

KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI

XII DEO

priredio
Đorđe Ignjatović



UNIVERZITET U BEOGRADU – PRAVNI FAKULTET

Biblioteka

CRIMEN

57

*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, 2022.

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

XII deo

Tematska monografija

Urednik

Đorđe Ignjatović

Recenzenti

Prof. dr Ljupčo Arnaudovski

Prof. dr Zoran Stojanović

Prof. dr Gorazd Meško

Prof. dr Zoran Ilić

Beograd, 2022.

SADRŽAJ

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

Milan Škulić

NEKE REFLEKSIJE PIRATERIJE KAO TRADICIONALNOG MEĐUNARODNOG KRIVIČNOG DELA NA RAZUMEVANJE SAVREMENOG MEĐUNARODNOG KRIVIČNOG PRAVA	1
--	---

Nataša Delić

MOGUĆE NEDOUMICE U VEZI PRAVOG/ISPRAVNOG ZNAČENJA POJEDINIHIH POJMOVA KOJI PREDSTAVLJAJU OBJEKTIVNA OBELEŽJA BIČA	40
---	----

Goran P. Ilić

DISKURS O MOĆI, ZNANJU I KRIVIČNOM PRAVOSUĐU	78
--	----

Igor Vuković

TAKOZVANA KOLEKTIVNA KRIVIČNA DELA – OBUHVAT I OPRAVDANJE	96
--	----

Marija Karanikić Mirić

OGLAŠAVANJE FINANSIJSKIH USLUGA U SRPSKOM POTROŠAČKOM PRAVU	106
--	-----

Đorđe Đorđević

NAČELO RODNE RAVNOPRAVNOSTI I NJEGOVA KRIVIČNOPRAVNA I PREKRŠAJNOPRAVNA ZAŠTITA U NAŠEM PRAVU	122
--	-----

Dragana Kolarić

POSTUPANJE SUDOVA U SLUČAJEVIMA PREKRŠAJA PO ZAKONU O DEVIZNOM POSLOVANJU – ODUZIMANJE GOTOVOG NOVCA NA GRANIČNIM PRELAZIMA	137
---	-----

Biljana Simeunović Patić

EVOLUCIONA PERSPEKTIVA U KRIMINOLOGIJI I NJEN AKTUELNI ZNAČAJ ZA OBJAŠNJENJE I KONTROLU KRIMINALITETA	160
---	-----

Ljubinka Kovačević

JEDAN VEK INSPEKCIJE RADA U SRBIJI:

RAZVOJ I AKTUELNI IZAZOVI 179

Vanja Bajović

TAJNI NADZOR OD STRANE POLICIJE I SLUŽBI BEZBEDNOSTI 226

Ivan Đokić

ZABRANA PRISUSTVOVANJA ODREĐENIM SPORTSKIM PRIREDBAMA

KAO KRIVIČNA I PREKRŠAJNA SANKCIJA. 244

Natalija Lukić

PORAST STOPE ZATVARANJA

– TRENDOVI I MOGUĆA OBJAŠNJENJA 259

Ivana Radisavljević

PREKRŠAJNA ODGOVORNOST PRAVNIH LICA277

PREDGOVOR

Trinaest priloga saradnika na projektu Kaznena reakcija u Srbiji koji čine sadržaj dvanaestog toma istoimene Tematske monografije obrađuju veoma različita pitanja iz domena kaznenog prava i srodnih disciplina.

U prvom prilogu Milan Škulić ukazuje na specifičnosti jednog od najstarijih međunarodnih krivičnih dela – piraterije – kod koga je do izražaja došla potreba za primenom univerzalnog principa prostornog važenja nacionalnog krivičnog prava. Razmotren je i odnos tog dela sa drugim, međunarodnim krivičnim delima i data je uporedna analiza rešenja koja su zastupljena u našem, nemačkom i američkom krivičnom pravu. Autor posebno ističe neosnovanost dovođenja u istu ravan piraterije i nekih od najtežih međunarodnih krivičnih dela u užem smislu (kakav je na primer genocid).

Nataša Delić teži da objasni neke od pojmova koji su u funkciji objektivnih obeležja bića pojedinih krivičnih dela (zlostavljanje; mučenje; svirepost; nasilje; panika; nered; napad; drsko i bezobzirno ponašanje) čije značenje nije dato u čl. 112 KZ. U tom nastojanju, analizira kontekst u kome su upotrebljeni i ukazuje na primere kako ih tumače naši sudovi u svojim presudama; na kraju, tu analizu dopunjuje primerima odluka koje je doneo Evropski sud za ljudska prava (ESLJP) u Strazburu.

U svom tekstu Goran P. Ilić se bavi objašnjenjem nastanka moderne krivične procedure i doprinosom Fukoa (Foucault) objašnjenju kako je taj proces tekao u Francuskoj na prelazu iz Srednjeg u Novi vek. Pravo vladara da odlučuje o životu i smrti pojedinca prešlo je u nadležnost države, a sam postupak je evoluirao od inkvizicionog u model traženja istine.

Igor Vuković piše o tzv. kolektivnom krivičnim delima i njihovom mestu u krivičnom pravu, kritikujući naročito činjenicu da se nekada u sudskoj praksi zauzima stav da se ona mogu ostvariti i preduzimanjem samo jedne radnje (ukoliko je učinilac bio spreman da je ponovi).¹

Marija Karanikić izlaže o oglašavanju finansijskih usluga u našem potrošačkom pravu posebno se fokusirajući na ono oglašavanje koje se može smatrati obmanjujućom poslovnom praksom; ukazuje i na posledice takve prakse koje imaju građanskopravne konsekvence, ali mogu dovesti i do prekršajnih sankcija.

Đorđe Đorđević obrađuje zaštitu načela polne / rodne ravnopravnosti u našem pravu. Analizirajući ustavne i kaznenopravne norme (KZ, Zakon o zabrani diskriminacije, Zakon o rodnoj ravnopravnosti), autor izvodi zaključak „da je „načelo rodne ravnopravnosti koje je proklamovano Ustavom² u potpunosti pravno

1 Ovakvo zaključivanje moglo bi pandan naći u apsurdnoj konstataciji da samo jedan čovek čini organizovanu kriminalnu grupu.

2 Istina, Ustav ne pominje ravnopravnost „rodova“ nego „polova“.

zaštićeno". Međutim, istovremeno navodi da se u ovoj oblasti može se primetiti prenormiranost i neusklađenost odredaba različitih zakona.

Dragana Kolarić piše o sankcionisanju prekršaja predviđenih u Zakonu o deviznom poslovanju i odlukama naših sudova koje se po pravilu svode na oduzimanje celokupne sume koja prelazi (dozvoljenih) 10.000 evra. Autorka kritikuje ovakvu praksu, ukazuje da odluke Ustavnog suda ne podržavaju ovakvo postupanje, a to da će se u ovoj oblasti prekršajnog prava dosta toga morati da menja ukazuje i praksa ESLJP.

Biljana Simeunović skreće pažnju na jedan deo kriminološkog nasleđa koji, po njenom mišljenju, zaslužuje više pažnje i smatra da (uz sve prigovore koji mu se sa puno osnova mogu staviti na dušu) on može pomoći u razumevanju etiologije pojedinih (pre svega nasilničkih i seksualnih) vidova kriminalne delatnosti. Radi se evolucionoj perspektivi koja korene ima u lombrozijanskom nasleđu, a u naše vreme nastoji da se poveže sa shvatanjima o društvenom učenju i delovanju kulturoloških činilaca. Po njenom mišljenju „i pored nekih loših, evolucionarna perspektiva donela je i mnogo dobrih vesti“ – kao onu da ljudi posle ovoliko milenijuma evolucije mogu biti i zli, ali i dobri. I dalje, da „ona pomaže da se osvetli krucijalni značaj delotvornih institucija i institucionalnih mehanizama koji omogućavaju efikasno i neselektivno sankcionisanje prestupnika“.

Ljubinka Kovačević iznosi iskustva do kojih se u Srbiji došlo tokom jednog veka od uvođenja važnog dela mehanizma društvene kontrole – Inspekcije rada. U pitanju nije samo istorijski osvrt, nego i kritička analiza stanja u kome se ova služba nalazi uz istovremeno bujanje nazakonitih ponašanja poslodavaca u uslovima divljeg liberalnog kapitalizma.

