobravale zahteve za izručenje ispitujući da li bi se njihovim izvršenjem dovelo u pitanje neko od osnovnih prava pojedinca, zagarantovano EKLJP. Sa tim u vezi, najviše je bilo zahteva kojima su ove odluke ispitivane u kontekstu člana 3 EKLJP, bilo je slučajeva da se isticalo i kršenje člana 6, dok se na ostale članove pozivalo sporadično i najčešće kumulativno sa pozivanjem na član 3 i član 6.

1. POVREDA ČLANA 3 EKLJP

Član 3 EKLJP predviđa da „niko ne sme biti podvrgnut mučenju ili nečovečnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju“. Da bi se radilo o kršenju ovog člana, nečovečno postupanje mora da sadrži određen nivo ozbiljnosti. Procena ovog nivoa je relativna i zavisi od okolnosti svakog konkretnog slučaja, kao što su priroda postupanja ili sankcije, način njenog izvršenja, njeno trajanje, fizičke i duševne posledice koje ostavlja na pojedinca... Postupanje će se u tom smislu smatrati nečovečnim ako je, između ostalog, „preduzeto sa umišljajem, primenjivano je satima i izazvalo je telesne povrede ili intenzivne psihičke ili fizičke patnje... Uzimajući u obzir da li je kazna ili postupanje bilo ponižavajuće, Sud će razmotriti da li je njegov cilj bio ponižavanje i omalovažavanje lica i da li je, u pogledu posledica, štetno uticalo na njegovu ličnost, na način nespojiv sa članom 3“.⁶

2 William Magnuson, „The Domestic Politics of International Extradition“, *Virginia Journal of International Law*, vol. 52, 2012., str. 846–847.

3 Uredba o ratifikaciji Konvencije o status izbeglica sa završnim aktom konferencije opunomoćenika Ujedinjenih Nacija o statusu izbeglica, „Sl. list FNRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi“, br. 7/60.

4 Kod nas je ova konvencija ratifikovana Zakonom o ratifikaciji Konvencije protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni ili postupaka, „Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori“, broj 9/91.

5 Christine Van den Wyngaert, Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora's Box?, *The International and Comparative Law Quarterly*, Oct., 1990, Vol. 39, No. 4 (Oct., 1990), pp. 757–779.

6 *Garabayev v. Russia*, App. N. 38411/02, presuda od 07.06.2008., par. 75.

Kada se radi o postupanju prema licima lišenim slobode, sledeći faktori, između ostalog, ukazuju da se radi o kršenju ovog člana: postojanje prinude usmerene da slomi otpor ili volju zatvorenika, namera da se oni ponize ili obeshrabre ili, ako nema takve namere, činjenica da se mere primenjuju na način da izazovu osećaj straha, teskobe ili inferiornosti, nepostojanje opravdanja za primenu neke od ovih mera, kao i nesrazmerno dugo vreme njihove primene.⁷

Pitanje kršenja ovog člana u vezi sa odobrenim zahtevom za ekstradiciju, prvi put je razmatrano 1989. godine u slučaju *Soering protiv Velike Britanije*.⁸ SAD su tražile izručenje nemačkog državljanina Džejmisa Soeringa, zbog teškog ubistva za koje se, u toj državi mogla izreći smrtna kazna. Okrivljeni je pobjegao u Englesku gde je, godinu dana kasnije uhapšen zbog izdavanja čeka bez pokrića. I Nemačka i SAD su zahtevale njegovo izručenje, ali je Velika Britanija prednost dala američkom ekstradicionom zahtevu, pod obrazloženjem da je tamo izvršeno krivično delo, da se tamo nalaze svi svedoci i materijalni dokazi, te da će se krivični postupak lakše i efikasnije sprovesti.

Nakon donošenja rešenja kojim se odobrava njegovo izručenje, Soering je podneo predstavku ESLJP naglašavajući da je ovom odlukom Velika Britanija prekršila član 3 EKLJP budući da se za krivično delo teškog ubistva u SAD može izreći smrtna kazna, na čije se izvršenje u državi Virdžinija čeka između 6 i 8 godina, te da bi čekanje na njeno izvršenje predstavljalo torturu, imajući u vidu da bi, sve to vreme u zatvoru bio izložen psihičkom i fizičkom nasilju od strane drugih zatvorenika, zbog godina, boje kože i nacionalnosti. Sud je usvojio ove argumente, istakavši da se fenomen „iščekivanja smrtne kazne“ (tzv. *dead-row phenomena*) može smatrati nečovečnim postupanjem imajući u vidu vremenski period koliko se na nju čeka, kao i psihičku i fizičku torturu kroz koju zatvorenici prolaze u tom periodu. „Problem“ je na kraju rešen tako što su SAD pružile pismene garancije Velikoj Britaniji da okrivljenom u konkretnom slučaju smrtna kazna neće biti izrečena.

Odluka u slučaju Soering izazvala je velike polemike u stručnoj javnosti po pitanju mogućnosti država da odbiju ekstradicioni zahtev pozivanjem na zaštitu ljudskih prava,⁹ a sud u Strazburu se nakon ovog presedana suočio sa velikim brojem predavki kojima su se odluke o ekstradiciji osporavale pozivanjem na kršenje EKLJP. Sudska zaštita od postupanja koje je zabranjeno po članu 3 je apsolutna. Zbog toga izručenje koje izvrši država potpisnica Konvencije može da dovede do njene odgovornosti, ako postoje ozbiljni razlozi da se veruje da bi lice, ako bi bilo izručeno državi koja traži izručenje, bilo izloženo riziku da će biti podvrgnuto postupanju suprotnom članu 3 Konvencije. Činjenica da izručenje traži država koja nije potpisnica EKLJP je irelevantno. U takvom slučaju član 3 zahteva

7 *Harkins and Edwards v. United Kingdom*, App. N. 9146/07& 32650/07, presuda od 17.01.2012., par. 129, 130.

8 *Soering v. The United Kingdom*, App. 14038/88, presuda od 07.07.1989.

9 Dugard J., Van den Wyngaert C., *Reconciling Extradition with Human Rights*, The American Journal of International Law, Vol. 92, No. 2 (Apr., 1998), str. 187–212, Van den Wyngaert C., *Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora's Box?* 39, International and Comparative Law Quarterly 757 (1990), Richard B. Lilich, *The Soering Case*, The American Journal of International Law, Vol. 85, No. 1 (Jan.1991), str. 128–149.

da se traženo lice ne isporuči državi u kojoj mu pretila ozbiljna opasnost od nečovečnog postupanja i torture.¹⁰

Na kršenje člana 3 se najčešće pozivalo po osnovu nečovečnog postupanja i torture prema zatvorenima u državi kojoj je odobren zahtev za izručenje, nemogućnosti pružanja medicinske pomoći u toj državi, mogućnosti izricanja smrtna kazna, kazne doživotnog zatvora ili nesrazmerno dugim zatvorskim kaznama u državi molilji.

1.1. Nečovečno postupanje i tortura prema licima lišenim slobode

Predstavke po ovom osnovu su usvajane kada bi se radilo o izručenju državama u kojima je, po izveštajima UN-a i drugih međunarodnih i nevladinih organizacija široko prisutna problematika kršenja ljudskih prava i osnovnih sloboda, kao što su Uzbekistan,¹¹ Kirgistan,¹² Kazahstan,¹³ Turkmenistan,¹⁴ Tadžikistan¹⁵ i sl.

Primeru radi, u slučaju *Gaforov protiv Rusije*, ESLJP je našao da je Rusija, dozvolom izručenja podnosioca predstavke Tadžikistanu prekršila član 3 EKLJP, pozivajući se na različite relevantne izveštaje o situaciji u ovoj državi (*UN Committee against Torture, US Department of State, Amnesty International, Human Rights Watch*), prema kojima je tortura u zatvorskim ustanovama sistemska, raširena i rutinska praksa... „Lica lišena slobode ujedno su lišena i prava na pravnu i medicinsku pomoć, a često se primenjuju i nasilni metodi saslušanja, zabranjeni Konvencijom protiv Torture... Krivični postupci se ne sprovode protiv lica koja sprovode torturu, a vlasti Tadžikistana odbijaju da dozvole nezavisnim posmatračima da provere stanje u pritvorskim jedinicama... U takvom slučaju čak ni garancije date od strane tadžikistanske vlade, nisu dovoljne da garantuju da traženo lice neće biti žrtva nečovečnog postupanja“.¹⁶

Isto je odlučeno i u predmetu *Azimov protiv Rusije*. Rusija je odobrila izručenje okrivljenih, kojima su se stavljala na teret krivična dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti u Tadžikistanu, jer su bili pripadnici opozicionih pokreta koji su orga-

10 *Harkins and Edwards v. United Kingdom*, App. N. 9146/07 & 32650/07, presuda od 17.01.2012., par. 120. *Babar Ahmad and Others v. United Kingdom*, App. N. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 & 67354/09, presuda od 10.04.2012, par. 168, *Trabelsi v. Belgium*, App. N. 140/10, presuda od 04.09.2014., par. 116.

11 *Abdulazhon Isakov v. Russia*, App. N. 14049/08, presuda od 08.07.2010., *Abdulkhakov v. Russia*, App. N. 14743/11, presuda od 02.10.2012., *Ermakov v. Russia*, App. N. 43165/10, presuda od 07.11.2013., *Ismoilov and others v. Russia*, App. N. 2947/06, presuda od 24.04.2008., *Kasymakhunov v. Russia*, App. N. 29604/12, presuda od 14.11.2013.

12 *Bakoyev v. Russia*, App. N. 30225/11, presuda od 5.2.2013., *Gayratbek Saliyev v. Russia*, App. N. 39093/13, presuda od 17.04.2014.

13 *Baysakov and others v. Ukraine*, App. N. 54131/08, presuda od 08.02.2010., *Dzhaksybergenov (aka Jaxybergenov) v. Ukraine*, App. N. 12343/10, presuda od 10.02.2011., *Kaboulov v. Ukraine*, App. N. 41015/04, presuda od 19.11.2009.

14 *Garabayev v. Russia*, App. N. 38411/02, presuda od 07.06.2008., *Allanazarova v. Russia*, App. N. 46721/15, presuda od 14.02.2017.

15 *Iskandarov v. Russia*, App. N. 17185/05, presuda od 23.09.2010., *Gaforov v. Russia*, App. N. 25404/09, presuda od 21.10.2010., *Azimov v. Russia*, App. N. 67474/11, presuda od 18.04.2013.

16 *Gaforov v. Russia*, App. N. 25404/09, presuda od 21.10.2010., pars. 130–138.

nizovali oružane pobune u toj državi. Podnosioci predstavke su ukazivali da im, u slučaju izručenja, preti opasnost od nečovečnog postupanja i torture, a svoje navode potkrepljivali su izveštajima UN i drugih međunarodnih i nevladinih organizacija, a dostavili su i dokaze da je, prema licima sa kojima su politički povezani i koja su optužena za ista krivična dela, nečovečno postupano u toj državi. Vlada Tadžikistana je dala garancije da okrivljeni neće biti podvrgnuti torture, surovom ili nečovečnom postupanju i kažnjavanju, kao i da će imati sve garancije pravičnog suđenja. Takođe je garantovano da okrivljeni neće biti žrtve diskriminacije po rasnom, verskom, nacionalnom, političkom ili bilo kom drugom osnovu, kao i da će biti krivično gonjeni samo za krivična dela navedena u ekstradicionom zahtevu, da će im biti omogućeno da napuste Tadžikistan po okončanju krivičnog postupka i odsluženja kazne, kao i da neće biti isporučeni trećoj državi bez saglasnosti Rusije. Sud je usvojio predstavku ističući da se od države ne zahteva da sa sigurnošću utvrdi da će, prema traženim licima biti okrutno postupano u državi molilji, već je dovoljno samo da postoji „ozbiljan rizik“ od takvog postupanja. „Zahtevati od podnosioca predstavke da dostavi neoborive dokaze koji ukazuju da će biti podvrgnuto torturi, bi bilo jednako kao i zahtevati od njega da sa izvesnošću predvidi buduće događaje, što je nemoguće i predstavljalo bi neostvariv dokazni teret... Dovoljno je da podnosilac predstavke pokaže, ukazujući na činjenice koje se odnose na njega i lica sa kojima je povezan, da postoji realna opasnost da će biti podvrgnuti nečovečnom postupanju.“¹⁷ Pored toga, Sud je naglasio i da garancije pružene od strane tadžikistanske vlade ne podrazumevaju nikakve kontrolne mehanizme, te da „samo pozivanje na garancije date od strane države molilje i na potpisništvo međunarodnih ugovora koji zabranjuju torturu nije dovoljno, jer danas maltene da na svetu ne postoji država koja načelno ne proklamuje poštovanje ljudskih prava, ali neretko su ove proklamacije samo mrtvo slovo na papiru.“¹⁸

Međutim, generalno pozivanje na problematiku kršenja ljudskih prava u određenoj državi načelno nije dovoljno uverljiv argument za ESLJP da se odbije izručenje toj državi, već je potrebno navesti i razloge zbog kojih bi podnosilac predstavke bio posebno ugrožen. Najčešće se u tom smislu radi o oponentima vlasti u određenoj državi, čije se izručenje traži zbog učešća u krivičnim delima protiv ustavnog uređenja i bezbednosti. Tako je, nakon par odluka kojima je usvojio predstavke kojima se osporavalo izručenje lica iz Rusije u Uzbekistan,¹⁹ u predmetu *Bakojev* ESLJP našao da nije došlo do kršenja člana 3 EKLJP pod obrazloženjem da podnosioci predstavke svoju argumentaciju ne zasnivaju ni na jednom dokazu u prilog tvrdnje da im preti opasnost od torture, osim što se pozivaju na učestalu praksu kršenja ljudskih prava u ovoj državi. Ono što ovaj slučaj razlikuje od prethodnih je činjenica da se

17 *Azimov v. Russia*, App. N. 67474/11, presuda od 18.04.2013. pars. 121, 128, 136, 137.

18 *Azimov v. Russia*, op. cit., par. 133.

19 *Abdulzhon Isakov v. Russia*, App. 14049/08, presuda od 8 jula 2010, *Abdulkhakov v. Russia*, 14743/11, presuda od 2.10.2012. Interesantno je to da je u slučaju *Umirov*, ESLJP kao posebnu zamerku Ruskoj vladi koja je odobrila izručenje naveo to što se pozvala na činjenicu da „navedeni rizik od nečovečnog postupanja i torture nije ruskim zakonodavstvom predviđeno kao poseban razlog zbog koga se može odbiti izručenje nekog lica.“ *Umirov v. Russia*, App. N. 17455/11, presuda od 18.09.2012., par. 120.

ovde radilo o licima optuženim za prevaru, dakle imovinsko krivično delo, dok se u predmetima u kojima je Sud nalazio povredu člana 3. radilo o političkim ili verskim pobunjenicima, čiji su saradnici ili članovi porodica u Uzbekistanu bili žrtve torture i krivičnog progona.²⁰ Isto je odlučeno i u slučaju *Elmuratov protiv Rusije*, gde je ESLJP još jednom naglasio da pozivanje na generalnu problematiku kršenja ljudskih prava u nekoj državi ne može, samo po sebi, biti razlog za odbijanje ekstradicije, obrazloživši to na sledeći način:

„Sud je u nekoliko navrata našao da bi se, u slučaju izručenja podnosioca predstavke Uzbekistanu, radilo o povredi člana 3. Konvencije, ali radilo se o okrivljenima za politička krivična dela čiji su izvršioци, po izveštajima brojnih relevantnih organizacija, bili podvrgnuti praksi nečovečnog postupanja i kažnjavanja u toj državi. U konkretnom slučaju radi se o okrivljenom za tešku krađu, a iz priloženog ne proizilazi da bi, po bilo kom osnovu, pripadao ranjivoj kategoriji kojoj preti opasnost od nečovečnog postupanja. Navodi podnosioca predstavke da je svaki zatvorenik u Uzbekistanu podvrgnut nečovečnom postupanju su opšti i neosnovani da bi se u potpunosti zabranila izručenja traženih lica ovoj državi.“²¹

Slična situacija bila je i sa izručenjem traženih lica iz Ukrajine u Kazahstan. U predmetu *Bajsakov*, gde se radilo o izručenju opozicionih političkih aktivista, ESLJP je našao da je dozvolom izručenja, Ukrajina povredila član 3 EKLJP. „Prema raspoloživim informacijama o zaštiti ljudskih prava u Kazahstanu, pribavljenih od strane UN komiteta za borbu protiv torture, *Human Rights Watch* i *Amnesty International*, postoje brojni dokazi o mučenju i nečovečnom postupanju prema zatvorenicima, kao i praksa korišćenja prinudnih i nedozvoljenih sredstava prema osumnjičenima u cilju pribavljanja priznanja... Stanje u zatvorima je veoma loše, oni su prebukirani, loša je ishrana i neadekvatna medicinska pomoć.“²² Suprotno je odlučeno godinu dana kasnije, u predmetu *Džaksibergenjov*. „Nema indikacija da je nepoštovanje ljudskih prava u Kazahstanu toliko drastično da bi u potpunosti zabranilo izručenja toj državi. Pozivanje na generalno nepoštovanje ljudskih prava u određenoj državi ne može biti osnov za odbijanje ekstradicije. Tvrdnje podnosioca predstavke da je svaki zatvorenik u Kazahstanu žrtva torture i nečovečnog postupanja su suviše opšte i nepotkrepljene drugim dokazima.“²³

U predmetu *Soldetanko*, problematično je bilo izručenje lica iz Ukrajine u Turkménistan. Kao razlog za kršenje člana 3 Sud je naveo to da izveštaji Generalnog sekretara UN i američkog stejt dipartmenta ukazuju na problematične zatvorske uslove, uključujući njihovu prebukiranost, lošu ishranu zatvorenika, odsustvo medicinske nege, kao i brojne navode o nečovečnom postupanju i torturi koje turkménistanske vlasti nisu istraživale. „Iako podnosilac predstavke tvrdi da će biti žrtva nečovečnog postupanja i torture zbog njegovog etničkog porekla, raspoloživi podaci ne ukazuju na to da se lica drugih nacionalnosti u zatvorima tretiraju drugačije od etničkih Turkménistanaca. Svaki zatvorenik naime, u opasnosti je da bude žrtva

20 *Bakoyev v. Russia*, App. N. 30225/11, presuda od 5.2.2013.

21 *Elmuratov v. Russia*, App. N. 66317/09, presuda od 03.03.2011., pars. 82–87.

22 *Bajsakov and others v. Ukraine*, App. 54131/08, presuda od 8.02.2010., par. 49.

23 *Dzhaksybergenov (aka Jaxybergenov) v. Ukraina*, App. 12343/10, presuda od 10.02.2011., par. 37.

nečovečnog postupanja i torture, kako u cilju iznuđivanja priznanja, tako i u cilju kažnjavanja. Bez obzira na to što se podnosilac predstavke krivično goni za relativno lakše krivično delo, koje nije politički motivisano, sama mogućnost da bude zatvoren pod gore navedenim uslovima pretila da dovede u opasnost kršenje člana 3 Konvencije.²⁴

ESLJP je u dve odluke našao da je dozvolom izručenja Maroku, podnosilaca predstavke optuženih za terorizam, prekršen član 3 EKLJP, pod obrazloženjem koje se takođe bazira na brojnim izveštajima međunarodnih organizacija, da u ovoj državi često dolazi do okrutnog postupanja i torture pod plaštom borbe protiv terorizma.²⁵

U predmetu *M. G. protiv Bugarske*, ESLJP je našao da bi, izručenjem osuđenika čečenskog porekla iz Bugarske Rusiji, osuđenih na zatvorske kazne zbog trgovine oružjem i toksičnim supstancama u II čečenskom ratu, bio prekršen član 3 Konvencije, imajući u vidu da bi „podnosioci predstavke kaznu služili u Severnom Kavkazu, zoni oružanih sukoba koju karakteriše nasilje, nesigurnost i ozbiljna kršenja ljudskih prava, poput nestanaka, ubistava, zlostavljanja i mučenja, kao i kolektivno kažnjavanje određenih grupa lokalnog stanovništva.“²⁶

Vezano za kršenje ovog člana, interesantan je predmet *Klein protiv Rusije*, gde je Sud, na osnovu javnih izjava visokih državnih zvaničnika protiv okrivljenog, našao da traženom licu pretila opasnost od torture. ESLJP je našao da je Rusija, dozvolivši izručenje izraelskog državljanina Kolumbiji, prekršila član 3 EKLJP, imajući u vidu da izveštaji različitih komiteta UN-a i brojnih međunarodnih organizacija ukazuju na gruba kršenja ljudskih prava u ovoj državi. „Državni agenti se smatraju odgovornim za brojna ubistva civila, prinudne nestanke i arbitražne pritvore, a loše postupanje prema pritvorenima je hroničan problem.“²⁷ Pored toga, podnosilac predstavke se pozvao i na navodnu izjavu potpredsednika vlade Kolumbije „nadajmo se da će Klein biti izručen Kolumbiji i da će trunuti u zatvoru zbog štete koju je naneo našoj državi“, što ukazuje na to da će u zatvoru biti žrtva nečovečnog postupanja, imajući u vidu da je izjava data od strane visokog zvaničnika izvršne vlasti. U vezi sa tim, Sud je naglasio da „izjava kojom visoki zvaničnik državne vlasti priželjkuje da osuđeni ‘trune u zatvoru’ ukazuje na ozbiljne indicije da mu pretila opasnost od nečovečnog postupanja i torture.“²⁸

U nekoliko navrata podnosioci predstavki su osporavali njihovo izručenje SAD, gde su se teretili za krivična dela terorizma, imajući u vidu specifičnost američkih zakona kada se radi o toj vrsti kriminaliteta, gde se često odstupa od zagarantovanih procesnih prava. Tako je u predmetu *Al Moahad protiv Nemačke* podnosilac predstavke isticao da bi njegovim izručenjem iz Nemačke u SAD bio prekršen član 3 EKLJP, jer bi, poput ostalih lica optuženih za krivična dela terorizma, bio podvrgnut

24 *Soldatenko v. Ukraine*, App. N. 2440/07, presuda od 23.10.2008., par. 71 i 72.

25 Vidi odluke: *Rafaa v. France*, App. 25393/10, presuda od 20.05.2013., *Ouabour v. Belgium*, App. 26417/10, presuda od 02.06.2015.

26 *M. G. v. Bulgaria*, App. 59297/12, presuda od 25.03.2014., par. 87.

27 *Klein v. Russia*, App. N. 24268/08, presuda od 01.04.2010., par. 53.

28 *Klein v. Russia*, op. cit., par. 54.

nečovečnim metodama ispitivanja i postupanja. Sud je međutim našao da član 3 EKLJP nije prekršen, jer podnositelj predstavke nije pružio dokaze u prilog tvrdnje da u pritvorima na teritoriji SAD dolazi do nečovečnog postupanja prema pritvo- renicima i da se primenjuju zabranjeni metodi saslušanja. Pored toga, SAD je dala garancije Nemačkoj da okrivljeni neće biti smešten u ozloglašene pritvorske jedinice u nadležnosti SAD ali van njene teritorije, kao što su Gvantanamo (Kuba), Bagram (Avganistan), a u kojima, po izveštajima relevantnih međunarodnih organizacija, dolazi do okrutnog postupanja prema zatvorenicima.²⁹

U drugom predmetu, gde se radilo o izručenju tri britanska državljanina iz Ve- like Britanije u SAD, takođe okrivljenih za terorizam, Sud je naveo da nečovečno postupanje mora da sadrži „minimalan nivo ozbiljnosti“ da bi se radilo o kršenju člana 3 Konvencije. „Patnja i poniženje zbog kažnjavanja moraju biti daleko veći od patnje i poniženja koju svaka vrsta krivične sankcije, koja se sastoji u lišenju slobode, nosi sa sobom. Na državi je da obezbedi da se u zatvorskim ustanovama vodi računa o ljudskom dostojanstvu, da način i metod izvršenja kazne ne dovodi do preteranih patnji koje prevazilaze onaj neizbežan nivo patnje koju kazna lišenja slobode sama po sebi nosi, kao i da se vodi računa o zdravlju zatvorenika“.³⁰

1.2. Nemogućnost pružanja medicinske pomoći u državi molilji

U nekoliko navrata ESLJP su podnošene predstavke pozivanjem na loše zdrav- stveno stanje lica čije se izručenje traži i neadekvatnost medicinske pomoći u zatvo- rima države molilje, što eventualno može da predstavlja kršenje člana 3 EKLJP. S tim u vezi, Sud je usvojio predstavku lica koje pati od duševnih bolesti, dok je druge predstavke po ovom osnovu odbijao.

Predstavka po ovom osnovu usvojena je u predmetu *Aswat protiv Velike Brita- nije*, gde je sporno bilo izručenje lica koje boluje od paranoidne šizofrenije iz Velike Britanije u SAD. Sud je istakao da sa posebnom oprežnošću treba pristupiti tuma- čenju odredaba Konvencije kada se radi o licima koja pate od duševnih bolesti. Tri faktora treba uzeti u obzir prilikom procene kako će se boravak u zatvorskoj ustano- vi odraziti na duševno stanje nekog lica: a) zdravstveno stanje lica, b) nivo medicin- ske pomoći u zatvorskoj ustanovi i c) dužinu trajanja mere pritvora, imajući u vidu zdravstveno stanje podnosioca predstavke. S tim u vezi, Sud je istakao da ocena pitanja da li bi izručenje okrivljenog SAD-u predstavljalo kršenje člana 3 EKLJP u najvećoj meri zavisi od uslova pod kojima će on biti u pritvoru i medicinske pomoći koja će mu tamo biti dostupna. Ali procena ovih okolnosti je otežana činjenicom da se još uvek ne zna u kojoj će pritvorskoj jedinici on biti smešten pre suđenja, kao što se ne može ni znati koliko će trajati suđenje dok mu ne bude izrečena krivična sank- cija... Prema tome, „u svetlu dostupne medicinske dokumentacije, Sud nalazi da bi izručenje podnosioca predstavke SAD i premeštanje u drugo pritvorsko okruženje

29 *Al-Moayad v. Germani*, App. 35865/03, presuda od 20.02.2007.

30 *Babar Ahmad and Others v. United Kingdom*, App. N. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 & 67354/09, presuda od 10.04.2012., par. 201.

doprinelo znatnom pogoršanju njegovog psiho-fizičkog zdravlja, što bi predstavljalo kršenje člana 3 EKLJP.³¹

Suprotno tome, u drugom predmetu radilo se o izručenju lica iz Švedske u Ruandu, koje je, između ostalog ovo izručenje osporavalo činjenicom da boluje od ozbiljnih srčanih smetnji i da će morati da ugradi bajpas u narednih nekoliko godina, a sumnja da se tako riskantna operacija može izvršiti u Ruandi. Sud je našao da se ovde ne radi o kršenju člana 3 EKLJP, pod obrazloženjem da se „stranac ne može pozivati na ostanak na teritoriji određene države kako bi nastavio da izvlači koristi iz sistema medicinske i socijalne pomoći... odluka da se izruči lice koje pati od fizičke ili psihičke bolesti državi koja nema dovoljno uslova za njegovo lečenje, samo izuzetno može predstavljati kršenje člana 3 EKLJP.“³²

Ni trudnoća traženog lica nije, po mišljenju ESLJP, dovoljan razlog da se radi o povredi člana 3 u slučaju izručenja. Tako je u predmetu *Vlas i drugi protiv Rumunije*, podnosilja predstavke navela da njeno izručenje iz Rumunije u Moldaviju u sedmom mesecu trudnoće predstavlja nečovečno postupanje jer u pritvoru nije imala dovoljnu medicinsku negu, što je dovelo do toga da joj dete pati od anemije. Sud je ove navode odbio, istakavši da je, prema raspoloživoj medicinskoj dokumentaciji trudnoća bila uredna i da je u Moldaviji rodila zdravo dete. Navodi da joj u pritvoru nije pružena adekvatna medicinska nega te da joj dete usled toga pati od anemije, nisu potkrepljeni nikakvim dokazima, pa ih Sud ne može uzeti u razmatranje.³³

1.3. Težina krivične sankcije

U nekolicini slučajeva pred ESLJP se postavilo i pitanje da li tzv. „drakonska kazna“ koja preti izvršiocu krivičnog dela u državi molilji, može predstavljati kršenje člana 3. Konvencije u smislu „nečovečnog ili ponižavajućeg kažnjavanja“. S tim u vezi, ispitivano je da li se nečovečnim kažnjavanjem može smatrati mogućnost izricanja smrtne kazne, kazne doživotnog zatvora ili dugih zatvorskih kazni, nesrazmernih težini krivičnog dela.

1.3.1. Smrtna kazna

Pitanje izručenja lica državi u kojoj mu se, za krivično delo koje mu se stavlja na teret može izreći smrtna kazna, prvi put je postavljeno u pomenutom slučaju *Soering*. Podnosilac predstavke u tom slučaju samu smrtnu kaznu nije naveo kao suprotnu članu 3. EKLJP, već se pozivao na vreme provedeno u zatvoru u njenom iščekivanju, tzv. *death row phenomena*. Razlog je taj što EKLJP izvorno ne zabranjuje smrtnu kaznu, predviđajući članom 2 da je „pravo na život svake osobe zaštićeno zakonom. Niko ne može biti namerno lišen života osim prilikom izvršenja presude kojom je osuđen za zločin za koji je ova kazna predviđena zakonom“. Ova kazna je u okviru Saveta Evrope „ukinuta“ tek 1983 godine donošenjem VI Protokola na

31 *Aswat vs. United Kingdom*, App. N. 17299/12, presuda od 16.04.2013., par. 48, 50, 52.

32 *Ahourgeze vs. Sweeden*, App. N. 3707/09, presuda od 27.10.2011., par. 88 i 89.

33 *Vlas and Others v. Romania*, App. N. 30541/12, presuda od 06.01.2015., par. 39.

EKLJP, ali nisu sve države članice Saveta Evrope ratifikovale ovaj protokol.³⁴ I u obrazloženju odluke u slučaju *Soering* ESLJP je izričito istakao da „smrtna kazna sama po sebi ne predstavlja kršenje EKLJP, ali da se fenomen njenog iščekivanja može smatrati nečovečnim i nehumanim postupanjem“.³⁵ Pojedini autori sa pravom ovakvo obrazloženje smatraju paradoksalnim, jer do odlaganja izvršenja smrtne kazne dolazi iz razloga što osuđenik podnosi pravne lekove, te se ovo odlaganje ne može pripisati u krivicu državi.³⁶

I u novijoj praksi ESLJP nije odstupio od ovog stanovišta da sama mogućnost izricanja smrtne kazne, tj. činjenica da je ona kao takva predviđena domaćim zakonodavstvom, ne može sama po sebi predstavljati kršenje EKLJP.³⁷ U tom smislu uobičajena praksa je da država molilja pruži garancije da smrtna kazna neće biti izrečena licu čije se izručenje traži,³⁸ a isti uslov postavljen je i u našem zakonodavstvu, gde Zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima (ZMPPKS) predviđa, kao jednu od pretpostavki za izručenje, i zahtev da država molilja da garancije da smrtna kazna koja je propisana za krivično delo povodom kojeg se zahteva izručenje neće biti izrečena odnosno izvršena (čl. 16. st. 1. t. 8.).³⁹

1.3.2. Kazna doživotnog zatvora

Kada je reč o kazni doživotnog zatvora, ESLJP je napravio razliku između tri tipa ove kazne: 1) kazna doživotnog zatvora sa mogućnošću uslovnog otpusta; 2) „fakultativna“ kazna doživotnog zatvora bez mogućnosti uslovnog otpusta, što zapravo podrazumeva mogućnost da se učiniocu, umesto kazne doživotnog zatvora izrekne blaža zatvorska kazna i 3) obavezna kazna doživotnog zatvora bez uslovnog otpusta (*mandatory sentence of life imprisonment without the possibility of parole*), koju poznaju neka zakonodavstva (primera radi SAD) i podrazumeva da ju je obavezno izreći učiniocu za određena krivična dela, bez mogućnosti da mu u konkretnom slučaju bude izrečena blaža zatvorska kazna.⁴⁰

34 Danas jedino Rusija nije ratifikovala ovaj protokol, ali u vreme odlučivanja u predmetu *Soering* to je bio slučaj sa velikim brojem država, među kojima je bila i Velika Britanija.

35 *Soering v. The United Kingdom*, op. cit., par. 111.

36 Christine Van den Wyngaert, *Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora's Box?*, *The International and Comparative Law Quarterly*, Oct., 1990, Vol. 39, No. 4 (Oct., 1990), pp. 757–779.

37 *Baysakov and others v. Ukraine*, App. N. 54131/08, presuda od 08.02.2010.

38 Primera radi, u predmetu *Chentiev and Ibragimov v. Slovakia*, Sud je prihvatio garancije koje je Rusija dala vladi Slovačke da okrivljenim Čečenima u Rusiji neće biti izrečena smrtna kazna, kao i da Slovački diplomatski predstavnici imaju mogućnost da posete ova lica u pritvoru bez prisustva trećih lica. *Chentiev and Ibragimov v. Slovakia*, App. N. 21022/08 & 51946/08, presuda od 14.09.2010. I u slučaju *Harkins and Edwards v. United Kingdom* dovoljne su bile garancije date od strane SAD Velikoj Britaniji da u konkretnom slučaju tužilac neće zahtevati izricanje smrtne kazne te da ona okrivljenima ni hipotetički ne može biti izrečena. *Harkins and Edwards v. United Kingdom*, App. N. 9146/07 & 32650/07, presuda od 17.01.2012.

39 Zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima, „Sl. glasnik RS“, br. 20/2009.

40 Pod pojmom obavezne kazne (*mandatory sentence*) podrazumevamo kazne prisutne u nekim zakonodavstvima (SAD) koje obavezuju sud da izrekne tačno određenu vrstu i meru kazne za određeno krivično delo, bez mogućnosti njenog ublažavanja i bez uzimanja u obzir olakšavajućih

Kada je reč o prvom slučaju, ova kazna nije sporna iz ugla člana 3. EKLJP. Ni druga vrsta kazne doživotnog zatvora načelno nije sporna, imajući u vidu da je sud određuje uzimajući u obzir sve olakšavajuće i otežavajuće okolnosti u konkretnom slučaju i svakako bi, čak i da ne izrekne ovu kaznu, učiniocu sledila višedecenijska zatvorska kazna. Pitanje kršenja člana 3 EKLJP kod izricanja ove kazne bi se moglo postaviti ako se dokaže da zadržavanje učinioca krivičnog dela u zatvoru više nije opravdano ni po jednom penološkom osnovu (kažnjavanje, zastrašivanje, resocijalizacija i sl.) i da se kazna ne može ublažiti ni pravno ni faktički. U predmetu *Vinter* i drugi ESLJP je naveo jasan stav po tom pitanju da svi zatvorenici, uključujući i one osuđene na kaznu doživotnog zatvora, moraju da imaju mogućnost rehabilitacije i izgleda da će biti pušteni na slobodu ako je rehabilitacija ostvarena.