Vanja Bajović za predmet svog priloga uzela je tajni nadzor koji nad građanima ove zemlje vrše policija i službe bezbednosti. Analizira ustavne, odredbe Zakonika o krivičnom postupku (ZKP) i tri druga zakona: o Bezbednosno-informativnoj agenciji (BIA), o vojno-bezbednosnoj agenciji (VBA) i vojno-obaveštajnoj agenciji (VOA). Autorka konstatuje da su ovi zakoni u velikoj meri neusklađeni (ne samo terminološki, nego i sadržinski). Takođe, da se još jednom pokazalo da to što se malo toga može zameriti ustavnim normama koje (uz određena ograničenja) garantuju građanima nepovredivost komunikacije, ne znači da se stvar neće radikalno izmeniti kada se radi o pravnim aktima na nižem mestu u hijerarhiji propisa. I to ne zbog odredaba ZKP (uz ostalo i zbog toga što je za ovakve delatnosti neophodna odluka suda), nego zbog rešenja koja pomenuti zakoni sadrže u pogledu tajnog nadzora koje vrše službe bezbednosti (BIA; VBA, VOA). Njihove formulacije (a naročito ona o BIA) ne isključuju mogućnost da bilo koje lice bude podvrgnuto nadzoru, bez ikakvog prava da za to sazna niti da zatraži sudsku zaštitu ako smatra da mu je povređeno pravo zagantovano Ustavom.

Ivan Đokić izlaže o kontroverzama sankcija koje se sastoje u zabrani prisustvovanja određenim sportskim priredbama u krivičnom i prekršajnom pravu. Ova zabrana, koja inače kao mera po sebi nije sporna, regulisana je u dve pomenute grane kaznenog prava uz brojne nedostatke koji dovode u pitanje ili obe-

smišljavaju samu primenu ove mere. Otuda nije čudo da je njen doprinos suzbijanju nasilja na (i u vezi sa) sportskim događajima više nego skroman. Koliko je to potvrda da ne postoji istinska želja da se ovaj problem zaista reši, a koliko je on plod nesposobnosti onih koji bi da pišu kaznene norme – ostaje pitanje.³

Natalija Lukić bavi se trendovima porasta stope zatvaranja i njihovim mogućim objašnjenjima. Konstatujući da se radi o tendenciji koja poslednjih decenija dolazi do izražaja u najvećem broju zemalja, autorka u traženju mogućih objašnjenja pominje: - pooštavanje normi kaznenog prava; - trendove u kretanju kriminaliteta; - političko-ekonomske prilike; i – istorijske i kulturološke specifičnosti pojedinih sredina. Zatim navodi podatke o kretanju stope zatvaranja u Srbiji i ukazuje na neke pravilnosti koje se mogu zapaziti u praćenom periodu.

Ivana Radisavljević piše pre svega o prekršajnoj odgovornosti pravnih lica, ali se osvrće i na širi kontekst sankcionisanja ponašanja tih subjekata prava i pridružuje se kritici mogućnosti da u našem sistemu ona odgovaraju za tri vrste delikata – prekršaje, privredne prestupe i (odskora) za krivična dela. Ako su ovi drugi uneti u kazneni sistem ranije socijalističke Jugoslavije jer se smatralo da pravna lica ne mogu da odgovaraju za krivična dela, logično se postavlja pitanje: zašto su opstala kada je takva mogućnost uvedena?

Pažljiv čitalac će u priložima koji su objavljeni u Tematskoj monografiji moći da pročita ko je finansirao izradu Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnivanje ESLJP; može se zapitati i kome odgovara da u ovo vreme Inspekcija rada nema dovoljno zaposlenih niti su oni dovoljno opremljeni i obučeni da sankcionišu poslodavce koji masovno krše (i ovako sužena) zakonska prava zaposlenih; pročitajte i o tome da se krivični propisi mogu menjati zbog jednog dela koje je imalo „međunarodni karakter“; o tome da za istu radnju učinilac može primenom odredaba više zakona koji štite rodnu ravnopravnost biti kažnjen sa minimalnom kaznom od pet, dvadeset ili trideset hiljada - dok maksimalna kazna može biti sto, sto pedeset hiljada dinara ili kazna zatvora do tri godine!!! Videće i čitav niz drugih stvari koje ukazuju na stanje u kome sa nalazi naš kazneni sistem.

Jedna od njegovih karakteristika je da se haotično i bez ikakvog plana menja i da je pisanje zakona (ne samo onih iz kaznene sfere) postalo posao kojim se bave i oni koji o logici i funkcionisanju prava ne znaju skoro ništa. Stanje je posebno dramatično u oblasti prekršajnog prava koje je najblaže govoreći zastavljeni i haotični deo krivičnog sistema. Čini se da je krajnje vreme da se na nivou države formira nešto slično onome što je nekada u SFRJ predstavljao Savezni pravni savet koji je zahvaljujući vrsnim pravnicima koji su ga činili – sve do svesnog rastakanje države – usklađivao pravne norme šest republika i dve pokrajine koje ne samo da su zauzimale daleko veću teritoriju od Srbije i imale oko 25 miliona stanovnika, nego su se veoma razlikovale po nivou privredne razvijenosti i kulturološkim karakteristikama.

3 Autor se ne libi da predloži da - za razliku od uobičajenog prepisivanja zakona nama susedne bivše jugoslovenske Republike na severozapadu - pogledamo rešenja u onoj Republici sa kojom delimo jugozapadnu granicu .

Da li će biti trinaestog toma ove Tematske monografije, to u ovom trenutku ne znamo. Ali da će onima koji su angažovani u sistemu kaznene reakcije i svima koji se interesuju za ovu materiju ovakva izdanja i u vremenu koje dolazi biti od koristi – u to ne treba sumnjati.

U Beogradu,
jula 2022.

Urednik
Đorđe Ignjatović

NEKE REFLEKSIJE PIRATERIJE KAO TRADICIONALNOG MEĐUNARODNOG KRIVIČNOG DELA NA RAZUMEVANJE SAVREMENOG MEĐUNARODNOG KRIVIČNOG PRAVA

Apstrakt: U radu se objašnjava piraterija kao tradicionalno međunarodno krivično delo, uz analitički osvrt na neke refleksije te inkriminacije na razumevanje savremenog međunarodnog krivičnog prava. Autor objašnjava istorijski razvoj piraterije, kao i međunarodnopravnu osnovu inkriminacije piraterije u savremenom krivičnom pravu.

Posebna je pažnja poklonjena krivičnom delu piratstva u pozitivnom krivičnom zakonodavstvu Srbije, uz objašnjavanje i osnovnih relacija između tog krivičnog dela i nekoliko drugih krivičnih dela protiv bezbednosti javnog saobraćaja sadržanih u pozitivnom Krivičnom zakoniku Srbije. Rad sadrži i adekvatnu uporednopravnu analizu. Prikazana su osnovna normativna rešenja koja se tiču piraterije u krivičnom/kaznenom zakonodavstvu Nemačke, kao i u krivičnopravnom sistemu Sjedinjenih Američkih Država, što je učinjeno i uz poseban osvrt na neke slučajeve iz sudske prakse američkih krivičnih sudova koji se odnose na savremene oblike piraterije u prvim decenijama 21. veka.

Ključne reči: piraterija, međunarodno krivično pravo, krivično pravo, univerzalni princip, Krivični zakonik, piratstvo.

UVODNA RAZMATRANJA

Čitav niz krivičnih dela propisanih nacionalnim krivičnim pravom ima određenu međunarodnopravnu komponentu, pri čemu se samo neka od tih krivičnih dela mogu smatrati međunarodnim krivičnim delima u užem smislu, gde spadaju krivična dela koja su u nadležnosti stalnog Međunarodnog krivičnog suda, a u odnosu na koja i u nacionalnim krivičnopravnim sistemima država stranaka/članica tog Statuta, deluje načelo komplementarnosti, dok većina takvih inkriminacija predstavljaju međunarodna krivična dela u širem smislu.¹ Takav je slučaj i sa piraterijom/piratstvom. Piraterija ili piratstvo, kako je ono definisano u članu 294. Krivičnog zakonika Srbije, predstavlja prema uobičajenim shvatanjima teorije međunarodnog krivičnog prava, najstarije i tradicionalno međunarodno krivično

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

1 Uporedi: M. Škulić, *Pojam međunarodnog krivičnog dela*, Zbornik Udruženja za međunarodno krivično pravo, (savetovanje na Tari: „Primena međunarodnog krivičnog prava od strane međunarodnih i domaćih sudova“, „Intermex“, Tara, 2006., str. 85 – 86.

delo,² a kada je reč o krivičnom zakonodavstvu Srbije, određenu međunarodno-pravnu komponentu imaju i neka druga krivična dela protiv bezbednosti javnog saobraćaja, čiji su zakonski naslovi naravno, daleko manje „zvučni“ i tako široko prepoznatljivi, nego kada je reč o pirateriji/piratstvu.