„Ako zatvorenik nema nikakve izgleda da će biti pušten na slobodu ni da će njegova kazna doživotnog zatvora biti preispitana, postoji opasnost da nikada neće moći da se iskupi za krivično delo koje je izvršio: šta god zatvorenik radio u zatvoru, koliko god izuzetan bio njegov napredak ka rehabilitaciji, njegova kazna ostaje nepromenjena. Kazna vremenom može samo da postane sve teža: što zatvorenik duže živi, to je duža njegova kazna. Stoga, čak i ako kazna doživotnog zatvora predstavlja adekvatnu kaznu u vreme njenog izricanja, ona se vremenom pretvara u slabu garanciju pravične i srazmerne kazne.“⁴¹

Kada se radi o trećoj vrsti kazne, tačnije obaveznom doživotnom zatvoru bez mogućnosti uslovnog otpusta, po mišljenju ESLJP treba biti naročito oprezan. Nedostatak svake obavezne kazne (*mandatory sentence*) je u tome što sud ne može da ima u vidu okolnosti koje se odnose na učinioca (stepen krivice, pobude iz kojih je delo učinjeno, raniji život učinioca, njegove lične i porodične prilike i sl.), a koje se u redovnim okolnostima uzimaju u obzir prilikom odmeravanja kazne. Shodno tome, ovakva kazna doživotnog zatvora osuđuje učinioca da ostatak života provede iza rešetaka, bez obzira na stepen njegove krivice i na to da li sudija ovu kaznu smatra opravdanom u konkretnom slučaju. Ali ESLJP ne smatra ovu kaznu samu po sebi inkompatibilnu sa EKLJP iako je u Evropi prisutan jasan trend protiv propisivanja i izricanja ovakve kazne. Umesto toga, po mišljenju ESLJP, ovom kaznom može biti prekršen član 3 EKLJP pod istim uslovima kao što je slučaj i sa fakultativnom kaznom doživotnog zatvora bez mogućnosti uslovnog otpusta, tačnije ako se njome više ne ostvaruje svrha kažnjavanja i ako se ona ne može ublažiti ni *de facto* ni *de iure*.⁴²

Problem ovog tumačenja je u tome što lice mora da bude ne samo osuđeno, već i da provede u zatvoru neko vreme, tačnije dugi niz godina, kako bi pružilo dokaze u prilog postavljenog zahteva da „kazna više ne ostvaruje svrhu kažnjavanja“. Tako je u predmetu *Babar Ahmad* Sud odbio predstavku okrivljenih koje je Velika Britanija nameravala da isporuči SAD pod obrazloženjem da nijedan od okrivljenih još

i otežavajućih okolnosti niti ličnih karakteristika učinioca. Ako se pravi paralela sa našim pravom, najslabije tome bila bi nemogućnost ublažavanja kazne za određena krivična dela.

41 *Vinter and others vs. United Kingdom*, App. N. 66069/09, 130/10, 3896/10, presuda od 09.07.2013., par 112.

42 *Babar Ahmad and Others v. United Kingdom*, App. N. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 & 67354/09, presuda od 10.04.2012, paras. 239–242.

uvek nije osuđen te da nije dokazao da, nakon izručenja u SAD eventualno izrečena kazna doživotnog zatvora neće ostvarivati svoju svrhu, a kako im možda neće biti izrečena obavezna kazna doživotnog zatvora bez mogućnosti uslovnog otpusta, moguće da se ovo pitanje neće ni postaviti...⁴³ I druge predstavke kojima su, po ovom osnovu osporavane odluke o dozvoli izručenja su odbijane po istom osnovu.⁴⁴

Do liberalizacije ovog stava dolazi u predmetu *Trabelsi protiv Belgije*, gde se radilo o izručenju državljanina Tunisa iz Belgije u SAD, zbog optužbi za terorizam. Navodna povreda člana 3 sastojala se u tome što je izručenjem u SAD podnosilac predstavke bio izložen riziku da mu se izrekne doživotna kazna zatvora bez uslovnog otpusta i bez mogućnosti skraćivanja. U dotadašnjoj praksi Sud je smatrao da je dovoljno da postoji zakonska mogućnost pomilovanja ili preinačenja kazne od strane predsednika države, da ne dođe do kršenja člana 3 jer se kazna *de facto* može ublažiti. Međutim, u ovom slučaju Sud je odstupio od tog stava istakavši da nijedan od predviđenih postupaka koji obuhvataju predsednikovo eventualno pomilovanje ili preinačenje kazne, ne predstavlja mehanizam za reviziju koji zahteva od domaćih organa da na osnovu objektivnih i unapred utvrđenih kriterijuma, kojih je zatvorenik svestan u vreme izricanja kazne, potvrde da li se zatvorenik toliko popravio da nastavak njegovog lišenja slobode više ne bi bio opravdan svrhom kažnjavanja.⁴⁵ Shodno tome, dozvolom izručenja SAD-u Belgija je prekršila član 3 EKLJP.

U ovom predmetu takođe se odstupilo od problematičnog stava da se lice ne može unapred pozivati na to da kazna više ne ostvaruje svoju svrhu, već da mora da provede u zatvoru neko vreme, kako bi se to utvrdilo. Poučena ranijom praksom, belgijska vlada se u konkretnom slučaju pozivala na to da podnosilac predstavke još uvek nije osuđen u SAD pa je nemoguće unapred utvrditi da li će ikada doći do tačke da njegovo držanje u zatvoru više ne ostvaruje nikakvu penološku svrhu. Sud je međutim ove navode odbio istakavši da se „mora ceniti rizik od kršenja člana 3 kome je podnosilac predstavke izložen pre njegove osuđujuće presude u SAD, a ne *ex post facto*, kako to predlaže Vlada“.⁴⁶

1.3.3. Duge zatvorske kazne, nesrazmerne težini krivičnog dela

U nekoliko slučajeva pred ESLJP postavljeno je pitanje da li „drakonski“ duga zatvorska kazna koja se može izreći u državi molilji predstavlja kršenje člana 3 EKLJP. Obično se radilo o izručenju SAD-u, čija je kaznena politika znatno stroža od evropske, pa su za ista krivična dela predviđene i po nekoliko puta teže zatvorske kazne.

U vezi sa tim, Sud je u nekoliko navrata naglašavao da je „problematika dužine kazni van okvira Evropske Konvencije... Ova politika varira od države do

43 *Babar Ahmad and Others v. United Kingdom*, op. cit., par. 243.

44 *Nivette v. France*, App. N. 44190/98, presuda od 3.07.2001., *King v. United Kingdom*, App. N. 9742/07, presuda od 26.01.2010., *Harkins and Edwards v. United Kingdom*, App. N. 9146/07 & 32650/07, presuda od 17.01.2012., *Rushing v. The Netherlands*, App. N. 3325/10, presuda od 27.11.2012.

45 *Trabelsi v. Belgium*, App. N. 140/10, presuda od 04.09.2014., par. 137.

46 *Trabelsi v. Belgium*, op. cit., par. 130.

države, a ove razlike su legitimne i razumne, čak i kada se radi o istim krivičnim delima.⁴⁷ Iako, načelno, Sud nije isključio mogućnost da „nesrazmerno stroga kazna“ (*grossly disproportionate sentence*) predstavlja kršenje člana 3 EKLJP, u dosadašnjoj praksi je i po ovom osnovu odbijao predstavke kojima su osporavane odluke o ekstradiciji.

Primeru radi, u predmetu *Calovskis protiv Litvanije*, podnosilac predstavke je osporavao odluku o njegovom izručenju iz Litvanije u SAD, navodeći kao razlog to da mu se za dela kompjuterskog kriminaliteta koja mu se stavljaju na teret u SAD može izreći kazna od 60–70 godina zatvora, dok bi u Litvaniji, za ista krivična dela moglo da mu se izrekne najviše 10 godina zatvora. Sud je odbio predstavku naglašavajući da se ovde ne može govoriti o kršenju člana 3 Konvencije jer različite države imaju različitu kaznenu politiku, a ove razlike i disproporcije su opravdane, čak i za ista krivična dela.⁴⁸

I u slučaju *Findikoglu protiv Nemačke*, sporna je bila ekstradicija iz Nemačke u SAD za krivična dela kompjuterskog kriminaliteta, za šta mu je, po navodima podnosioca predstavke u SAD mogla biti izrečena ukupna zatvorska kazna od 247 godina! Sud je odbio predstavku pod obrazloženjem da „podnosilac predstavke nije dokazao da će mu u konkretnom slučaju biti izrečena navedena kazna bez uzimanja u obzir svih otežavajućih i olakšavajućih okolnosti, odnosno navođenje maksimalne kazne od 247,5 godina zatvora ne znači da će sudija u konkretnom slučaju takvu kaznu i izreći...“⁴⁹

Sličnom argumentacijom Sud se poslužio i u predmetu *Lopez Elorza protiv Španije*, istakavši da navođenje maksimalne kazne koja se može izreći za određena krivična dela ne podrazumeva da će podnosiocu predstavke takve kazne biti i izrečene, te da se ne može raditi o kršenju člana 3 Konvencije. Radilo se, naime, o izručenju lica iz Španije u SAD, a na teret mu se stavljala trgovina opojnim drogama, za šta su mu u SAD mogle biti izrečene dve kazne doživotnog zatvora.⁵⁰

2. POVREDA ČLANA 6 EKLJP

Član 6 EKLJP garantuje pravo na pravično suđenje. Ovo pravo sadržano je iz više segmenata koji podrazumevaju pravo na pravičnu i javnu raspravu pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, javnost suđenja, poštovanje pretpostavke nevinosti, obaveštenje o prirodi i razlozima optužbe, pravo na odbranu u smislu vremena i mogućnosti za njeno pripremanje i pravo na branioca, pravo na ispitivanje svedoka i pravo na prevodioca u postupku, ako se radi o licu koje ne razume ili ne govori jezik u upotrebi pred sudom.

Do eventualne povrede ovih prava obično dolazi u postupcima pred domaćim sudom, kada pojedincu, kao krajnja „instanca“ ostaje ESLJP, dok kada se radi o po-

47 *Babar Ahmad and Others v. United Kingdom*, op. cit., par. 238.

48 *Čalovskis v. Latvia*, App. 22205/13, presuda od 24.07.2014.

49 *Findikoglu v. Germany*, App. N. 20672/15, presuda od 07.06.2016., par. 37.

50 *López Elorza v. Spain*, App. N. 30614/15, presuda od 12.12.2017.

stupcima za ekstradiciju, pravičnost suđenja se može osporavati samo u državi molilji u kojoj je licu već suđeno ili treba da mu bude suđeno. Pomenuti slučaj *Soering* je prvi slučaj u kome se ESLJP bavio pitanjem kršenja člana 6 EKLJP u ekstradicionom postupku.

Podnosilac predstavke je, naime, tvrdio da bi njegovim izručenjem SAD bio povređen član 6. EKLJP, budući da američka država Virdžinija ne daje osuđenima pravo na besplatnu pravnu pomoć advokata u postupcima po pravnim lekovima koji im stoje na raspolaganju nakon izricanja smrtne kazne. I Komisija i Sud su stali na stanovište da u konkretnom slučaju nema povrede ovog člana, ali su to obrazložili na različite načine. Komisija je navela da Velika Britanija, kao potpisnica EKLJP ne može biti odgovorna za odsustvo besplatne pravne pomoći u državi Virdžinija, što je u isključivoj nadležnosti SAD, te se dakle ne može tvrditi da je Velika Britanija prekršila pravo na pravično suđenje. Shodno ovom „uskom“ tumačenju, do kršenja člana 6 *de facto* i ne može doći u postupcima za ekstradiciju kada se ona vrši van država potpisnica EKLJP, jer se podnosiocu predstavke nikada i ne sudi u zamoljenoj državi, već se osporava pravičnost postupka u državi molilji, gde mu je već suđeno ili gde treba da mu bude suđeno.

Jedan od članova Komisije, čuveni profesor S. Trechsel je izdvojio mišljenje na ovu odluku, opravdano smatrajući da država koja izruči lice drugoj državi „nije *a priori* oslobođena svake odgovornosti po pitanju pravičnosti postupka u državi molilji... Samim aktom ekstradicije zamoljena država učestvuje u postupku države molilje. Ako zamoljena država zna i svesno pristaje na nepravičnost postupka u državi molilji, ona mora snositi izvesnu odgovornost za ugrožavanje prava tog lica.“⁵¹ Sud je našao da u konkretnom slučaju nije došlo do kršenja člana 6 EKLJP, ali nije prihvatio usko tumačenje Komisije već je naveo da „pravo na pravično suđenje predviđeno članom 6 EKLJP ima značajno mesto u demokratskom društvu, pa se ne isključuje mogućnost da pitanje pravičnosti postupka i kršenja ovog člana bude pokrenuto i prilikom ispitivanja odluke o izručenju, u slučaju kada u državi molilji preti opasnost od „flagrantnog kršenja pravičnosti postupka“.⁵²

Ova odluka predstavlja značaja presedan jer je njome afirmisana primena člana 6 EKLJP i u postupcima za ekstradiciju. Do njegove povrede može doći samo izuzetno i to ako preti opasnost od njegovog flagrantnog, dakle drastičnog kršenja. Reč je o pravnom standardu (*flagrant denial of justice*) koji podrazumeva da su povrede ovog člana daleko ozbiljnije i drastičnije u poređenju sa povredama ovog člana u unutrašnjim postupcima država potpisnica Konvencije.

Detaljnije pojašnjene ovog pravnog standarda Sud je dao u slučaju *Ahorugeze*, istakavši sledeće:

„Treba naglasiti da 22 godine nakon donošenja odluke u slučaju *Soering*, Sud nijednom nije našao da bi dozvolom izručenja došlo do kršenja člana 6 EKLJP. To znači da je test ‘flagrantnog kršenja pravde’ jako strog i podrazumeva znatno jača

51 Navedeno prema: Christine Van den Wyngaert, „Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora’s Box?“, *The International and Comparative Law Quarterly*, Oct., 1990, Vol. 39, No. 4 (Oct., 1990), str. 770.

52 *Soering v. The United Kingdom*, op. cit., par. 113.

kršenja od običnih nepravilnosti ili nedostatka garancija u sudskom postupku koje bi mogle i značiti da se radi o kršenju člana 6 kada se radi o unutrašnjem pravu države potpisnice. Zahteva se da je kršenje garancija pravičnog postupka, predviđenih članom 6 tako drastično da maltene dovodi do njihovog poništavanja i urušavanja njihove suštine... Kao i kada se radi o kršenju člana 3, na podnosiocu predstavke je da dokaže da, ako bude ekstradiran, može biti pod rizikom od flagrantnog kršenja pravde u državi molilji.⁵³

U navedenom slučaju podnosilac predstavke je osporavao izručenje iz Švedske u Ruandu, pod obrazloženjem da sudovi u ovoj državi nisu nezavisni ni nepristrasni, da je sudska vlast pod uticajem izvršne, da neće imati adekvatnu pravnu pomoć jer su branioci nekompetentni da postupaju u predmetima genocida i ratnih zločina koji mu se stavljaju na teret i da će mu biti povređeno pravo na jednakost oružja jer se većina svedoka ne nalazi više u Ruandi pa će odbrani biti teško da pribavi njihove iskaze. Sve ove navode sud je odbio, obrazloživši da nema tehničkih prepreka da se svedoci ispituju putem video konferencijske veze, pravne i ustavne garancije nezavisnosti sudstva u Ruandi su potvrđene od strane Međunarodnog krivičnog Tribunala za ovu državu, a veliki broj advokata je i postupao pred ovim Tribunalom, pa se ne može govoriti o nepostojanju kompetentnog branioca za ovaj slučaj.⁵⁴

Preciziranjem standarda „flagrantnog kršenja pravičnog postupka“ Sud se bavio i u predmetu *Al-Moayad protiv Nemačke*. Radilo se o predstavi lica koje je Amerika teretila za finansiranje terorizma i čije je izručenje Nemačka odobrila SAD, a koje je isticalo da bi njegovim izručenje član 6 bio povređen jer bi, poput ostalih lica optuženih za terorizam u SAD, bio zatvoren u samici, bez prava na branioca. U vezi sa tim Sud je istakao da „čak ni legitimni ciljevi zaštite države od terorizma ne mogu opravdati primenu mera kojima se dovode u pitanje garancije pravičnog postupka predviđene članom 6 EKLJP. Do flagrantnog kršenja ovih garancija bi, primera radi došlo kada lice lišeno slobode ne bi imalo mogućnost da nezavisan i nepristrasan sud razmotri zakonitost odluke o lišenju slobode ili kada se licima namerno i sistematski uskraćuje pravo na branioca, posebno kada su lišeni slobode u stranoj državi.“⁵⁵ Međutim, Sud nije našao povredu člana 6 u konkretnom slučaju, smatrajući da su garancije Američke vlade date Velikoj Britaniji da licu neće biti prekršeno pravo na pravično suđenje, dovoljan garant da se dozvoli izručenje.

Ekstradicija po ovom članu je osporavana i u predmetu *Harkins protiv Velike Britanije*. Podnosilac predstavke je tvrdio da bi njegovim izručenjem SAD-u Velika Britanija povredila pored člana 3 i član 6 EKLJP, jer mu se u SAD za krivično delo koje mu se stavlja na teret može izreći kazna doživotnog zatvora bez mogućnosti uslovnog otpusta koja, sama po sebi, predstavlja „flagrantno kršenje pravde“. Sud je odbio ove navode istakavši da se podnosilac predstavke samo poziva na kaznu koja mu može biti izrečena, a zanemaruje činjenicu da se ta kazna izriče u sudskom postupku čiju on pravičnost faktički i ne osporava. „Podnosilac predstavke nigde ne navodi da mu neće biti suđeno od strane nezavisnog i nepristrasnog suda, da će

53 *Ahorugeze v. Sweden*, App. N. 37075/09, presuda od 27.10.2011., par. 115, 116.

54 *Ahorugeze v. Sweden*, op. cit., par. 122–127.

55 *Al-Moayad v. Germany*, App. N. 35865/03, presuda od 20.02.2007., par. 101.

mu biti uskraćeno pravo na branioca ili da će doći do kršenja neke druge garancije pravičnog postupka.“⁵⁶

U predmetu *King protiv Velike Britanije* podnosilac predstavke je osporavao ekstradiciju iz Britanije u Australiju, navodeći da neće moći da obezbedi svedoke odbrane, jer im Australijske vlasti ne pokrivaju troškove putovanja, što bi predstavljalo flagrantno kršenje pravičnog postupka i člana 6 EKLJP. Sud je odbio ove navode precizirajući da se svedoci mogu saslušati i putem video konferencijske veze, te da „član 6 stav 3(d) EKLJP ne garantuje okrivljenom neograničeno pravo na prisustvo svedoka pred sudom, već je na domaćem sudu, pred kojim se postupak vodi, da odluči da li će se predloženi svedoci pozivati i usmeno ispitivati ili njihovo ispitivanje nije nužno.“⁵⁷

Iz navedenog se vidi da pozivanje na kršenje člana 6 u postupcima za ekstradiciju, u dosadašnjoj praksi ESLJP nijednom nije urodilo plodom, iako Sud ne isključuje *a priori* mogućnost da do takvog kršenja dođe, te formalno nema prepreka da se predstavke podnose po ovom osnovu.

3. POVREDA DRUGIH ČLANOVA EKLJP

U praksi ESLJP bilo je pozivanja i na kršenje člana 8 EKLJP u vezi sa ekstradicionim zahtevima, odnosno isticanja da bi dozvolim izručenja podnosiocu predstavke bilo povređeno pravo na lični i porodični život. Tako je u predmetu *Aronica protiv Nemačke*, podnosilac predstavke osporavao izručenje iz Nemačke u Italiju pod obrazloženjem da bi ga to „odvojilo od porodice koja se nalazi u Nemačkoj“. Sud je ove navode odbio istakavši da „iako bi njegovo izmeštanje iz Nemačke podnosiocu predstavke naročito teško palo, odluka da se on isporuči nije suprotna EKLJP, posebno imajući u vidu da se radi o izručenju u državu potpisnicu EKLJP.“⁵⁸ U praksi koja je usledila Sud je odbijao ovakve argumente čak iako se ne radi o ekstradiciji između država potpisnica EKLJP. U predmetu *Ketchum protiv Rumunije* podnosilac predstavke je osporavao odluku o njegovom izručenju iz Rumunije u SAD, pozivajući se između ostalog na to da je oženjen Rumunkom, da je u ovoj državi započeo privatni posao i da već pet godina uživa boravišnu dozvolu. Sud je našao da nema povrede člana 8, pod obrazloženjem da „legitimni interesi izručenja u konkretnom slučaju pretežu nad pravom na poštovanje privatnog i porodičnog života podnosioca predstavke.“⁵⁹

Povreda načela *ne bis in idem* je po našem zakonu jedan od razloga zbog kojih se može odbiti zahtev za izručenje lica. Tako čl. 7 t. 3. ZMPPKS kao jedan od uslova za izručenje predviđa da se „protiv istog lica u Republici Srbiji ne vodi krivični postupak zbog krivičnog dela povodom kojeg se zahteva izručenje“, odnosno „da po domaćem zakonu postoje uslovi za ponavljanje krivičnog postupka za krivično delo povodom kojeg se zahteva izručenje protiv lica protiv kojeg je pravosnažno

56 *Harkins v. the United Kingdom*, App. N. 71537/14, presuda od 15.06.2017., par. 66.

57 *King v. United Kingdom*, App. N. 9742/07, presuda od 26.01.2010., par. 24.

58 *Aronica v. Germany*, App. N. 72032/01, presuda od 18.04.2002., par. 1 i 2.

59 *Ketchum v. Romania*, App. N. 15594/11, presuda od 11.06.2013., par. 34.

okončan postupak pred domaćim sudom“ (čl. 7. t. 4. ZMPPKS). Navedeni uslovi za ponavljanje krivičnog postupka podrazumevaju sve one razloge za ulaganje zahteva za ponavljanje krivičnog postupka, predviđenih članom 473. Zakonika o krivičnom postupku (ZKP).⁶⁰

ESLJP međutim ima drugačiji stav po ovom pitanju. Zabrana ponovnog suđenja istom licu za isto krivično delo izvorno nije garantovana EKLJP, već članom 4 Protokola broj 7 iz 1984. godine, koji predviđa da se „nikome ne može ponovo suditi niti se može ponovo kazniti u krivičnom postupku u nadležnosti iste države, za delo zbog koga je već bio pravnosnažno oslobođen ili osuđen u skladu sa zakonom i krivičnim postupkom te države.“ Kao što se vidi, akcenat je na ponovnom suđenju i kažnjavanju u okviru „iste države“, a ne govori se o ponovnom suđenju u različitim državama. Ovo doslovno tumačenje Sud je primenio i u predmetu *E. G. M. protiv Luksemburga*, u kome je podnosilac predstavke upravo isticao povredu ovog načela. Radilo se naime o izručenju lica iz Luksemburga u SAD, s tim da mu je u Luksemburgu već suđeno za iste optužbe koje su se odnosile na pranje novca, i osuđen je na zatvorsku kaznu od 5 godina. Sud je našao da nema povrede, istakavši da ni „EKLJP ni član 4 Protokola 7 ne garantuju poštovanje principa *ne bis in idem* u vezi suđenja u različitim državama.“⁶¹

ZAKLJUČAK

Iako Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava uopšte ne pominje ekstradiciju niti pravo pojedinca da ne bude ekstradiran, nakon presedana u slučaju *Soering*, ESLJP se i u ovoj materiji postavio kao krajnja instanca kojoj se pojedinac može obratiti ako država odobri njegovo izručenje. Međutim, razlozi za odbijanje ekstradicije se u strazburškoj praksi razlikuju od onih „klasičnih“ razloga propisanih multilateralnim i bilateralnim ugovorima i nacionalnim propisima koji regulišu ovu materiju. Da bi se pojedinac u ovom slučaju obratio ESLJP neophodno je da je odobrenim zahtevom za izručenje povređen neki od članova EKLJP.

U dosadašnjoj praksi, predstavke su usvajane jedino pozivanjem na kršenje člana 3 EKLJP, i to najčešće ako se radilo o izručenju državama (uslovno rečeno) „trećeg sveta“ u pogledu kojih izveštaji relevantnih međunarodnih organizacija ukazuju na alarmantna kršenja ljudskih prava, nezadovoljavajuće uslove u zatvorskim ustanovama i prisustvo torture. Pored toga, podnosilac predstavke je dužan i da dokaže zbog čega mu konkretno preti opasnost, odnosno da pruži dokaze u prilog činjenice da je iz nekog razloga i zbog svog ličnog svojstva u posebnoj opasnosti da bude žrtva nečovečnog postupanja i torture. Tako su primera radi, usvajane predstavke opozicionih političkih aktivista čije su porodice ili „saborci“ već bili žrtve torture ili političkog progona, predstavke lica osuđenih da kaznu služe u nestabilnim zonama oružanih sukoba, lica koja su predstavnici izvršne vlasti javno pominjali i unapred

60 Zakonik o krivičnom postupku, „Sl. glasnik RS“, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019 i 27/2012 – odluka US.

61 *E. G. M. v. Luxembourg*, App. N. 24015/94, presuda od 20.05.1994., str. 5.

medijski osuđivali, predstavke lica optuženih za terorizam, koje je trebalo isporučiti državama koje imaju posebnu regulativu za ova krivična dela i t. sl.

Na kršenje člana 3 EKLJP bilo je pozivanja i u slučaju izručenja državama koje, za dela koja se traženom licu stavljaju na teret, predviđaju smrtnu kaznu, kaznu doživotnog zatvora bez mogućnosti uslovnog otpusta ili nesrazmerno duge zatvorske kazne. Ovakve predstavke mahom nisu usvajane, pod obrazloženjem da je kaznena politika van okvira EKLJP, da ona varira od države do države a da su ove razlike legitimne i razumne. Kada je reč o kapitalnoj kazni, zahtevi za izručenje su mahom odobravani uz garancije države molilje da smrtna kazna neće biti izrečena, pa je ESLJP (sa izuzetkom slučaja *Soering*) nalazio da se ne radi o kršenju člana 3 EKLJP. Kazna doživotnog zatvora je u skladu sa članom 3 EKLJP jedino ako pravno ili faktički postoji mogućnost njenog ublažavanja, bilo kroz institut uslovnog otpusta, revizije, predsednikovog pomilovanja ili preinačenja kazne, dok u suprotnom predstavlja nečovečno kažnjavanje posebno kada više ne ostvaruje ni jednu od zakonom propisanih „svrha kažnjavanja“.

U praksi je bilo pozivanja i na kršenje člana 6 EKLJP. Iako načelno ne isključuje povredu prava na pravično suđenje i u ekstradicionom postupku, ESLJP u ovim slučajevima postavlja znatno širi prag tolerancije, zahtevajući da se radi o „flagrantnom kršenju pravde“ odnosno znatno drastičnijem kršenju garancija pravičnog suđenja predviđenih članom 6. EKLJP, nego što je to slučaj u unutrašnjem pravu.

Odluke Republike Srbije o dozvoli izručenja nekog lica do sada nisu osporavane pred Evropskim sudom, ali imajući u vidu dosadašnju praksu ovog Suda jedan paradoks „upada u oči“. Dok je ZKP iz 2001. godine kao jedan od razloga za odbijanje zahteva za izručenje predviđao i opasnost od nečovečnog postupanja i torture (čl. 548 st. 2), ZMPPKS ne sadrži takvu odredbu. Iz toga proizilazi da se pojedinac, čije je izručenje odobreno, na ovu povredu ne može pozivati pred domaćim organima, ali može pred ESLJP.

LITERATURA

- Bassiouni M. C., *International Extradition and World Public Order*, A. W. Sijthoff, Leyden (1974).
- Dugard J., Van den Wyngaert C., Reconciling Extradition with Human Rights, *The American Journal of International Law*, Vol. 92, No. 2 (Apr., 1998).
- Kapferer S., *The Interface between Extradition and Asylum*, UNHCR (2003).
- Lilich, R. B., The *Soering* Case, *The American Journal of International Law*, Vol. 85, No. 1 (Jan.1991).
- Magnuson W., The Domestic Politics of International Extradition, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 52 (2012).
- Van den Wyngaert C, Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora's Box?, *The International and Comparative Law Quarterly*, Oct., 1990, Vol. 39, No. 4 (Oct., 1990).

Vanja Bajović

Faculty of Law, University of Belgrade

GROUNDS FOR REFUSAL OF EXTRADITION IN THE CASE LAW OF THE EUROPAEN COURT OF HUMAN RIGHTS

SUMMARY

The right of an individual not to be extradited is not guaranteed by the European Convention on Human Rights (ECHR) or any other instrument dealing with their protection. Contrary to that, extradition is an expression of good relations between states, preventing criminal offenders to find a „safe haven“ from prosecution and punishment by crossing the state border. Although there is no explicit rule that extradition should be compatible with human rights, the ECtHR has dealt with decisions by which states granted extradition requests, examining whether their execution would jeopardize any of the fundamental rights of the individual, guaranteed by the ECHR.

Mutual relationship between human rights and extradition are often characterized as a „tension“ between contradictory obligation of a state to protect individual rights on one side, and to fulfil contractual obligation on the other, in the cases where requesting state has more severe sentencing policy than requested state. In the *Soering* case, the European Court of Human Rights held that the country must have not extradited a fugitive, „where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if extradited, faces a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in the requesting country. Thus, extradition of the applicant to the United States to stand trial for an offence punishable by death penalty, would violate Article 3 of European Convention.“

The paper analyzes the case law of the European Court of Human Rights on the issue of approved extradition requests. Filing an application on this basis is possible if any of the rights guaranteed by the European Convention has been called into question by the extradition. The first part of the paper deals with the issue of violation of Article 3 of the Convention, both from the point of view of inhuman treatment and torture allegedly threatened in the requesting state, and on the basis of a „draconian“ or disproportionate sentence that can be imposed. The second part deals with the violation of Article 6 (right of fair trial), while the other violations are analyzed in the third, final part of the paper. The analysis is based on available decisions of the European Court.

Keywords: extradition, European Court of Human Rights, prohibition of torture, fair trial.

Ivan Đokić*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

NOVE MERE PREMA UČINIOCIMA KRIVIČNIH DELA PROTIV POLNE SLOBODE – NUŽNOST ILI POVRATAK U MRAČNO DOBA

Apstrakt: Autor u radu podvrgava kritičkoj analizi nova rešenja koja su u uporednom i domaćem pravu predviđena kao sredstvo da se društvo efikasnije zaštiti od naročito opasnih učinilaca krivičnih dela protiv polne slobode. Iako je reč o jednoj opasnoj formi kriminaliteta, naročito ukoliko je napad usmeren prema maloletnom licu, pitanje je da li je to dovoljan osnov da se zarad načelno potpunije zaštite odustane od nekih temeljnih vrednosti koje su ugrađene u sistem koji pretenduje da bude humanistički i demokratski orijentisan. U tom smislu je posebno sporna legitimnost mera kojima se učinilac nastoji odvratiti od ponovljenog zločina merama koje ozbiljno narušavaju njegovo zdravlje, a kojima se samo daje privid dobrovoljnosti. Iako srpsko krivično pravo još uvek nije prešlo tu granicu i za njega je karakteristično pristajanje uz koncept punitivnog populizma i konstantno zaoštavanje represije protiv ove kategorije učinilaca. To se čini u procesu u kome se ne uzimaju u obzir naučni kriterijumi, već se prednost daje emotivnom sagledavanju problema i prihvata se jedan u osnovi laički pristup da je kriminalitet moguće kontrolisati isključivo preteranom represijom. Naročita pažnja poklonjena je razmatranju pitanja opravdanosti uvođenja novih mera za sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima, što je posebnim zakonom u srpsko krivično zakonodavstvo uvedeno 2013. godine. Na kraju su data završna razmatranja i konačan sud autora o prihvatljivosti zaoštrene krivičnopravne intervencije u sferi polnih delikata.

Ključne reči: polna sloboda, seksualni delikti, povrat, maloletno lice, kastracija.

UVOD

U poslednje vreme u zakonodavstvo velikog broja država uvode se posebne mere koje su namenjene naročito opasnim učiniocima seksualnih delikata, pre svega ukoliko je krivično delo učinjeno na štetu deteta, ili maloletnika. Težina ostvarenog neprava, koja se ogleda u napadu na izuzetno važno dobro – slobodu u sferi polnih odnosa, kao i okolnost da se kao pasivni subjekt pojavljuje lice koje je zbog svog nedovoljnog uzrasta naročito ranjivo uslovalo je pojačanu zabrinutost društvene javnosti (podgrejane prenatlašenim izveštajima u medijima) i odgovarajuće pritiske na nosioce državne vlasti da oštrije reaguju na ovu formu kriminaliteta. U tom kontekstu kao primamljiv odgovor nameće se čitava lepeza mera poput uvođenja naročitih registara učinilaca krivičnih dela protiv polne slobode, pooštavanja kaznenih raspona za postojeća krivična dela i uvođenje novih inkriminacija, produženo lišenje slobode (nakon isteka kazne zatvora), pa čak i drastične mere

* docent, djokic@ius.bg.ac.rs

koje podrazumevaju zahvat u telesni integritet učinioca, poput hirurške kastracije, ili nešto blažeg vida tzv. hemijske kastracije. Već odavno prisutna klima kaznenog populizma, koja je poput aktuelne zaraze zahvatila gotovo čitav svet, prepoznatljiva po ishitrenim i preoštrim zakonodavnim reakcijama čiji je povod uglavnom pojedinačni slučaj koji dovodi do uznemiravanja javnosti, oduševljeno je prihvatila neke od ovih predloga, videći u njima adekvatno rešenje za pojačanu krivičnopravnu zaštitu u ovoj oblasti. Tom talasu se priklonila i Republika Srbija, koja je u pređašnjoj deceniji u više navrata zaoštravala kaznenu politiku u sferi seksualnih delikata, pre svega intervencijama u Krivičnom zakoniku,¹ dok krunu takve orijentacije, barem za sada, predstavlja usvajanje Zakona o posebnim merama za sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima.

U tekstu je dat osvrt na rešenja koja su u srpskom krivičnom zakonodavstvu predviđena s ciljem efikasnije borbe protiv učinilaca krivičnih dela kojima se vrši napad na polnu slobodu, kao i mere koje su sve učestalije u uporednom krivičnom pravu, a koje su izraz iste tendencije – nekontrolisano zaoštavanje represivnih mehanizama u borbi protiv najopasnijih formi kriminaliteta. Na taj način se ostvarivanje državnog prava na kažnjavanje sve više udaljava od jednog racionalnog kriminalno-političkog koncepta, koji je u osnovi svakog realno sprovedivog i legitimnog krivičnopravnog sistema.

POSEBNE MERE PREMA UČINIOCIMA KRIVIČNIH DELA PROTIV POLNE SLOBODE U UPOREDNOM PRAVU

Uvreženo je mišljenje, iako dominantno prisutno pre svega u laičkoj javnosti, ali iz praktičnih razloga sve više prihvaćeno i od strane nosilaca političke vlasti, da su seksualni delinkventi po pravilu nepopravljivi, tj. da uprkos naporima psihijatarata i terapeuta, kao i primeni redovnih krivičnopravnih mera nisu u stanju da promene svoje devijantno ponašanje.² Kao rezultat takvih shvatanja u sve većem broju nacionalnih krivičnopravnih sistema na sceni je primena iste strategije, proširivanje na zakonodavnom planu kruga mera koje su na liniji jačanja krivičnopravne reakcije prema učiniocima krivičnih dela protiv polne slobode.³ Praktična saznanja da strože kažnjavanje uglavnom ne doprinosi smanjenju stope povrata kod naročito

1 Krivični zakonik („Sl. glasnik RS“, br. 85/2005, 88/2005 – ispr, 107/2005 – ispr, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/2019) – u daljem tekstu KZ.

2 U javnosti čak preovlađuje shvatanje da su seksualni delinkventi abnormalni, mentalno poremećeni i da su stoga opasniji od drugih delinkvenata. Zoran Stojanović /1980/: „Opravdanost uvođenja i primene posebnih sankcija i tretmana prema učiniocima seksualnih krivičnih dela“, *Penologija*, № 1–2, 3. Doduše, i neka naučna istraživanja su pokazala da kod gotovo polovine ispitanih učinilaca najtežih krivičnih dela protiv polne slobode postoji neka forma psihopatije. Heather M. Gretton, Michelle McBride, Robert D. Hare, Roy O’Shaughnessy, Gary Kumka /2001/: „Psychopathy and Recidivism in Adolescent Sex Offenders“, *Criminal Justice and Behavior*, № 4, 429.

3 Richard Hamill /2001/: „Recidivism of Sex Offenders: What You Need to Know“, *Criminal Justice*, № 4, 24.

opasnih seksualnih delinkvenata uticala su na napuštanje jednostranog pristupa, da se adekvatan odgovor na problem istrajnih učinilaca teških seksualnih delikata može pronaći jedino u primeni kazne u dužem trajanju. Iako je kažnjavanje i dalje ostalo osnovno sredstvo u ovoj oblasti, ono se mahom kombinuje sa novim merama koje su po stepenu represivnosti veoma različite, a kreću se od raznih vidova psihoterapije,⁴ preko nametanja osuđenom koji je izdržao kaznu određenih obaveza, obaveštavanja javnosti o učiniocima seksualnih krivičnih dela,⁵ pa sve do primene odgovarajućih mera bezbednosti koje se svode na prošireno lišenje slobode, ili primenu i takvih tretmana kojima se nastoji suzbiti seksualni nagon kod učinioaca, što uključuje odgovarajuću terapiju ili čak i tako drastičan zahvat kakav je kastracija. Uopšteno se u stručnoj literaturi za sve nove mere namenjene uspešnijoj borbi protiv opasnih seksualnih delinkvenata ističe da više predstavljaju vid oportunitizma vladajuće političke većine koja podilazi represivnim nastojanjima građana i prihvata strategiju koja je u nauci nazvana kazneni populizam, nego što su zasnovane na realnoj proceni opasnosti takvih učinilaca i njihovog rizika po društvo. U tom pogledu je naročito kada se radi o krivičnim delima protiv polne slobode koja su učinjena prema detetu strah javnosti dospelo do nivoa moralne panike.⁶

- 4 Iako je psihoterapija jedini metod koji je pretežno upravljn na otklanjanje uzroka devijantnog seksualnog ponašanja, a ne samo na otklanjanje simptoma ili na delimično, odnosno potpuno uništavanje fiziološkog aparata putem kojeg se seksualni nagon ispoljava i ostvaruje, dejstvo psihoterapije, barem jedne njene varijante nazvane kognitivno-bihejvioralna terapija (*cognitive-behavioral therapy*), je krajnje ograničeno i skopčano je sa spremnošću učinioaca da učestvuju u programu. Vid. Z. Stojanović /1980/: 8–9; Paul M. Valliant, Bryan K. Sloss, Lynne Raven-Brooks /1997/: „Effects of Brief Cognitive-Behavioral Therapy on Recidivism among Sex and Non-Sex Offenders“, *Journal of Offender Rehabilitation*, № 1–2, 163–174.
- 5 U Sjedinjenim Američkim Državama (SAD) je usmrćenje sedmogodišnje devojčice (Megan Kanka) 1994. godine bilo povod uvođenja zakona koji je neformalno nazvan „Meganin“ zakon (*Megan's Law*), a koji je omogućio da se podaci o registrovanim učiniocima seksualnih krivičnih dela učine dostupnim javnosti. Vid. Milan Škulić /2021/: *Osnovi krivičnog prava Sjedinjenih Američkih Država*, Beograd, 166–168. Slična kampanja je nakon usmrćenja osmogodišnjakinje (Sarah Payne) sprovedena u Ujedinjenom Kraljevstvu (*Sarah's Law*) s ciljem da se dozvoli kontrolisani pristup podacima iz registra seksualnih prestupnika (*Sex Offenders Register*), pre svega roditeljima sa malom decom, kako bi bili upoznati sa činjenicom da u njihovom kraju živi učinilac osuđen za neko krivično delo protiv polne slobode. Keith Soothill /2010/: „Sex Offender Recidivism“, *Crime and Justice: A Review of Research*, 151. Međutim, zbog moguće povrede čitavog niza prava iz oblasti privatne sfere, mehanizam obaveštavanja javnosti i lokalne zajednice u kojoj se nalazi učinilac osuđivan za kakvo seksualno krivično delo nije u Velikoj Britaniji dostigao razmere koje su prisutne u SAD. Susan Easton /2001/: „Punishing Sex Offenders: Discrimination or Justifiable Treatment“, *International Journal of Discrimination and the Law*, № 1, 84.
- 6 S. Easton /2001/: 72. Jedna od osnovnih poteškoća u pokušaju da se obuzdaju preterano represivne težnje šire javnosti i aktivnost zakonodavca svede na razumnu meru jesu prilično neujednačeni rezultati do kojih se došlo u analizi uspeha klasičnih krivičnopravnih mehanizama u borbi protiv ove forme kriminaliteta. Naime, kada je reč o efektima kazne na učinioaca osuđenog za neko krivično delo protiv polne slobode i stopi povrata ove kategorije učinilaca istraživanja pokazuju nepodudarne rezultate. Naravno, ne treba izgubiti iz vida da su i metodološke pretpostavke koje se odnose na prikupljanje i obradu podataka uzrok navedene nepodudarnosti (pojedine studije polaze od toga da se povratnikom smatra i učinilac koji je ranije samo bio optužen, bez obzira na to da li je postupak okončan osuđujućom presudom; vremenski okvir u kome se prati ponašanje određenih učinilaca se veoma razlikuje i iznosi od svega nekoliko godina, do čak i par decenija, itd.). R. Hamill /2001/: 24. Međutim, pored sumnjivih, postoje i kredibilna istraživa-

Zbog nemogućnosti da se društvo uspešnije zaštiti od opasnih učinilaca teških krivičnih dela, naročito onih povezanih sa napadom na polnu slobodu maloletnog lica, klasičnim merama koje poznaje krivično pravo, zakonodavci pojedinih država su rastući gnev javnosti nastojali da ublaže predviđanjem načina da se učinilac trajno izoluje i tako spreči da ponovo izvrši zločin. U tu svrhu je u pojedinim krivičnopравnim sistemima prihvaćena naročita mera, različita po svojoj pravnoj prirodi, koja se primenjuje prema odgovornom učiniocu krivičnog dela, nakon izdržane kazne zatvora i koja se zbog nesmanjene opasnosti učinioca po društvo uglavnom svodi na produženo (čak i neograničeno) lišenje slobode.

Tipičan primer takve mere jeste ustanova sigurnosnog smeštaja (*Sicherungsverwahrung*) koja postoji u nemačkom krivičnom zakonodavstvu,⁷ iako je sama ideja prvi put realizovana u zemljama koje pripadaju anglosaksonskoj pravnoj tradiciji.⁸ Svrstana je među mere bezbednosti i primenjuje se prema višestrukim povratnicima kod kojih postoji opasnost od vršenja težih krivičnih dela i ujedno predstavlja jednu od najspornijih i najviše kritikovanih krivičnih sankcija u nemačkom krivičnom pravu. Izvršava se nakon što učinilac osuđen za određeno teško krivično delo izdrži kaznu zatvora na koju je osuđen. U određenim slučajevima njena primena je obavezna, dok postoji mogućnost da je pod određenim uslovima sud odredi iako njeno izricanje nije obligatorno. Izricanje ove mere bezbednosti je između ostalog obavezno ukoliko je učinilac izvršio određeno krivično delo protiv polne slobode za koje mu je izrečena kazna zatvora u trajanju od najmanje dve godine i ukoliko je pre toga bio osuđivan bar dva puta na kaznu zatvora od minimum jedne godine za tačno određena umišljajna krivična dela. Osim toga, kada je reč o seksualnim deliktima, potrebno je da od ranije i novoučinjenog dela nije protekao period od petnaest godina i da je učinilac barem za jedno delo po ranijoj osudi izdržao dve godine zatvora. Konačno, centralni uslov materijalne prirode, koji izaziva najviše polemike, jeste taj da je učinilac usled sklonosti ka vršenju teških krivičnih dela opasan po društvo. Kada su u pitanju krivična dela protiv polne slobode koja su učinjena prema detetu, maloletniku, licu koje se u odnosu prema učiniocu nalazi u

nja, dosledno naučno fundirana i praktično realizovana bez manjkavosti, koja su pokazala sliku potpuno drugačiju od one koja je opšte prihvaćena. Tako je prema jednoj studiji sprovedenoj 1996. godine (R. K. Hanson & M. T. Bussière) koja je rađena na osnovu rezultata dobijenih iz šest zemalja, utvrđeno da je stopa povrata među učiniocima seksualnih krivičnih dela svega 13.4 %. Jedno još pozdanije istraživanje iz 2000. godine (*Association for Treatment of Sexual Abusers*), vršeno u odnosu na grupu od preko osam hiljada osuđenika, pokazalo je da je tretman prema učiniocima iz ove kategorije dao rezultate i da je uticao na smanjenje stope kriminaliteta (sa 17 % na 10 %). R. Hamill /2001/: 25.

7 Sličnu meru poznaju i neka druga evropska zakonodavstva. Vid. § 23 austrijskog KZ [*Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter*], § 64 (4) švajcarskog KZ [*Verwahrung*], francuski zakon br. 2008-174 [*rétention de sûreté*], § 37a holandskog KZ [*terbeschikkingstelling*], § 70 danskog KZ [*forvaring*], odeljak 40. norveškog KZ [*forvaring*], § 83 portugalskog KZ [*delinquentes por tendência*].

8 Početkom XX veka u Engleskoj je postojala mogućnost naknadnog lišenja slobode onih učinilaca koji su ocenjeni kao naročito opasni, kroz određivanje preventivnog smeštaja (*preventive detention*) u trajanju do deset godina. N. S. Timashefe /1939/: „Treatment of Persistent Offenders Outside of the United States“, *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, № 4, 458.

položaju zavisnosti, ili licu nesposobnom za otpor, primena sigurnosnog smeštaja je fakultativna, ali su i uslovi nešto ublaženi.⁹ U početku je maksimalno trajanje ove mere bilo ograničeno na deset godina, ali je kasnijim izmenama ukinuto bilo kakvo ograničenje, tako da ako usled nepovoljne prognoze ostane bojazan da će učinilac na slobodi ponoviti neko teško krivično delo, lišenje slobode se produžava sve dok takva opasnost postoji. Osim toga, odluku o primeni ove mere bezbednosti kada se radi o učiniocu krivičnog dela protiv polne slobode moguće je odložiti sve do okončanja postupka izvršenja kazne, tako da preteća mogućnost primene ove mere predstavlja značajan psihološki teret za učinioca koji nije siguran da će istekom kazne zaista biti pušten na slobodu. Sigurnosni smeštaj je uz kaznu doživotnog zatvora najstroža krivičnopravna mera koja postoji u nemačkom pravu, s tim što je zakonodavac učestalim intervencijama njen režim drastično promenio, pogoršavši položaj učinioca, zbog čega je ova mera pod stalnim udarom kritike i s pravom mnogi autori ističu da je ona opasnija od onih kojima je namenjena.¹⁰

Slično je i u SAD predviđeno preventivno zatvaranje (*civil commitment*) koje nosi mogućnost doživotnog lišenja slobode seksualnog delinkventa (zakoni o tzv. nasilnim seksualnim predatorima), nakon formalnog okončanja izdržavanja kazne zatvora. Osim izvršenja nasilnog seksualnog dela, za primenu ove mere, koja načelno nije predviđena krivičnopravnim propisima, potrebno je utvrditi da učinilac pati od mentalne abnormalnosti, kao i da je upravo zbog takve abnormalnosti i dalje opasan po društvo.¹¹ Osnovni motiv za uvođenje ove mere u SAD bila je potreba da se društvo zaštiti od učinilaca koji i pored izdržane dugogodišnje kazne lišenja slobode i dalje predstavljaju opasnost po društvo, kao i da se rasterete kaznene ustanove, koje su u SAD inače prenaseljene. Međutim, čitav koncept je doživeo praktičan neuspeh, s obzirom na ogromne troškove, koji i preko tri puta premašuju one potrebne za redovno staranje o licu kome je izrečena kazna zatvora.¹²

Navedene okolnosti su uslovile traganje za novim rešenjima koja bi uticala na smanjenje stope povrata ove kategorije učinilaca, a da se istovremeno izbegne potencijalno neograničeno lišenje slobode. U tom se kontekstu otvorilo pitanje mogućnosti primene nekih drugih mera koje će omogućiti učiniocu povratak u društvo slobodnih građana, ali tako da se odgovarajućom hirurškom intervencijom, ili farmakoterapijom kod njega ugasi seksualna moć i na taj način kontroliše polni nagon. Pri tome se ove mere, iako dovode do praktično sličnih rezultata, međusobno drastično razlikuju, jer dok se u jednom slučaju (hirurška kastracija) destimulisanje

9 Sigurnosni smeštaj se tada može odrediti prema učiniocu koji je osuđen na najmanje dve godine zatvora za novo delo, a za jedno od ranijih odgovarajućih krivičnih dela na kaznu zatvora od najmanje tri godine.

10 Više o tome: Ivan Đokić /2020/: „Preventivno zatvaranje učinilaca opasnih po društvo – višestruki povrat i mere bezbednosti“, u: *Kaznena reakcija u Srbiji, X deo* (urednik: Đorđe Ignjatović), Beograd, 288–295.

11 Kelly Meaghan /2008/: „Lock Them Up – And Throw Away the Key: The Preventive Detention of Sex Offenders in the United States and Germany“, *Georgetown Journal of International Law*, № 3, 553.

12 Matthew V. Daley /2008/: „A Flawed Solution to the Sex Offenders Situation in the United States: The Legality of Chemical Castration for Sex Offenders“, *Indiana Health Law Review*, № 1, 88.

učinioca da ponovi seksualno krivično delo vrši hirurškim putem, što podrazumeva jedan osetan zahvat u njegov telesni integritet, u drugom slučaju (hemijska kastracija) to se čini odgovarajućim medikamentima, koji načelno ne ostavljaju trajne negativne posledice i na prvi pogled predstavljaju jedan humaniji vid tretmana. Shodno tome, potrebno je bliže razmotriti mogućnost i opravdanost primene i takvih mera u savremenom krivičnom pravu.

Nezavisno od medicinski indikovanih intervencija, kao i onih koje se vrše iz religijskih, tradicionalnih,¹³ kao i estetskih razloga kastriranje seksualnih delinkvenata ima dugu istoriju. U srednjem veku ono je shodno principu taliona (oko za oko, zub za zub) bilo uobičajena kazna za silovatelje i preljubnike. Na evropskom tlu s kraja XIX veka, na bazi tada razvijenih istraživanja u medicini i psihijatriji, kastriranje je prvi put praktikovano u Švajcarskoj. Kada je reč o modernom periodu u razvoju krivičnog prava u Evropi ono je kao vid reakcije na učinioce seksualnih delikata prisutno od prve decenije XX veka.¹⁴ Danska je bila prva evropska zemlja koja je legalizovala (1929. godine) ovaj oblik medicinskog tretmana. Sličnu praksu su sledile i druge države: Nemačka (1933. godine),¹⁵ Norveška (1934. godine), Finska (1935. godine), Estonija (1937. godine), Island (1938. godine), Letonija (1938. godine) i Švedska (1944. godine). U nekim državama (Švajcarska, Holandija)

- 13 Tokom XVIII veka mladi članovi muških horova (poznati kao *castrati*) kastrirani su kako bi se s početkom puberteta sprečilo produblivanje njihovih visokih glasova. Charles L. Scott, Trent Holmberg /2003/: *Castration of Sex Offenders: Prisoners' Rights Versus Public Safety*, *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, № 4, 502.
- 14 Nikolaus Heim, Carolyn J. Hursch /1979/: „Castration for Sex Offenders: Treatment or Punishment? A Review and Critique of Recent European Literature“, *Archives of Sexual Behavior*, № 3, 282. I eugenički pokret, koji je u anglo-američkom društvu doživeo procvat početkom XX veka doprineo je širenju prinudne sterilizacije građana sa nepoželjnim osobinama, što je bilo u duhu shvatanja da reproduktivnu moć građana treba kontrolisati zarad dobrobiti društva. C. L. Scott, T. Holmberg /2003/: 502. Posledica tog pokreta bilo je usvajanje zakona u 33 američke savezne države na osnovu kojih je oko šezdeset hiljada ljudi bilo prinudno sterilisano. K. Meaghan /2008/: 554. Na žalost čovečanstva ove ideje je kasnije zloupotrebio Adolf Hitler, priznajući i sam da je bio inspirisan učenjem koje je poteklo sa američkog kontinenta (vid. M. V. Daley /2008/: 90), što je u sprovođenju koncepta čiste rase dovelo do obavezne sterilizacije ljudi sa mentalnim nedostacima ili bolestima naslednog karaktera i konačno do holokausta.
- 15 Zakonom iz novembra 1933. godine (stupio na snagu 1. januara 1934. godine) u Nemačkoj je predviđena prinudna kastracija na osnovu odluke suda (u toku važenja ovog zakona gotovo tri hiljade osuđenika je prinudno kastrirano). Takvo rešenje ukinuto je tek 1945. godine, s tim što je još 1935. godine usvojeno pravilo koje je ostalo na snazi i nakon Drugog svetskog rata, na osnovu koga je bilo omogućena „dobrovoljna“ kastracija učinilaca seksualnih krivičnih dela. Konačno je 1969. godine, da bi se načinio otklon u odnosu na poreklo ranijih propisa, nakon poduže rasprave usvojen novi zakon, koji je predvideo mogućnost kastracije na dobrovoljnoj osnovi za učinioce starije od 25 godina, ukoliko je tretman medicinski indikovao i ako zbog abnormalnog seksualnog nagona, karaktera i ranijeg života postoji ozbiljna opasnost da će učinilac ponoviti vršenje seksualnog krivičnog dela. N. Heim, C. J. Hursch /1979/: 282–283. Međutim, talas liberalizacije u sferi seksualnih odnosa koji je zahvatio nemačko društvo tokom sedamdesetih godina prošlog veka u ishodu je imao ozbiljne zakonodavne intervencije, a uticao je i na slabljenje uloge kastracije u politici kontrole seksualnog kriminaliteta. Alison G. Carpenter /1998/: „Belgium, Germany, England, Denmark and the United States: The Implementation of Registration and Castration Laws as Protection against Habitual Sex Offenders“, *Dickinson Journal of International Law*, № 2, 443.

hirurške intervencije prema učiniocima krivičnih dela protiv polne slobode vršene su u kaznenim ustanovama uprkos odsustvu adekvatne regulative, dok su pojedine zemlje sa većinski katoličkim stanovništvom (Španija, Portugal, Francuska, Belgija, Italija, Austrija) uglavnom bile uzdržane od takve prakse.¹⁶

Hirurška kastracija podrazumeva nepovratnu proceduru odstranjivanja gonada (testisa i jajnika). Njome se kod muškaraca drastično smanjuje nivo testosterona i na taj način se umanjuje i polni nagon, koji se obično svodi na nivo koji postoji pre puberteta. Najčešće se primenjuje kao alternativa dugotrajnom lišenju slobode, tj. kao sredstvo da se učinilac pusti na slobodu, ali tako da se učini manje opasnim po društvo. Statistički podaci pokazuju da je ovakav vid intervencije izuzetno efikasan u suzbijanju seksualnih krivičnih dela, jer je stopa povrata učinilaca koji su podvrgnuti kastraciji jako mala (3 %, naspram 46 % kod učinilaca seksualnih krivičnih dela koji nisu kastrirani).¹⁷ Ipak, uprkos nespornim rezultatima na planu prevencije krivičnih dela protiv polne slobode,¹⁸ hirurška kastracija predstavlja krajnje nehuman oblik tretmana koji se teško može prihvatiti i integrisati u jedan u osnovi demokratski orijentisan krivičnopravni sistem. Pojedina antropo-kriminološka i medicinska istraživanja obavljena na muškarcima kojima su gonade morale biti odstranjene zbog kancera testisa ili metastaze kancera prostate pokazala su da takvi hirurški zahvati nepovratno menjaju telo, organizam i psihi čoveka. Nepoželjne uzgredne posledice su neminovne, a intenzitet promena na telu i psihi zavisi od uzrasta, odlika ličnosti, okolnosti pod kojima se intervencija primenjuje (dobrovoljna ili prinudna) itd.¹⁹ Čak i da se sve negativne strane hirurške kastracije zamaskiraju argumentom da se ona uglavnom ne sprovodi prinudno, tj. da je za nju neophodan pristanak učinioca, takvo je rešenje samo delimično ubedljivo. Jer, postavlja se pitanje može li se zaista raditi o dobrovoljnom pristanku na ovu meru kada je učinilac pred izborom između dva zla: dugotrajnog (neretko i doživotnog) lišenja slobode i života na slobodi po cenu ozbiljnog narušavanja telesnog integriteta i gubitka muškosti. Ispravnije je stoga shvatanje da je pristanak na intervenciju ipak samo uslovno dobrovoljan, jer se učinilac ne opredeljuje potpuno slobodno.²⁰ Zbog

16 N. Heim, C. J. Hursch /1979/: 281–282.

17 A. G. Carpenter /1998/: 437–438.

18 Mada su neka istraživanja pokazala da ni hirurška kastracija ne otklanja sve seksualne funkcije. Osim toga, seksualna požuda se može ponovo probuditi uzimanjem odgovarajuće hormonalne terapije. Voislav Stojanovski /2011/: „Surgical Castration of Sex Offenders and its Legality: The Case of the Czech Republic“, 7, dostupno na: http://www.iusetocietas.cz/fileadmin/user_upload/Vitezne_prace/Stojanovski.pdf.

19 Nataša Mrvić-Petrović /2015/: „Kastracija seksualnih prestupnika – moderna telesna kazna“, *Pravni život*, № 9, 246.

20 Vid. Z. Stojanović /1980/: 19–20. Tu je od naročito značajna pitanje da li je na adekvatan način regulisana procedura tzv. informisanog pristanka. Da bi se pristanak mogao smatrati dobrovoljnim neophodno je da se učiniocu nedvosmisleno stave u izgled sve prednosti, ali i nedostaci tretmana, tako da on izjavu volje učini potpuno svestan razmera rizika u koji se upušta. Naravno, drugo je pitanje je da li se pretpostavke tzv. informisanog pristanka zaista praktično sprovode u punoj meri. Kada su u pitanju američke države, najpreciznije odredbe u tom pogledu sadržane su u KZ Teksasa, što je na neki način i razumljivo, jer u ovoj državi osim hirurške nije predviđena mogućnost hemijske kastracije. Tako je neophodno da osuđeni koji ima navršenu 21 godinu života obavezno obavi konsultacije sa psihijatrom ili psihologom, s tim što je potrebna i naro-

toga je u kritici ovakvog tretmana u doktrini istaknuto da kastracija vraća vreme u mračno doba kada je odsecanje ruku bilo sredstvo da se suzbije lopovluk.²¹ Čak je nakon određenih istraživanja utvrđeno da nivo testosterona kod učinilaca najtežih krivičnih dela protiv polne slobode ne odstupa bitno od uobičajenog, što dodatno naglašava odsustvo fiziološko-hormonalnog i medicinsko-naučnog opravdanja za kastraciju. Takođe se pokazalo da na opredeljivanje za seksualni zločin manje utiču fiziološke, a znatnije psihološke crte ličnosti. Kastracija ne samo da nema nikakvog terapijskog efekta na psihoze, neuroze ili psihopatije koje mogu postojati zajedno sa seksualnim devijacijama, već obično pogoršava već postojeće psihičke poremećaje.²² U tom kontekstu je višestruko problematičan osnov za prihvatanje kastracije kao tretmana učinilaca seksualnih krivičnih dela.²³ Iako je zaštitna funkcija osnovna svrha i razlog postojanja krivičnog prava, ta se zaštita ne može ostvarivati po svaku cenu i bez obzira na to kojim se sredstvima sprovodi.²⁴ Svakako, problem je izuzetno složen i nije ga moguće svesti na samo jedan njegov aspekt, onaj biološki.²⁵ Zbog toga što ima arhaičan i varvarski prizvuk, teško spojiv sa savremenim standardima ljudskih prava, a pre svega sa zabranom mučenja, nečovečnog i ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja danas su retke zemlje u kojima se sprovodi „dobrovoljna“ hirurška kastracija.²⁶ U Evropi je to jedino Češka,²⁷ a u SAD nekoliko saveznih država (Teksas, Kalifornija, Ajova, Florida, Luizijana).²⁸

čita provera od strane postavljenog stručnog lica, koje treba da se uveri da je učinilac potpuno shvatio sve aspekte zahvata, kako bi se obezbedilo da pristanak bude informisan i dobrovoljan. Zahteva se da pristanak bude dat u pisanoj formi, kao što je predviđeno da u bilo kom trenutku može biti opozvan. Odustajanje od već datog pristanka isključuje drugu šansu za učinioca, tj. procedura zamene kazne zatvora životom na slobodi uz hiruršku kastraciju više nije moguća. C. L. Scott, T. Holmberg /2003/: 505.

21 N. Heim, C. J. Hursch /1979/: 303.

22 Z. Stojanović /1980/: 13.

23 N. Heim, C. J. Hursch /1979/: 301.

24 Zoran Stojanović /2020a/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd, 26–27.

25 Šimun Bilokapić /2010/: „Etički vidovi kemijske kastracije“, *Crkva u svijetu*, № 3, 352.

26 Dušica Miladinović-Stefanović /2014a/: „Hemijska kastracija – prihvatljivo sredstvo za sprečavanje krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima?“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, Niš, 53.

27 U Češkoj je hirurška kastracija uvedena još 1966. godine. Ne sprovodi se prinudno, već je potreban zahtev učinioca, kome prethodi detaljno regulisan postupak informisanog pristanka. Neophodno je da intervencija bude odobrena od strane posebnog komiteta specijalista, petočlanog tela u čiji sastav ulaze jedan pravnik i četiri lekara, od kojih dva moraju biti specijalizovani u odgovarajućoj medicinskoj oblasti. V. Stojanovski /2011/: 11–12.

28 Olga Koshevaliska /2014/: „Medical Pharmacologic Treatment (A. K. A. Chemical Castration) in the Macedonia Criminal Code“, *Balkan Social Science Review*, № 4, 29. Ipak, primena hirurške kastracije nije toliko česta u praksi pojedinih zemalja. U Teksasu, prvoj američkoj saveznoj državi koja je dozvolila hiruršku kastraciju, od 1997. do 2005. godine primenjena je u svega 3 slučaja. V. Stojanovski /2011/: 6–7. Čini se da i među lekarima vlada odbojan stav prema primeni ove mere onda kada ona nije medicinski indikovana. U tom kontekstu, zanimljivo je navesti da u jednom slučaju iz sudske prakse u Teksasu nije bilo moguće sprovesti kastraciju, jer je sud bio u nemogućnosti da pronađe lekara voljnog da hirurškim putem izvrši intervenciju. Kris W. Druhm /1997/: „A Welcome Return to Draconia: California Penal Law 645, the Castration of Sex Offenders and the Constitution“, *Albany Law Review*, № 1, 296. To govori u prilog stavu da je i sa aspekta medicinske etike hirurška kastracija duboko problematična. Nasuprot tome, u Češkoj

S obzirom na to da hirurška kastracija predstavlja izrazito invazivan, ozbiljno težak i nepovratan zahvat u telesni integritet pojedinca, mnoge zemlje koje su praktikovale ovaj vid tretmana opasnih seksualnih učinilaca odustale su od njega, okrenuvši se uglavnom odgovarajućoj farmakoterapiji, tzv. hemijskoj kastraciji, kao načelno prihvatljivijem sredstvu za rešavanje problema povrata seksualnih delinkvenata.²⁹

Hemijska kastracija podrazumeva nehiruršku, reverzibilnu hemijsku proceduru kojom se odgovarajućim preparatima (u vidu tableta ili injekcija) sprečava proizvodnja testosterona i na taj način kontroliše seksualni nagon.³⁰ U literaturi se ističe da je ovakav vid tretmana najefikasniji kod učinilaca koji krivično delo vrše motivisani raznim seksualnim fantazijama.³¹ Prvi slučaj upotrebe hormonalne terapije u cilju kontrole patološkog seksualnog ponašanja zabeležen je sredinom XX veka. Lekari u pojedinim državama su prepisivali pacijentima antiandrogene, tj. ženske polne hormone, kako bi se uticalo na izbegavanje devijantnih seksualnih radnji.³²

U raznim formama hemijska kastracija primenjuje se u pojedinim evropskim i američkim državama, ali i u Australiji, Novom Zelandu, Argentini,³³ Južnoj Koreji, kao i u nekim drugim državama. U SAD je najpre uvedena u Kaliforniji, i bila je obavezna za sve učinioce koji su ponovili krivično delo prema pasivnom subjektu mlađem od 13 godina. Sprovodi se neposredno pre otušanja osuđenog iz kaznene ustanove i traje sve vreme dok se osuđeni nalazi na uslovnom otpustu, s tim što postoji mogućnost da se osuđeni umesto hemijske odluči za hiruršku kastraciju.³⁴ Osim Kalifornije, još sedam saveznih država u SAD praktikuje hemijsku kastraciju, ili kao jedino medicinsko sredstvo prema učiniocima određenih krivičnih dela protiv polne slobode (Džordžija, Oregon, Viskonsin, Montana), ili u kombinaciji sa dobrovoljnom hirurškom kastracijom (Florida, Ajova, Luizijana).³⁵ Od evropskih

je u periodu od 1998. do 2008. godine hirurška kastracija sprovedena prema 94 osuđenika. V. Stojanovski /2011/: 13.

- 29 Evropski komitet za sprečavanje mučenja i nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja je nakon poseta pojedinim državama koje su praktikovale hiruršku kastraciju pozvao vlade tih država da prestanu sa takvom praksom. Sve zbog toga što je ocenjeno da je hirurška kastracija vid sakaćenja, intervencija sa trajnim posledicama koje se ne mogu ispraviti, koja se ne može smatrati medicinski nužnom radi lečenja seksualnih prestupnika; štaviše, predstavlja nehumano i ponižavajuće postupanje. N. Mrvić-Petrović /2015/: 244–245.
- 30 Izvršioци seksualnih krivičnih dela su uglavnom muškarci. Od 251 osuđenog lica za neko krivično delo protiv polne slobode u Republici Srbiji tokom 2019. godine svega 4 su bile žene.
- 31 A. G. Carpenter /1998/: 439–440.
- 32 C. L. Scott, T. Holmberg /2003/: 502.
- 33 O. Koshevaliska /2014/: 29.
- 34 A. G. Carpenter /1998/: 447–448.
- 35 Iako se pomenuta zakonodavstva u SAD podudaraju u pogledu toga da se sva primenjuju prema učiniocima krivičnih dela protiv polne slobode, između njih postoje značajne razlike. Tako se najpre, hemijska kastracija u svim zakonodavstvima primenjuje u odnosu na drugačiji krug seksualnih krivičnih dela; u pojedinim državama nju je moguće primeniti i prema primarnom učiniocu seksualnog krivičnog dela, dok je u nekima uslov bar druga osuda za krivično delo protiv polne slobode. Osim toga, i uzrast pasivnog subjekta je u pojedinim zakonodavstvima relevantna okolnost. Razlika je i u tome što je u pojedinim zakonodavstvima kastracija fakultativna, dok je u drugima pod određenim okolnostima obavezna. Zanimljivo je da neujednačenost

zakonodavstava hemijska kastracija postoji u Ujedinjenom Kraljevstvu, Francuskoj, Belgiji, Nemačkoj, Danskoj, Švedskoj, Mađarskoj, kao i u Italiji. U svim navedenim zakonodavstvima neophodan uslov za primenu hemijske kastracije je pristanak učinioca, tj. ona se sprovodi na dobrovoljnoj bazi; jedino se u Poljskoj hemijska kastracija primenjuje prinudno, odnosno bez obzira na saglasnost učinioca.³⁶ Odnedavno ovu meru poznaje i krivično zakonodavstvo Severne Makedonije, uz mogućnost ne samo dobrovoljne, već i obligatorne primene.³⁷

Kao što je već istaknuto, hemijska kastracija podrazumeva primenu određenih preparata koji smanjenjem libida kod učinioca imaju za cilj otklanjanje motivacije za izvršenje seksualnog krivičnog dela. Medikamentozni antiandrogeni tretman koji se koristi u psihijatrijskom lečenju pacijenata bolesnih od hiperseksualnosti, parafilije i opsesivno-kompulzivnih poremećaja bio je iskustvena podloga da se ista terapija primeni i prema seksualnim prestupnicima.³⁸ Kao najčešće sredstvo u SAD primenjuje se medroksiprogesteron acetat (*medroxyprogesterone acetate* – MPA, preparat poznat i kao *Depo-Provera*), u upotrebi od 1966. godine; iako samo sredstvo nije odobreno od strane američke Agencije za hranu i lekove (*U.S. Food and Drug Administration*) ono se u SAD široko primenjuje u cilju smanjenja seksualnih impulsa.

regulative postoji i u pogledu pitanja ko snosi troškove lečenja. U četiri od devet država troškovi se obezbeđuju iz budžeta, dok u četiri teret troškova delimično ili u celosti pada na učinioca krivičnog dela, s tim što u jednoj državi (Viskonsin) nije precizirano odakle se obezbeđuju sredstva tretmana. Takođe, i u pogledu posledica nepridržavanja tretmana postoji razlika, od najblaže – opozivanje uslovnog otpusta (Luizijana), pa do najstrože – mogućeg lišenja slobode do čak 100 godina (Montana). C. L. Scott, T. Holmberg /2003/: 503. Kao jedna od negativnih strana rešenja koja su prisutna u SAD ističe se to da sud uglavnom nije u obavezi da angažuje veštaka medicinske struke kada odlučuje o tome da li će hemijska kastracija biti primenjena prema određenom učiniocu (izuzetak postoji u saveznoj državi Viskonsin). Robert D. Miller /2003/: 252. Osim toga, uvek je prisutno i pitanje da li je sredstvo koje se koristi odgovarajuće za sve slučajeve i sve učinioce, tj. po pravilu se ne zahteva ispitivanje da li je preparat kojim se sprovodi hemijska kastracija prikladan za konkretnog učinioca. Robert D. Miller /2003/: 254.

36 O. Koshevaliska /2014/: 29.

37 Medicinsko-farmakološko lečenje (član 65a makedonskog KZ) uvedeno je kao mera bezbednosti u zakonodavstvo Severne Makedonije Zakonom o izmenama i dopunama KZ iz 2014. godine. Primenjuje se samo na učinioce krivičnog dela iz člana 188. Krivičnog zakonika (*Полов напад врз гејџе*), tj. odnosi se samo na vršenje oblube ili drugog polnog čina prema licu koje nije navršilo 14 godina, i sud je može izreći ako kod učinioca postoji opasnost od daljeg vršenja tog krivičnog dela. Izriče se samo uz kaznu zatvora i kao neophodan uslov jeste pristanak učinioca, s tim da mu se u tom slučaju trajanje kazne zatvora značajno smanjuje (ipak, pristanak učinioca nije potreban ukoliko je on povratnik, vid. O. Koshevaliska /2014/: 33). Predviđeno je da se sprovodi nakon što učinilac izdrži kaznu zatvora, u specijalnoj zdravstvenoj ustanovi. Međutim, do sada ova mera bezbednosti nije zaživela u praksi, dobrim delom i zbog toga što je izostala odgovarajuća podzakonska regulativa kojom bi trebalo definisati proceduru, kao i odgovarajuće sredstvo kojim bi se sprovodio tretman. Vid. Vedije Ratkoceri /2017/: „Chemical Castration as a security measure in the criminal legislation of the Republic of Macedonia“, *International Journal of Social Sciences and Education Research*, № 2, 357–359. Osim toga, ova mera je u makedonskom krivičnom pravu suštinski povezana sa jednim posebnim zakonom o vrsti krivične sankcije i odmeravanju kazne (usvojenom po uzoru na rešenja koja postoje u SAD), koji je u ovoj državi važio svega nekoliko godina, dok ga Ustavni sud Severne Makedonije nije ukinuo, ocenjujući da je neustavan. Milan Škulić /2019/: *Krivična dela protiv polne slobode*, Beograd, 40–41.