Piraterija je veoma interesantan fenomen i stoga što ona iako tradicionalan „zločin“, koji ima drevnu istoriju, poznat još u antičko doba, doživljava i svojevrstu „renesansu“ krajem 20. veka i u prvim decenijama 21. veka, kada intenzivno deluju „moderni pirati“, primarno u blizini Afrike, gde su posebno upadljivi somalijski pirati, ali i na drugim lokacijama, što je dovelo i do veoma snažne reakcije na međunarodnom planu, čak i u vidu angažovanja masivnih vojno-mornaričkih formacija radi borbe sa piratima. Moderna piraterija je interesantna i u uporednom krivičnom-pravnom smislu, a ona je naravno, imala svoju veoma upadljivu međunarodnu-krivičnopravnu komponentu u vidu niza suđenja piratima, kada su primenjena pravila o univerzalnoj nadležnosti određenih nacionalnih krivičnopravnih sistema.

1. MESTO PIRATERIJE U SISTEMU MEĐUNARODNOG KRIVIČNOG PRAVA

Jedna od najupečatljivijih karakteristika izraza „međunarodno krivično pravo“, je njegova tradicionalna „višeznačnost“. Tako se u teoriji ističe da je izraz *međunarodno krivično pravo* moguće koristiti u *najmanje šest različitih značenja*:³ 1) međunarodno krivično pravo u smislu teritorijalnog/prostornog dejstva (važenja) domaćeg/nacionalnog krivičnog prava; 2) međunarodno krivično pravo koje označava međunarodnim pravom propisana pravila sadržana u domaćem/nacionalnom krivičnom pravu; 3) međunarodno krivično pravo u smislu međunarodne „autorizacije“ domaćeg/nacionalnog krivičnog prava; 4) međunarodno krivično pravo koje označava deo domaćeg/nacionalnog krivičnog prava, koji je zajednički za sve civilizovane nacije; 5) međunarodno krivično pravo u smislu međunarodne krivičnopravne saradnje; kao i 6) međunarodno krivično pravo u materijalnom značenju samih reči koje sačinjavaju taj pojam.

Inače, kada je reč o kontinentalno-evropskoj terminologiji, pod međunarodnim krivičnim pravom se često podrazumeva samo ukupnost normi koje propisuju polje/područje primene (*Strafanwendungsrecht*) „unutardržavnog krivičnog prava“. Ovo shvatanje, koje se praktično svodi samo na jedno od mogućih značenja

2 Dakle, tradicionalno i veoma uobičajeno, se u teoriji međunarodnog krivičnog prava, piraterija/piratstvo posmatra kao „najraniji primer međunarodnog krivičnog dela“, te se samim tim, to drevno krivično delo tretira i kao veoma važna inkriminacija u istorijskom smislu, kada se radi o istorijskoj komponenti međunarodnog krivičnog prava. Ovo se u literaturi objašnjava i na sledeći način: „Još od najranijih vremena se gonjenje pirata smatralo posebno značajnim u pravnoj doktrini i praksi, a još je Ciceron pirate označio kao neprijatelje ljudskog društva (*pirata hostis generi humani*).“ K. M. König, *Die völkerrechtliche Legitimation der Strafgewalt internationaler Strafjustiz*, „Nomos Verlagsgesellschaft“, Baden-Baden 2003, str. 50.

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

izraza međunarodno/internacionalno krivično pravo je inače, od posebnog značaja kada se radi o pirateriji kao tradicionalnom međunarodnom krivičnom delu, koje je međunarodno krivično delo u širem smislu, a u pogledu kojeg se primenjuje univerzalni princip prostornog važenja nacionalnog krivičnog prava.⁴

Međunarodno krivično pravo se može definisati u širem i u užem smislu.⁵ U *širem smislu* međunarodno krivično pravo obuhvata dve osnovne celine: 1) pravo čiju sadržinu čine pravila kojima se uređuje primena nacionalnih krivičnopравnih odredbi, što se svodi na formulisanje određenih principa prostornog važenja nacionalnog krivičnog prava, kao i 2) krivično pravo koje može da se podeli na dve vrste:

U *prvu vrstu* spada krivično pravo koje se primenjuje pred Međunarodnim krivičnim sudom, kao i pravo koje se primenjuje/koje je primenjivano pred određenim *ad hoc* oblicima međunarodnog krivičnog pravosuđa (što je značajno više u istorijskom smislu), a koje može da se podeli na dve osnovne celine: a) materijalno međunarodno krivično pravo, koje se odnosi na opšte krivičnopравne institute, iz domena opšte dela krivičnog prava, poput opšteg pojma međunarodnog krivičnog dela, osnova koji isključuju njegovo postojanje, krivičnih sankcija itd., te b) međunarodno krivično procesno pravo, koje se odnosi na pravila krivičnog postupka koji se vodi pred Međunarodnim krivičnim sudom, kao i krivični postupak koji se primenjuje/primenjivao se pred određenim *ad hoc* oblicima međunarodnog krivičnog pravosuđa (što je značajno pre svega, u istorijskom smislu); dok

U *drugu vrstu* spada deo nacionalnog krivičnog zakonodavstva koje se takođe može podeliti na tri osnovne celine: a) nacionalno materijalno krivično pravo, koje u određenoj meri sadrži međunarodnu krivičnopравnu komponentu, u koje primarno spadaju krivičnopравne odredbe sadržane u posebnom delu nacionalnog krivičnog prava, u onom njegovom segmentu kojim se štite određene specifične vrednosti zaštićene međunarodnim pravom, poput krivičnih dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom, sadržanim u Glavi XXXIV Krivičnog zakonika Srbije, a tu spadaju u nekim nacionalnim krivičnim zakonodavstvima i neke krivičnopравne norme sadržane u opštem delu krivičnog prava, onda kada su one neposredno proizišle ih odgovarajućih zahteva sadržanih u određenim međunarodnim izvorima prava, poput na primer, pravila o komandnoj odgovornosti u onim nacionalnim krivičnim zakonodavstvima, koja komandnu (zapovednu/zapovednu) odgovornost definišu kao oblik odgovornosti u opštem smislu, a ne kao posebno krivično delo nečinjenja,⁶ b) nacionalno krivično procesno pravo, koje

4 H.Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht – Strafanwendungsrecht, Europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht, Völkerstrafrecht*, 9. Auflage, „Nomos“, Baden, Baden, 2018., str. 33.

5 Više o tome: M.Škulić, *Jedan pogled na pojam i strukturu međunarodnog krivičnog prava*, zbornik Udruženja za međunarodno krivično pravo: „Lieber Amicorum Prof. dr Milenko Kreća“ Tara, 2020., str. 64 – 88.

6 Takav je slučaj na primer, u krivičnom zakonodavstvu Srbije i Nemačke. Više o tome: M.Škulić, *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen – National Prosecution of International Crimes* (A.Eser, U.Sieber und H.Kreicker, Hrsg., *Landesbericht – Serbien und Montenegro*, „Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht und Duncker & Humblot“, Berlin, 2004, str. 221 – 223.

u određenoj meri sadrži međunarodnu krivičnopravnu komponentu, koje postoji kako u užem smislu (krivično procesno pravo koje se primenjuje u postupku pred Međunarodnim krivičnim sudom, kao i krivično procesno pravo koje se primenjuje ili je primenjivano, u postupcima pred određenim *ad hoc* oblicima međunarodnog krivičnog pravosuđa), tako i u širem smislu, a što se detaljnije objašnjava u daljem tekstu, kao i 3) pravo međunarodne krivičnopravne pomoći.