38 N. Mrvić-Petrović /2015/: 247.

Slično sredstvo (*cyproterone acetate* – CPA) koristi se u Evropi i Kanadi.³⁹ Osim u slučajevima polnog nasilja i raznih perverzija poput pedofilije, egzibicionizma, voajerizma itd, ovi preparati se primenjuju i za lečenje pacijenata obolelih od karcinoma prostate, regulaciju menstrualnog ciklusa ili kao kontraceptivno sredstvo.⁴⁰ Kao treće sredstvo koje je prvenstveno korišćeno kao medikament protiv kancera prostate, ali je devedesetih godina prošlog veka testirano i na učiniocima seksualnih krivičnih dela navode se i LHRH agonisti (Goserelin, Triptorelin, Leuprorelin).⁴¹

Farmakoterapijom se postižu približno jednaki efekti kao i u slučaju hirurške kastracije, mada su njene prednosti naspram ove potonje intervencije nesumnjive. Pre svega, u pitanju je vid terapije koji privremeno utiče na smanjenje seksualnog nagona, tj. ima dejstvo samo dok se primenjuje odgovarajuća terapija. Njenim prestankom se posle izvesnog vremena seksualne funkcije u potpunosti vraćaju u normalu. Smatra se i da je hemijska kastracija elementarno pravedna i humana, jer se njome štite najosetljivije potencijalne žrtve seksualnih krivičnih dela, deca i uopšte maloletna lica.⁴² Međutim, hemijska kastracija pored nesumnjivog uticaja na smanjenje libida ima i brojne prateće neželjene efekte, počev od povećanja telesne mase, pojačanog osećaja zamora i letargije, znojenja, nesanice, povišenog pritiska, tromboze itd, mada te sporedne štetne posledice uglavnom nestaju nakon okončanja tretmana.⁴³ Međutim, osim kratkotrajnih neželjenih posledica, postoji naučna potvrda da *Depo-Provera* može imati i dugotrajne efekte, jer se nalazi među rizicima koji dovode do nastanka osteoporoze i drugih oboljenja.⁴⁴ Naravno, sve posledice tretmana antiandrogenima nisu u potpunosti poznate, naročito one dugoročne, jer još uvek ne postoje istraživanja koja bi pouzdano mogla da osvetle sve njegove aspekte. S druge strane, pozitivni efekti koji su vidljivi u svetlu kontrolisanja seksualnog nagona mogu uprkos odgovarajućoj terapiji biti anulirani, jer postoji mogućnost da se rezultati tretmana minimalizuju istovremenim uzimanjem supstanci i preparata (vijagra) koji podižu nivo seksualnog nagona. Sve to ukazuje na činjenicu da se potpuni efekat farmakoterapije može postići jedino spremnošću učinioca da postupa u skladu sa predviđenim tretmanom i to pod uslovom da je u njega uključen i neki vid psihološke podrške.⁴⁵ U suštini, da bi dao bilo kakve pozitivne rezultate na

39 C. L. Scott, T. Holmberg /2003/: 502–503.

40 Š. Bilokapić /2010/: 339–340.

41 Reinhard Eher, Annika Gnoth, Alois Birklbauer, Friedemann Pfäfflin /2007/: „Antiandrogene Medikation zur Senkung der Rückfälligkeit von Sexualstraftätern: ein kritischer Überblick“, *Recht & Psychiatrie*, № 3, 103.

42 M. Škulić /2019/: 41.

43 R. D. Miller /2003/: 251.

44 M. V. Daley /2008/: 92. Dodatni je problem što u pojedinim državama u kojima se praktikuje hemijska kastracija maksimalno trajanje tretmana nije ograničeno. Tako je u američkoj saveznoj državi Montani predviđeno da tretman može trajati sve dok za njim postoji potreba, što procenjuje telo nadležno za sprovođenje ove mere. I vrlo je malo verovatno da učinilac neće nastaviti sa uzimanjem terapije, s obzirom na to da u suprotnom rizikuje kažnjavanje u rasponu od 10 do čak 100 godina, i to bez mogućnosti uslovnog otpusta. M. V. Daley /2008/: 111.

45 I naučne studije su dale potvrdu stavu da se uspeh primenom farmakoterapije sigurnije postiže uz istovremeno kombinovanje sa psihološkim tretmanom i da je u tom slučaju stopa povrata znatno manja. M. V. Daley /2008/: 94.

planu specijalne prevencije ovaj vid reakcije podrazumeva saradnju učinioaca, tako da je ograničen na veoma mali broj onih učinilaca koji su voljni da aktivno sudeluju u vraćanju na ispravan put. Ipak, nezavisno od toga, jasno je da primena farmakoterapije otvara složena pravna i etička pitanja. Moglo bi se tvrditi da antiandrogena terapija nije adekvatna za sve učinioce seksualnih krivičnih dela, jer mnoge od njih na izvršenje dela pokreću motivi koji nisu seksualne prirode. Konačno, iako je tačno da antiandrogeni mogu smanjiti stepen devijantnih seksualnih želja i uzbuđenja, oni ipak ne mogu promeniti njihov pravac i usmerenost, tj. uticati na njihov kvalitet.⁴⁶ Umesto da menja seksualni nagon i drugačije ga usmerava, hormonalni tretman ga onemogućava.⁴⁷ Čak i stručna istraživanja na polju efikasnosti antiandrogene terapije u pravcu smanjenja recidiva kod seksualnih delinkvenata nisu nesumnjivo pokazala koristi ovih lekova u tom pogledu.⁴⁸ Imajući u vidu ne samo prednosti, već i nedostatke hemijske kastracije, naročito nesporne prateće neželjene efekte, ali i moguće koji do sada nisu potpuno poznati, može se zauzeti stav da bi takav vid mere bio neprihvatljiv za naše krivično pravo. U tom pravcu se izjašnjava i naša doktrina,⁴⁹ iako je u jednom delu javnosti postojala inicijativa za uvođenje hemijske kastracije i u naše krivično zakonodavstvo.⁵⁰

KRIVIČNOPRAVNA ZAŠTITA OD SEKSUALNOG NASILJA U REPUBLICI SRBIJI

Krivična dela protiv polne slobode predmet su neprekidnog preispitivanja. Zakonodavne izmene u ovoj oblasti su prilično česte, kako kod nas tako i u uporednom pravu. Dok je u jednom periodu na krilima procesa liberalizacije došlo do ograničavanja represije, napuštanjem preterane rigidnosti i usvojenih zabluda što je za posledicu imalo pored dekriminalizacije određenih ponašanja iz ove sfere i preoblikovanje već postojećih dela, danas do izražaja dolazi suprotno kretanje, pooštavanje represije prema učiniocima krivičnih dela iz ove grupe. Osim novih

46 Š. Bilokapić /2010/: 352.

47 Z. Stojanović /1980/: 11.

48 Vid. Reinhard Eher, Annika Gnoth, Alois Birklbauer, Friedemann Pfäfflin /2007/: 109. Doduše, jedno istraživanje sprovedeno počev od 1991. godine na dve hiljade pacijenata pokazalo je da je upotreba medroksiprogesteron acetata uticala na znatno smanjenje stope povrata kod tretiranih učinilaca (manje od 3 % u periodu od 10 godina). Robert D. Miller /2003/: „Chemical Castration of Sex Offenders: Treatment or Punishment?“, in: *Protecting Society From Sexually Dangerous Offenders* (ed. Bruce J. Winick, John Q. LaFond), Washington, 251.

49 Vid. M. Škulić /2019/: 43. „Hemijska kastracija koja se prinudno sprovodi prema onome ko prestane sa lečenjem ili ponovi izvršenje krivičnog dela, kada nije deo psihosocijalnog tretmana ili nije selektivno primenjena prema licima sa teškim duševnim poremećajima kod kojih je takva terapija medicinski indikovana, predstavlja nehumani i ponižavajući postupak prema osuđenom licu. Dobrovoljni pristanak na kastraciju onoga ko se nalazi među zatvorskim zidovima i zna da ne može pod drugim uslovima iz njih da izađe do kraja života je okrutno poigravanje sa ljudskim pravima osuđenih lica.“ N. Mrvić-Petrović /2015/: 252.

50 2013. godine je od strane predstavnika Demohrišćanske stranke Srbije predložena izmena i dopuna KZ tako da se kao nova mera bezbednosti predvidi i hemijska kastracija, ali takav predlog nije usvojen u skupštinskoj proceduri.

krivičnih dela, proširuju se granice klasičnih krivičnih dela koja pripadaju ovoj vrsti delikata, uz nezaobilazno konstantno povišavanje kaznenih raspona i uvođenje novih mera kako bi se društvo potencijalno uspešnije izborilo sa učiniocima koji napadaju polnu slobodu drugoga. Ta je reakcija, kao što je rečeno, naročito oštra kada je reč o krivičnom delu učinjenom na štetu maloletnog lica. Zakonodavac teško ostaje imun na ogroman pritisak javnosti da se prema učiniocima krivičnih dela protiv polne slobode prema detetu primeni sav arsenal krivičnog prava. Iako nije sporno da je reč o jednoj od najtežih formi kriminaliteta,⁵¹ problem je što se u čitav proces obično unose emocije koje kod velike većine građana izazivaju ogorčenje, bes i želju za osvetom, tako da je u atmosferi opšte moralne panike gotovo nemoguće racionalno rešavati ovaj složeni problem. Slučajevi iz uporedne prakse i zakonodavstva potvrđuju tezu da se radi o globalnom fenomenu, koji nije ograničen samo na određeni prostor.⁵²

Kao i u nekim drugim državama i u Republici Srbiji je na krilima modernizacije zakonodavna intervencija u sferi seksualnih delikata dovela do brojnih promena. Najznačajnije novine u tom pogledu izvršene su usvajanjem novog Krivičnog zakonika 2005. godine, kada je promenjen naziv zaštitnog objekta ove grupe dela, pa je tako umesto dostojanstva ličnosti i morala čitava grupa seksualnih krivičnih dela svrstana u glavu delikata protiv polne slobode, što bolje odražava objekt kome se u ovoj sferi pruža zaštita. Pored dekriminalizacije određenih ponašanja (zavođenje), napuštanja određenih izraza kao anahronih i zastarelih (protivprirodni blud, bludne radnje), preoblikovan je i na moderan način ustrojen opis krivičnog dela silovanja, tako da se više ne pravi nikakva razlika između pola učinioca i pasivnog subjekta, s tim što je i radnja izvršenja proširena i na sa obljubom izjednačen čin.⁵³ Međutim, počev od 2009. godine naš zakonodavac je pribegao jednom radikalnijem pristupu, nastojeći da na pojačani pritisak javnosti odgovori oštrijim merama u kontroli

51 Silovanje je oduvek tretirano kao jedno od najtežih krivičnih dela, s tim što su kazne, pored toga što su bile drastične često poprimale bizarne oblike. Tako je kod starih Asiraca otac silovane devojice imao pravo da siluje učiniocu ženu. U nekim delovima Azije kazna za silovatelja sastojala se u razapinjanju na krst, dok je anglosaksonsko krivično pravo učinioca kažnjavalo smrću, a njegovog konja kastracijom. Vid. Š. Bilokapić /2010/: 336.

52 Pored već spomenutih slučajeva iz anglosaksonske prakse i legislative, čak je i u Nemačkoj krajem devedesetih godina prošlog veka povišeni strah javnosti zbog seksualnog zlostavljanja i ubistva dve devojčice (Natalie Astner i Kim Kerkow) doveo do zakonodavne reforme (1998. godine) koja je bila na liniji zaoštavanja represije prema učiniocima seksualnih krivičnih dela (*Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten*). Sve uprkos zvaničnoj statistici prema kojoj podaci o seksualnim napadima na decu nisu pokazivali porast, čak je zabeleženo smanjenje najopasnijih oblika ove vrste krivičnih dela. Tatjana Hörnle /2000/: „Penal Law and Sexuality: Recent Reforms in German Criminal Law“, *Buffalo Criminal Law Review*, №. 2, 643. Krajem marta ove godine nemački parlament je usvojio zakon o izmenama i dopunama KZ (*Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder*) kojim su uglavnom povišene kazne za određena krivična dela protiv polne slobode učinjena prema detetu, s tim što je i nekoliko godina ranije usled snažne kampanje „ne znači ne“ (*Nein heißt Nein*) izvršena reforma u oblasti seksualnih krivičnih dela. Vid. Anja Schmidt /2018/: „Zum Zusammenhang von Recht, Moral, Moralpolitik und Moralpanik am Beispiel der Reform des Sexualstrafrechts“, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, № 2, 244–271.

53 Vid. Zoran Stojanović /2019/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 581–585.

seksualnog kriminaliteta. Osim unošenja zabrane ublažavanja kazne za određena krivična dela protiv polne slobode (silovanje [član 178. KZ], obljava nad nemoćnim licem [179. KZ] i obljava sa detetom [član 180. KZ]), zakonodavac je započeo proces pooštavanja kazne za seksualna krivična dela. Tako je osnovni oblik krivičnog dela silovanja najpre bio zaprećen kaznom od 2 do 10 godina, s tim što je bila propisana kazna od 5 do 18 godina ukoliko je krivično delo učinjeno prema detetu, dok je nakon kasnijih izmena i dopuna (iz 2009, 2016. i konačno 2019. godine), a prema važećem rešenju, kazna za osnovni oblik predviđena u rasponu od 5 do 12 godina, dok je najteži oblik (koji postoji ukoliko je usled osnovnog ili lakšeg oblika nastupila smrt pasivnog subjekta ili je delo učinjeno prema detetu) zaprećen kaznom zatvora od najmanje 10 godina, uz mogućnost izricanja doživotnog zatvora. Pri tome, nije lako dati racionalan sud o tome koji su razlozi motivisali zakonodavca da konstantno pooštava kazne za krivična dela protiv polne slobode, jer podloga za nova rešenja nije bilo nikakvo empirijsko istraživanje koje bi zbog pojačanog vršenja ovih krivičnih dela predstavljalo signal za reformu. Jedan od mogućih odgovora na pitanje zašto je zakonodavac za krivično delo silovanja i srodna krivična dela stalno propisivao sve strožu kaznu jeste da su takva dela vrlo zahvalna za „upražnjavanje“ kaznenog populizma.⁵⁴

Pored intervencija u samom KZ, 2013. godine je usvojen Zakon o posebnim merama za sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima („*Službeni glasnik RS*“, broj 32 od 8. aprila 2013. godine), s ciljem da se učinioci krivičnih dela protiv polne slobode izvršenih prema maloletnim licima spreče da vrše ova dela (član 2). Zakon, koji je kolokvijalno poznat kao „Marijin“ zakon,⁵⁵ primenjuje se na punoletne učinioce svih krivičnih dela protiv polne slobode (osim polnog uznemiravanja, jer to delo u vreme njegovog usvajanja nije bilo inkriminisano) i njime je ponovljena zabrana ublažavanja kazne za ova krivična dela,⁵⁶ s tim što je prvi put u naše krivično zakonodavstvo unesena i odredba kojom se izričito isključuje mogućnost primene uslovnog otpusta u odnosu na učinioce ovih krivičnih dela. Osim što je takvo rešenje u vreme usvajanja bilo nesaglasno sa odredbama KZ, koji osim dve varijante uslovnog otpusta, ni na jednom mestu nije isključivao njegovu mogućnost za tačno određena krivična dela,⁵⁷ otvara se pitanje

54 Zoran Stojanović /2020b/: „Kazneni rasponi i represivnost krivičnog zakonodavstva – uporedno-pravna analiza“, *Crimen*, № 1, 17.

55 Inicijativa za usvajanje zakona potekla je od oca nastradale osmogodišnje devojčice Marije Jovanović, koju je 2010. godine silovao i usmrtio pedesetdvođodišnji učinilac, ranije osuđivan za seksualna krivična dela prema deci i maloletnicima.

56 Rešenje kojim je u odnosu na određena krivična dela isključena mogućnost ublažavanja kazne ocenjeno je negativno u našoj nauci krivičnog prava, jer se na taj način derogiraju neki opšti instituti krivičnog prava, a pored toga, katalog krivičnih dela kod kojih je ublažavanje kazne zabranjeno sačinjen je proizvoljno i u njemu nema nekih još težih krivičnih dela od onih koja su nabrojana. Vid. Nataša Delić /2010/: Zabrana (isključenje) ublažavanja kazne u određenim slučajevima, u: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, IV deo*, (urednik: Đorđe Ignjatović), 184–193.

57 Štaviše, upravo je za sva krivična dela protiv polne slobode (čl. 178. do 185b) zakonodavac u članu 46. stav 2. KZ predvideo mogućnost uslovnog otpusta, tako da je navedeno rešenje bilo u direktnoj suprotnosti sa KZ, što je potpuno neprihvatljivo, jer Zakon o posebnim merama za

načelne prirode zašto je zabrana uslovnog otpusta predviđena samo za krivična dela protiv polne slobode koja su učinjena prema maloletnom licu.⁵⁸ Osim toga, još je predviđeno da krivično gonjenje, kao i izvršenje izrečene kazne za navedena dela ne zastarevaju (član 5). Iako nije sporno da maloletna lica načelno zaslužuju najviši nivo krivičnopravne zaštite, tim pre što kod krivičnih dela protiv polne slobode uglavnom postoji visok nivo sekundarne viktimizacije, nije jasan *ratio legis* svrstavanja svih krivičnih dela protiv polne slobode učinjenih prema maloletnim licima u kategoriju krivičnih dela koja ne zastarevaju.⁵⁹

Prava specifičnost ovog zakona je ipak spisak predviđenih posebnih mera koje se primenjuju prema učiniocu nakon izdržane kazne zatvora. U te mere spadaju: 1) obavezno javljanje nadležnom organu policije i Uprave za izvršenje krivičnih sankcija; 2) zabrana posećivanja mesta na kojima se okupljaju maloletna lica (vrtići, škole i sl); 3) obavezno posećivanje profesionalnih savetovališta i ustanova; 4) obavezno obaveštavanje o promeni prebivališta, boravišta ili radnog mesta; 5) obavezno obaveštavanje o putovanju u inostranstvo. Ove mere se sprovode najviše dvadeset godina posle izvršene kazne zatvora,⁶⁰ i nakon isteka svake četvrte godine od početka primene sud koji je doneo prvostepenu presudu, po službenoj dužnosti odlučuje o potrebi njihovog daljeg sprovođenja (član 7). Osnovna karakteristika mera koje su uvedene „Marijinim“ zakonom jeste njihova heterogenost i obaveznost, jer se te mere shodno slovu zakona *sprovode*, odnosno, sud ih ne izriče, već je njihova primena bezuslovna, automatska. S tim u vezi, sporno je i pitanje njihove pravne prirode. Nastupaju po sili zakona, tj. njihova primena je obavezna, pa u tom delu imaju sličnost sa pravnim posledicama osude, ali se ne bi moglo reći da predstavljaju pravne posledice osude, jer su u samom zakonu od njih i pojmovno odvojene. Nalikuju i merama koje sud može odrediti uslovno osuđenom u okviru zaštitnog

sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima pripada sporednom krivičnom zakonodavstvu, koje bi moralo da bude usklađeno sa pravilima sadržanim u osnovnom krivičnom zakonodavstvu. Međutim, ova neusklađenost je u izvesnoj meri ublažena, jer je nakon izmena i dopuna KZ iz 2019. godine zakonodavac isključio mogućnost primene uslovnog otpusta kod pojedinih krivičnih dela (član 46. stav 5 KZ): teško ubistvo (član 114. stav 1. tačka 9 KZ), silovanje (član 178. stav 4 KZ), obljuba nad nemoćnim licem (179. stav 3 KZ), obljuba sa detetom (član 180. stav 3 KZ) i obljuba zloupotrebom položaja (član 181. stav 5 KZ). Nesaglasnost ova dva zakona ipak nije sasvim otklonjena, jer „Marijin“ zakon isključuje uslovni otpust kod svih krivičnih dela protiv polne slobode, dok je u KZ to ipak rezervisano samo za određena dela.

58 Emir Ćorović /2016/: „The Potentials of the so-called „Marija’s Law“ in Combating Pedophilia“, *Facta Universitatis*, № 3, 419.

59 M. Škulić /2019/: 54–55.

60 Isto je trajanje pravnih posledica osude (prestanak vršenja javne funkcije; prestanak radnog odnosa, odnosno prestanak vršenja poziva ili zanimanja koje se odnosi na rad sa maloletnim licima; zabrana sticanja javnih funkcija; zabrana zasnivanja radnog odnosa, odnosno obavljanja poziva ili zanimanja koje se odnosi na rad sa maloletnim licima) koje obavezno nastupaju danom pravnosnažnosti presude kojom je učinilac osuđen za neko od navedenih krivičnih dela. To je rešenje u očiglednoj koliziji sa odredbom člana 96. stav 3. KZ, kojom je predviđeno da se pravne posledice osude koje se sastoje u zabrani sticanja određenih prava mogu propisati u trajanju najduže do deset godina. S obzirom na to da je KZ krovni zakon u materiji krivičnog prava njegove odredbe se ne bi mogle menjati drugim zakonima kojima se reguliše jedan deo krivičnopravne materije.

nadzora, ali ove obaveze se ne primenjuju prema učiniocu kome je izrečena kazna zatvora, već uslovna osuda. Moglo bi se tvrditi da predstavljaju svojevrzne mere bezbednosti, jer imaju za cilj otklanjanje opasnosti koja kod učinioca postoji od budućeg vršenja krivičnih dela. Ipak, da nisu mere bezbednosti jasno je kad se pogleda njihov katalog u KZ, ali i okolnost da ih sud ne izriče, već nastupaju automatski nakon osude, tj. primenjuju se bezuslovno nakon izdržane kazne zatvora. Stoga je zaista teško izvesti definitivan sud o pravnoj prirodi ovih posebnih mera. „Posebne mere nisu mere bezbednosti jer ih ne izriče sud i ne vrši procenu opasnosti, nisu pravne posledice osude jer ih zakon već poznaje, a nisu ni uslovna osuda sa zaštitnim nadzorom jer se ona izriče kao zamena za kaznu zatvora, a ne nakon nje.“⁶¹ Najprihvatljivije bi bilo shvatanje da su to naročite, *sui generis* mere, kako im i samo ime kaže.⁶² Njihovo kršenje predstavlja prekršaj predviđen članom 16. zakona. U pogledu stepena represivnosti moglo bi se reći da on nije naročito veliki, a svakako je manji od pravnih posledica koje predviđa zakon,⁶³ pa se onda razumno otvara i pitanje mogu li navedene mere zaista doprineti osnovnoj svrsi kojoj su namenjene, pojačanoj specijalnoj prevenciji, tj. uticanju na učinioca da ubuduće ne izvrši isto ili neko drugo seksualno krivično delo. Slabosti ovih mera su već dobro uočene u našoj skorašnjoj literaturi. U tom smislu, obavezno javljanje nadležnom organu suštinski ničim ne ograničava osuđeno lice da ponovo izvrši krivično delo, više je u pitanju privid da se nad njime uspostavlja nekakav vid kontrole. Slaba tačka zabrane posećivanja mesta na kojima se okupljaju maloletna lica leži u tome što ni „Marijin“ zakon, a ni Zakon o izvršenju vanzavodskih sankcija i mera, ne sadrže pravila o načinu njenog izvršenja. Ona se u komparativnom pravu često realizuje primenom GPS-a što bi u našim prilikama otvorilo i problem troškova ovakvog praćenja. Pored toga, zabrana posećivanja mesta na kojima se okupljaju maloletnici počiva na hipotezi da je učinilac seksualnih delikata prema maloletnicima „opasni stranac“, koji „vreba“ na mestima gde se oni u većem broju okupljaju. To ne odgovara domaćim prilikama, jer proučavanja fenomenologije ovog tipa kriminaliteta pokazuju da se on uglavnom dešava u krugu porodice, rođaka, prijatelja, suseda, jednom reči, u krugu poznatih. Kada je reč o obaveznom posećivanju profesionalnih savetovališta i ustanova slabost ove mere predstavlja izostanak specijalizovanog kadra za njeno sprovođenje, tim pre što čak ni u zavodskim ustanovama nema posebnih programa prevaspitanja namenjenih seksualnim delinkventima. Pitanje je i šta se dobija obaveznim obaveštavanjem o promeni prebivališta, boravišta i radnog mesta. Dok prijava promene radnog mesta predstavlja novinu, ostale obaveze su opšte prirode, odnosno svi građani imaju obavezu da prijave promenu prebivališta i boravišta.⁶⁴ Sve u svemu, sporan je kapacitet navedenih mera da pojačano utiču na učinioca da

61 Branislav Ristivojević /2013/: „Punitivni populizam‘ srpskog zakonodavca – kritička analiza tzv. Marijinog zakona“, *Zbornik radova Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu: Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*, Zlatibor, 328.

62 E. Ćorović /2016/: 421.

63 B. Ristivojević /2013/: 328.

64 Dušica Miladinović-Stefanović /2014b/: „Krivičnopravna zaštita maloletnih lica od seksualnog iskorišćavanja i zlostavljanja – evropski standardi i pravo Republike Srbije, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, Niš, 574–575.

se uzdrži od ponovnog vršenja krivičnog dela. Čini se da one više predstavljaju kozmetičku novinu, nego što stvarno mogu uticati specijalno preventivno. S tim u vezi je i ispravnost ovakvog zakonodavnog poteza upitna, jer ako se već znatno odstupa od proverenih vrednosti koje su dugo prisutne u krivičnom pravu, onda bi se takva intervencija morala opravdati svojom efikasnošću na planu prevencije kriminaliteta. No, čini se da je barem do sada praktični efekat navedenog zakona sasvim neznan i da nije u srazmeri sa ogromnim udaljavanjem od redovnih krivičnopravnih mehanizama i stvaranjem potpune konfuzije zbog logičke neusklađenosti sa KZ, kao osnovnim izvorom našeg krivičnog prava.

Osim navedenih mera, zakonom je uvedena i posebna evidencija koja se vodi o licima osuđenim za krivična dela u odnosu na koja se zakon primenjuje. Tu evidenciju vodi Uprava za izvršenje krivičnih sankcija i ona sadrži: ime i prezime osuđenog, njegov jedinstveni matični broj, adresu prebivališta, podatke o zaposlenju osuđenog, zatim, podatke o značaju za fizičko prepoznavanje osuđenog i njegove fotografije, DNK profil osuđenog, kao i podatke o krivičnom delu i kazni na koju je osuđen, podatke o pravnim posledicama osude i podatke o sprovođenju posebnih mera (član 13). Ne samo što je sporna opravdanost registra koji sadrži sve navedene podatke, već je pod znakom pitanja i odredba (član 14. stav 3) kojom je predviđeno da se podaci iz posebne evidencije vode trajno i ne mogu se brisati.⁶⁵ Ovo poslednje bi moglo biti u suprotnosti sa praksom Evropskog suda za ljudska prava, s obzirom na činjenicu da je u praksi ovog suda i za upis ograničenog trajanja postavljen zahtev proporcionalnosti sa težinom krivičnog dela. Pored toga, ne treba zaboraviti ni da se ograničeno vremensko trajanje kaznene evidencije nalazi u funkciji ostvarivanja rehabilitacije i svrhe kažnjavanja, što je zbog rešenja prihvaćenog kod nas dovedeno u pitanje.⁶⁶ Konačno, ako se sagledaju statistički podaci vidljivo je da novi zakon vrlo verovatno ni na koji način nije doprineo smanjenju stope povrata u ovoj oblasti, jer zvanični podaci ukazuju na jako mala odstupanja od uobičajenog godišnjeg proseka.⁶⁷

65 U osnovi, ovo je rešenje preuzeto iz anglo-američkog prava. Tako u Kaliforniji zakon predviđa vođenje posebnog registra u koji se upisuju gotovo svi učinioci seksualnih krivičnih dela, bez obzira na uzrast i učinjeno krivično delo, s tim što je taj registar trajan, tj. podaci se ne brišu. Registar sadrži podatke o učiniocu, njegovu fotografiju i DNK uzorak, kao i podatke o osudama. Propuštanje registrovanja se kažnjava kao krivično delo ili prekršaj (u zavisnosti od toga da li je učinjeni delikt koji je povod uvođenja u evidenciju krivično delo (*felony*) ili prekršaj (*misdemeanor*). Michael Vitiello /2008/: „Punishing Sex Offenders: When Good Intentions Go Bad“, *Arizona State Law Journal*, №. 2, 668–669. Zanimljivo je da su studije u dve savezne američke države (Minnesota i Vašington) pokazale smanjenje stope seksualnog kriminaliteta nakon usvajanja posebnih zakona kojima se predviđa uvođenje naročitih registara za učinioce seksualnih krivičnih dela, što se upravo pripisuje navedenom zakonodavnom potezu. Jill S. Levenson, Kristen M. Zgoba /2015/: „Community Protection Policies and Repeat Sexual Offenses in Florida“, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 4. U Engleskoj je takav registar predviđen zakonom (Sex Offenders Act) 1997. godine. Ipak, registar je trajan samo u slučaju kada je učiniocu izrečena kazna doživotnog zatvora, ili vremenska kazna zatvora koja prelazi 30 meseci. U ostalim slučajevima podaci se nakon protoka određenog vremena brišu iz registra. S. Easton /2001/: 75.

66 Dušica Miladinović-Stefanović /2014b/: 578.

67 Kao što je već navedeno, prema zvaničnoj statistici u 2019. godini u Republici Srbiji za krivična dela protiv polne slobode osuđeno je ukupno 251 punoletno lice, što je u granicama višegodiš-

ZAKLJUČAK

Iako je u našoj stručnoj literaturi odavno konstatovano da nema nikakvog osnova ni opravdanja seksualnim delikventima dati poseban status i samo za njih propisivati neke naročite mere,⁶⁸ a to je stav koji je još uvek uglavnom dominantan u srpskoj doktrini, danas je u široj javnosti na sceni jedan retrogradni pravac mišljenja koji polako prodire i u krivično zakonodavstvo, da postojeća sredstva nisu dovoljna da se društvo uspešno izbori sa problemom opasnih učinilaca seksualnih krivičnih dela. Moglo bi se tvrditi da je čitava strategija kriminalnopolitičke borbe protiv ove forme kriminaliteta zasnovana na moralnoj panici. Bez obzira na činjenicu da je udeo seksualnih krivičnih dela u ukupnoj strukturi učinjenih krivičnih dela zanemarljiv,⁶⁹ ova forma kriminaliteta čini težište pokreta koji propagira strategiju zaoštavanja krivičnopravne represije.⁷⁰ U izvesnom smislu na sceni je kriminalnopolitički pravac kome je u središtu zaštite virtuelna žrtva i koji strah od zločina iskorišćava zarad sprovođenja punitivne strategije. Kazna više nije *ultima ratio*, već samo jedno raspoloživo sredstvo kroz koje se može izraziti osveta društva za učinjen zločin.⁷¹ Seksualna delinkvencija, prema rečima pojedinih nemačkih teoretičara, definitivno postaje pokretačka snaga (motor) savremene politike suzbijanja kriminaliteta.⁷²

Međutim, uprkos uvreženom mišljenju, stopa povrata u sferi seksualnih krivičnih dela nije na tako visokom nivou, čak je i znatno manja u odnosu na onu koja postoji u odnosu na neka druga krivična dela. Štaviše, najnovija istraživanja ukazuju da se protekom vremena rizik od vršenja seksualnog krivičnog dela konstantno smanjuje. Tako učinilac krivičnog dela protiv polne slobode koji više od jedne i po decenije živi na slobodi bez učinjenog novog seksualnog krivičnog dela ne predstavlja ništa veći rizik od bilo kog drugog učinioca.⁷³ Stvarnost dakle pokazuje da je tek jedna izrazita manjina seksualnih delinkvenata naročito opasna.⁷⁴ Čak i da je stanje potpuno drugačije, protivnici uvođenja bilo kakvih posebnih mera u odnosu na seksualne delinkvente ističu da stopa povrata i verovatnoća povratka zločinu ne bi sama po sebi mogla da opravda stroži tretman prema učiniocima seksualnih krivičnih dela i njihovo izdvajanje u posebnu kategoriju. Jer, pojedina istraživanja

njeg proseka (u desetogodišnjem periodu, od 2010. do 2019. godine taj broj je varirao između 164 i 251). Vid. Bilten Republičkog zavoda za statistiku: Punoletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji, 2019 – Prijave, optuženja i osude, 67; dostupno na: <https://publikacije.stat.gov.rs/G2020/Pdf/G20205665.pdf>.

68 Z. Stojanović /1980/: 21.

69 U Republici Srbiji je u 2019. godini od ukupno 28112 lica osuđenih za krivična dela svega njih 251 osuđeno za krivična dela protiv polne slobode, što čini manje od 1 % svih osuđenih lica.

70 Daniela Klimke, Rüdiger Lautmann /2006/: „Die neoliberale Ethik und der Geist des Sexualstrafrechts“, *Zeitschrift für Sexualforschung*, № 2, 105.

71 D. Klimke, R. Lautmann /2006/: 114.

72 D. Klimke, R. Lautmann /2006/: 99.

73 J. S. Levenson, K. M. Zgoba /2015/: 3.

74 K. Soothill /2010/: 145. Prognoza je da je tek kod približno 10 % učinilaca seksualnih delikata izražen abnormalni nivo seksualnog nagona. Robert D. Miller /2003/: „Chemical Castration of Sex Offenders: Treatment or Punishment?“, in: *Protecting Society From Sexually Dangerous Offenders* (ed. Bruce J. Winick, John Q. LaFond), Washington, 251.

su pokazala da je stopa povrata u sferi imovinskih krivičnih dela znatno veća nego kada je reč o učiniocima krivičnih dela protiv polne slobode, ali niko ne zagovara uvođenje naročitih mera protiv učinilaca imovinskih delikata. Ipak, činjenica je da učinioci seksualnih krivičnih dela, pogotovo oni koji delikt vrše prema detetu, predstavljaju naročitu pretnju po društvo, jedinstvenu i drugačiju u poređenju sa učiniocima ostalih krivičnih dela. No, i pored toga, opravdano se postavlja pitanje da li je moralna panika i njoj sledstvena zaoštrena krivičnopravna represija prema ovoj kategoriji učinilaca u srazmeri sa stepenom opasnosti koju takvi učinioci predstavljaju po društvo? Naravno, bez obzira na to što građani i mediji mogu prenaglašeno da reaguju na zločin i zahtevaju često prekomernu kaznu, nesporno je da određeni rizik realno postoji.⁷⁵ Tu je osnovni problem kako pronaći prihvatljivu ravnotežu između potrebe društva da se obezbedi potpunija krivičnopravna zaštita i poštovanja nekih fundamentalnih prava, koja između ostalog pripadaju i učiniocu krivičnog dela. Razumljivo je da se u tom vaganju prednost daje zaštititi žrtve, ali se to ne bi moglo činiti na način koji bi osporio humanistički karakter organizovane državne reakcije na zločin, tako da se ona vrati u sramne i mračne periode koji su postojali u istoriji kažnjavanja.