U *užem smislu* se pod međunarodnim krivičnim pravom podrazumeva samo druga celina iz definicije međunarodnog krivičnog prava u širem smislu, što znači da je međunarodno krivično pravo ono krivično pravo koje se primenjuje u postupku pred stalnim Međunarodnim krivičnim sudom, a u jednom više istorijskom smislu, tu spada i krivično pravo koje se primenjuje ili je primenjivano u postupcima pred *ad hoc* oblicima međunarodnog krivičnog pravosuđa, a pri tom, u međunarodno krivično pravo u užem smislu spadaju i određeni segmenti nacionalnog krivičnog prava, kao što je to objašnjeno u prethodnom tekstu. Međunarodno krivično pravo u užem smislu se deli na dve osnovne celine: 1) *materijalno međunarodno krivično pravo*, koje ima dva dela: a) opšti deo i b) posebni deo, kao i 2) *međunarodno krivično procesno pravo*, takođe u užem smislu.

I samo međunarodno krivično procesno pravo se pored toga, takođe može posmatrati kako u užem, tako i u širem smislu.⁷ Međunarodno krivično procesno pravo *u užem smislu* je ono krivično procesno pravo koje se primenjuje u postupku pred Međunarodnim krivičnim sudom, kao i krivično procesno pravo koje se primenjuje ili je primenjivano (što je više istorijski značajno), u postupcima pred određenim *ad hoc* oblicima međunarodnog krivičnog pravosuđa. Međunarodno krivično procesno pravo *u širem smislu* obuhvata sve krivičnoprocesne norme koje imaju odgovarajući međunarodnopravni značaj, gde spadaju: 1) norme sadržane u međunarodnom krivičnom procesnom pravu u užem smislu, što znači sva krivičnoprocesna pravila koja se primenjuju u postupku pred Međunarodnim krivičnim sudom, kao i krivično procesno pravo koje se primenjuje ili je primenjivano u postupcima pred određenim *ad hoc* oblicima međunarodnog krivičnog pravosuđa, 2) norme krivičnoprocesnog karaktera u odredbama kojima se reguliše primena nacionalnih krivičnopravnih sistema (principi prostornog važenja krivičnog prava), 3) krivičnoprocesne norme u odredbama kojima se reguliše međunarodna pravna pomoć u krivičnim stvarima (međunarodna krivičnopravna pomoć), kao i 4) određena krivičnoprocesna pravila koja se odnose na zaštitu osnovnih ljudskih prava i sloboda, propisana u odgovarajućim izvorima međunarodnog krivičnog prava.

Dakle, kao i svako materijalno krivično pravo i međunarodno materijalno krivično pravo, osim opšteg dela, posvećenog opštim krivičnopravnim institutima, poput osnovnih načela, pojma međunarodnog krivičnog dela, vidova (sa)učestvovanja u krivičnom delu, oblika odgovornosti za međunarodno krivično delo, instituta isključenja krivične odgovornosti/postojanja krivičnog dela itd., ima i svoj posebni deo, koji se sastoji u nizu inkriminacija koje se smatraju međunarodnim krivičnim delima.⁸

7 M.Škulić, *Međunarodni krivični sud – nadležnost i postupak*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i „Dosije“, Beograd, 2005., str. 298 – 299.

8 M.Škulić, *Međunarodno krivično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020., str. 239.

Kada je reč o izvorima nacionalnog krivičnog materijalnog/krivičnog procesnog prava, radi se pretežno o izvorima koji su propisani u okviru nacionalnog pravnog sistema, najčešće primenom tzv. ratifikacionih mehanizama. Tu su od primarnog značaja odgovarajući zakoni konkretnih država, pri čemu to posebno važi za krivično materijalno pravo koje se u evropsko-kontinentalnim državama, temelji na načelu zakonitosti, koje je u Evropi i ustavnog ranga.

Kada je reč o krivičnom procesnom pravu, tada je nešto veći značaj i nekih podzakonskih akata, ali su i toj oblasti osnovni izvori prava zakonskog karaktera. Neki opšti pravni akti međunarodnog karaktera deluju i na nacionalne krivičnopravne/krivičnoprocesne sisteme, pri čemu je primena određenih međunarodnopravnih odredbi ređe moguća direktno, već se po pravilu te odredbe, primarno u vidu određenih standarda, u nacionalne krivičnopravne (pretežno krivičnoprocesne sisteme), omogućava putem tzv. implementacionih mehanizama. To je ipak, posebno karakteristično kada se radi o krivičnom materijalnom pravu, a naročito u pogledu određenih inkriminacija koje imaju međunarodnopravni karakter, odnosno u pogledu kojih postoji formalni osnov njihovog propisivanja, koji je sadržan u određenom međunarodnopravnom dokumentu, najčešće u vidu određenih konvencija koje ratifikuju države, te potom njihova rešenja unose u svoje izvore krivičnog prava. Time se ne menja suštinski nacionalni karakter krivičnog prava, jer kada se normativna rešenja putem implementacionog normativnog mehanizma, implementiraju u konkretno nacionalno krivično pravo, tada ona postaju sastavni deo tog krivičnog prava konkretne države i sa stanovišta „domaćeg“ krivičnopravnog sistema, nije formalno uopšte od značaja što je „poreklo“ tih odredbi međunarodnog karaktera. Država praktično time „kreira“ deo sopstvenog krivičnog prava, što čini tako što u okviru ispoljavanja jednog aspekta svoje suverenosti, ratifikuje određene međunarodnopravne dokumente, unoseći konkretne odredbe u formi zakona, što je i specifičan aspekt delovanja načela zakonitosti, u sopstveno krivično zakonodavstvo.⁹

Kada se radi o pitanju kriterijuma po kojem se u određenim međunarodnopravnim dokumentima, od država koje ih prihvate (time što ratifikuju određene konvencije/druge relevantne međunarodnopravne dokumente), očekuje da u svoje krivično zakonodavstvo unesu konkretna normativna rešenja sadržana u tim međunarodnopravnim aktima, radi se najčešće o pitanjima koja su od šireg značaja za tzv. međunarodnu zajednicu ili čak čovečanstvo kao celinu i sl. Takav je slučaj sa klasičnim međunarodnim krivičnim delima, poput takvih krivičnih dela u užem smislu, ali i sa nizom drugih krivičnih dela koja imaju odgovarajuću međunarodnopravnu komponentu. Suštinski se tu često radi o inkriminacijama koje države najčešće ne bi propisale ili ih ne bi propisale na adekvatan način, odnosno način koji se smatra adekvatnim sa stanovišta „tvoraca“ konkretnog međunarodnog dokumenta, „ponuđenog na ratifikaciju“, da to nije propisano odgovarajućim međunarodnopravnim aktom, koji je potom, država prihvatila.

S druge strane, treba imati u vidu da bi mnoge od inkriminacija koje imaju formalno međunarodno poreklo, svakako postojale u većini nacionalnih krivičnopravnih sistema, čak i da ne postoji međunarodnopravni dokument koji takve in-

9 Ibid., str. 240.

kriminacije propisuje, odnosno „kreira“ ih u formi odgovarajućeg „modela“, te tako omogućava državama da ratifikacionim mehanizmom steknu međunarodnopravnu dužnost da svojim zakonodavstvom propišu takva krivična dela.

Nacionalni izvori krivičnog prava po pravilu nemaju specifičan opšti deo međunarodno-krivičnopravnog karaktera, već je opšte krivično pravo jedinstveno, a u posebnom delu krivičnog prava postoje specifične inkriminacije koje se svode na međunarodna krivična dela. Dakle, kada je reč o međunarodnim krivičnim delima sadržanim u nacionalnom zakonodavstvu u odnosu na taj posebni deo krivičnog prava, postoji opšti deo u odredbama osnovnog izvora krivičnog prava, što je u kontinentalnoj Evropi krivični zakon(ik). Takav je slučaj i sa krivičnim zakonodavstvom Srbije.