Na kraju, moglo bi se reći da je novi talas zakonodavne reforme kojoj je u središtu pažnje zaoštrena politika kontrole seksualnog kriminaliteta, naročito kada se kao pasivni subjekt pojavljuje dete ili maloletnik, ishitrena reakcija zakonodavca na sve snažnije izražen pritisak javnosti da se društvo efikasnije zaštiti od najopasnijih učinilaca. Nije sporno da je ovakva strategija zasnovana na ogromnoj podršci šire javnosti i potpuno u duhu moralne panike koja je veštački izazvana prenaglašenim medijskim prisustvom pojedinačnih i uglavnom usamljenih slučajeva,⁷⁶ i emotivne reakcije na zločin koji zbog toga što je upravljen protiv najosetljivije i najranjivije grupe izaziva gnev kod građana željnih odmazde i što teže kazne za učinioca. Iako se na taj način obezbeđuje široka podrška javnosti, zbog unošenja u proces kažnjavanja emotivnih momenata, pitanje je u kojoj meri će takva rešenja, kojima se mnogo gubi na planu poštovanja ljudskih prava i očuvanja osnovnih kontura pravno-državnog krivičnopravnog mehanizma, doprineti suzbijanju ove, svakako opasne, forme kriminaliteta.

LITERATURA

- Šimun BILOKAPIĆ /2010/: „Etički vidovi kemijske kastracije“, *Crkva u svijetu*, № 3, 333–354.
 Alison G. CARPENTER /1998/: „Belgium, Germany, England, Denmark and the United States: The Implementation of Registration and Castration Laws as Protection against Habitual Sex Offenders“, *Dickinson Journal of International Law*, № 2, 435–458.

75 S. Easton /2001/: 87–88.

76 Na početku rada spomenut slučaj iz britanske prakse u kome je devojčica usmrćena od strane pedofila bio je povod snažnoj medijskoj kampanji označenoj kao „imenuj i posrami“ (*name and shame*). Mediji su objavili imena i fotografije jednog broja lokalnih seksualnih prestupnika, što je ogorčene građane izvelo na ulice. Tako je jedna protestna grupa nazvana „građani protiv pedofila“ (*Residents against Paedophiles*) prodefilovala jednim malim gradom (Paulsgrove), spalivši domove i automobile nekolicini lica koji su bili označeni kao pedofili. Daniela Klimke, Rüdiger Lautmann /2006/: „Die neoliberale Ethik und der Geist des Sexualstrafrechts“, *Zeitschrift für Sexualforschung*, № 2, 106.

- Emir ČOROVIĆ /2016/: „The Potentials of the so-called „Marija’s Law“ in Combating Pedophilia“, *Facta Universitatis*, № 3, 415–426.
- Matthew V. DALEY /2008/: „A Flawed Solution to the Sex Offenders Situation in the United States: The Legality of Chemical Castration for Sex Offenders“, *Indiana Health Law Review*, № 1, 87–122.
- Nataša DELIĆ /2010/: Zabrana (isključenje) ublažavanja kazne u određenim slučajevima, u: *Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, IV deo*, (urednik: Đorđe Ignjatović), 177–195.
- Kris W. DRUHM /1997/: „A Welcome Return to Draconia: California Penal Law 645, the Castration of Sex Offenders and the Constitution“, *Albany Law Review*, № 1, 285–344.
- Ivan ĐOKIĆ /2020/: „Preventivno zatvaranje učinilaca opasnih po društvo – višestruki povrat i mere bezbednosti“, u: *Kaznena reakcija u Srbiji, X deo* (urednik: Đorđe Ignjatović), Beograd, 288–295.
- Susan EASTON /2001/: „Punishing Sex Offenders: Discrimination or Justifiable Treatment“, *International Journal of Discrimination and the Law*, № 1, 71–98.
- Reinhard EHER, Annika GNOTH, Alois BIRKLBAUER, Friedemann PFÄFFLIN /2007/: „Antiandrogene Medikation zur Senkung der Rückfälligkeit von Sexualstraftätern: ein kritischer Überblick“, *Recht & Psychiatrie*, № 3, 103–111.
- Heather M. GRETTON, Michelle McBride, Robert D. HARE, Roy O’SHAUGHNESSY, Gary KUMKA /2001/: „Psychopathy and Recidivism in Adolescent Sex Offenders“, *Criminal Justice and Behavior*, № 4, 427–449.
- Richard HAMILL /2001/: „Recidivism of Sex Offenders: What You Need to Know“, *Criminal Justice*, № 4, 24–35.
- Nikolaus HEIM, Carolyn J. HURSCH /1979/: „Castration for Sex Offenders: Treatment or Punishment? A Review and Critique of Recent European Literature“, *Archives of Sexual Behavior*, № 3, 281–304.
- Tatjana HÖRNLE /2000/: „Penal Law and Sexuality: Recent Reforms in German Criminal Law“, *Buffalo Criminal Law Review*, №. 2, 639–686.
- Daniela KLIMKE, Rüdiger LAUTMANN /2006/: „Die neoliberale Ethik und der Geist des Sexualstrafrechts“, *Zeitschrift für Sexualforschung*, № 2, 97–117.
- Olga KOSHEVALISKA /2014/: „Medical Pharmacologic Treatment (A. K. A. Chemical Castration) in the Macedonia Criminal Code“, *Balkan Social Science Review*, № 4, 25–44.
- Jill S. LEVENSON, Kristen M. ZGOBA /2015/: „Community Protection Policies and Repeat Sexual Offenses in Florida“, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 1–19.
- Kelly MEAGHAN /2008/: „Lock Them Up – And Throw Away the Key: The Preventive Detention of Sex Offenders in the United States and Germany“, *Georgetown Journal of International Law*, № 3, 551–572.
- Dušica MILADINOVIĆ-STEFANOVIĆ /2014a/: „Hemijska kastracija – prihvatljivo sredstvo za sprečavanje krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima?“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, Niš, 51–68.
- Dušica MILADINOVIĆ-STEFANOVIĆ /2014b/: „Krivičnopravna zaštita maloletnih lica od seksualnog iskorišćavanja i zlostavljanja – evropski standardi i pravo Republike Srbije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, Niš, 567–584.
- Robert D. MILLER /2003/: „Chemical Castration of Sex Offenders: Treatment or Punishment?“, in: *Protecting Society From Sexually Dangerous Offenders* (ed. Bruce J. Winick, John Q. LaFond), Washington, 249–263.

- Nataša MRVIĆ-PETROVIĆ /2015/: „Kastracija seksualnih prestupnika – moderna telesna kazna“, *Pravni život*, № 9, 243–252.
- Vedije RATKOCERI /2017/: „Chemical Castration as a security measure in the criminal legislation of the Republic of Macedonia“, *International Journal of Social Sciences and Education Research*, № 2, 356–360.
- Branislav RISTIVOJEVIĆ /2013/: „Punitivni populizam’ srpskog zakonodavca – kritička analiza tzv. Marijinog zakona“, *Zbornik radova Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu: Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena*, Zlatibor, 319–338.
- Anja SCHMIDT /2018/: „Zum Zusammenhang von Recht, Moral, Moralpolitik und Moralpanik am Beispiel der Reform des Sexualstrafrechts“, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, № 2, 244–271.
- Charles L. SCOTT, Trent HOLMBERG /2003/: Castration of Sex Offenders: Prisoners’ Rights Versus Public Safety, *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, № 4, 502–509.
- Keith SOOTHILL /2010/: „Sex Offender Recidivism“, *Crime and Justice: A Review of Research*, 145–212.
- Zoran STOJANOVIĆ /1980/: „Opravdanost uvođenja i primene posebnih sankcija i tretmana prema učiniocima seksualnih krivičnih dela“, *Penologija*, №. 1–2, 3–22.
- Zoran STOJANOVIĆ /2019/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd.
- Zoran STOJANOVIĆ /2020a/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd.
- Zoran STOJANOVIĆ /2020b/: „Kazneni rasponi i represivnost krivičnog zakonodavstva – uporednopravna analiza“, *Crimen*, № 1, 3–33.
- Voislav STOJANOVSKI /2011/: „Surgical Castration of Sex Offenders and its Legality: The Case of the Czech Republic“, 7, dostupno na: http://www.iuset societ as.cz/fileadmin/user_upload/Vitezne_prace/Stojanovski.pdf.
- N. S. TIMASHEFE /1939/: „Treatment of Persistent Offenders Outside of the United States“, *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, № 4, 455–469.
- Milan ŠKULIĆ /2019/: *Krivična dela protiv polne slobode*, Beograd.
- Milan ŠKULIĆ /2021/: *Osnovi krivičnog prava Sjedinjenih Američkih Država*, Beograd.
- Paul M. VALLIANT, Bryan K. SLOSS, Lynne RAVEN-BROOKS /1997/: „Effects of Brief Cognitive-Behavioral Therapy on Recidivism among Sex and Non-Sex Offenders“, *Journal of Offender Rehabilitation*, № 1–2, 163–174.
- Michael VITIELLO /2008/: „Punishing Sex Offenders: When Good Intentions Go Bad“, *Arizona State Law Journal*, №. 2, 651–690.

Ivan Đokić

Faculty of Law, University of Belgrade

NEW MEASURES AGAINST SEX OFFENDERS – NECESSITY OR RETURN TO THE DARK AGES

SUMMARY

The author subjects to critical analysis new solutions that are provided in comparative law as a means to protect society more effectively from particularly dangerous sex offenders. Although this is a dangerous form of crime, especially if the attack is directed at a minor, the question is whether that is a sufficient basis to give up some fundamental values that are built into a system of criminal justice that pretends to be humanistically and democratically oriented. In that sense, the legitimacy of measures by which the offender deters from reoffending by measures that seriously damage his health is especially disputable. Although Serbian criminal law has not yet crossed that border, it is also characterized by adherence to the concept of punitive populism and the constant intensification of repression against this category of offenders. This is done in a process in which scientific criteria are not taken into account, but preference is given to emotional perception of the problem and a basically lay approach is accepted that crime can be controlled only by excessive repression. Special attention was paid to the consideration of the issue of justification of new measures for the prevention of committing criminal acts against sexual freedom against minors, which was introduced into the Serbian criminal legislation in 2013 by a special act. Finally, the considerations and the judgment of the author on the admissibility of intensified criminal law intervention in the field of sexual offences are given.

Keywords: sexual freedom, sexual offences, recidivism, minor, castration.

*Natalija Lukić**

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

STOPA UBISTAVA U SRBIJI (1951–2019) U POREĐENJU SA DRUGIM EVROPSKIM DRŽAVAMA

Apstrakt: U radu se najpre ukazuje na različite izvore podataka koji se koriste u komparativnim studijama o ubistvima. Posle ukazivanja na trendove tog krivičnog dela u evropskim državama, dat je pregled teorijskih stavova kojima se objašnjavaju uočene oscilacije u kretanju stope ubistava. Drugi deo rada posvećen je analizi trenda ubistava u Srbiji za proteklih sedam decenija. Zaključuje se da je stopa tog krivičnog dela u Srbiji, uz određena odstupanja, u kontinuiranom padu i da je u poslednjih nekoliko godina na najmanjim zabeleženim vrednostima tokom čitavog analiziranog perioda. Pored toga, ukazuje se i na karakteristike izvršenih ubistava i moguća objašnjenja promena u kretanju trenda.

Ključne reči: stopa ubistava, Srbija, Evropa, komparacija, teorijska objašnjenja, karakteristike viktimizacija.

UVOD

Počevši od antropološke škole, kriminološke analize bile su usmerene na razumevanje etiologije nasilničkog kriminaliteta uključujući i ubistva. Fokus kriminologa prvobitno je bio usmeren na razumevanje karakteristika učinilaca, mogućih faktora koji se dovode u vezu sa ubistvima, tipologije ubica kao i različitih relacija koje postoje između žrtve i učinioca. Sa druge strane, pravac u okviru pozitivističke orijentacije označen kao „kartografska škola“ bio je usmeren na analizu rasprostranjenosti kriminaliteta koji je po zagovornicima tog pristupa uslovljen pre svega socijalnim činiocima. (Ignjatović, 2009: 30) Analiza rasprostranjenosti stope ubistava na globalnom nivou može poslužiti kao potvrda ili opovrgavanje određenih teorijskih postavki. Tako na primer velike razlike između država pokazuju da ubistvo ne može da se razume uz isključivo oslanjanje na biološke ili psihološke teorije, jer je očigledno da se radi o kriminalnom ponašanju koje je uslovljeno i kulturalnim, socijalnim i ekonomskim činiocima.

U poslednje vreme vrlo su aktuelne i komparativne kao i istorijske studije o ubistvima, a posebno za područje evropskih država. To je između ostalog i reakcija na brojne studije o ubistvima u SAD kao i razvijenu kriminološku misao u toj zemlji. Sa druge strane, primetno je da u stranoj literaturi dominiraju radovi koji analiziraju trend ubistava u državama Zapadne Evrope, dok je manji broj istraživanja posvećen kretanju stope ubistava u istočnoevropskim državama. Objavljeni radovi ukazuju na očigledne razlike u pogledu kretanje stope ubistava između država na

* docent, natalija.lukic@ius.bg.ac.rs

evropskom tlu zbog čega se sa pravom postavlja pitanje koliko su teorijska objašnjenja nastala sa ciljem razumevanja promena u kretanju stope ubistava u SAD i Zapadnoj Evropi primenljiva i na države koje su imale iskustvo tranzicije iz socijalističkog u kapitalistički društveno-ekonomski sistem.

U radu se najpre ukazuje na različite izvore podataka koji se koriste u komparativnim studijama. Potom se ukazuje na trend ubistava u zapadnoevropskim i istočnoevropskim državama u poslednjih nekoliko decenija uz istovremeno navođenje dominantnih teorijskih objašnjenja koja mogu doprineti razumevanju oscilacija u kretanju stope ubistava. Potom se prikazuju podaci o kretanju ubistava u Srbiji za poslednjih sedam decenija, poredi stopa ubistava na osnovu različitih podataka, ukazuje na određene karakteristike izvršenih krivičnih dela kao i na moguća objašnjenja u oscilaciji stope ubistava.

1. IZVORI PODATAKA O UBISTVIMA

Komparacija stope ubistava na međunarodnom nivou vrši se na osnovu različitih izvora. Najčešće se podaci poredi na osnovu evidencija Svetske zdravstvene organizacije, dokumenata Ujedinjenih Nacija, Evropskih izvornika o kriminalitetu, Interpolu, Eurostata i organizacije HEUNI. U nastavku će biti reči o prva tri navedena izvora koja se najčešće koriste u literaturi.

Podaci koje za prosečno 70 država svake godine objavljuje Svetska zdravstvena organizacija (SZO) preuzimaju se iz demografskih statističkih izveštaja (vitalna statistika). Drugi izvor podataka su pravosudne statistike. O tome da li će se u izveštajima SZO naći jedna ili druga vrsta podataka odlučuje se na osnovu određenih kriterijuma: 1) ukoliko je stopa ubistava značajno viša prema podacima pravosudne statistike koriste se upravo ti podaci, jer je malo verovatno da je broj ubistava u njima sadržan precenjen; 2) ako je stopa približna u oba nacionalna izvora ili ako je viša u vitalnoj statistici koriste se podaci o ubijenim licima. (Kanis et al, 2017: 315). Računanje stope na osnovu broja ubijenih predstavlja zapravo računanje dovršenih ubistava, što znači da ovi podaci ne obuhvataju pokušaj tog krivičnog dela. Prema međunarodnoj klasifikaciji o bolestima koju koristi SZO ubistvo se definiše kao „lišavanje života drugog lica u nameri prouzrokovanja smrti ili teške povrede“. Ova definicija bi, ako se uzme u obzir srpski Krivični zakonik, mogla obuhvatiti ne samo umišljajno lišavanje života već i krivično delo teške telesne povrede kvalifikovane smrću. Iako bi u tom slučaju smrt bila pripisana nehatu, umišljajem je obuhvaćeno nanošenje teške telesne povrede što bi bilo u skladu sa navedenom definicijom.

Kancelarija UN za drogu i kriminal (UNODC) sprovodi studije o ubistvima i na osnovu nacionalnih podataka objavljuje komparaciju stope ubistava. Slično kao i SZO, ubistvo se definiše kao „protivpravno prouzrokovanje smrti lica sa namerom lišenja života ili nanošenja teške telesne povrede“ (UNODC Global Study on Homicide, Booklet 2, 2019: 9). U ovoj studiji isključeno je prikupljanje podataka o smrtnim ishodima koji su prouzrokovani u ratnim okolnostima. U umišljajna ubistva ubrajaju se na primer i ubistva u terorističkim akcijama. Sa druge strane, ne uzimaju se u obzir slučajevi kada je protivpravnost isključena (nužna odbrana, krajnja nužda) i nehatna lišenja života. Umišljajna ubistva se dalje dele na ona koja su povezana

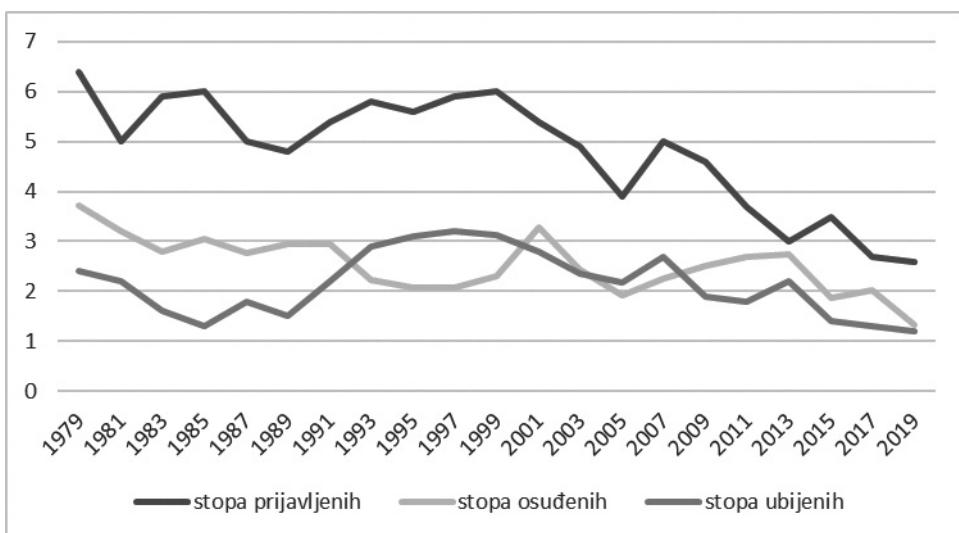
sa kriminalnim aktivnostima, socio-politička i inter-personalna. U aneksu kojim je objašnjena metodologija prikupljanja podataka za UNODC studiju o ubistvima navodi se da se podaci prikupljaju kroz popunjavanje UN Upitnika o trendovima kriminaliteta i pravosudnim sistemima. Najčešće se radi o policijskim evidencijama, ali se podaci dopunjuju i drugim izvorima koji su dostupni (ministarstva, nacionalni statistički zavodi). Takođe, u obzir se uzimaju i podaci drugih regionalnih i međunarodnih organizacija (EUROSTAT, Inter-American Development Bank, različite UN agencije kao što je na primer UN Economic Commission for Europe). Za države za koje se podaci ne mogu dobiti na osnovu pravosudne statistike koriste se podaci o ubijenim licima na osnovu vitalnih statističkih podataka koje objavljuje SZO. Prema pregledu studije iz 2019. godine za najveći broj država, među kojima je i Srbija, korišćeni su podaci iz pravosudnih statistika (Methodological Annex to The Global Study on Homicide 2019).

U literaturi se smatra da je najsigurnije koristiti podatke o broju ubijenih iz vitalnih statistika. No, iako prihvaćen kao zlatni standard, i ovi podaci mogu imati nedostatke. Tako se na primer uvek pojavljuje određen broj smrtnih slučajeva kod kojih se namera lišenja života ne može sa sigurnošću utvrditi. U takvim situacijama ubistvo može pogrešno biti svrstano u kategoriju nesrećnih slučajeva. Kao primer se navodi smrt male dece kod kojih može biti nejasno da li je postojala namera lišenja života. Iako je očekivanje da će ponajpre biti manipulirano policijskim evidencijama, i podaci o uzrocima smrti koji se objavljuju u vitalnim statističkim izveštajima mogu biti rezultat organizacionih pritisaka i manipulacija (Marshall, Block, 2004: 277). Takođe, kao što je rečeno ovde su isključeni svi slučajevi pokušaja ubistava. Sa druge strane, upravo se za podatke o pokušajima navodi da predstavljaju poseban problem. Najpre, ne postoji saglasnost nacionalnih pravnih rešenja u pogledu razgraničenja pokušaj/dovršeno ubistvo, a pri tome neke države uopšte i nemaju ili ne dostavljaju podatke o pokušanim ubistvima. To sve utiče na komparaciju (Marshall, Block, 2004: 275).

Evropski izvornici o kriminalitetu i krivičnom pravosuđu objedinjuju podatke evropskih država o policijskim, tužilačkim, sudskim i zavodskim statističkim podacima (Ignjatović, 2013: 6). Prvi put su podaci za deset evropskih država objavljeni 1995. godine da bi potom bile uključene i druge evropske države i prvo objedinjeno izdanje objavljeno je 1999, potom 2003, 2006, 2010 i 2014. godine. Metodologija prikupljanja podataka podrazumeva da se podaci za svaku državu prikupljaju preko nacionalnih eksperata koji su i odgovorni za tačnost podataka (European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics, 2014: 15–16). U aneksu se daju definicije krivičnih dela o kojima se podaci prikupljaju. Ubistvo se definiše kao umišljajno lišenje života drugog lica, a po mogućstvu se dodaju podaci i o: teškoj telesnoj povredi sa smrtnim ishodom, eutanaziji, infanticidu, pokušaju. Podaci ne obuhvataju: nehatno lišenje života, navođenje na samoubistvo i abortus. U objašnjenju stoji da Srbija u podatke o ubistvima ubraja i telesne povrede sa smrtnim ishodom (European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics, 2014: 379–380). Ipak, dostavljeni nacionalni podaci o osuđenim licima (punoletni i maloletni učinioci) za na primer 2011. godinu sadrže samo broj ubistava (ubistvo, teško ubistvo, ubistvo na mah, ubistvo deteta pri porođaju). Broj telesnih povreda (lakih i teških) poklapa se sa dostavljenim podacima o ovom krivičnom delu, što znači da su u okviru telesnih povreda uračunati slučajevi kvalifikovani smrću.

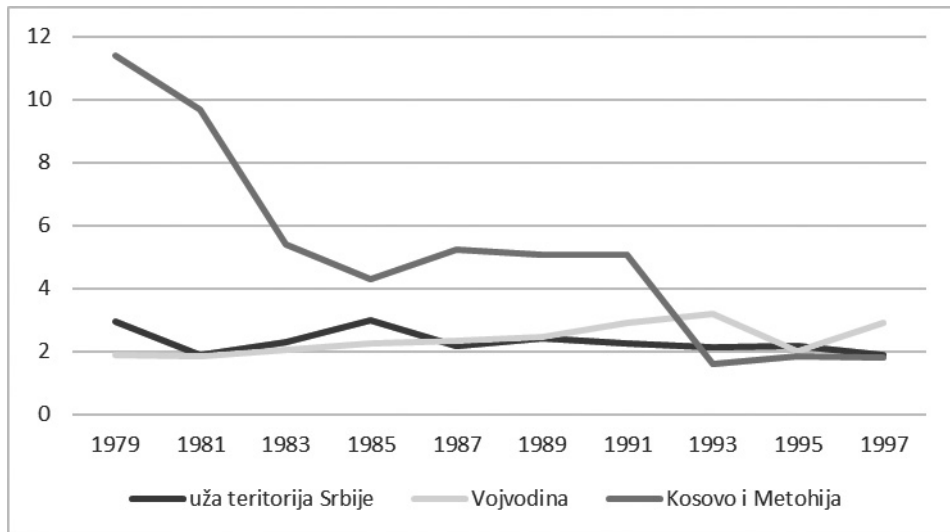
Na grafiku br. 1 predstavili smo stopu prijavljenih i osuđenih lica za tri ubistva (ubistvo, teško ubistvo i ubistvo na mah) i uporedili je sa stopom ubijenih lica u periodu od 1979–2019. godine. Stopa prijavljenih je najviša, što je i logično, jer neće svaka prijava rezultirati osudom u krivičnom postupku. Pored oslobađajućih ili odbijajućih presuda, u ovoj razlici se nalaze i nerešeni slučajevi ubistava, što u literaturi najčešće znači da nije otkriven učinilac. Procenat rasvetljavanja varira i kreće se od 65% u SAD, 85% u Velikoj Britaniji do više od 90% u Nemačkoj (Bänzinger, Killias, 2014: 621). Stopa osuđenih lica je viša u odnosu na stopu ubijenih jer je kod prve kategorije uračunat i pokušaj. Interesantno je da je u periodu 90-ih godina u Srbiji primetan suprotan trend, odnosno stopa ubijenih bila je veća u odnosu na stopu osuđenih za ubistva. Jedno od mogućih objašnjenja bilo bi da je u tom periodu rad pravosuđa bio otežan zbog građanskog rata i kasnije i bombardovanja države, jer je očigledno da je od početka 90-ih došlo do porasta i stope prijavljenih i stope ubijenih. Trebalo bi takođe naglasiti da je najmanja stopa osuđenih u tom periodu zabeležena u AP Kosovu i Metohiji, kao što je i visoka stopa prijavljenih u prvoj analiziranoj deceniji (1979–1989. godine) rezultat pre svega visokih stopa ubistava u istoj autonomnoj pokrajini. Na sledećem grafiku je prikazana razlika stope prijavljenih i osuđenih za krivična dela ubistava (ubistvo, teško ubistvo, ubistvo na mah) u periodu 1979–1997. godine za koje smo imali podatke po teritorijalnoj distribuciji. Visoka stopa ubistava u AP Kosovu i Metohiji, koja je beležena i u decenijama pre 1979. godine rezultat je u dobroj meri rasprostranjene krvne osvete (Pešić, 1972: 50). Može se primetiti da je jedino na teritoriji AP Vojvodine u periodu 90-ih godina zabeležen porast stope osuđenih za ubistva, dok je na teritoriji AP Kosova i Metohije u istom periodu zabeležena najmanja stopa osuđenih.

Grafik 1: Odnos stope prijavljenih i osuđenih lica za ubistvo i stopa ubijenih u Srbiji u periodu 1979–2019. godine



Izvor: Republički zavod za statistiku

Grafik 2: Teritorijalna distribucija stope osuđenih za krivična dela ubistava u periodu 1979–1997. godine



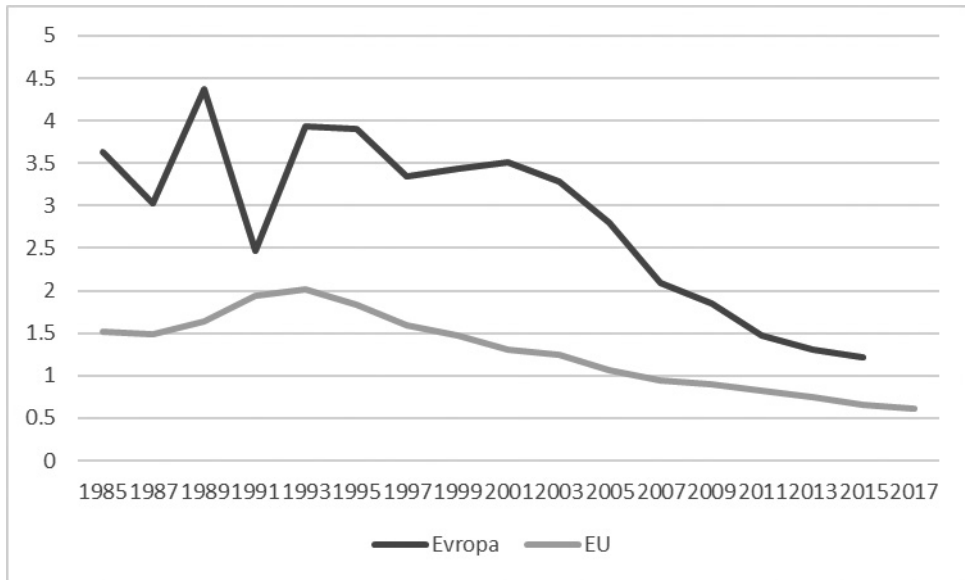
Izvor: Republički zavod za statistiku

2. UBISTVA U EVROPSKIM DRŽAVAMA – TRENDovi I MOGUĆA OBJAŠNENJA

Na grafiku br. 3 prikazana je komparacija stope ubistava između država EU i Evrope. Podaci su preuzeti iz baze podataka SZO.¹Prvo, može se videti da je najmanja stopa ubijenih lica u državama EU (SZO pravi razliku između tri grupe država EU: grupa koja je činila EU pre 2004; grupa koja je činila EU nakon 2004. godine i sve države koje su ikad bile članice pri čemu je u radu za komparaciju korišćena poslednja kategorija) i da je najviše (početkom 1990-ih godina) iznosila 2 ubijena lica na 100.000 stanovnika. Dok je u državama EU od početka 90-ih godina primetan opadajući trend, na nivou Evrope do pada dolazi od 2000-ih što se može objasniti kretanjem stope ubistava u državama Istočne Evrope koje su tokom 90-ih godina prolazile kroz proces tranzicije kada je zabeležen porast kriminaliteta, kao i ubistava.

1 https://gateway.euro.who.int/en/indicators/hfamdb_388-sdr-homicide-and-assault-per-100-000/ (23.2.2021.)

Grafik 3: Stopa ubistava u EU i Evropi



Izvor: SZO

Prema podacima navođenim u naučnim istraživanjima u državama Zapadne Evrope od 60-ih godina 20. veka dolazi do kontinuiranog porasta stope ubistava i taj trend se nije menjao sve do početka 90-ih kada dolazi do suprotne tendencije (ista situacija zabeležena je i u SAD). Postoji više različitih objašnjenja porasta ubistava u navedenom periodu. Prvo, ima mišljenja da je očiti porast rođene dece u periodu nakon Drugog svetskog rata doprineo tom trendu. Naime, kako je taj porast populacije zabeležen naročito od 1946. godine može se razumeti zbog čega je prvi pik nasilnih dela, a među njima i ubistava, zabeležen od početka do sredine 60-ih godina. U tom periodu su generacije rođene posle rata ušle u uzrasni period koji je najopterećeniji ubistvima (Blumstein, 2017: 45). Ovu tvrdnju na neki način upotpunjuje gledište Isterlina (Easterlin) po kome su velike kohorte suočene sa manjim izgledima za uspeh (ekonomski, pronalazak partnera, kasnije rađanje) zbog neophodnosti da se ograničena sredstva koja su kohorti na raspolaganju dele. To kod njenih pripadnika izaziva frustracije i ozlojađenost što dovodi i do raširenijih negativnih pojava kao što su kriminalitet i devijantno ponašanje (prema Rogers, 2014: 237). Ajsner (Eisner) navodi da se porast ubistava u Zapadnoj Evropi od 60-ih godina prošlog veka može pre svega objasniti promenom ponašanja mlađih muškaraca u javnom prostoru. Naime, društvene promene u očekivanjima i normama ponašanja kod mladih dovele su do porasta broja ubijenih mlađih muškaraca u javnom prostoru (prema: LaFree et al, 2015: 485). Ipak, ova tvrdnja nailazi i na određena preispitivanja pozivajući se na činjenicu da u periodu 60–90-ih godina prošlog veka nije došlo samo do porasta ubijenih mlađih muškaraca, već je istovremeno povećan i broj ubijenih žena kao i broj ubijenih starijih muškaraca (Aebi, Linde, 2014:). Prema shvatanju istih autora (Aebi, Linde, 2014: 567–570), objašnjenje treba

tražiti u postavkama teorije o životnom stilu uz uzimanje u obzir i teorije o rutinskim aktivnostima. Period od 60-ih godina prošlog veka karakterišu značajne društvene promene koje uključuju slabljenje normi kojima se kontroliše ponašanje mladih, pojava prvih gangova, smanjenje broja članova porodice, kasnije stupanje brak, jačanje individualizma što znači i da se više vremena provodi na otvorenom. Do promene u životnim navikama dolazi opet 90-ih godina kada se zbog razvoja tehnologija, a naročito Interneta, sve češće vreme provodi kod kuće, dok se aktivnosti napolju pretežno odvijaju u prostorima koji su pod elektronskim nadzorom i nadzorom privatnog obezbeđenja (tržni centri, noćni klubovi, bioskopi). Shodno tome, bar kada je u pitanju Zapadna Evropa, uticaj ekonomskih faktora nije presudan za razumevanje stope ubistava, jer se od 60-ih godina beleži kontinuirani provredni rast, kao ni napuštanje koncepta o državi blagostanja, jer je trend porasta stope ubistava počeo ranije ili nestabilnost zaposlenja (kao argument se navodi da je naftna kriza počela 1973. godine). Špirenburg (Spierenburg, 2012: 36) kao moguća objašnjenja navodi porast meloletničke delinkvencije, organizovani kriminalitet i etničku raznovrsnost u gradovima. Uprkos porastu stope ubistava tokom tri decenije prošlog veka, isti autor u analizi trendova ubistava u nekoliko država Evrope (Engleska, Francuska, Italija, Holandija, Švedska) u izuzetno dugom vremenskom periodu koji obuhvata više vekova zaključuje da je stanje u evropskim državama najbolje upravo od sredine 20. veka. Razlika u kretanju stope ubistava je tolika da grafik praktično i ne prikazuje porast od skoro 50% u periodu 60–90ih godina, imajući u vidu da je na primer tokom 16. veka broj ubijenih na 100.000 stanovnika bio oko 30, a u Italiji i 40. Takvo kretanje ubistava najčešće se objašnjava pozivanjem na civilizacijsku teoriju koja naglašava da je stvaranje nacionalnih država imalo značajan uticaj na ostvarivanje spoljašnje kontrole i discipline, koja je vremenom internalizovana. Pored uloge nacionalne države, doprinos poboljšanju samo-kontrole pojedinaca dali su i drugi faktori: religiozni pokreti, opismenjavanje, školovanje, podela rada itd. (Kivivuori, Savolainen, Danielsson, 2012: 100).

Trend ubistava od sredine prethodnog veka imao je drugačiju putanju u državama Istočne Evrope. Iako treba naglasiti da na taj trend utiče i stopa ubistava u Rusiji (Lysova, 2020: 402), koja je među najvišima u Evropi (tokom 90-ih godina išla je i preko 30 na 100.000 stanovnika), može se zaključiti da je tokom 50-ih godina u ovom delu Evrope zabeležena najviša stopa ubistava da bi od 60-ih bio beležen postepeni pad (La Free, Curtis, McDowall, 2015: 491). Što se tiče visoke stope ubistava tokom 50-ih i 60-ih godina prošlog veka u istočnoevropskim državama, ima mišljenja da se takav trend može dovesti u vezu sa političkim sukobima (za Estoniju se na primer navodi da je neposredno nakon okončanja Drugog svetskog rata i sve do Staljinove smrti postojala politička represija i da je potom došlo do stabilizacije u državi i pada stope ubistava), alkoholizmom i migracijama (Salla, Ceccato, Ahven, 2012: 425). Iako je moguće uočiti sličan opšti trend stope ubistava za istočnoevropske države, razlike u analizama za svaku državu ponaosob postoje. Tako podaci za Rusiju pokazuju da je od kraja Drugog svetskog rata pa do 1987. godine ova država imala stabilnu stopu ubistava, koja iako i tada među najvišima u Evropi, nije odstupala od 5–8 na 100.000 stanovnika. Pri tome, i u okviru same Rusije je moguće uočiti veliku razliku između stope ubistava po regijama (Lysova et al, 2012: 456 i

459). Do naglog skoka stope ubistava dolazi posle raspada SSSR-a i napuštanja socijalističkog uređenja, s tim da je i među državama Istočne Evrope moguće napraviti klasifikaciju na države kod kojih promena društveno-ekonomskog uređenja i period tranzicije nije uticao preterano negativno na porast ubistava i države kod kojih to jeste bio slučaj.