Postoje pak i države koje imaju čak i posebne zakone koji se tiču međunarodnog krivičnog prava, kada u njima postoje i neki elementi iz domena opšteg krivičnog prava, ali i je i u tim zakonima, svojevrsno „težište“ na inkriminacijama koje su međunarodno-krivičnopravnog karaktera i to u užem smislu, što znači da se tiču krivičnih dela koja su komplementarna međunarodnim krivičnim delima koja spadaju u nadležnost Međunarodnog krivičnog suda. Takav je slučaj sa nemačkim krivičnim zakonodavstvom, gde se u ovom pogledu primenjuje poseban „Međunarodni krivični/kazneni zakon“ (*Völkerstrafgesetzbuch – VStGB*).¹⁰

Kada se radi o krivičnom zakonodavstvu Srbije, u Glavi XXXIV Krivičnog zakonika Srbije, koja i po svom naslovu ima međunarodnopravnu komponentu (*Krivična dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom*), sadržana je većina međunarodnih krivičnih dela u krivičnom zakonodavstvu Srbije. Iz ovog proizlazi i da prema kriterijumu zasnovanosti krivičnog dela na određenom dokumentu/aktu iz sfere međunarodnog prava, te takođe, shodno i određenim istorijskim kriterijumima,¹¹ postoje i neka druga krivična dela, propisana u drugim delovima (glavama), Krivičnog zakonika Srbije, koja mogu da se smatraju međunarodnim krivičnim delima.¹²

Tako se u teoriji međunarodnog krivičnog prava i uopšte, u doktrini krivičnog prava, najčešće kao primer prvog, odnosno svakako najstarijeg međunarodnog kri-

10 H.Gropengießer und H.Kreicher: *Landesbericht Deutschland*, in: A.Eser, und H., Kreicker, (Hrsg.), *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, „Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau, 2003., str. 67 – 68.

11 K. M. König, *op.cit.*, str. 50.

12 Naravno, postoji niz drugih krivičnih dela u pogledu kojih se postojanje takvih inkriminacija, zasniva na određenim međunarodnopravnim dokumentima, poput na primer, krivičnog dela prikazivanja, pribavljanja i posedovanja pornografskog materijala i iskorišćavanje maloletnog lica za pornografiju, propisanog u članu 185. Krivičnog zakonika Srbije, a koje se temelji u međunarodnopravnom smislu na Konvenciji o visokotehnološkom kriminalu (Zakon o potvrđivanju Konvencije o visokotehnološkom kriminalu, „Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori“, broj 19/09), kao i Konvenciji Saveta Evrope o zaštiti dece od seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja (Zakon o potvrđivanju Konvencije Saveta Evrope o zaštiti dece od seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja „Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori“, broj 1/10). Više o tome: M.Škulić, *Krivična dela protiv polne slobode*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2019., str. 37 – 38.

vičnog dela, ističe piraterija, a takvo krivično delo (*piratstvo*), propisano je u članu 294. Krivičnog zakonika Srbije i spada u *krivična dela protiv bezbednosti javnog saobraćaja* (Glava XXVI KZ). Time što ovo krivično delo, koje je u stvari, najstarije međunarodno krivično delo, nije propisano u Glavi XXXIV KZ-a Srbije, u koju su svrstana skoro sva ostala međunarodna krivična dela, a posebno međunarodna krivična dela koja su komplementarna odredbama Rimskog statuta, ono svakako nije izgubilo svoj međunarodni krivičnopравни karakter.¹³ Ovo međunarodno krivično delo je odavno, tj. još pre više vekova, nastalo u običajnom međunarodnom krivičnom pravu, kada je utemeljeno na koncepciji o piratima kao „neprijateljsima ljudskog roda“ (*hostis generis humani*).¹⁴

2. PIRATSTVO/PIRATERIJA KAO MEĐUNARODNO KRIVIČNO DELO

Krivično delo piratstva/piraterije je izuzetno interesantno ne samo u striktno krivičnopravnom pogledu, već i fenomenološki, odnosno piraterija/piratstvo je veoma zanimljiv društveni i istorijski fenomen, ali i posebno stanovišta istorijskog razvoja konkretne inkriminacije tog tipa, njegove veze sa drugim institutima međunarodnog prava, kao i posebno relacije između krivičnopavnog reagovanja na pirateriju i uticaja tog reagovanja na razvoj međunarodnog krivičnog prava, pre svega u njegovim juvenilnim fazama.

Piraterija je pored toga i veoma specifičan fenomen koji se tiče jednog opšteg/opštijeg problema (među)državnih odnosa (pre svega, država koje imaju izlaz na more, ali i šire od toga), te pravila utvrđivanja granica prostornog važenja nacionalnog krivičnog prava, odnosno limita prostiranja tzv. represivne vlasti pojedinih država. Pored toga, u vezi mogućnosti krivičnopravne reakcije na pirateriju, kao posebno značajno pitanje se vremenom postavio i problem formulisanja uslova pod kojima jedna konkretna država može da legitimno, ali i legalno, što znači u skladu sa zakonima pre svega, ali i uopšte važećim pravnim pravilima, gde su u ranim fazama razvoja međunarodnog prava/međunarodnog krivičnog prava, veliki značaj imali i običaji, interveniše van svojih državnih granica. Takav vid intervenisanja je pri tom, podrazumevao kako mogućnost patroliranja ratnih brodova pojedinih/zainteresovanih država radi zaštite trgovačkih brodova od napada pirata, ali tako i mogućnost legitimnog/legalnog oružanog obračuna sa piratima na otvorenom moru, te konačno u formalnopravnom smislu i mogućnost primene nacionalnog krivičnog prava u pogledu krivičnog gonjenja i kažnjavanja pirata.

13 Naime, znatno kasnije, tek u 20. veku su i određeni formalni izvori međunarodnog prava, pirateriju definisali kao oblik kršenja međunarodnog prava, na temelju čega, uz prethodno prihvatanje ustaljenih međunarodnopravnih običaja koji se odnose na ovo krivično delo, većina nacionalnih krivičnih zakonodavstava međunarodnopravno utemeljuje krivično delo piraterije (piratstva). Na pirateriju se odnose određene odredbe Konvencije o otvorenom moru iz 1958. godine, kao i odredbe sadržane u Konvenciji UN o pravu mora iz 1982. godine.

14 J. Claire, *Pirates? The Politics of Plunder, 1550–1650*, „Palgrave Macmillan“, London, 2007, str. 17–18.

3. ISTORIJSKA KOMPONENTA PIRATERIJE I OSNOVNI VIDOVI MEĐUNARODNOPRAVNE OSNOVE SUZBIJANJA PIRATERIJE

Piraterija kao društvena pojava, ali i međunarodno krivično delo ima veoma interesantnu istoriju, koja je kao takva, važan deo i istorije međunarodnog krivičnog prava. Istorija piraterije je pored toga, usko povezana i sa stvaranjem međunarodnopravne osnove suzbijanja piraterije kao krivičnog dela, koje zbog pre svega, mesta izvršenja, ali i nekih drugih bitnih obeležja, ima međunarodno-krivičnopravni karakter, na temelju čega su i razvijene prve koncepcije o univerzalnom principu prostornog važenja nacionalnog krivičnog prava kada se radi o suđenjima za to krivično delo, te omogućavanju ekstremno širokog (pro)širenja nadležnosti nacionalnih krivičnih sudova.

U literaturi se ponekad ističe da se u teoriji međunarodnog krivičnog prava često zastupa stav koji nastanak ili svojevrsan „start“ modernog međunarodnog krivičnog prava, povezuje pre svega, sa suđenjima nakon Drugog svetskog rata u Nirnbergu i Tokiju, kao i potom sa krivičnim gonjenjem za međunarodna krivična dela od strane *ad hoc* međunarodnih krivičnih tribunala, kao i uz ukazivanje na značaj delovanja stalnog Međunarodnog krivičnog suda, kao i nacionalnih krivičnih sudova, onda kada krivično pravo primenjuju prema univerzalnom principu prostornog važenja krivičnog prava.¹⁵ Međutim, u literaturi se zastupa i nešto drugačiji stav, prema kojem je moderno međunarodno krivično pravo u stvari, mnogo starije, nego što to izgleda na prvi pogled, onda kada je isključivi ili primarni „fokus“ usmeren na dva velika suđenja nakon Drugog svetskog rata. Prema ovom stavu, koreni međunarodnog krivičnog prava sežu u daleku prošlost, u vreme kada se razvilo shvatanje o piratima kao „univerzalnim neprijateljima“.¹⁶

U stvari, ova dva prethodno objašnjenja stava prisutna u teoriji međunarodnog krivičnog prava nisu uvek i apriorno suštinski suprotstavljeni, jer se realno ne može poreći da je piraterija/piratstvo zaista najstarije međunarodno krivično delo, ali je pored toga, ipak jasno da se to krivično delo suštinski svodi na međunarodno krivično delo u širem smislu, u odnosu na genocid, zločin protiv čovečnosti, ratne zločine i agresiju, kao krivična dela koja s obzirom na dejstvo načela komplementarnosti definisanog u Rimskom statutu o osnivanju stalnog Međunarodnog krivičnog suda, predstavljaju međunarodna krivična dela u užem smislu.