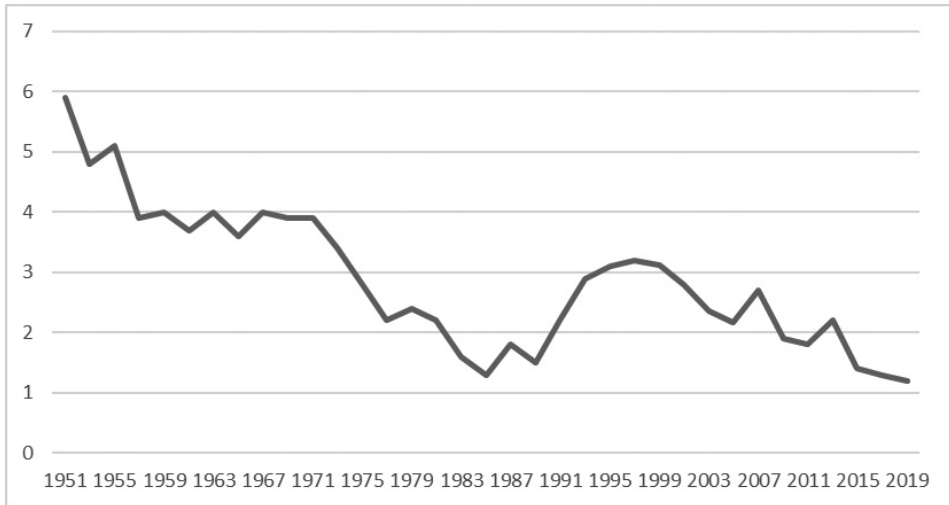
Shodno tome, moguće je uočiti da je u čitavom analiziranom periodu u istočnoevropskim državama stopa ubistava bila stabilna, odnosno imala silaznu putanju osim u dva vremenska momenta: period nakon Drugog svetskog rata i period nakon napuštanja socijalističkog uređenja kada je došlo do porasta stope ubistava. Za bivše socijalističke države najčešće se kao objašnjenje pominju teorije koje ukazuju na značaj socijalne dezorganizacije u objašnjenju kriminaliteta. Polazi se od Dirkemovih shvatanja da industrijalizacija i urbanizacija kao nagla društvena promena dovode do slabljenja konformizma i u određenim slučajevima i porasta kriminaliteta. Jednostavna, „mehanička“, društva, odlikovala je velika posvećenost bogu, porodici i državi i zbog odbrane tih vrednosti ljudi su bili spremni i na ubistva. Prelazak u moderno, industrijalizovano društvo prati slabljenje socijalnih veza i porast ubistava. Kako društva u tom procesu industrijalizacije napreduju, dolazi do pada ubistava. Potom su i drugi autori ukazivali na značaj društvenih promena u nastanku socijalne dezorganizacije koju je odlikovala promena stanovništva, etnička heterogenost, siromaštvo, veliki broj porodica sa jednim roditeljem, značajan broj mladih, a u ovu grupu faktora ubraja se i urbanizacija merena kroz gustinu naseljenosti (McCall et al, 2012: 139–140). Stamatel je na uzorku nekoliko država Istočne Evrope utvrdio značaj ekonomskih deprivacija, ali je isto tako ustanovio da mlađa muška populacija nije bila prediktor ubistava, suprotno rezultatima za države Zapadne Evrope (Stamatel, 2012: 160). Ovakve razlike ne treba da čude, ako se ima u vidu da su teorije o socijalnoj dezorganizaciji nastale pre svega u SAD, i da rasna segregacija, koncentracija siromaštva i kriminaliteta nije zastupljena u istočnoevropskim državama, a još manje u bivšim socijalističkim državama koje su i u procesu urbanizacije vodile računa o socijalnoj jednakosti (Lysova et al, 2012: 29). No, ova teorija se najčešće navodi u objašnjenju ubistava u Istočnoj Evropi početkom 90-ih godina, jer je prelazak iz socijalizma i kapitalizam bio praćen naglim siromašanjem, socijalnom nejednakošću i nezaposlenošću (McCall et al, 2012: 142). Ipak, pitanje je kako u kontekstu teorija o socijalnoj dezorganizaciji objasniti ipak uočljive razlike u porastu stope ubistava između država koje su nekad pripadale socijalističkom bloku. Pojedini autori objašnjenje pronalaze u konzumiranju alkohola, koje je naročito rašireno u bivšim državama SSSR-a, brzini procesa tranzicije i privatizacije kao i u uspehu svake pojedinačne države da u periodu naglih društvenih promena ima posredničku ulogu koja treba koliko je moguće da amortizuje posledice tih promena koje neki nazivaju i „kriminološkom tranzicijom“ (McCall et al, 2012: 143; Stamatel, 2012: 162; Pridemore, 2007:341).

Objašnjenje kriminaliteta u istočnoevropskim državama, ali i inače, traži se i na planu loših ekonomskih pokazatelja. Jedna od dominantnih je teorija o društvenom pritisku, koja za razliku od socijalne dezorganizacije, ne ukazuje samo na značaj siromaštva, već i na značaj nejednakosti u društvu. Za vezu između nejednakosti u

raspodeli dobiti i ubistava mnogi autori na osnovu kros-nacionalnih i kros-regionalnih studija tvrde da je iz korelacione prešla u kauzalnu vezu (Trent, Pridemore, 2012: 128). Mnoga istraživanja o ubistvima ukazuju na povezanost sa ekonomskim deprivacijama, a faktori koji se istražuju su na primer nezaposlenost, procentualna zastupljenost domaćinstava koja primaju socijalnu pomoć, koja imaju prihode za 50% manje od prosečnih primanja u jednoj državi, prosečna primanja po domaćinstvu itd (Kivivuori, Savolainen, Danielsson, 2012: 97), socijalna davanja u odnosu na BDP, stopa smrtnosti novorođenčadi (Trent, Pridemore, 2012: 129).

3. UBISTVA U SRBIJI – TREND, KARAKTERISTIKE I OBJAŠNENJA

Grafik 4: Stopa viktimizacije (ubijenih lica)
na 100.000 stanovnika u Srbiji od 1951–2019. godine



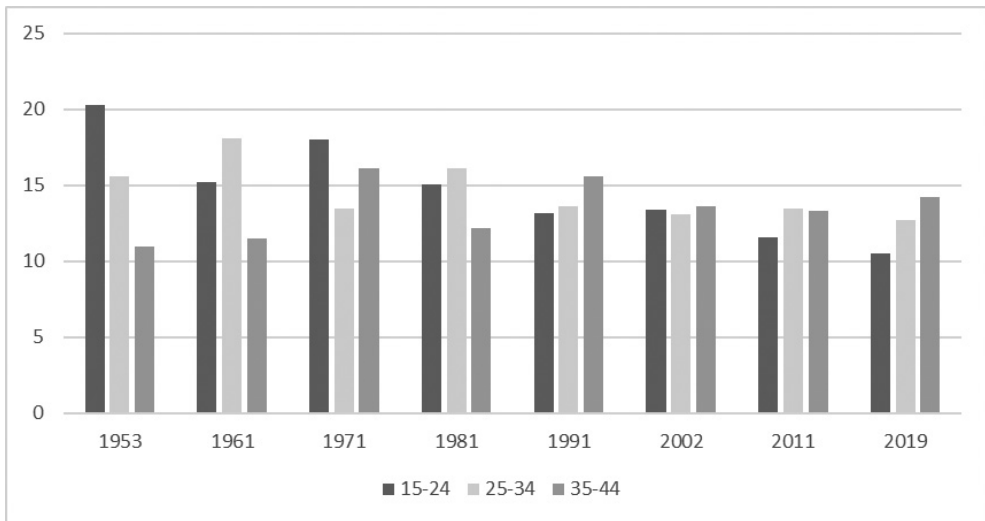
Izvor: Republički zavod za statistiku

Kada je Srbija u pitanju, možemo najpre zaključiti da je na kontinuirani pad stope ubistava od 50-ih godina pa sve do kraja 80-ih uticalo poboljšanje niza faktora koji se dovode u vezu sa ubistvima: privredni razvoj zemlje, smanjivanje udele nepismenih, smanjivanje stope preminule odojčadi, veći udeo školovanih itd. Dakle, sveukupni ostvareni društveni napredak mogao bi biti povezan sa opadajućim trendom stope ubistava. Uprkos tome, stopa ubistava tokom 50-ih i 60-ih godina bila je znatno viša u poređenju sa Zapadnom Evropom, što nije u skladu sa u socijalističkim državama dominantnim uverenjem da je kriminalitet odraz kapitalističkih protivrečnosti i da je prema tome rasprostranjeniji u tim društveno-ekonomskim sistemima. Problem predstavlja nedostatak podataka za period pre Drugog svetskog rata te nije nemoguće da je trend koji je posle njega usle-

dio samo nastavak predratnog perioda.² No, uprkos tome, moglo bi se ukazati na neke od potencijalnih faktora ubistava. Najpre, na grafiku br. 5 prikazali smo procentualnu zastupljenost određenih starosnih kategorija u prethodnih sedam decenija. Poređenje sa grafikom br. 4 implicira da je u godinama kada je stopa ubistava (viktimizacija) bila najviša istovremeno dolazilo i do porasta populacije uzrasta od 15–24 godine. Zaključak se ne bi mogao izvoditi bez uzimanja u obzir i drugih godina kada je beležen porast stope ubistava, što je bio slučaj tokom 90-ih godina. Najveća stopa zabeležena je 1997. godine, a interesantno je da je u toj godini neznatno opalo procentualno učešće starosnih grupa od 25–34 i od 35–44 godine, dok udeo populacije od 15–24 godine nije zabeležio ni neznatan pad. U poslednjoj posmatranoj deceniji možemo takođe videti da je učešće ove starosne populacije opalo, što nije slučaj sa starijim uzrastima. Sve navedeno bi moglo ići u prilog tezi o povezanosti stope ubistava i zastupljenosti mlađe populacije (i to konkretno uzrasta od 15–24 godine). To ne znači da je ova kategorija u apsolutnim brojevima najzastupljenija bilo u kategoriji učinilaca ubistava bilo u kategoriji ubijenih. Naprotiv, dostupni podaci pokazuju da su učinioci ubistva u Srbiji stariji, odnosno najčešće pripadaju grupi uzrasta od 25–34 godine. U ranijim istraživanjima o ubistvima u našoj državi došlo se do sledećih zaključaka: u periodu 1960–1964. godine Pešić je na uzorku od oko 1000 sudskih pravosnažnih presuda ustanovio da je najveći udeo (40.7%) učinilaca bio uzrasta od 21–30 godina, a zajedno sa licima od 18 do 21 godine taj udeo je iznosio 47%. Sledeća najbrojnija kategorija bili su učinioci uzrasta od 31 do 40 godine i činili su 29.9% uzorka (Pešić, 1972: 77); u istraživanju o ubistvima u AP Vojvodini u periodu 1945–1984. godine, koje je takođe obuhvatilo oko 1000 sudskih pravosnažnih predmeta, utvrđeno je slično: do 20 godina imalo je 6.4% ubica, između 21 i 30 godina oko 35%, od 31 do 40 25.7% dok je svaka sledeća uzrasna kategorija bila manje zastupljena u uzorku (Petrić, 1987: 53); istraživanje o ubistvima u Beogradu u periodu od 1989–1993. godine koje je obuhvatilo oko 700 predmeta iz javnih tužilaštava pokazalo je da je najveći broj učinilaca u kategoriji od 25–34 godine (muškarci 27.5%, žene 34.6%). No, ukupan procenat kategorije 18–24 godine i maloletničkih ubistava je i veći (za muškarce iznosi 32.4%), dok sa porastom uzrasnih kategorija istovremeno dolazi do pada učešća ubica iz uzorka (Simeunović-Patić, 2003: 84). Prema podacima Republičkog zavoda za statistiku iz 2016. godine najveći broj ubica bio je uzrasta između 25 i 34 godine (muškarci 32%, žene 36%).

2 Bez detaljne analize nije moguće izvoditi zaključke, ali interesantni su podaci za period 1900–1908. godine za Kraljevinu Srbiju. Naime, podaci o ubijenima za navedeni period pokazuju da je stopa ubistava bila znatno veća u Srbiji početkom 20. veka i kretala se u rasponu od 11 do 20 ubijenih na 100.000 stanovnika. Dostupno na: <https://www.stat.gov.rs/> (15.3.2021.)

Grafik 5: Procentualno učešće starosnih grupa (15–24, 25–34, 35–44) u periodu 1953–2019. godine u Srbiji.



Izvor: Republički zavod za statistiku

Što se tiče drugih faktora, pažnju bi pre svega trebalo usmeriti ka siromaštvu i socijalnim nejednakostima. Čini se najpre da je nesporno da je u periodu neposredno nakon završetka Drugog svetskog rata tadašnja FNRJ bila suočena sa problemom siromaštva koji nije bio isključivo posledica ratnih stradanja, već i vremenskih nepogoda (Perišić, Vidojević, 2020, 158). I sa čisto kriminološkog aspekta posmatrano visoka stopa ubistava 50-ih godina može se razumeti ako se ima u vidu da nakon ratova neretko i dolazi do porasta kriminaliteta (Milutinović, 1990: 346). Pored apsolutnog siromaštva, na stopu ubistava utiče i nejednaka raspodela dohotka, a u kriminološkim istraživanjima najviše se pažnje posvećuje povezanosti ubistava sa GINI koeficijentom (Oimet, 2012: 240). Prema istraživanjima za period bivše Jugoslavije navodi se na primer da je u periodu od 1962. do 1984. godine uočljivo opadanje nejednakosti u raspodeli ličnih dohodaka. Tako je na početku perioda (1962–1964) vrednost ovog koeficijenta iznosila 0.26 da bi 1981. godine opao na samo 0.155 (Milanović, 1990: 129). Kretanje ovog koeficijenta u analiziranom periodu dosta je slično trendu stope ubistava u istim godinama. Brojni autori ukazuju da je već od 60-ih godina postalo jasno da je ekonomija SFRJ suočena sa problemima, da je od kraja 70-ih godina došlo da pada životnog standarda, nejednakosti su počele da rastu, a jednakost se formirala na socijalnom dnu. Čak je i percepcija građana bila da je SFRJ klasno društvo u kome su izražene društvene nejednakosti (Perišić, Vidojević, 2020: 164–165). U periodu tranzicije je zbog pada ekonomske aktivnosti od kraja 80-ih godina došlo do porasta nezaposlenosti i osetnog povećanja siromaštva i nejednakosti. Tako se na primer navodi da je 1996. godine oko 28% stanovništva na prostoru SRJ (Srbije i Crne Gore) imalo manje prihode od definisane potrošačke korpe, dok je taj procenat 1990. godine iznosio 14% (Brkić, Vidojević, 2012:62). Iako ne u istoj meri u svim državama, društveno-ekonomske

promene tranzicionih procesa dovele su do porasta nasilnih dela koja ne samo da postaju češća, već i bezobzirnija, a što se ubistava tiče primetan je porast ovih dela motivisanih koristoljubljem (Ignjatović, 2021: 100–101). Posle 2000-te godine ekonomska situacija je počela da se poboljšava, a apsolutno siromaštvo je smanjeno na primer na 8.8% 2006. godine, dok u periodu 2013–2016. godine iznosi oko 7.5%.³

Što se nezaposlenosti tiče, većina sprovedenih istraživanja nije ukazala na povezanost ovog faktora sa stopom ubistava. Srbija je i u periodu socijalističkog društveno-ekonomskog uređenja, kao i ostale bivše republike, bila suočena sa ovim problemom (Mandić, 1988:111). Podaci o trendu nezaposlenosti u tom periodu pokazuju kontinuiran porast nezaposlenih lica među kojima su neproporcionalno bili zastupljeni mladi i žene (Woodward, 1995: 194–195), što bar na prvi pogled ne ukazuje na vezu sa stopom ubistava koja je imala suprotan trend kretanja. Interesantno bi bilo utvrditi i eventualnu povezanost migracija i stope ubistava, imajući u vidu da su migracije u Jugoslaviji bile najintenzivnije posle Drugog svetskog rata (*Demografski i ekonomski aspekti prostorne pokretljivosti stanovništva u Jugoslaviji posle Drugog svetskog rata*, 1968: 39). Iako mnogi autori ističu da vezu između migracija i ubistava treba razumeti uz uzimanje u obzir i drugih faktora (de Soysa, Noel, 2020: 185), činjenica je da migracije i kriminalitet jesu povezani. Migranti se zbog kulturnog šoka suočavaju sa mnoštvom problema, među kojima su i devijantno i kriminalno ponašanje. U toj situaciji se nalaze i oni koji su napustili selo i otišli u grad kao i lica raseljena zbog ratnih dejstava (Ignjatović, 2016: 34). Konačno, ne treba zanemariti ni rasprostranjenost krvne osvete, posebno u AP Kosova i Metohije, što je sigurno doprinelo većoj stopi ubistava.

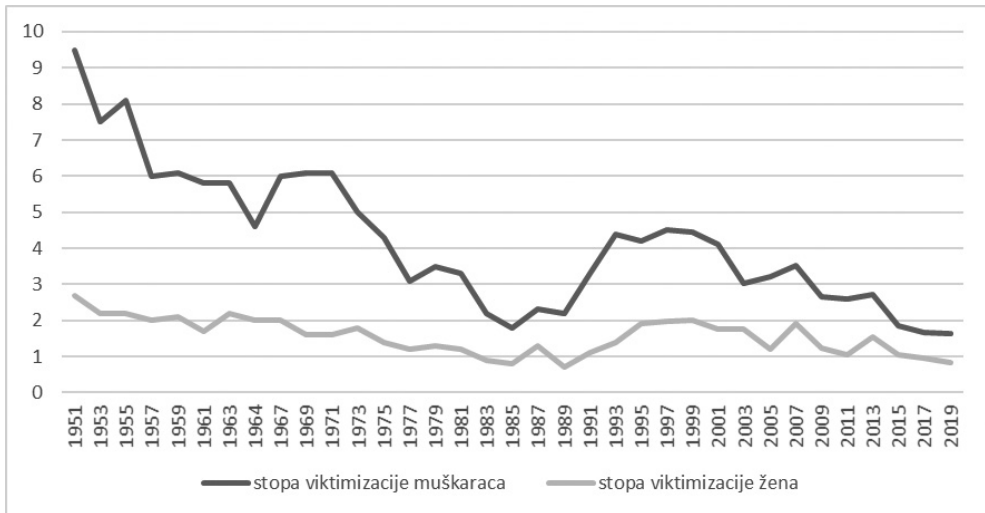
3.1. Karakteristike izvršenih viktimizacija

Na grafiku br. 6 predstavili smo stopu ubijenih žena i muškaraca u periodu od 1951. do 2019. godine u Srbiji. Stopa je računata u odnosu na 100.000 žena odnosno muškaraca. Možemo najpre videti da u periodu od sedam decenija mnogo veće oscilacije u ubistvima postoje kada su žrtve muškarci. Stopa ubijenih žena najviše je prema grafiku oscilirala, odnosno porasla tokom 90-ih godina kada je i inače došlo do porasta opšte stope ubistava. To ide u prilog određenim konstantama koje je u kriminološkim analizama stope ubistava definisao Verko (Verkko) i koje se mogu formulisati na sledeći način: 1) što je viša stopa nasilja odnosno i ubistava u jednom društvu to je manji udeo ženskih žrtava; 2) veće oscilacije u kretanju stope ubistava više pogađaju muškarce, što znači da je stopa ubijenih žena manje dinamična u poređenju sa stopom ubijenih muškaraca. (Minello, Dalla-Zuanna, 2019: 5). Navedenom u prilog bi išli i statistički pokazatelji za sredinu i kraj 80-ih godina kada je bila najniža stopa ubistava, kao i stopa ubistava muškaraca, a kada istovremeno stopa ubijenih žena nije u značajnijoj meri smanjena. Najveća razlika između stope ubijenih žena i muškaraca bila je tokom 60-ih godina (okvirno 6:2), nešto manja u vreme 90-ih (4.5:2), dok je najmanja u poslednjoj analiziranoj deceniji (2.7:1.3). Za razliku od perioda do 90-ih kada smo, uz povremena odstupanja, imali generalno posma-

3 Siromaštvo u Srbiji 2006–2016. Izveštaj Vlade Republike Srbije dostupan na http://socijalnouklju-civanje.gov.rs/wp-content/uploads/2017/09/Siromastvo_u_Republici_Srbiji_2006–2016_godine_revidirani_i_novi_podaci.pdf (10.3.2021).

trano opadajući trend stope ubistava, porast od početka 90-ih je čak više uticao na stopu ubijenih žena nego muškaraca. Procenat porasta ubijenih žena od 1989. godine do 1999. godine kada je zabeležena najviša stopa bio je 180%. Kod muškaraca je u istom periodu najveći porast iznosio oko 104.5%. To odstupa od slike za druge države Centralne i Istočne Evrope u kojima je nakon kraha socijalističkog sistema zabeležen veći porast ubijenih muškaraca (Stamatel, 2014: 580). Interesantno je da je i 2007. kao i 2013. godine kada je zabeležena najveća stopa ubistava u poslednjih 15 godina, bio znatno veći procentualni porast ubijenih žena nego muškaraca.

Grafik 6: Komparacija stopa ubijenih žena i muškaraca u Srbiji u periodu 1951–2019. godine



Izvor: Republički zavod za statistiku

Što se tiče objašnjenja stope ubijenih žena, sa jedne strane ne treba težiti razumevanju ove vrste viktimizacije nevezano za opšta teorijska izlaganja o kojima je bilo reči u prethodnom tekstu. Dakle, teorija o civilizacijskom napretku, teorija o društvenom pritisku, društvenoj dezorganizaciji kao i teorija rutinske aktivnosti imaju svoju primenu i odnosu na ubistva kod kojih je žrtva žena. To se može potvrditi činjenicom da postoje poklapanja između trendova viktimizacije muškaraca i žena. Sa druge strane, činjenica je da su žene najčešće žrtve ubistava u kontekstu porodičnog nasilja (oko 60% svih žrtava porodičnog nasilja su žene, a ako je učinilac partner ili bivši partner taj broj se penje na 78% – Minello, Dalla-Zuana, 2019: 2), što iziskuje pitanje da li postoje i određena specifična teorijska objašnjenja tih ubistava? Uporedni statistički podaci pokazuju da u Evropi ima razlika među državama. Tako je na primer prema podacima SZO za period 1985–2010. godine prosečna stopa ubijenih žena bila 2.17, a raspon se kretao od 0 do 14.5 ubijenih žena na 100.000 stanovnika (Stamatel, 2014: 581). Prema feminističkom gledištu emancipacija žena trebalo bi da dovode do promena i na planu kriminalizacije i viktimizacije. Liberalne feministkinje u patrijarhalnim modelima vide faktore nasilja nad ženama i smatraju da će

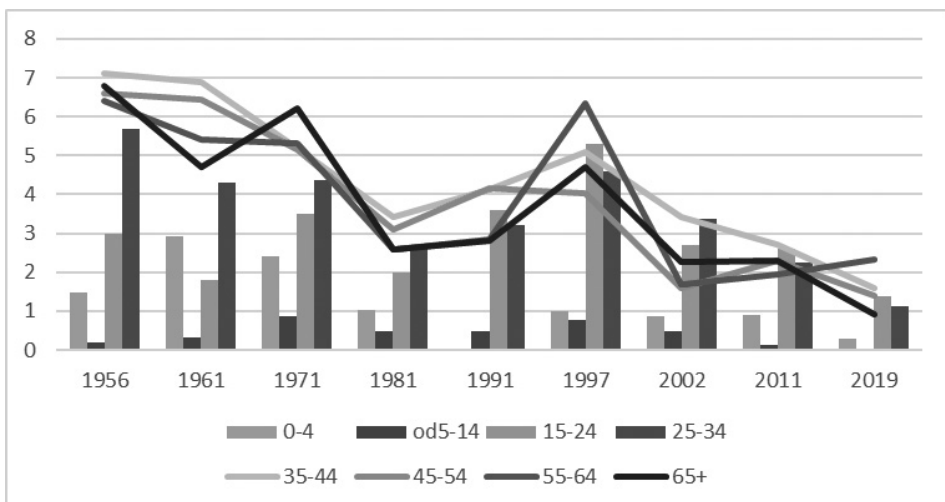
ostvarivanje veće jednakosti među polovima dovesti do redukcije viktimizacije žena. Sa druge strane, radikalne feministkinje tvrde da će poboljšanje položaja žena uticati na muškarce, koji će nastojati da spreče taj napredak, što će rezultirati većom stopom viktimizacije žena (Chon, 2016: 398). Istraživanja ukazuju da treba napraviti razliku između rodnih uloga i statusa. U odnosu na promene rodnih uloga, tvrdnja je da će napuštanje tradicionalnih porodičnih uloga oslabiti zaštitu žena koje će postati podložnije viktimizaciji. No, ukoliko sa promenom rodnih uloga, dolazi do kolektivnog poboljšanja statusa žena u društvu kroz promenu socijalne politike, usvajanje zakona o zaštiti žena od nasilja, kroz veće obrazovanje žena, ta izloženost viktimizaciji, pa i ubistvima, biće manja (Stamatel, 2014: 590). Kada je Srbija u pitanju, statistički podaci pokazuju da stopa razvoda oscilira između 1 i 1.5 razvedenih brakova na 1000 stanovnika u poslednjih sedamdeset godina. Pri tome, interesantno je da je tokom 90-ih godina zabeležena najmanja stopa razvoda koja je bila ispod vrednosti 1 i to periodu kada je stopa ubijenih žena znatno porasla. Sa druge strane, kontinuirani porast udela zaposlenih žena kao i visokoobrazovanih žena mogao bi predstavljati jedno od objašnjenja smanjenja stope ubistava i to prevashodno u odnosu na period 50-ih i 60-ih godina prošlog veka. Takav zaključak bi išao u prilog studijama koje ističu da je apsolutni položaj žena relevantniji indikator viktimizacije ubistvom, i to pre svega u kontekstu porodičnog nasilja, nego relativni položaj u odnosu na muškarce (Vieraitis, Britto, Morris, 2015: 447). Poboljšanje tog položaja protekom vremenom može pre objasniti kretanje stope ubistava žena, nego transverzalne studije koje ukazuju da su značajniji faktori u objašnjenju ekonomska nejednakost, BDP i etnička heterogenost (Chon, 2016: 413). Shodno tome, apsolutno poboljšanje položaja mereno brojem zaposlenih, obrazovanih i žena sa većim prihodima i većim zaštitnim resursima (ličnim ili socijalnim kao npr. sigurne kuće⁴) smanjuje rizik viktimizacije ubistvom (Vieraitis, Britto, Morris, 2015: 447). No, svi ovi faktori, kao što je već naglašeno, moraju se posmatrati u kontekstu i drugih pokazatelja.

Na sledećem grafiku predstavili smo uzrasne kategorije ubijenih. Stopa ubistava računata je u odnosu na 100.000 lica koja pripadaju svakoj uzrasnoj kategoriji ubijenih. Može se videti da je najveća stopa ubistava zabeležena kod starijih od 35 godina. Pri tome, osim u određenim godinama koje predstavljaju pre izuzetke nego pravilo, najveći rizik viktimizacije je kod grupe od 35–44 godine da bi se kroz sledeće uzrasne kategorije taj rizik smanjivao. Odlučili smo da podatke predstavimo kroz stopu ubistava, jer procentualni pokazatelji zavise i od starosne strukture stanovništva. Tako je na primer uzrasna kategorija od 65 i više godina sredinom 50-ih činila oko 10% svih ubijenih lica, da bi na primer 2017. godine taj udeo bio 18.7%. No, imajući u vidu porast populacije istog uzrasta može se i očekivati porast u grupi ubijenih (sredinom 50-ih ova uzrasna kategorija brojala je manje od pola miliona stanovnika, a 2019. godine veća je za skoro milion ljudi istog uzrasta). Slično, 2011. godine stopa ubistava ove kategorije nije se znatno razlikovala u odnosu na druge starosne grupacije, ali procentualno je 2011. godine svako četvrto ubijeno lice imalo 65 ili više godina. Dalje, može se uočiti veliki pad stope ubijene dece i to pre svega

4 Pojedina istraživanja pokazuju da na stopu ubijenih žena ne utiče veći broj sigurnih kuća ukoliko ne postoji način da se žena zaštiti u situaciji kada želi da napusti nasilnika (Reckdenwald, Parker, 2010: 956–957).

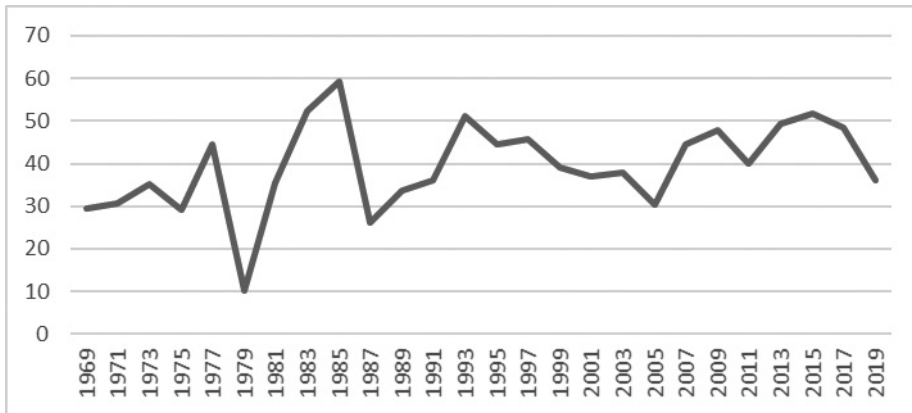
mlađe od 4 godine. Tome su sigurno doprineli brojni faktori kao što su zakonsko izjednačavanje bračne i vanbračne zajednice, jednako pravo na nasleđivanje bračne i vanbračne dece, ali i raširenija upotreba kontraceptivnih sredstava. Najmanja stopa ubistava je tokom čitavog posmatranog perioda zabeležena kod dece uzrasta od 5 do 14 godina. Bez mogućnosti da ulazimo u preveše detaljnu analizu, ukazaćemo na dva vremenska momenta na ovom grafiku. Najpre, stopa ubistava je generalno tokom 60-ih godina bila visoka, a do upadljivog pada dolazi od početka 70-ih. Istovremeno, u periodu od 1961–1971. godine uočavamo da je stopa ubijenih uzrasta 15–24 godine porasla za 95% što je najveći porast po svim uzrasnim kategorijama. Sledeći po veličini je porast kod uzrasta od 65 i više godina od 32%. Drugi je period tranzicije i konkretno 1997. godina kada dolazi do porasta stope ubistava za sve kategorije. No, najviše se su pogođene viktimizacijom starije grupe od 55 godina naviše, ali i kategorije lica od 15 do 24 kao i lica od 5 do 14 godina. Takvi statistički pokazatelji mogli bi ići u prilog tvrdnjama da porast stope ubistava pogađa najviše mlađu mušku populaciju. No, videli smo da je veliki porast zabeležen i kod starijih uzrasta. Bez detaljnijih podataka ne bi se mogli izvoditi zaključci, a češća viktimizacija starijih lica može biti posledica i velikog porasta teških slučajeva razbojništva i razbojničkih krađa prilikom kojih je izvršeno i ubistvo. Samo u periodu od 1989. do 1997. godine porast tih krivičnih dela je u apsolutnim brojevima osuđenih lica iznosio 260%. Istraživanja o ubistvima kod nas i pokazuju da su učinioci instrumentalnih ubistava kod kojih je motiv koristoljublje najčešće uzrasta 18–24 godine (Simeunović-Patić, 2003: 156), dok Pešić ukazuje na nekoliko situacija u kojima je ubica mlađi od ubijenog: ubistva izvršena iz koristoljublja i ubistva učinjena u kontekstu porodičnih sukoba (Pešić, 1972: 133). Kako je u peirodu 90-ih godina zbog velikog porasta broja ubijenih žena očitno došlo i do porasta nasilja u porodici, može se pretpostaviti da je povećan udeo i ekspresivnih ubistava koji su izvršeni u tom kontekstu.

Grafik 7: Stopa ubijenih u Srbiji u periodu 1951–2019. godine po uzrasnim kategorijama



Izvor: Republički zavod za statistiku

Grafik 8: Procenat ubistava izvršenih vatrenim oružjem



Izvor: Republički zavod za statistiku

Na grafiku je predstavljen procenat ubistava izvršen upotrebom vatrenog oružja. Uprkos godinama koje su izuzeci (npr. 1979. kada je zabeležen najmanji i 1985. godine kada je zabeležen najveći procenat) u proseku je između 30 do 40% ubistava izvršeno ovim sredstvom. Ono što posebno privlači pažnju je da je u poslednjih petnaest godina primetan porast i da je u pojedinim godinama taj udeo i 50% svih izvršenih ubistava.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Analiza kretanja stope ubistava u Srbiji u proteklih sedam decenija pokazuje najpre da u izvođenju zaključaka o kretanju kriminaliteta možemo steći znatno precizniju predstavu ako u obzir uzmemo duži vremenski period. To, naravno, nije moguće kod svih krivičnih dela zbog zakonskih izmena koje su neminovne, ali kako je ubistvo primer krivičnog dela koje je znatno manje podložno zakonskim modifikacijama, moguća su praćenja u višedecenijskom periodu. U radu smo ukazali na razlike između podataka pravosudne i vitalne statistike i koristili pre svega drugi pomenuti izvor imajući u vidu da sadrži podatke koji obuhvataju duži vremenski period. Uzimajući u obzir izložena teorijska objašnjenja o kretanju stope ubistava u Evropi, moglo bi se zaključiti da i kada je Srbija u pitanju teorija o civilizacijskom napretku ima svoju primenu imajući u vidu kontinuirani trend opadanja stope ubistava. Izuzetak predstavlja period tranzicije tokom 90-ih godina kada je u Srbiji, kao i u svim bivšim socijalističkim državama, došlo do porasta izvršenih ubistava. Period naglih društvenih promena može se razumeti u kontekstu shvatanja o društvenoj dezorganizaciji i teorija o društvenom pritisku. Od sredine 2000-ih godina primetno je da u skladu sa stabilizacijom u društvu dolazi i do opadanja stope ubistava i da je u poslednjih nekoliko godina ta stopa dostigla najnižu vrednost koja je tokom čitavog analiziranog perioda zabeležena samo još sredinom 80-ih godina prošlog veka. Podatak o stopi ubistava koji u poslednjih nekoliko godina iznosi oko 1.5 ne znači

mnogo bez komparacije sa drugim državama. Prema podacima SZO za Evropu možemo zaključiti da se Srbija nalazi tačno na sredini između sa jedne strane država, uglavnom članica EU, koje imaju manju stopu (najmanja je u Švajcarskoj i iznosi 0.49) i druge polovine u kojoj su dominantno zastupljene istočnoevropske države sa većom stopom ubistava (najviša je u Rusiji i iznosi 7.85).⁵

Karakteristike izvršenih ubistava omogućavaju izvođenje nekoliko zaključaka. Najpre, slično kao i u drugim evropskim državama najveći je rizik viktimizacije ubistvom kod muškaraca. No za razliku od zapadnoevropskih država u kojima taj rizik u najvećoj meri pogađa mlađu populaciju, situacija u Srbiji podudarnija je sa drugim istočnoevropskim državama kod kojih su ugroženiji stariji muškarci. U Srbiji je to uzrast od 35–44 godine. To ne znači da ubice najčešće pripadaju toj uzrasnoj kategoriji. Naprotiv, u radu je na više mesta ukazano na moguću povezanost porasta učešća mlađih starosnih grupa u ukupnoj populaciji (pre svih grupe od 15–24 godina) i porasta stope ubistava. Dalje, potrebno je istaći da su kroz čitav analizirani period najmanje bila ugrožena deca uzrasta od 5–14 godina, dok se rizik viktimizacijom kod najmlađih vremenom smanjivao. U poslednje dve decenije rizik viktimizacijom kod dece uzrasta do 4 godine iznosi manje od 1 na 100.000 lica tog uzrasta. Dakle, moglo bi se zaključiti da je najmanja stopa ubijenih lica do 14 godina.