Osim piraterije/piratstva, postoji i čitav niz drugih međunarodnih krivičnih dela u širem smislu, a samo po sebi, krivično delo piraterije/piratstva će uvek biti veoma interesantno u teoriji međunarodnog krivičnog prava (bez obzira na to što se po logici stvari, krivičnim delima koja su u stvarnoj nadležnosti Međunarodnog krivičnog suda, *de facto* u praksi pridaje veći značaj), jer je piraterija nesporno najstarije međunarodno krivično delo, a pitanje krivičnog gonjenja pirata je još

15 R. Geiss and A. Petrig, *Piracy and Armed Robbery at Sea*, „Oxford University Press“, London, 2011, str. 1.

16 C. Bassiouni, *International Criminal Law*, Volume 1, 3rd Edition, „Martinus Nijhoff Publishers“, Hague, 2008, str. 129.

od davnina postalo svojevrsan „kamen temeljac“ prvih shvatanja o univerzalnom principu prostornog važenja krivičnog prava.

Već sama reč „pirat“ je drevna. Ona je izvedena od antičkih grčkih reči *πειράομαι*, ili *peiráomai*, koje označavaju *pokušaj*, pod kojim se podrazumeva pokušaj pljačke lične imovine. Takođe se slično ovome, koren reči pirat, može pronaći u grčkim rečima *πειρατής*, ili *peiratēs*, koje označavaju razbojnički napad na brod, a od toga je razvijena i latinska reč *pirata*, na bazi koje nastaje engleski izraz *pirate*, koji je kao takav, preuzet u mnogim jezicima, pa i u srpskom.¹⁷

Istorija piraterije dugo traje i može se smatrati „bogatom“ u fenomenološkom smislu. Ta pojava je drevna, postoji vekovima i znatno je starija od prvih oblika međunarodnopravnog reagovanja na to specifično „razbojništvo na otvorenom moru“. ¹⁸ Na primer, u doba antike postojala su čak i velika „plemena pirata“, ¹⁹ koja su svojim pohodima prouzrokovali velike probleme i tako moćnim državama tog vremena, kao što je to bio Rim u svojoj republikanskoj epohi, kada je jednog momenta bilo neophodno da se čitava rimska mornarica angažuje radi uništavanja pirata koji su tada postali izuzetno agresivni, te veoma ozbiljno ugrozili rimske interese, tako što su rutinski i masovno pljačkali rimske trgovačke brodove, ali i brodove drugih država, koje su trgovale sa starim Rimom. Tada se posebno istakao rimski vojskovođa Pompej. Piratske vođe i uopšte, značajnije zarobljene pirate su Rimljani jednostavno likvidirali, često i na veoma surove načine, a deo zarobljenih pirata je pretvaran u robove. U to vreme nije se ni postavljalo kao neko posebno pitanje pravno regulisanje suzbijanja piraterije i postupanja sa zarobljenim piratima. Njima se u Rimu, odnosno na teritorijama kojima je Rim vladao, kao i u drugim antičkim državama, nije zaista „sudilo“, već im se najčešće samo „presuđivalo po kratkom postupku“, što se svodilo na fizičku likvidaciju.

U antičko doba je piraterija na Mediteranu bila neposredno povezana sa razvojem trgovine koja je podrazumevala plovidbu trgovačkih brodova, kako Feničana, tako i Grka, Rimljana i Kartaginjana, a u srednjem veku su Vikinzi sa severa bili sistematski angažovani u pirateriji.²⁰ Piraterija doživljava snažnu ekspanziju u 18. veku, a potom značajno opada već u 19. veku, a posebno tokom 20. veka, ali se već krajem tog veka, kao i u prvoj deceniji 21. veka uočava veliki porast piratskih aktivnosti u pojedinim područjima sveta, tj. na nekim morima, pre svega u afričkom priobalju, gde najčešće deluju ozloglašeni somalijski pirati.²¹

Dakle, iako je pojava piraterije nastala još u davno doba te je praktično immanentna intenzivnom razvoju prekomorskog brodske saobraćaja i trgovine, koja je podrazumevala ustaljen i redovan prevoz robe brodovima, tek se u 17. i 18. veku razvijaju krivičnopravne koncepcije koje se bave pitanjem sudske nadležnosti za

17 P. De Souza, *Piracy in the Graeco-Roman World*, London and New York, 2002, str. 21.

18 Izvor: <https://theconversation.com/the-prosecution-of-pirates-was-a-model-for-todays-system-of-international-justice-109169>. pristupljeno 25. maja 2021.

19 P. De Souza, *op.cit.*, 2002, str. 21 – 22.

20 Izvor: <https://www.asser.nl/nexus/international-criminal-law/international-crimes-introduction/piracy/>. Pristupljeno 25. maja 2021. godine.

21 *Ibidem*.

suzbijanje piraterije i primenom relevantnog prava radi toga, a ne samo „čistom“ oružanom silom, usmerenoj protiv pirata. Ovo je po logici stvari, podrazumevalo i razvijanje prvih ideja o važenju univerzalnog principa delovanja krivičnog prava. Stoga se tek od tada i može govoriti o pirateriji/piratstvu kao najstarijem i tradicionalnom međunarodnom krivičnom delu, koje kao takvo ima veliki značaj i za istoriju međunarodnog krivičnog prava.

Do ekspanzije piraterije, a potom vremenom i do razvijanja određenih prvih međunarodnopravnih mehanizama njenog suzbijanja dolazi u vreme kada je nekoliko evropskih kolonijalnih sila krajem 17. veka i početkom 18. veka, dominiralo u svetskoj trgovini i samim tim, u preokookeanskoj plovidbi.²² Tada je i misao čuvenog holandskog pravnika Huga Grociusa (*Hugo Grotius*), o piratima kao „neprijateljima ljudskog roda“,²³ postala posebno aktuelna, a naročito zahvaljujući delovanju poznatih pirata tog doba, poput Edvarda Tiča (*Edward Teach*), poznatog kao „Crnobradi“ (*Blackbeard*), Čarlsa Vejna (*Charles Vane*) i En Boni (*Anne Bonney*), koji su sistematski pljačkali trgovačke brodove, uz često i brojna ubistva i velike surovosti.

Evropske države, čiji su brodovi najčešće bili mete piratskih napada, su sistematski suzbijale pirateriju angažovanjem pre svega, svoje ratne mornarice, naoružavanjem trgovačkih brodova, izgradnjom sigurnih luka i sl., ali su one pri tom, vrlo rano počele da uvode i određene pravne mehanizme reagovanja na pirateriju. Neki od tih mehanizama, koji su se odnosili na razvijanje univerzalnog principa prostornog važenja krivičnog prava, postali su izuzetno značajni u međunarodnopravnom smislu, te se stoga, smatraju važnim segmentom istorije međunarodnog krivičnog prava. Tu se posebno istakla Engleska tog doba, kada se u toj zemlji doktrinarno razvija ideja da se pirati mogu legalno i legitimno krivično goniti pred bilo kojim sudom, a pri tom i uz mogućnost primene bilo kojeg nacionalnog krivičnog prava, bez obzira na mesto izvršenja piratskog čina.

Poznati primer ove vrste „pravosudnog obračuna sa piratima“ je čuveno suđenje posadi pirata Henrija Averija (*pirate Henry Avery's crew*) u Centralnom krivičnom sudu u Londonu (*Central Criminal Court in London – “the Old Bailey”*), kada su pirati pred tim sudom optuženi, a potom i osuđeni, iako je mesto izvršenja krivičnog dela (piraterije), bilo daleko van engleske teritorije. Sud je zaključio da je to moguće, legitimno i legalno, jer svaka civilizovana država ima pravo kažnjavanja ljudi koji su izvršili zločin piraterije na otvorenom moru, kada se praktično celokupna svetska teritorija smatra mestom izvršenja takvog krivičnog dela, što se zasniva na tome da su pirati kao takvi, tj. sami po sebi, „neprijatelji međunarodnih i univerzalnih vrednosti“.²⁴ Tradicionalna koncepcija o primenjivanju univerzalnog principa prostornog važenja krivičnog prava prilikom krivičnog gonjenja pirata, doživela je svoju primenu i u novije doba, čak i u pogledu suđenja za krivična dela koja su

22 H. Grotius, *The Law of War and Peace, Classics of International Law*, „Cambridge University Press“, London, 2013, str. 526–529.