Što se tiče pola, moglo bi se reći da Verkovo pravilo da oscilacije u stopi ubistava najviše pogađaju muškarce samo delimično važi za Srbiju. Naime, u periodu 90-ih godina procentualno je veći porast stope ubistava zabeležen kod ubijenih žena. Takođe, podaci pokazuju da stopa ubijenih žena prati opšti trend smanjivanja stope ubistva u našem društvu. Za poslednjih sedam decenija najmanja stopa ubijenih žena zabeležena tokom druge polovine 80-ih godina kao i u poslednjih nekoliko godina, tačnije od 2015. godine.

Na osnovu svega navedenog može se zaključiti da je stopa ubistava, isto kao i celokupni kriminalitet, uslovljen demografskim, ekonomskim, kulturalnim, političkim činiocima ali i situacionim okolnostima. Kako je očigledno i empirijski provereno da bar neki od pomenutih faktora mogu delovati preventivno i smanjiti stopu viktimizacije ubistvom, jasno je da je iluzorno očekivati da sveukupno i jednostavno rešenje treba tražiti na planu zakonskih rešenja. Uostalom, u vreme kada je krivično zakonodavstvo Srbije predviđalo smrtnu kaznu za neke oblike lišavanja života bila je veća stopa ubistava u poređenju sa periodom nakon njenog ukidanja. Budućim istraživanjima ostaje da utvrde i statističke veze između stope ubistava i pomenutih faktora koji utiču na kretanje tog krivičnog dela, što zbog nedostatka mnogih podataka za period od sedam decenija nismo mogli uraditi.

LITERATURA

- M. F. Aebi, A. Linde, The persistence of lifestyles: Rates and correlates of homicide in Western Europe from 1960 to 2010, *European Journal of Criminology*, vol. 11, n. 5, 2014.
- M. Bänziger, M. Killias, Unsolved homicides in Switzerland: Patterns and explanations, *European Journal of Criminology*, vol. 11, n. 5, 2014.

5 <https://www.who.int/data/gho/data/indicators/indicator-details/GHO/estimates-of-rates-of-homicides-per-100-000-population> (15.4.2021.)

- A. Blumstein, Some Trends in Homicide and Its Age-Crime Curves, in: F. Brookman, E. R. Maguire, M. Maguire (eds.), *The Handbook of Homicide*, Chichester, 2017.
- D. S. Chon, A Spurious Relationship of Gender Equality With Female Homicide Victimization: A Cross-National Analysis, *Crime and Delinquency*, vol. 62, n. 3, 2016.
- Demografski i ekonomski aspekti prostorne pokretljivosti stanovništva u Jugoslaviji posle Drugog svetskog rata*, studija Instituta društvenih nauka, Centar za demografska istraživanja, Beograd, 1968.
- Đ. Ignjatović, *Teorije u kriminologiji*, Beograd, 2009.
- Đ. Ignjatović, *Komparacija kriminaliteta i kaznene reakcije: Srbija – Evropa*, Beograd, 2013.
- Đ. Ignjatović, Migracije kao kriminološki problem: kriminalitet migranata – iskustva SAD, *Strani pravni život*, br. 2, 2016.
- Đ. Ignjatović, *Kriminologija*, Beograd, 2021.
- S. Kanis et al, A Cautionary Note about the Use of Estimated Homicide Data for Cross-National Research, *Homicide Studies*, vol. 21, n. 4.
- J. Kivivuori, J. Savolainen, P. Danielsson, Theory and Explanation in Contemporary European Homicide Research, in: M. C. A. Liem, W. A. Pridemore (eds.), *Handbook of European Homicide Research, Patterns, Explanations and Country Studies*, Springer, New York, 2012.
- G. LaFree, K. Curtis, D. McDowall, How effective are our „better angels“? Assessing country-level declines in homicide since 1950, *European Journal of Criminology*, vol. 12, n. 4, 2015.
- I. H. Marshall, C. R. Block, Maximizing the Availability of Cross-National Data on Homicide, *Homicide Studies*, vol. 8, n. 3, 2004.
- P. L. McCall, P. Nieuwebeerta, R. L. Engen, K. M. Thames, Explaining Variation in Homicide Rates Across Eastern and Western European Cities: The Effects of Social, Political and Economic Forces, in: M. C. A. Liem, W. A. Pridemore (eds.), *Handbook of European Homicide Research, Patterns, Explanations and Country Studies*, Springer, New York, 2012.
- I. Mandić, Društveno-ekonomski razvoj i zaposlenost, *Ekonomski vjesnik*, br. 2, 1989.
- B. Milovanović, *Ekonomska nejednakost u Jugoslaviji*, Beograd, 1990.
- M. Milutinović, *Kriminologija*, Beograd, 1990.
- A. Minello, G. Dalla-Zualla, A Gender Geography of Intentional Homicide within and outside the Family: Male and Female Murders in Europe, the US and Canada, *European Journal of Criminology*, n. 00, 2019.
- M. Oimet, A World of Homicides: The Effect of Economic Development
- B. Petrić, Ubistva u SAP Vojvodini (1945–1984), *Pravo – teorija i praksa*, br. 5, 1987.
- V. Pešić, *Ubistva u Jugoslaviji*, Beograd, 1972.
- W. A. Pridemore, Change and Stability in the Characteristics of Homicide Victims, Offenders and Incidents During Rapid Social Change, *British Journal of Criminology*, vol. 47, 2007.
- A. Recktenwald, K. F. Parker, Understanding gender-specific intimate partner homicide: A theoretical and domestic service-oriented approach, *Journal of Criminal Justice*, vol. 38, 2010.
- J. Salla, V. Ceccato, A. Ahven, Homicide in Estonia, in: M. C. A. Liem, W. A. Pridemore (eds.), *Handbook of European Homicide Research, Patterns, Explanations and Country Studies*, Springer, New York, 2012.

- I. de Soysa, C. Noel, Does ethnic diversity increase violent crime? A global analysis of homicide rates, 1995–2013, *European Journal of Criminology*, vol. 17, n. 2, 2020.
- B. Simeunović-Patić, *Ubistva u Beogradu – kriminološka studija*, Beograd, 2003.
- P. Spierenburg, Long-Term Historical Trends of Homicide in Europe, in: M. C. A. Liem, W. A. Pridemore (eds.), *Handbook of European Homicide Research, Patterns, Explanations and Country Studies*, Springer, New York, 2012.
- J. P. Stamatel, The Effects of Political, Economic and Social Changes on Homicide in Eastern Europe, in: M. C. A. Liem, W. A. Pridemore (eds.), *Handbook of European Homicide Research, Patterns, Explanations and Country Studies*, Springer, New York, 2012.
- J. P. Stamatel, Explaining Variations in Female Homicide Victimization Rates in Europe, *European Journal of Criminology*, vol. 11, n. 5, 2014.
- C. L. S. Trent, W. A. Pridemore, A Review of the Cross-National Empirical Literature on Social Structure and Homicide, in: M. C. A. Liem, W. A. Pridemore (eds.), *Handbook of European Homicide Research, Patterns, Explanations and Country Studies*, Springer, New York, 2012.
- L. M. Vieraitis, S. Britto, R. G. Morris, Assessing the Impact of Changes in Gender Equality on Female Homicide Victimization: 1980–2000, *Crime and Delinquency*, vol. 61, n. 3, 2015.
- S. L. Woodward, *The Political Economy of Yugoslavia, 1945–1990*, Princeton, 1995.

Natalija Lukić

Law Faculty University of Belgrade

HOMICIDE RATE IN SERBIA (1951–2019) IN COMPARISON TO OTHER EUROPEAN COUNTRIES

SUMMARY

In this paper the author compares homicide rate in Serbia with other European countries. Firstly, the author points to various sources of data used in comparative criminological studies (UNODC, European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics, EUROSTAT, WHO) and makes a comparative view of judicial and vital statistics in Serbia for last several decades to show how homicide rate depends on the difference in this respect. The first part of the paper presents homicide rate trends in Western and Eastern European countries and theoretical explanations of visible oscillations.

In the second part of the paper the author presents homicide rate for Serbia in the period 1951–2019. The data have been obtained from vital statistics considering that homicide rate from judicial statistics couldn't be calculated before 1979. Analysed trend could be explained in terms of civilization theory considering that, except from certain oscillations, homicide rate has been in constant decline. High homicide rates in 50's and 60's could be explained by general homicide factors such as the large rise of young population (15–24 years), economic inequality and in Autonomous Province of Kosovo and Metohija by the widespread custom of blood revenge. After period of stabilization, increase is observable in the period of transition from socialist to capitalist system during the 90's and this rise could be explained by the fact that Serbian society was at that time characterized by social disorgani-

zation and social strain caused by the transition, economic sanctions and civil war in former Yugoslavia. The lowest homicide rate (1.2) was recorded in 2019 and it corresponds to the period of the middle 80's when also the rate was among the lowest in the last seven decades. Current situation puts Serbia in the middle position between most Western European countries with lower homicide rates and most Eastern European countries on other hand with higher homicide rates. The homicide rate of women has also been declining and it corresponds to general homicide rate oscillations. However, during the 90s when homicide rate increased, this rise was higher for women then for men contrary to some conclusions in the literature in respect to Eastern European countries. Characteristics of victimizations show that the risk of being a victim of homicide is higher for men and mostly for those in the age group of 35–44 years. The lowest risk in respect to age has been recorded throughout the whole period for the children between 5 and 14 years followed by children up to 4 years. Finally, analysis leads to a conclusion the the use of firearms is widespread and that the approximately 50% of all homicides is committed with this weapon.

Keywords: homicide rate, Serbia, Europe, comparison, theoretical explanations.

KRIVIČNO DELO NEZAKONITOG BOGAĆENJA

Apstrakt: Autorka se u radu bavi analizom krivičnog dela nezakonitog bogaćenja, koje inkriminiše uvećanje imovine funkcionera koje on ne može razumno objasniti s obzirom na svoje zakonite prihode. Predlog za uvođenje inkriminacije sadržan je u određenim međunarodnim aktima, pa i u Konvenciji Ujedinjenih nacija protiv korupcije koju je naša zemlja ratifikovala, a ne mali broj država uvrstio je ovo krivično delo u nacionalna zakonodavstva. Analiza krivičnog dela vrši se u odnosu na zajedničke karakteristike inkriminacije u međunarodnim aktima koji je definišu. Autorka zaključuje da ona ne može biti implementirana u naše zakonodavstvo bez određenih legislativno-tehničkih izmena koje bi imale za cilj jasno određivanje zone kažnjivosti. Takođe, razmatra se i pitanje odnosa obaveze okrivljenog da razumno objasni uvećanje imovine i zabrane samooptuživanja i prava okrivljenog da se brani ćutanjem, kao i pitanje da li se ovom odredbom narušavaju pravila o teretu dokazivanja koja podrazumevaju da optužba mora dokazati sve elemente krivičnog dela koje je okrivljenom stavljeno na teret. Na samom kraju prikazana su pojedina rešenja sadržana u Zakonu o utvrđivanju porekla imovine i posebnom porezu, koji, iako spada u domen poreskog prava, uvodi konfiskatornu poresku stopu na imovinu koja je u disproportiji sa zakonitim prihodima fizičkog lica, te utoliko predstavlja odgovor srpskog zakonodavca na problem nezakonitog bogaćenja.

Ključne reči: nezakonito bogaćenje, korupcija, zakon o poreklu imovine, zabrana samooptuživanja, teret dokazivanja.

UVOD

Korupcija, iako ne nov fenomen, poslednjih decenija posebno okupira pažnju naučne i stručne misli, o čemu svedoči impozantan broj radova napisanih o ovoj pojavi,¹ ali i međunarodnih instrumenata koji promovišu saradnju između država u borbi protiv ovog problema za koji se obično ističe da „ne poznaje granice“.² Sa druge strane, čini se da uloženi naponi nisu dali zadovoljavajuće rezultate. Ako pogledamo podatke međunarodne organizacije *Transparency International* o indeksu percepcije korupcije u svetu,³ primetićemo da je u velikom broju zemalja ovaj indeks izuzetno visok.⁴ Kao posledica nemogućnosti država da se izbore sa problemom korupcije, došlo je do uvođenja u nacionalna zakonodavstva velikog broja

* asistent, ivana.radisavljevic@ius.bg.ac.rs

1 J. Ćirić /2019/: Istine i zablude o korupciji – in: *Finansijski kriminalitet i korupcija, Zbornik radova sa konferencije „Finansijski kriminalitet i korupcija“, 18–19. oktobar 2019. godine, Vršac, Beograd, p. 52.*

2 Tako i preambula Konvencije Ujedinjenih nacija protiv korupcije.

3 O problemu nemogućnosti egzaktnog merenja korupcije vid. J. Ćirić: *op. cit.*, pp. 52–54.

4 <https://www.transparency.org/en/cpi/2020/index/nzl>, 10. april 2021.

instituta u materiji krivičnog prava (materijalnog i procesnog) čiji je cilj da tu borbu olakšaju, vrlo često nauštrb tradicionalnih principa kaznenog prava, ili čak, u nekim slučajevima, i nauštrb garantovanih ljudskih prava.

Kako je jedna od odlika koruptivnih krivičnih dela i velika tamna brojka, primećeno je da pažnju treba usmeriti na posledice koje vršenje delikata proizvodi, a ne na samo preduzimanje inkriminisanog ponašanja. Drugim rečima, težište interesovanja postaje iznenadno bogaćenje pojedinaca zaposlenih u sektorima „visokog rizika“, kao često jedini pokazatelj koruptivnih aktivnosti.⁵

Nezakonito bogaćenje prvi put je inkriminirano šezdesetih godina prošlog veka. Smatra se da ideja za uvođenje ove inkriminacije potiče od argentinskog političara po imenu Rodolfo Corominas Segura. Putujući vozom za Buenos Aires 1936. godine, Segura je sreo političara koji je posedovao bogatstvo za koje je Segura zaključio da ga nikako nije mogao zakonito steći, imajući u vidu njegove prihode. Inspirisan ovom događajem, Segura je predložio da se uvede mogućnost kažnjavanja državnih službenika koji poseduju imovinu čije se poreklo ne može opravdati njihovim zakonitim prihodima. Tako je Argentina postala jedna od prvih zemalja koja je u svoj sistem uvela krivično delo nezakonitog bogaćenja.⁶ Kasnije su ovu inkriminaciju predvideli i pojedini međunarodni instrumenti, a danas je broj zemalja koje su je uvrstile u svoje nacionalno zakonodavstvo porastao na oko 40.⁷

Inkriminacija počiva na ideji da lica koja obavljaju poslove koji su povezani sa većim rizikom korupcije (uglavnom je reč o poslovima u javnom sektoru), a koja poseduju imovinu čija vrednost prevazilazi prihode koje ostvaruju, mogu, pod određenim uslovima, biti pozvana da objasne poreklo svoje imovine. Ukoliko ne pruže zadovoljavajuće objašnjenje, pretpostavlja se da je povećanje imovine rezultat vršenja koruptivnih aktivnosti, pri čemu nema potrebe dokazivati da je neka nezakonita radnja uopšte preduzeta – inkriminirana je, u izvesnom smislu, sama činjenica da je došlo do neobjašnjivog bogaćenja, odnosno samo bogaćenje smatra se formom korupcije.⁸ Suprotno, ako bi se mogli pronaći dokazi da je sticanje imovine povezano sa vršenjem konkretnog koruptivnog krivičnog dela (primanje mita, pronevera i sl.), ne bi bilo moguće goniti učinioca za krivično delo nezakonitog bogaćenja.⁹

U radu će biti prikazani osnovni međunarodni instrumenti koji definišu krivično delo nezakonitog bogaćenja, a potom će biti izvršena analiza njegovih obeležja i ukazano na pojedine nedostatke inkriminacije, sa materijalnog i procesnog aspekta, posebno u odnosu na pitanje eventualnog kršenja pravila o teretu dokazivanja i

5 J. R. Boles /2014/: Criminalizing the Problem of Unexplained Wealth: Illicit Enrichment Offenses and Human Rights Violations, *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, vol. 17, n° 4, p. 836.

6 L. Muzila et al. /2012/: *On the take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption*, Washington, DC, pp. 7–8.

7 J. R. Boles: *op. cit.*, pp. 849–850.

8 P. J. Henning /2001/: Public Corruption: A Comparative Analysis of International Corruption Conventions and United States Law, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 18, n° 3, p. 814.

9 W. Y. Wodage /2014/: Criminalization of Possession of Unexplained Property and the Fight against Public Corruption, *Mizan Law Review*, vol. 8, n° 1, p. 49.

zabrane samooptuživanja. Na kraju ćemo se osvrnuti na rešenje srpskog zakonodavca – nedavno doneti Zakon o utvrđivanju porekla imovine i posebnom porezu, koji takođe predstavlja vid sankcionisanja (iako kroz regulativu poreskog prava) uvećanja imovine koje je u disproportiji sa zakonitim prihodima fizičkog lica.

1. MEĐUNARODNI IZVORI

Tri su međunarodna izvora značajna za materiju nezakonitog bogaćenja, od kojih su dva instrumenta regionalnog karaktera i odnose se na američki i afrički kontinent, dok se za jedan može reći da ima širi, univerzalni značaj.

Prvi usvojeni instrument regionalnog karaktera koji reguliše pitanje nezakonitog bogaćenja je Interamerička konvencija o korupciji (u daljem tekstu: IAKK) usvojena u Karakasu 1996. godine, koja je stupila na snagu godinu dana kasnije. U čl. 9 IAKK predviđa obavezu za države potpisnice (*each State Party that has not yet done so shall take the necessary measures to establish under its law*) da uvedu krivično delo nezakonitog bogaćenja, koje podrazumeva značajno povećanje imovine službenika (*significant increase in the assets of a government official*) koje on ne može razumno da objasni, imajući u vidu zakonite prihode za vreme trajanja funkcije. Iako je, za razliku od Konvencije Ujedinjenih nacija, uvođenje opisane inkriminacije obavezno,¹⁰ ipak je u čl. 24. predviđena mogućnost da države prilikom usvajanja, potpisivanja, ratifikacije ili pristupanja stave rezerve na pojedine odredbe konvencije, ukoliko to nije u suprotnosti sa njenim ciljevima. Konvenciju su ratifikovale skoro sve države američkog kontinenta,¹¹ ali su SAD i Kanada odbile da inkriminišu nezakonito bogaćenje, stavivši rezerve na ove odredbe. SAD su rezervu opravdale time što su već ustanovile obavezu za državne službenike da tokom, ali i nakon isteka rada u službi prijave svoju imovinu, uz krivičnu odgovornost ukoliko to ne učine, kao i krivičnu odgovornost u slučaju izbegavanja plaćanja poreza. Takođe, istaknuto je da bi se na ovaj način teret dokazivanja prebacio na okrivljenog, što nije u saglasnosti sa načelima pravnog sistema SAD.¹²

Sledeća značajna konvencija, takođe regionalnog karaktera, je Konvencija Afričke unije o prevenciji i borbi protiv korupcije (u daljem tekstu: KAUK), usvojena u julu 2003. godine. U čl. 8, slično kao i IAKK, predviđa obavezu za države potpisnice da u nacionalna zakonodavstva unesu odredbe o nezakonitom bogaćenju. Krivično delo definisano je u čl. 1, st. 1 konvencije kao „značajno povećanje imovine državnog službenika ili bilo koje druge osobe koje se ne može objasniti njihovim zakonitim prihodima“. Konvenciju je potpisalo 49, a ratifikovale su 44 zemlje (od ukupno 55) afričkog kontinenta.¹³

10 U teoriji postoji mišljenje da je uvođenje inkriminacije samo mogućnost, ali ne i obaveza za države potpisnice, vid. L. A. Low, A. K. Bjorklund, K. Cameron Atkinson /1998/: The Inter-American Convention against Corruption: A Comparison with the United States Foreign Corrupt Practices Act, *Virginia Journal of International Law*, vol. 38, n^o. 3, p. 249.

11 http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_B-58_against_Corruption_signatories.asp, 10. april 2021.

12 *Ibid.*

13 <https://bit.ly/3saGP7I>, 10. april 2021.

Konvencija Ujedinjenih nacija protiv korupcije (u daljem tekstu: KUNK), koju je naša zemlja ratifikovala,¹⁴ u okviru III poglavlja koje nosi naziv „Inkriminisanje i sprovođenje zakona“ u čl. 20 sadrži predlog državama da u svoje nacionalno zakonodavstvo uvrste krivično delo nezakonito bogaćenje, koje definiše kao „znatno uvećanje imovine javnog funkcionera koje on ne može razumno objasniti s obzirom na njegova zakonita primanja“. Krivično delo bi postojalo ako je učinjeno „namerno“. Međutim, inkriminisanje nezakonitog bogaćenja ne predstavlja obavezu za države potpisnice, budući da KUNK propisuje da će, u zavisnosti od svog ustava i osnovnih načela svog pravnog sistema, svaka država ugovornica *razmotriti mogućnost* usvajanja zakonskih i drugih mera koje mogu biti potrebne da bi se kao krivično delo predvidelo nezakonito bogaćenje. Konvenciju je do danas potpisalo 140 država.¹⁵

2. ELEMENTI KRIVIČNOG DELA

Na osnovu definicija koje sadrže tri pomenute konvencije, možemo pronaći izvesne zajedničke karakteristike, *elemente krivičnog dela* koji tvore njegov pojam. To su sledeći elementi: postojanje značajnog uvećanja imovine, nemogućnost da se povećanje razumno objasni, utvrđivanje vremenskog perioda u kom dolazi do povećanja, i sa njima povezano pitanje ko može biti učinilac dela.

2.1. Učinilac

Inkriminacija je u prvom redu upravljena prema državnim službenicima/funkcionerima, što je razumljivo, budući da upravo ta lica imaju ovlašćenja da odlučuju o pravima i obavezama drugih lica, što se obično smatra plodnim tlem za korupciju. Sa druge strane, radi se o licima koja bi trebalo da, zbog pozicije koju imaju, uživaju visoko poverenje građana.¹⁶ Pitanje je, međutim, na koji način odrediti krug službenika koji podležu mogućnosti gonjenja za ovo delo. KUNK, iako koristi termin javni funkcioneri, u koje ubraja svako lice koje vrši zakonodavnu, izvršnu, upravnu ili sudsku funkciju, bilo da je imenovano ili izabrano, bilo da je ona stalna ili privremena, plaćena ili neplaćena, bez obzira na rang tog lica, proširuje definiciju pojma i na svako lice koje obavlja javnu funkciju, uključujući u javnom organu ili javnom preduzeću ili vrši javnu službu prema definiciji domaćeg zakonodavstva države ugovornice i na način kako se primenjuje pravo te države ugovornice u odnosnoj oblasti (čl. 2, tač. a). U pitanju su, dakle, lica zaposlena u javnom sektoru.

Pojedine države uvele su i odgovornost privatnih lica za krivično delo nezakonitog bogaćenja. Tako, zakonodavstvo Ruande poznaje mogućnost kažnjavanja ne

14 Zakon o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija protiv korupcije, *Sl. list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 12/2005.

15 https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-14&chapter=18, 10. april 2021.

16 N. Kofele-Kale /2012/: *Combating Economic Crimes, Balancing Competing Rights and Interests in Prosecuting the Crime of Illicit Enrichment*, New York, p. 3.

samo državnih službenika, već i onih koji su zaposleni u privatnom sektoru (pa i u nevladinim organizacijama), dok je u Etiopiji krug mogućih izvršilaca proširen i na srodnike, pa čak i na saradnike tih lica.¹⁷ Ima i mišljenja da bi inkriminaciju trebalo proširiti tako da njome budu obuhvaćena sva fizička lica, bez obzira na njihovu funkciju ili zaposlenje.

2.2. Značajno povećanje imovine koje se ne može razumno objasniti

Nijedan od pomenutih međunarodnih izvora ne inkriminiše samu činjenicu posedovanja vrednije imovine.¹⁸ Neophodno je da takva imovina bude u očiglednoj nesrazmeri sa zakonitim prihodima, tačnije, da je došlo do njenog nesrazmernog povećanja.¹⁹ Pomenuta nesrazmera utoliko predstavlja centralni deo inkriminacije koji optužba treba da dokaže – tako što će najpre utvrditi vrednost celokupne imovine koju je okrivljeni posedovao pre dolaska na funkciju, koju poseduje u sadašnjosti, a potom i iznos svih zakonitih prihoda okrivljenog, pri čemu nesrazmera između dve vrednosti treba da bude očigledna (*significant*). U vezi sa ovim elementom javlja se nekoliko spornih pitanja.

Najpre, utvrđivanje koja je imovina stečena nakon stupanja okrivljenog na odgovarajuću funkciju može se pokazati kao problematično u onim sistemima koji ne poznaju obavezu funkcionera da prijave svoju imovinu u momentu stupanja na dužnost,²⁰ te bi okrivljeni mogao tvrditi da sticanje prethodi dolasku na funkciju. Zato je za pravilnu primenu inkriminacije nužno predvideti i obavezu funkcionera da prijave celokupnu imovinu koju poseduju pre preuzimanja funkcije, periodično tokom njenog trajanja kao i nakon njenog isteka.²¹ Sličnu obavezu za države potpisnice predviđaju i pomenute konvencije.²²

Takođe, nije jasno koju sve imovinu treba uzeti u obzir prilikom utvrđivanja njene „sadašnje vrednosti“. Dok je situacija nesporna u pogledu nepokretnih stvari

- 17 D. A. Tulu /2020/: Revisiting the Penalty of Illicit Enrichment Crime in Ethiopia: Lessons from Hong Kong and Rwanda's Legal Experiences, *Journal of Law, Policy and Globalization*, vol. 103, n° 1, pp. 4–5.
- 18 L. Susanti /2015/: Dealing with Illicit Enrichment: What Indonesia Might Learn from the U.S, *Indonesian Journal of International & Comparative Law*, vol. 2, n° 1, p. 54.
- 19 Iako se sintagma „očigledna nesrazmera sa zakonitim prihodima“ u radovima koji se bave ovom tematikom često koristi kao sinonim za nesrazmerno uvećanje imovine, smatramo da je drugi izraz prikladniji. Naime, inkriminacijom je obuhvaćeno samo povećanje imovine do kojeg dolazi nakon stupanja na funkciju/službu i ona ne služi ispitivanju eventualne nesrazmere u imovini lica koja bi postojala pre preuzimanja funkcije. Utoliko, nije reč o generalnoj nesrazmeri imovine i prihoda, već o nesrazmernom uvećanju do kojeg dolazi tokom posmatranog perioda.
- 20 W. Y. Wodage: *op. cit.*, p. 60.
- 21 M. D. Weda /2016/: Confiscation of Corrupted Assets by Means of in Rem Approach against Illicit Enrichment, *Journal of Law, Policy and Globalization*, vol. 55, pp. 40–41.
- 22 U konačnoj verziji KANK na engleskom jeziku došlo je do svojevrsne terminološke nepreciznosti prilikom prevođenja, tako što su iz odredbe člana koji reguliše obaveznu prijavu imovine izostavljene pojedine reči, usled čega norma na engleskom jeziku „nema smisla“, detaljnije o tome vid. P. W. Schroth /2005/: The African Union Convention on Preventing and Combating Corruption, *Journal of African Law*, vol. 49, n° 1, pp. 25–26.

ili novca na bankovnim računima, podeljena su mišljenja u pogledu toga da li bi trebalo uračunati i obaveze koje su izmirene, ili one koje su preuzete, usluge koje okrivljenom pružaju druga lica (npr. angažovanje kućnog osoblja) i slično.²³ Treba dodati da pored posedovanja nesrazmerno velike imovine, neka zakonodavstva uzimaju u obzir i „vođenje luksuznog života“ (*standard of living*).²⁴

Uvećanje imovine treba ceniti u odnosu na zakonite prihode okrivljenog. U to bi ulazili svi oni prihodi koji potiču od zakonitih izvora, od rada, poklona, nasleđa, kapitala i slično. U tom smislu, prevod KUNK na srpski jezik u ovom segmentu nije dovoljno precizan, budući da govori o „zakonitim *primanjima*“, što je uži pojam od pojma „zakoniti prihodi“.

Dok nijedna od pomenutih konvencija ne precizira pojam nesrazmernosti, odnosno značajnog uvećanja, obično se smatra da se radi o takvoj disproporciji koja je lako uočljiva, koja bi prosečnom posmatraču bila evidentna, nesumnjiva. Ipak, radi se o nedovoljno preciznom kriterijumu podložnom u izvesnoj meri i diskrecionoj oceni onoga ko vrednovanje vrši. Zato neka zakonodavstva zahtevaju da razlika između imovine i zakonitih prihoda premašuje fiksno utvrđeni novčani iznos, kako bi se izbeglo da svaka, pa i minimalna nesrazmera bude dovoljna za vođenje krivičnog postupka ili osudu.²⁵

Kada pomenuta nesrazmera bude utvrđena, okrivljenom se pruža mogućnost da bogaćenje razumno objasni, odnosno da pruži racionalno objašnjenje za postojanje disproporcije između vrednosti imovine i visine njegovih prihoda. Ovaj element biće detaljnije objašnjen kroz njegovo sagledavanje u kontekstu povrede prava na samooptuživanje i pravila o teretu dokazivanja. Na ovom mestu valja napomenuti da se, iako se ovaj segment uglavnom tumači kao deo same radnje krivičnog dela, radi o procesnoj odredbi koja sama po sebi ne bi trebalo da predstavlja element zakonskog pojma (bića) krivičnog dela, već se njome regulišu pitanja povezana sa načinom dokazivanja određenih činjenica.

2.3. *Period provere*

Iako se to ne može neposredno i jasno uočiti iz formulacija koje koriste pojedine konvencije, suština inkriminacije zahteva da je do nesrazmernog uvećanja imovine došlo tokom trajanja određene funkcije/sluzbe. Na ovaj se način uspostavlja veza između bogaćenja i vršenja te funkcije.²⁶ Zato bi smisljeno bilo zahtevati da predmet inkriminacije bude samo ona imovina koja je stečena u tom vremenskom periodu. Nedostaci ovog pristupa ogledaju se u činjenici da funkcioner može odložiti sticanje/prenos imovine dok mu svojstvo ne prestane.²⁷ Drugačije rešenje bi podrazumevalo da se period u kojem je sticanje relevantno produži i nakon prestanka

23 W. Y. Wodage: *op. cit.*, p. 63.

24 D. A. Tulu: *op. cit.*, p. 3.

25 M. K. Lewis /2012/: Presuming Innocence, or Corruption, in China, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 50, n° 2, p. 348.

26 L. Muzila *et al.*: *op. cit.*, p. 16.

27 L. Muzila *et al.*: *ibid.*, p. 16.

funkcije, ali se u tom slučaju nameće pitanje kako taj period odrediti. Ukoliko bi on bio previše kratak, uočeni problem se ne bi premostio. Sa druge strane, ukoliko on bude previše drug, ili čak neograničen (za šta postoje zalaganja u literaturi), funkcioner bi „doživotno“ bio izložen mogućnosti provere, što je takođe neprimereno.

2.4. *Subjektivni element*

KUNK propisuje da se krivično delo nezakonitog bogaćenja sastoji i od subjektivnog elementa koji označava kao *intent* (*when committed intentionally*). U prevodu pomenute konvencije na srpskom jeziku ovaj element označen je kao namera (počinjeno namerno). Definicije sadržane u IAKK i KAUUK ne spominju subjektivni element.²⁸

Ukoliko bismo prihvatili da inkriminacija mora sadržati i odgovarajući subjektivni element koji bi se manifestovao u postojanju svesti i volje, pitanje je u odnosu na šta bi trebalo ceniti njegovo postojanje. Budući da se u teoriji uglavnom smatra da se radnja sastoji u povećanju imovine koje se ne može razumno objasniti zakonitim приходima, proizlazi da bi subjektivni element trebalo utvrđivati u odnosu na nju. Međutim, teško da bismo u nekoj situaciji mogli zaključiti da okrivljeni nije svestan da stiće određenu imovinu, tačnije, da je uvećava, ili da vodi luksuzan stil života, naročito u onim situacijama kada imovinu stiće kroz vlastitu radnju (kupovinom). Ovo tim pre što se imovina teretno ni ne može steći ukoliko sticalac ne raspolaže dovoljnim novčanim sredstvima. U odnosu na drugi deo radnje, proizlazi da bi trebalo ceniti i da li postoji svest u odnosu na mogućnost da se povećanje imovine razumno opravda, odnosno, u odnosu na neku dalju radnju do koje možda ni ne mora doći (ako postupak nikada nije ni pokrenut). Sa druge strane, ocena da li je opravdanje „razumno“, iako pretežno objektivna, sadrži i izvesne subjektivne primese. Čak i ukoliko onaj ko vrši ocenu (sud) nađe da opravdanje nije razumno, subjektivni element ne bi bio prisutan ako je okrivljeni držao da njegovo objašnjenje to jeste (ne bi bio svestan da ne može da pruži razumno objašnjenje). Naravno, ovu okolnost bi bilo nemoguće utvrditi ili dokazati, ali ovo dodatno ukazuje na nemogućnost da se subjektivni element odredi na odgovarajući način.