23 Prema: H. Grotius, *The Free Sea*, „Liberty Fund“, Indianapolis 2004, str. 128.

24 R. Geiss and A. Petrig, *Piracy and Armed Robbery at Sea*, „Oxford University Press“, Oxford, 2011, str. 87.

značajno drugačijeg karaktera u odnosu na pirateriju. Tako je 1961. godine Vrhovni sud Izraela prilikom odlučivanja o mogućnosti da se Adolfu Ajhmanu (*Adolf Eichmann*), sudi u Jerusalimu, utvrdio da se takva mogućnost zasniva na „prirodnom precedentu“, koji potiče još od vremena suđenja piratima u 17. i 18. veku.²⁵

Tradicionalno učenje o „piratima kao neprijateljima ljudskog roda“, na temelju kojeg je razvijena koncepcija o univerzalnom važenju krivičnog prava kada se radi o suđenjima pred nacionalnim krivičnim sudovima za pirateriju, te legitimnost suzbijanja piraterije od strane svake civilizovane države koja je u prilici da deluje protiv pirata, doživelo je svoju primenu na međunarodnom nivou i u savremeno doba.

Tako je Savet bezbednosti Ujedinjenih nacija usvojio niz rezolucija utemeljenih na Glavi VII Povelje UN, koja omogućava primenu sile.²⁶ Te rezolucije Saveta bezbednosti su bile pravni osnov za čitav niz vojnih multinacionalnih operacija usmerenih na uništenje pirata, najviše u Adenskom zalivu. Takve su bile operacije Evropske unije (*EUNAVFOR*), kao i operacija koju je sproveo NATO (*Ocean Shield*). Pored toga, u brojnim državama su poslednjih godina vođeni krivični postupci protiv somalijskih pirata, kada su nacionalni krivični sudovi primenili sopstveno krivično pravo i uspostavili mesnu nadležnost svojih krivičnih sudova, iako su konkretna krivična dela izvršena van njihove teritorije.²⁷

Iz istorije piraterije proizišla je i međunarodnopravna osnova suzbijanja piraterije kao krivičnog dela. Najvažniji takvi akti su Konvencija o otvorenom moru iz 1958. godine (*Convention on the High Seas*), čiji su čl. 14–22, posvećeni suzbijanju piraterije na međunarodnopravnoj osnovi. Suštinski istovetna normativna rešenja postoje i u čl. 100. do 108. Konvencije Ujedinjenih Nacija o pravu mora iz 1982. godine (*UN Convention on the Law of the Sea*), koju je do sada ratifikovalo 168 država.

Prema članu 101. Konvencije Ujedinjenih Nacija o pravu mora iz 1982. godine, piraterija postoji kada se na otvorenom moru, protiv drugog broda ili vazduhoplova, ili protiv ljudi ili imovine na tom brodu ili vazduhoplovu, na mestu izvan nadležnosti bilo koje države, preduzme protivpravna radnja nasilja ili lišavanja slobode, ili bilo koji čin ponižavanja, koji su u privatne svrhe izvršili posada ili civilnog broda ili civilnog aviona, ili ako se izvršenje takvih akata naredi.

U radnju piraterije spada u i bilo koji čin dobrovoljnog učešća u funkcionisanju broda ili vazduhoplova, kada je učinilac svestan postojanja okolnosti koje brod čine piratskim brodom ili piratskim vazduhoplovom. Pored toga, radnjom piraterije se tretira i bilo koji čin izazivanja ili namernog omogućavanja nekog akta koji je u prethodnom tekstu definisan kao radnja piraterije.

25 *Ibid.* str., 93.

26 Resolutions 1816 (2008), 1838 (2008), 1846 (2008), 1851 (2008), 1897 (2009), 1918 (2010), 1950 (2010), 1976 (2011), 2015 (2011), 2018 (2011), 2020 (2011), and 2039 (2012).

27 Takva suđenja su održavana u Ujedinjenim Arapskim Emiratima, Omanu, Jemenu, Madagaskaru, Indiji, Maleziji, Južnoj Koreji, Japanu, SAD, Španiji, Francuskoj, Italiji, Nemačkoj, Holandiji itd. Izvor: <https://www.asser.nl/nexus/international-criminal-law/international-crimes-introduction/piracy/>. Pristupljeno 25. maja 2021. godine.

4. KRIVIČNO DELO PIRATSTVA U KRIVIČNOM ZAKONIKU SRBIJE

Krivično delo piratstva propisano u članu 294. Krivičnog zakonika Srbije je veoma jednostavno normativno konstruisano. Ovo krivično delo ima jedan osnovni oblik i jedan teži oblik.

Osnovni oblik piratstva (član 294. stav 1. KZ), postoji kada član posade ili putnik broda koji na otvorenom moru ili na mestu koje ne potpada pod vlast nijedne države učini nasilje ili razbojništvo prema licima na drugom brodu, zadrži, oduzme, ošteti ili uništi drugi brod ili dobra koja se nalaze na njemu ili prouzrokuje štetu velikih razmera. Za osnovni oblik ovog krivičnog dela propisana je kazna zatvora od dve do dvanaest godina.

U bitna obeležja, odnosno elemente bića krivičnog dela piratstva spadaju:

1. *Aktivni personalni aspekt*, koji se odnosi na status učinioca krivičnog dela piratstva;
2. *Lokacioni aspekt* koji se tiče mesta izvršenja krivičnog dela piratstva,
3. *Osnovni sadržinski aspekt*, koji se odnosi na: a) radnju izvršenja piratstva, te predmet/objekt radnje izvršenja tog krivičnog dela, kao i
4. *Subjektivna komponenta piratstva* – oblik krivice učinioca.

Učinioc krivičnog dela piratstva može alternativno da bude: 1) član posade broda ili 2) putnik broda. Dakle, ovo krivično delo spada u kategoriju krivičnih dela čiji učinioc ne može biti „bilo ko“, već takvo krivično delo može učiniti samo lice koje ima određeni status.

Član posade je svako lice koje svojim aktivnostima omogućava da brod plovi i funkcioniše, a tu spadaju sve kategorije tih lica, bez obzira na rang, što znači kako obični mornari, razne vrste specijalista na brodu, oficiri i podoficiri, kao i sam kapetan, odnosno zapovednik broda, i uopšte bilo koje lice, koje spada u posadu broda.

Putnik broda je svako lice koje faktički putuje brodom, odnosi prevozi se na takav način, te pri tom, nije član posade. Čak bi i tzv. slepi putnik u ovom smislu bio smatran „putnikom“, što znači i licem koje ima status koji omogućava da i ono bude učinioc krivičnog dela piratstva.

Krivično delo piratstva može se izvršiti samo na određenom mestu, što znači isključivo na brodu koji je alternativno: 1) na otvorenom moru ili 2) na mestu koje ne potpada pod vlast nijedne države.

Radnja izvršenja krivičnog dela piratstva je određena opciono. Tu spada: 1) činj enje nasilje prema licima na drugom brodu, 2) izvršenje razbojništva prema licima na drugom brodu, 3) zadržavanje drugog broda, 4) oduzimanje drugog broda, 5) oštećenje drugog broda 6) uništenje drugog broda ili dobra koja se nalaze na njemu ili 7) prouzrokovanje štete velikih razmera na drugom brodu ili dobrima koja se nalaze na njemu.

Predmet, odnosno *objekt* radnje izvršenja mogu da budu opciono: 1) lica na drugom brodu, 2) sam drugi brod ili 3) dobra koja se nalaze na drugom brodu.

Kada je reč o subjektivnoj komponenti osnovnog oblika krivičnog dela piratstva, odnosno obliku krivice sa kojim se može učiniti to krivično delo, to je isključivo umišljaj, a po logici stvari, radiće se pretežno o direktnom umišljaju.

Teži oblik piratstva kvalifikovan je nastupanjem teže posledice usled izvršenja osnovnog oblika tog krivičnog dela. Kao i inače, kada se radi o ovoj vrsti kvalifikatornih okolnosti, neophodno je da do teže posledice, dođe usled nehata učionica. Teži oblik piratstva (član 294. stav 2. KZ), postoji ukoliko je usled izvršenja osnovnog oblika tog krivičnog dela nastupila smrt jednog ili više lica. Za teži oblik piratstva propisana je kazna zatvora od pet do petnaest godina.