2.5. *Neki nedostaci inkriminacije*

Najpre, treba istaći da definicija krivičnog dela sadržana u KUNK ne bi mogla biti implementirana u naše zakonodavstvo bez odgovarajućih legislativno-tehničkih usklađivanja, budući da ona ne odgovara „duhu našeg pravnog sistema“, odnosno metodu propisivanja zabranjenih ponašanja koji je kod nas prisutan i prihvaćen. Taj „metod“ podrazumeva jasnu određenost radnje izvršenja, ali i svih drugih elemenata krivičnog dela, tako da se nesumnjivo mogu odrediti granice inkriminisanog

28 Štaviše, u doktrini postoji dilema da li krivično delo nezakonitog bogaćenja zahteva postojanje subjektivnog elementa, ili se radi o tzv. *strict liability* inkriminaciji (vid. D. Wilsher /2006/: *Inexplicable Wealth and Illicit Enrichment of Public Officials: A Model Draft That Respects Human Rights in Corruption Cases, Crime, Law & Social Change*, vol. 45, p. 31).

ponašanja. Prvi prigovor koji bi se mogao uputiti ovako formuliranoj inkriminaciji je njena neodređenost – nije jasno u čemu se sastoji radnja izvršenja krivičnog dela i kakva je njena priroda. Iako njeno formuliranje kao „znatno uvećanje imovine“ može navesti na pomisao da se radi o tzv. posledičnoj radnji (npr. kao u slučaju krivičnog dela ubistva ili teške telesne povrede), ovde se ipak radi o posledici, budući da se u postupku neće utvrđivati preduzimanje same radnje (kao npr. pucanje u slučaju ubistva) koja je dovela do sticanja imovine, već samo činjenica da se imovina poseduje. Utvrđivanjem dve vrednosti imovine – u vreme stupanja na funkciju i u posmatranom periodu, utvrdiće se samo da je došlo do njenog uvećanja, u smislu nastupanja kakve inkriminisane posledice. Ukoliko bi se, pak, ispitivala sama radnja kojom je imovina uvećana – inkriminacija bi izgubila smisao, jer bi to podrazumevalo upravo dokazivanje da je preduzeta radnja nekog (najčešće) koruptivnog krivičnog dela. U našem pravu je, međutim, opšteprihvaćeno da je radnja izvršenja obavezan element bića krivičnog dela. Nedostatak radnje u ovom slučaju bi se mogao premostiti posmatranjem ovog dela kao oblika delikta posedovanja. Posedovanje imovine je, međutim, socijalno adekvatna radnja koja sama po sebi ne predstavlja zabranjeno ponašanje (kao npr. posedovanje droge ili oružja). Ne bi se moglo inkriminisati ni posedovanje nezakonito stečene imovine, jer bi to zahtevalo dokazivanje nezakonitosti njenog sticanja, što bi opet krivično delo učinilo izlišnim. Rešenje bi se moglo pronaći jedino u kažnjavanju posedovanja *razlike* između imovine čija se vrednost može uporediti sa zakonitim prihodima i vrednosti koja je tim prihodima neodgovarajuća. Ta razlika u vrednosti bi se mogla razumeti kao stvar/vrednost čije je posedovanje *a priori* nezakonito. U tom slučaju, subjektivni element bi se mogao tumačiti u odnosu na radnju posedovanja viška imovine, odnosno imovine koja ne odgovara zakonitim prihodima, bez ulaženja u pitanje da li bi se to posedovanje moglo ili ne razumno opravdati.²⁹

3. PREBACIVANJE TERETA DOKAZIVANJA I ZAKONSKE PRETPOSTAVKE

Jedan od najčešće isticanih argumenata protiv uvođenja inkriminacije je da se njome narušavaju pravila o teretu dokazivanja, tako što se od okrivljenog zahteva da dokazuje zakonitost sticanja imovine koju poseduje. U krivičnom/kaznenom postupku pravilo je da je optužba u obavezi da dokaže postojanje obeležja krivičnog dela, a da okrivljeni nije u obavezi da dokazuje svoju nevinost. Međutim, koncepcija krivičnog dela nezakonitog bogaćenja upravo je i nastala zbog činjenice da u pojedinim situacijama, pogotovo u slučaju koruptivnih krivičnih dela koja inače karakteriše otežano prikupljanje dokaza, određene činjenice nije moguće dokazati, bilo zato što na to upućuju pravila logike (npr. negativne činjenice – da imovina nema zakonito poreklo), bilo zbog toga što je to otežano određenim okolnostima koje se vezuju za samo delo (npr. niko od učesnika u koruptivnom aktu nema interesa da

29 Upor. Z. Stojanović /2019/: Illicit enrichment of public officials as a criminal offence?, *Studia Iuridica Montenegrina*, n^o 1, pp. 29–30.

se za delo sazna). Kako bi se izbeglo da ove proceduralne okolnosti dovedu do nekažnjavanja učinioaca, u određenim situacijama dozvoljava se delimično odstupanje od pravila o teretu dokazivanja. Ovo se odstupanje na teorijskom planu objašnjava potrebom da se u određenim slučajevima procesne garantije i prava ograniče zarad opravdanih interesa celokupnog društva, uz potrebu poštovanja principa proporcionalnosti između intenziteta i oblika ograničenja i svrhe koja se time postiže.³⁰

Pre dalje analize, treba napomenuti da se u doktrini pravi razlika između pojmova „*legal burden*“ i „*evidentiary burden*“. U prvom slučaju onaj na kome leži teret dokazivanja mora ubediti sud da određene činjenice postoje, odnosno mora dokazati (ne)postojanje elementa krivičnog dela (po pravilu do stepena izvan razumne sumnje). U drugom slučaju on samo treba da dovede u sumnju postojanje određenih činjenica, dok bi druga strana onda bila u obavezi da ovu sumnju opovrgne.³¹ U teoriji ne postoji saglasnost u pogledu toga koji je od pomenutih oblika dokazivanja posredi u slučaju nezakonitog bogaćenja. Neki smatraju da, budući da pojedine konvencije naglašavaju da države moraju/mogu da uvedu ovu inkriminaciju u svoja zakonodavstva *ukoliko* je to u skladu sa njihovim ustavnim principima, krivičnim delom se uvodi zakonsko prebacivanje tereta dokazivanja (*legal burden*).³² Drugi, pak, smatraju da ne može biti reči o prebacivanju tereta dokazivanja, budući da okrivljeni ne treba da dokazuje zakonitost porekla, već da ga samo „razumno objasni“, odnosno dovede u sumnju navode optužbe. Ovo se ne može smatrati dokazivanjem činjenica, budući da bi u tom slučaju okrivljeni bio dužan da sudije „ubedi“ u postojanje ili nepostojanje neke činjenice, dok je ovde posredi objašnjenje, odnosno dužnost da se određene činjenice samo prezentuju.³³

Formulacija krivičnog dela iz pomenute tri konvencije jasno upućuje da je kažnjivo uvećanje imovine koje okrivljeni ne može razumno da objasniti (*he or she cannot reasonably explain*), odnosno proizlazi da na okrivljenom leži obaveza da pokaže kako je došlo do uvećanje imovine. Ne može se osporiti činjenica da je centralni element krivičnog dela upravo (ne)legalno poreklo imovine, i da je njegovo opovrgavanje prepušteno okrivljenom.³⁴ Međutim, ne možemo iz samo ovih činjenica doneti valjan zaključak o eventualnom prebacivanju tereta dokazivanja na okrivljenog. Pre svega, treba reći da je teret dokazivanja postojanja elemenata dela svakako na tužiocu, koji mora (nesumnjivo/van razumne sumnje) pokazati da su oni ispunjeni. To podrazumeva dokazivanje posedovanja imovine, visine prihoda okrivljenog, postojanje uvećanja tokom relevantnog perioda, kao i očigledne nesrazmere. Ukoliko ne uspe da dokaže neki od ovih elemenata, nema mesta donošenju osuđujuće presude. Međutim, ukoliko u tome uspe, okrivljeni treba da pruži „razu-

30 N. Kofele-Kale /2006/: Change or the Illusion of Change: The War against Official Corruption in Africa, *George Washington International Law Review*, vol. 38, n^o 4, p. 726.

31 N. Kofele-Kale /2012/: *op. cit.*, pp. 13–14.

32 M. DebebeBelay /2017/: Reversal of Burden of Proof in Case of the Crime of Illicit Enrichment: Appraisal of Its Existence and Constitutionality in Ethiopia, *Jimma University Journal of Law*, vol. 9, p. 91.

33 W. Y. Wodage: *op. cit.*, p. 66, fn. 67.

34 M. DebebeBelay: *op. cit.*, p. 91.

mno objašnjenje“ za ovakvo uvećanje. Nijedna od pomenutih konvencija ne koristi termin *dokazivanje*, već zahtevaju samo pružanje razumnog objašnjenja. Ukoliko bi okrivljeni prezentovao činjenice koje dovode u sumnju nezakonitost porekla imovine, onda bi optužba morala dokazati da imovina zapravo potiče od nezakonitih radnji.³⁵ Ovakva formulacija više odgovara onome što se u teoriji označava kao „*evidentiary burden*“ i predstavlja, u suštini zakonsku pretpostavku da je takva imovina nezakonito stečena, koja nastupa ukoliko optužba dokaže elemente krivičnog dela, i koju okrivljeni treba da dovede u sumnju. Staviše, u vodiču za primenu KUNK naglašeno je da se njome ni u kom slučaju ne uvodi pretpostavka krivice, i da teret dokazivanja u svakom slučaju ostaje na tužiocu.³⁶

Iako retke, zakonske pretpostavke u krivičnom pravu ipak postoje. U pravu SAD smatra se da pretpostavka ne krši ustavom garantovana prava okrivljenog (*due proces*) ukoliko postoji razumna veza između činjenica koje je potrebno dokazati i same pretpostavke (*Mobile, Jackson & Kansas City Railroad Co. v. Turnipseed*), odnosno ukoliko je okrivljenom jednostavnije da neku činjenicu opovrgne, nego da je optužba dokazuje (*Morrison v. California*). Međutim, dozvoljena je upotreba samo neobavezujućih pretpostavki (*permissive presumptions*).³⁷ Na liniji krivičnog dela nezakonitog bogaćenja, to bi značilo slobodu suda da ceni „racionalnost“ objašnjenja koje okrivljeni pruži, te da samo ukoliko je posedovanje neproporcionalnog bogatstva verovatnije posledica koruptivnih aktivnosti, može doneti osuđujuću presudu.³⁸ Međutim, pojedini autori smatraju da, ukoliko bi ovde uistinu bilo reči o uvođenju zakonske pretpostavke, dolazimo do zaključka da se okrivljeni ne kažnjava za posedovanje imovine čija vrednost nadmašuje prihode, već zbog nemogućnosti da obori pretpostavku da je imovina posledica vršenja koruptivnih krivičnih dela.³⁹

4. ZABRANA SAMOOPTUŽIVANJA I PRAVO OKRIVLJENOG DA SE BRANI ČUTANJEM

Ukoliko optužba dokaže elemente krivičnog dela, okrivljeni je u obavezi da pruži razumno objašnjenje za povećanje svoje imovine. Drugim rečima, da bi izbegao odgovornost, okrivljeni mora da pruži tzv. aktivnu odbranu. Ovo se donekle kosi sa njegovim pravom da se brani ćutanjem, a takođe može ugroziti i pravo da se koristi zabranom samooptuživanja. Zahtevanje da pruži objašnjenje o uvećanju imovine može ga izložiti krivičnom/prekršajnom gonjenju, čak i ukoliko je to uvećanje samo po sebi zakonito (npr. zbog neplaćenog poreza na nasleđe, zbog neprijavljivanja imovine stečene poklonom i sl.). Takođe, zamislivo je da „otkrivanje“

35 M. K. Lewis: *op. cit.*, pp. 306–307.

36 UNODC /2012/: *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption*, New York, p. 84.

37 Detaljnije vid. V. Thomas, S. Crawford /1976/: *Legal Presumptions: Their Use and Misuse in Criminal Law*, *Southern University Law Review*, vol. 3, n° 2, pp. 190–195.

38 L. A. Low, A. K. Bjorklund, K. Cameron Atkinson: *op. cit.*, pp. 283–284.

39 M. DebebeBelay: *op. cit.*, p. 95.

porekla imovine naškodi njegovoj časti i ugledu ukoliko se radi o izvorima prihoda koji nisu *per se* nezakoniti, ali se smatraju društveno nepoželjnim (npr. kockanje).⁴⁰ Budući da propuštanje da opravda poreklo imovine povlači za sobom osudu za krivično delo nezakonitog bogaćenja, okrivljeni se, čak i ukoliko imovina nema čisto kriminalno poreklo, može naći u situaciji da „bira između dva zla“, jer će, za koju god opciju da se opredeli, biti suočen sa određenim nepovoljnim posledicama.

Iako se u svojim odlukama nikada direktno nije izjašnjavao o krivičnom delu nezakonitog bogaćenja, određeni stavovi ESLJP u pogledu spornih pitanja koja su imanentna i ovom krivičnom delu mogu biti od koristi prilikom promišljanja o njegovoj (ne)opravdanosti. U odluci *O'Halloran and Francis v. UK*⁴¹ ESLJP je zaključio da pravo okrivljenog da se brani ćutanjem i zabrana samooptuživanja nisu apsolutna ljudska prava, kao i da obaveza okrivljenog da iznese određene činjenice ne ugrožava sama po sebi suštinu tih prava. Zato pitanje da li su prava iz čl. 6 EKLJP povređena zavisi od okolnosti svakog konkretnog slučaja. Kriterijumi koje sud koristi kako bi utvrdio eventualnu povredu su priroda i stepen prinude koji su upotrebljeni da bi se dokaz pribavio, postojanje adekvatnih procesnih garantija i svrha za koju se tako pribavljeni dokaz koristio (par. 55). Obrazlažući podrobnije svaki od ovih kriterijuma (vid. par. 56–61), sud je, pored ostalog, naglasio da se u slučaju kupovine i posedovanja vozila na vlasnike moraju primeniti posebna pravila (kao i u slučaju posedovanja oružja) budući da se radi o stvarima koje imaju potencijal da proizvedu visok rizik ili čak i povredu (*to cause great injury*). Ta pravila, pored ostalog, podrazumevaju i obavezu da se u slučaju postojanja sumnje da je došlo do izvršenja krivičnog dela ili prekršaja dostave podaci o licu koje je vozilom upravljalo.

Pojedini autori smatraju da bi se sličan princip mogao primeniti i na krivično delo nezakonitog bogaćenja. Prema ovom shvatanju, suština obavljanja javne funkcije ogleda u odnosu poverenja koji postoji između funkcionera i građana u čiju korist i za čiju dobrobit se ta funkcija obavlja. Kako se dato poverenje ne bi zloupotrebilo, svaki nosilac javne funkcije subjekt je posebnog seta pravila koja služe eventualnom sankcionisanju upravo „zloupotrebe poverenja“, pa i u slučaju korišćenja funkcije za vlastito bogaćenje. Kako prihvatanjem javne funkcije građani „pristaju“ da budu podvrgnuti posebnim pravilima i obavezama (kao u slučaju kupovine automobila) koje se ogledaju u prijavi imovine koju poseduju, zaključuje se da se iz ugla

40 Z. Stojanović: *op. cit.*, p. 28.

41 Applications no. 15809/02 and 25624/02. Aprila meseca 2000. godine kamera za kontrolu brzine snimila je vozilo čiji je vlasnik O'Halloran zato što je vozio brzinom većom od dozvoljene, a godinu dana kasnije, juna 2001. godine snimljeno je i vozilo čiji je vlasnik Francis, takođe u prekoračenju brzine. U oba slučaja, policija je zatražila od vlasnika vozila da, shodno važećim propisima, dostave podatke o licu koje je upravljano vozilom. Dok je O'Halloran obavestio policiju da je on upravljao vozilom, drugi podnosilac predstave je odbio da dostavi podatke pozivajući se na pravo da se brani ćutanjem i na zabranu samooptuživanja. Obojici su izrečene novčane kazne i kazneni poeni, u prvom slučaju za prekoračenje brzine, a u drugom slučaju zbog odbijanja dostavljanja traženih podataka. Obojica su podneli predstavku ESLJP pozivajući se na čl. 6 st. 1 i st. 2 EKLJP, O'Halloran zato što je osuđen zbog izjave koju je bio prisiljen da da, a Francis zato što je povređeno njegovo pravo da ne da izjavu kojom bi samog sebe optužio.

pomenutih kriterijuma ESLJP zahtev za dostavljanje podataka o poreklu imovine, pa čak i ako oni mogu biti inkriminišući, smatra opravdanim.⁴²

Iako se čini da se pokazani rezon ESLJP uistinu temelji na implicitnom pristanku vlasnika određenih dobara da se podvrgne posebnom pravnom režimu koji može da mu u određenim situacijama nametne ispunjenje predviđenih obaveza, iz obrazloženja odluke ESLJP proizlazi da mora postojati i valjani razlog da se taj poseban režim uspostavi. U slučaju posedovanja automobila ili oružja *ratio* se vidi u opasnosti ili riziku koji takvi predmeti mogu stvoriti. Pitanje je, međutim, da li se postojanje opasnosti/rizika koji je imanentan određenoj stvari može poistovetiti sa mogućom zloupotrebom funkcije koju neko obavlja. Dok se automobil i vatreno oružje mogu *per se* smatrati opasnim stvarima, u smislu da njihova upotreba svakako nosi određeni rizik koji se kroz valjanu regulativu „drži pod kontrolom“, za obavljanje javne funkcije bi trebalo da važi obrnuto – da se rizik zloupotrebe poverenja ostvaruje izuzetno, odnosno da nije tipična opasnost koja je skopčana sa njenim vršenjem. Ipak, realno stanje stvari pokazuje nam da ova konstatacija pre može da se važi u nekom idealnom, utopijskom sistemu, u kom korupcija zaista predstavlja retku pojavu, što svakako nije slučaj sa većinom zemalja u razvoju, pa čak ni sa nekim sistemima koji se smatraju razvijenim.

5. SRPSKO REŠENJE – ZAKON O UTVRĐIVANJU POREKLA IMOVINE

Srbija je početkom prošle godine donela dugo najavljivani Zakon o utvrđivanju porekla imovine i posebnom porezu (u daljem tekstu: Zakon), a godinu dana kasnije, pre nego što je počeo da se primenjuje, Zakon je pretrpeo određene izmene i dopune.⁴³ Njime se uvodi poseban porez na uvećanje imovine za koju fizičko lice ne može da dokaže da ju je steklo na zakonit način (čl. 1). Iako se radi o poreskom propisu, u obrazloženju koje je dostavio predlagač zakona (Vlada) je naglašeno da „oporezivanje imovine čije se poreklo ne može dokazati zakonitim prihodima predstavlja jedan od efikasnih alata u borbi protiv korupcije“, kao i da „zakon uspostavlja mehanizam koji, između ostalog, omogućava da i imovina stečena koruptivnim aktivnostima potpadne pod režim posebnog oporezivanja“.⁴⁴ Drugim rečima, ideja Zakona je da se na indirektni način, preko regulative iz domena poreskog prava, pokuša sankcionisati uvećanje imovine koje se ne može objasniti zakonitim prihodima, odnosno, da se zaobilazjenjem inkriminacije nezakonitog bogaćenja reaguje na suštinski isti problem.

Zakon propisuje da postupak utvrđivanja imovine i posebnog poreza pokreće i vodi Poreska uprava po službenoj dužnosti (čl. 10). U postupku se utvrđuje uvećanje imovine i upoređuje se sa zakonitim prihodima fizičkog lica. Uvećanje imovine

42 L. Muzila *et al.*: *op. cit.*, p. 33.

43 *Sl. glasnik RS*, br. 18/2020 i 18/2021.

44 http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/2019/3199-19%20-%20Lat.pdf, p. 8, 10. april 2021.

utvrđuje se u prethodnom postupku, a ako Jedinica Poreske uprave učini verovatnim da u najviše tri uzastopne kalendarske godine u kojima fizičko lice ima uvećanje imovine, postoji razlika između uvećanja imovine i prijavljenih prihoda koja je veća od 150.000 evra u dinarskoj protivvrednosti po srednjem kursu Narodne banke Srbije na poslednji dan kalendarske godine perioda provere, pokreće postupak kontrole (čl. 13, st. 2). Po okončanju postupka kontrole, donosi se rešenje o utvrđivanju posebnog poreza, ako se utvrdi postojanje imovine na koju se utvrđuje poseban porez (čl. 14, st. 5). Stopa posebnog poreza iznosi 75%.

Kako se vidi, u postupku koji sprovode poreski organi takođe se, kao i u slučaju krivičnog dela, utvrđuje da li postoji nesrazmera između uvećanja imovine i prihoda fizičkog lica. Postojanje nesrazmere osnov je za utvrđivanje poreske obaveze u odnosu na tu imovinu, i to prema stopi od 75%. Zbog izuzetno visoke poreske stope, može se reći da je posredi određeni vid konfiskacije imovine, koja podrazumeva oduzimanje privatne imovine u korist države, i koja uistinu liči na porez, ali podrazumeva odsustvo protivusluge/kompenzacije.⁴⁵

Za razliku od krivičnog dela čiji je krug učinilaca uglavnom ograničen na funkcionere, ispitivanje uvećanja imovine u poreskom postupku može se vršiti u odnosu na sva fizička lica. Takođe, u vrednost imovine se prema Zakonu imaju uračunati i izdaci koje je fizičko lice imalo za privatne potrebe (čl. 2, st. 1, tač. 4). Imovina na koju se utvrđuje poseban porez predstavlja razliku između zbira uvećanja imovine i izdataka za privatne potrebe fizičkog lica, sa jedne strane i prijavljenih prihoda koji su uvećani za iznos prihoda koji ne podležu oporezivanju u Republici Srbiji, besteretno stečene imovine, imovine stečene zaduživanjem, odnosno imovine stečene na drugi zakonit način (čl. 2, st. 1, tač. 5). Takođe, propisano je da ukoliko se u krivičnom postupku eventualno utvrdi da je imovina koja je predmet oporezivanja istovremeno i imovinska korist ili imovina proistekla iz krivičnog dela, sud uračunava iznos plaćenog posebnog poreza u imovinsku korist/imovinu proisteklu iz krivičnog dela (čl. 19). Dok u slučaju nezakonitog bogaćenja postoji neslaganje u teoriji da li se njime teret dokazivanja prebacuje na okrivljenog, Zakon izričito propisuje da je teret dokazivanja uvećanja imovine u odnosu na prijavljene prihode fizičkog lica na Poreskoj upravi, dok je na fizičkom licu teret dokazivanja da je na zakonit način steklo imovinu u delu u kome uvećanje njegove imovine nije u skladu sa prijavljenim prihodima (čl. 3).

ZAVRŠNE NAPOMENE

Pojedini autori smatraju da je pravo na život u nekorumpiranom društvu (*corruption free society*) osnovno ljudsko pravo.⁴⁶ Neki su čak i mišljenja da korupcija predstavlja zločin protiv čovečnosti u čijem se suzbijanju moraju primeniti „izuzetne mere“ (*extraordinary measures*).⁴⁷ Imajući u vidu sve dosada izneto, za

45 J. J. Darby /1990/: Confiscatory Taxation, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 38, pp. 545–546.

46 N. Kofele-Kale /2012/: *op. cit.*, p. 132.

47 M. D. Weda: *op. cit.*, p. 38.

krivično delo nezakonitog bogaćenja se uistinu može reći da predstavlja jednu takvu, izuzetnu meru.

Sam način na koji je inkriminacija u međunarodnim izvorima oblikovana je neuobičajen, pre svega zbog izostavljanja jasno definisane radnje izvršenja. Sa druge strane, ukoliko bi se zahtevalo utvrđivanje radnje sticanja imovine, inkriminacija bi bila u potpunosti obesmišljena utoliko što bi dokazivanje (ne)zakonitog sticanja podrazumevalo dokazivanje upravo izvršenja koruptivnog krivičnog dela. Pored toga, sporno je i kako odrediti vremenski okvir u kojem je sticanje imovine relevantno, kao i subjektivni element krivičnog dela. Usled ovih ali i drugih pomenutih nepreciznosti, zona kažnjivosti je kod ovog krivičnog dela široko postavljena, pa joj se često pridodaje epitet „kaučuk norme“ (*catch-all legislation*).⁴⁸

Neki autori naglašavaju da ova inkriminacija ima jaku preventivnu ulogu i da odvrća potencijalne izvršioce od koruptivnih radnji, upravo zbog činjenice da samo posedovanje neproporcionalno velikog bogatstva može državnog službenika izložiti vođenju krivičnog postupka.⁴⁹ Drugi, pak, smatraju da se preterano naglašavaju značaj i realni dometi ove mere u borbi protiv korupcije, budući da se inkriminacija odnosi samo na državni sektor, a da privatni sektor, kao takođe plodno tle za razvoj korupcije, u većini zakonodavstava ostaje potpuno van njenog domašaja.⁵⁰

Često se ističe da koncept na kome počiva nezakonito bogaćenje naročito pogoduje zemljama u razvoju koje još uvek nemaju dovoljno razvijen sistem za sprovođenje kompleksnih istražnih radnji.⁵¹ Međutim, upravo zato postoji (opravdana) bojazan da se inkriminacija transformiše u sredstvo političke borbe i vid obračuna sa političkim neistomišljenicima. Smatra se da je opasnost realna naročito u državama u kojima je sudska vlast *de facto* pod uticajem drugih grana vlasti, i u kojima „odluka o krivičnom progonu pojedinaca ne leži samo u rukama zvaničnog organa gonjenja“, što je karakteristika upravo zemalja u razvoju.⁵²

Usled uočenih problema koje može proizvesti propisivanje nezakonitog bogaćenja kao krivičnog dela, teorija ali i praksa nekih zemalja pokušale su da iznađu alternativna rešenja, kako bi se omogućilo da činjenica da se nosilac funkcije nesrazmerno obogatio ipak ima određeni krivičnopravni značaj. Tako, pojedini autori predlažu da se problem nemogućnosti dokazivanja korupcije premosti korišćenjem određenih dokaznih pretpostavki (*presumption of corruption*), čime bi težište krivičnopravne odgovornosti bilo na vršenju koruptivnog dela, a ne na činjenici da okrivljeni poseduje nesrazmerno bogatstvo. Tužilaštvo bi u tom slučaju trebalo da dokaže sve elemente krivičnog dela, ali bi činjenica da okrivljeni poseduje imovinu

48 J. R. Boles: *op. cit.*, p. 848.

49 K. Chudal /2007/: Developing Jurisprudence on Illicit Enrichment: A Bird's Eye View, *NJA Law Journal*, vol. 1, p. 181.

50 N. Kofele-Kale /2012/: *op. cit.*, p. 9.

51 D. A. Gantz /1998/: Globalizing Sanctions against Foreign Bribery: The Emergence of a New International Legal Consensus, *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 18, n^o 2, p. 479.

52 O tome detaljnije vid. N. Kofele-Kale /2012/: *op. cit.*, pp. 7–8.

nesrazmernu svojim prihodima stvorila pretpostavku da je imovina plod upravo tog krivičnog dela koje mu je stavljeno na teret. Ako okrivljeni dovede u sumnju ovu zakonsku pretpostavku, optužba mora izvan razumne sumnje da obori takve navode okrivljenog.⁵³ Drugi, pak, smatraju da je primerenije da se na slučajeve u kojima postoji nesrazmera imovine i prihoda primenjuju sankcije iz domena građanskog, a ne krivičnog prava, budući da njihovo izricanje ne zahteva isti nivo poštovanja ustavom zagarantovanih prava.⁵⁴

Na tragu ovog shvatanja je i legislativno rešenje uvedeno u Ujedinjenom Kraljevstvu 2017. godine kroz *The Criminal Finances Act* i *unexplained wealth orders*. Ovu naredbu može izdati sud, protiv pojedinaca koji su politički angažovani (*politically exposed person*) ili protiv pojedinaca za koje postoji osnovana sumnja da su povezani sa vršenjem teških krivičnih dela. Sud može izdati naredbu ukoliko postoji razumna sumnja da imovina koju neko poseduje nije mogla biti pribavljena zakonitim prihodima, imajući u vidu njihovu visinu. Licu protiv kojeg je naredba izdata ostavlja se rok u kojem može osporiti ove navode. Ukoliko u tome ne uspe, nadležni organ može podneti zahtev da ona bude oduzeta. Postupak oduzimanja sprovodi se prema pravilima *Proceeds of Crime Act*-a i primenjuju se pravila dokazivanja iz građanskog postupka. To znači da je za oduzimanje dovoljno da nadležni organ dokaže da je „verovatnije“ da imovina potiče od vršenja krivičnog dela, odnosno da suprotna strana dokaže da je „verovatnije“ da nije.

Iako se prema pomenutom indeksu percepcije korupcije Srbija u 2020. godina našla na nezavidnom 94. mestu (od 180 rangiranih zemalja), zakonodavac je odlučio da ostane na liniji tradicionalnijeg pristupa. Krivičnom gonjenju i krivičnoj sankciji podležu radnje koje se manifestuju u prikriivanju imovine (kroz krivično delo poreske utaje ili pranja novca), ili pak samo njeno neprijavlivanje (putem krivičnog dela neprijavlivanja imovine), dok je nezakonito bogaćenje ostalo (barem zasada) van okvira krivičnog prava. Međutim, pre nešto više od godinu dana zakonodavac je odlučio da uvede i poseban porez na uvećanje imovine koje se ne može objasniti zakonitim prihodima, koje se oporezuje primenom konfiskatorne stope od 75%. Time se pokušala pronaći svojevrсна ravnoteža između potrebe da se na planu borbe protiv korupcije preduzmu efikasniji koraci i nedostataka koji su skopčani sa predviđanjem nezakonitog bogaćenja kao krivičnog dela. Imajući u vidu da potonji propis još nije počeo da se primenjuje, ostaje da se vidi da li će njegova primena dati određene rezultate u borbi protiv korupcije.

LITERATURA

- Boles, J. R. /2014/: *Criminalizing the Problem of Unexplained Wealth: Illicit Enrichment Offenses and Human Rights Violations*, *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, vol. 17, n^o 4.
- Chudal, K. /2007/: *Developing Jurisprudence on Illicit Enrichment: A Bird's Eye View*, *NJA Law Journal*, vol. 1.

53 Detaljnije o tome vid. D. Wilsher: *op. cit.*, pp. 45–47.

54 L. A. Low, A. K. Bjorklund, K. Cameron Atkinson: *op. cit.*, p. 284.

- Ćirić, J. /2019/: Istine i zablude o korupciji – in: *Finansijski kriminalitet i korupcija, Zbornik radova sa konferencije „Finansijski kriminalitet i korupcija“, 18–19. oktobar 2019. godine, Vršac, Beograd.*
- Darby, J. J. /1990/: Confiscatory Taxation, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 38.
- DebebeBelay, M. /2017/: Reversal of Burden of Proof in Case of the Crime of Illicit Enrichment: Appraisal of Its Existence and Constitutionality in Ethiopia, *Jimma University Journal of Law*, vol. 9.
- Gantz, D. A. /1998/: Globalizing Sanctions against Foreign Bribery: The Emergence of a New International Legal Consensus, *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 18, n° 2.
- Henning, J. P. /2001/: Public Corruption: A Comparative Analysis of International Corruption Conventions and United States Law, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol 18, n° 3.
- Kofele-Kale, N. /2006/: Change or the Illusion of Change: The War against Official Corruption in Africa, *George Washington International Law Review*, vol. 38, n° 4.
- Kofele-Kale, N. /2012/: *Combating Economic Crimes, Balancing Competing Rights and Interests in Prosecuting the Crime of Illicit Enrichment*, New York.
- Lewis, M. K. /2012/: Presuming Innocence, or Corruption, in China, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 50, n° 2.
- Low, L. A., Bjorklund, A. K., Cameron Atkinson, K. /1998/: The Inter-American Convention against Corruption: A Comparison with the United States Foreign Corrupt Practices Act, *Virginia Journal of International Law*, vol. 38, n° 3.
- Muzila, L. et al. /2012/: *On the take: Criminalizing Illicit Enrichment to Fight Corruption*, Washington, DC.
- Schroth, P. W. /2005/: The African Union Convention on Preventing and Combating Corruption, *Journal of African Law*, vol. 49, n° 1.
- Stojanović, Z. /2019/: Illicit enrichment of public officials as a criminal offence?, *Studia Iuridica Montenegrina*, n° 1.
- Susanti, L. /2015/: Dealing with Illicit Enrichment: What Indonesia Might Learn from the U.S, *Indonesian Journal of International & Comparative Law*, vol. 2, n° 1.
- Thomas, V., Crawford, S. /1976/: Legal Presumptions: Their Use and Misuse in Criminal Law, *Southern University Law Review*, vol. 3, n° 2.
- Tulu, D. A. /2020/: Revisiting the Penalty of Illicit Enrichment Crime in Ethiopia: Lessons from Hong Kong and Rwanda's Legal Experiences, *Journal of Law, Policy and Globalization*, vol. 103, n° 1.
- UNODC /2012/: *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption*, New York.
- Weda, M. D. /2016/: Confiscation of Corrupted Assets by Means of in Rem Approach against Illicit Enrichment, *Journal of Law, Policy and Globalization*, vol. 55.
- Wilsher, D. /2006/: Inexplicable Wealth and Illicit Enrichment of Public Officials: A Model Draft That Respects Human Rights in Corruption Cases, *Crime, Law & Social Change*, vol. 45.
- Wodage, W. Y. /2014/: Criminalization of Possession of Unexplained Property and the Fight against Public Corruption, *Mizan Law Review*, vol. 8, n° 1.

Ivana Radisavljević

Faculty of Law, University of Belgrade

CRIMINAL ACT OF ILLICIT ENRICHMENT

SUMMARY

For the last couple of decades, corruption has been identified as one of the main problems that affects almost every aspect of society. In order to deal with this phenomenon, which some scholars are addressing as a crime against humanity, multiple states have shifted their focus to the manifestation of corrupt acts rather than on the illegal acts themselves. Since the prosecution of corruption is immanently facing obstacles when trying to prove that a corrupt act took place (mainly because of its inherently secretive nature and interest of all parties that the act itself remains hidden from the authorities), it has become clear that a new approach is needed. After illicit enrichment has been defined in two regional conventions and in the UN Convention against Corruption, more than 40 states have decided to criminalize it, as a form of corruption. The act is usually defined as a significant increase in wealth of public official which he or she cannot reasonably explain. Explanation for prescribing this criminal act rests on the idea that public officials, who gained significant wealth during the performance of their function can be called to explain the sources and origins of their assets. If they fail to provide a reasonable explanation as to why such disproportion between their income and property exists, it is presumed that those assets have corrupt origins. While it certainly provides benefits to authorities by relieving them from having to prove that some form of corruption happened, incrimination raises certain questions regarding some of the main principles of criminal law.

This paper first examines definitions of illicit enrichment given by some international conventions. Author concludes that to meet all the requirements regarding the principle of legality, elements of the criminal act need to be defined precisely so as to limit the scope of its application. This is especially important regarding the definition of significant increase of assets since it can be susceptible to various interpretations when an increase in wealth can be described as significant. Also, the subjective element of the offence (*mens rea*) needs to be explicitly demanded, since in the national legal system a perpetrator can be found guilty if he/she was acting with premeditation at the time of committing the crime.

Some of the main concerns regarding illicit enrichment are about the potential shifting of the burden of proof to the accused. Critics emphasize that it is unacceptable that the crucial element of the criminal act (illicit origins of wealth) is left to the defendant to disprove. On the other hand, we can consider the request that the defendant „explains“ the origins of his assets to be a type of evidentiary burden and require that he only presents the facts that raise suspicion to its illegitimacy. Another problematic aspect of incrimination is that it requires for the defendant to present an active defense, which is not in accordance with his right to remain silent. But, some scholars, as well as the ECHR, have concluded that the defendant can be asked to provide certain information, as long as the other procedural safeguards are met, which needs to be examined in every case.

Last year, Serbia enacted the Law on the examination of the origin of property, which prescribes confiscatory taxation of the property of citizens which is in gross disproportion with their legal income. Although it is primary tax law, this act represents a specific response to the problem of unexplained wealth. Author presents some of the most important provisions of this law, which are significant in the context of illicit enrichment.

Keywords: illicit enrichment, corruption, Law on the examination of the origin of property, prohibition against self-incrimination, burden of proof.

KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI

XI deo

Tematska monografija

Biblioteka

CRIMEN

54

Priredio

Prof. dr Đorđe Ignjatović

Izdavač

Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet
u saradnji sa Kriminološkom sekcijom
Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu

Za izdavača

Prof. dr Zoran Mirković
dekan Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

Dizajn korica

Đorđe Ignjatović

Tehnička priprema

dr Natalija Lukić
Ivana Radisavljević

Priprema za štampu

Dosije studio, Beograd

Grafičko uređenje

Irena Đaković

Tiraž

100

ISBN 978-86-7630-967-2

Štampa

Birograf, Beograd

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

343.2/.7(497.11)(082)

343.97(497.11)(082)

KAZNENA reakcija u Srbiji : tematska monografija. Deo 11
/ urednik Đorđe Ignjatović. – Beograd : Pravni fakultet u saradnji
sa Kriminološkom sekcijom Srpskog udruženja za krivičnopravnu
teoriju i praksu, 2021 (Beograd : Birograf). – IX, 329 str. ; 24 cm. –
(Biblioteka Crimen / Pravni fakultet, Beograd ; 54)

"Ova tematska monografija nastala je kao rezultat rada na Projektu
br. 179051 'Kaznena reakcija u Srbiji kao ključni element pravne
države' ..." --> prelim. str. – Tiraž 100. – Str. VII–IX: Predgovor
/ urednik. – Napomene i bibliografske reference uz tekst. –
Bibliografija uz većinu radova. – Summaries.

ISBN 978-86-7630-967-2

1. Игњатовић, Ђорђе, 1952– [уредник] [аутор додатног текста]

а) Кривично законодавство – Србија – Зборници

б) Криминалитет – Србија – Зборници

COBISS.SR-ID 44082441