5. DRUGA RELEVANTNA KRIVIČNA DELA PROTIV BEZBEDNOSTI JAVNOG SAOBRAĆAJA SADRŽANA U KRIVIČNOM ZAKONIKU SRBIJE KOJA SU DONEKLE „SRODNA“ PIRATERIJI

U druga krivična dela protiv bezbednosti javnog saobraćaja koja imaju odgovarajuću međunarodno-krivičnopravnu komponentu, te su neka od njih u nekim aspektima relativno „srodna“ pirateriji, spadaju: 1) ugrožavanje bezbednosti vazdušnog saobraćaja, 2) ugrožavanje bezbednosti vazdušnog ili pomorskog saobraćaja ili nepokretne platforme, kao i 3) otmica vazduhoplova, broda i drugog prevoznog sredstva.

Nekada je u vreme važenja krivičnog zakonodavstva SFRJ, ova vrsta krivičnih dela bila svrstana u posebnu grupu inkriminacija (*krivična dela protiv bezbednosti vazdušnog saobraćaja* – Glava XXI Krivičnog zakona SFRJ), gde je ključni *ratio* za takvu zakonsku sistematiku bio utemeljen na tome što je „osnov za određivanje najvećeg broja ovih krivičnih dela“ bio sadržan u međunarodnim konvencijama, koje su se tada naravno, zaključivale i ratifikovale, uz stvaranje uslova za obezbeđivanje njihovog izvršenja, isključivo na nivou tadašnje federacije.²⁸ U to vreme je u literaturi posebno isticano da se krivična dela iz te grupe (*Glava XXI Krivičnog zakona SFRJ*), međusobno razlikuju, ali pri tom (uz izuzetak jednog tadašnjeg krivičnog dela svrstanog u tu grupu – zloupotreba telekomunikacionih znakova), imaju nekoliko zajedničkih karakteristika, koje se svode na; 1) zajednički zaštitni objekt – bezbednost vazdušnog saobraćaja, 2) zajedničku posledicu za bezbednost vazdušnog saobraćaja, koja se nekada kod nekih od tih krivičnih dela javlja kao konkretna, a nekada kao apstraktna opasnost, a da se pri tom, s obzirom da vazdušni saobraćaj služi pre svega, za transport ljudi i dobara, tim krivičnim delima ugrožavaju i život ljudi i imovina, kao i 3) zajedničku mogućnost tih krivičnih dela koja proizlazi iz njihove prirode da ih, po pravilu, može izvršiti svako lice.²⁹

Kada se radi o pozitivnom krivičnom zakonodavstvu Srbije, ova krivična dela su značajno modifikovana, te više nisu svrstana u posebnu glavu prema zakonskoj

28 Više o tome: Grupa autora (red. N. Srzentić), *Komentar KZ SFRJ*) „Savremena administracija“, Beograd, 1986., str. 735.

29 *Ibidem*.

sistematici koja bi se ticala isključivo vazdušnog saobraćaja, već su u grupi inkriminacija koje se odnose na krivičnopravnu zaštitu javnog saobraćaja uopšte. Ipak, bitan deo zajedničkih karakteristika tih krivičnih dela je i sada istovetan ili veoma sličan kao i u vreme krivičnog zakonodavstva SFRJ, a naravno i sada je u formalnom smislu, s obzirom na osnov za propisivanje tih inkriminacija, a to su određeni međunarodno-pravni izvori, veoma izražena međunarodnopravna komponenta tih inkriminacija.

5.1. Ugrožavanje bezbednosti vazdušnog saobraćaja

Krivično delo ugrožavanja bezbednosti vazdušnog saobraćaja, propisano u členu 291. Krivičnog zakonika Srbije ima osnovni oblik, jedan lakši oblik i dva posebna oblika.

Osnovni oblik krivičnog dela ugrožavanja bezbednosti vazdušnog saobraćaja postoji kada učinilac nepropisnim ili nepravilnim upravljanjem letom vazduhoplova, propuštanjem dužnosti ili nadzora u vezi sa bezbednošću vazdušnog saobraćaja, davanjem netačnih obaveštenja od značaja za bezbedan let vazduhoplova ili na drugi način dovede u opasnost bezbednost vazdušnog saobraćaja. Za osnovni oblik krivičnog dela ugrožavanja bezbednosti vazdušnog saobraćaja propisana je kazna zatvora od jedne do osam godina.

Radnje izvršenja osnovnog oblika oblik krivičnog dela ugrožavanja bezbednosti vazdušnog saobraćaja propisane su opciono. To su: 1) nepropisno ili nepravilno upravljanje letom vazduhoplova, 2) propuštanje dužnosti ili nadzora u vezi sa bezbednošću vazdušnog saobraćaja, 3) davanje netačnih obaveštenja od značaja za bezbedan let vazduhoplova ili 4) dovođenje na drugi način bezbednost vazdušnog saobraćaja u opasnost.

Učinioc osnovnog oblika krivičnog dela ugrožavanja bezbednosti vazdušnog saobraćaja je formalno definisan kao „bilo koje lice“, ali iz samih opciono propisanih radnji izvršenja proizlazi da će se u najvećem broju slučajeva raditi o licima koja imaju određeni status u odnosu na bezbednost vazdušnog saobraćaja, odnosno postupaju kao lica sa određenim dužnostima u vazdušnom saobraćaju, bilo da se radi o pilotima, tehničkom osoblju, kontrolorima leta itd.

Radnje izvršenja osnovnog oblika krivičnog dela ugrožavanja bezbednosti vazdušnog saobraćaja koje su definisane kao nepropisno ili nepravilno upravljanje letom vazduhoplova, te propuštanje dužnosti ili nadzora u vezi sa bezbednošću vazdušnog saobraćaja, nisu formalno definisane kao blanketne norme, ali faktički se te radnje svode na nepostupanje po odgovarajućim propisima koji se alternativno odnose na: 1) upravljanje letom vazduhoplova te 2) propuštanje dužnosti ili nadzora u vezi sa bezbednošću vazdušnog saobraćaja, iz čega proizlazi da one u najvećem broju slučajeva de facto imaju blanketni karakter. Naime, kako upravljanje vazduhoplovima, bilo direktno od strane pilota i drugih članova posade, poput kopilota, tako u upravljanje „letom“ vazduhoplova, kada mogu na relevantan način da deluju i lica koja su van samog vazduhoplova, poput kontrolora leta, a tako i dužnost/nadzor koji se tiču bezbednosti vazdušnog saobraćaja, moraju se nužno sprovesti po određenim procedurama/pravilima, tako da se te radnje izvršenja, jedna definisana

kao činjenje, a druga kao nečinjenje, suštinski svode na kršenje tih procedura/pravila, odnosno nepostupanje po njima.

Same radnje dovođenja u opasnost bezbednosti vazdušnog saobraćaja na drugi način mogu po definiciji biti veoma brojne i raznovrsne. One se mogu ogledati propustima u pogledu tehničkog obezbeđenja vazduhoplova, kada se svode na propuštanje dužnog činjenja (radnja nečinjenja), ili sprovođenje tehničkog obezbeđenja vazduhoplova na pogrešan način, suprotno propisanim standardima, kada imaju karakter činjenja. U svakom slučaju, radnje koje su definisane kao dovođenje u opasnost vazdušnog saobraćaja na drugi način, što je jedna prilično široka formulacija, se prvenstveno tiču tehničkog održavanja vazduhoplova.

Kada se radi o poslednjoj i veoma široko propisanoj radnji izvršenja krivičnog dela ugrožavanja bezbednosti vazdušnog saobraćaja, pod koju se mogu podvesti faktički veoma raznovrsni oblici postupanja/propuštanja dužnog činjenja, a to je dovođenje na drugi način bezbednost vazdušnog saobraćaja u opasnost, jasno je da u obzir kao učinilac i u *de facto* smislu, dolazi u obzir bilo koje lice. To na primer, mogu biti i putnici koji svojim ponašanjem tokom leta, ugrožavaju bezbednost vazdušnog saobraćaja, odnosno konkretnog leta.

Pojam vazdušnog saobraćaja je veoma širok u kontekstu inkriminacije iz člana 291. KZ, tako da on obuhvata ne samo let vazduhoplova, već i svako kretanje vazduhoplova po manevarskim površinama i platformi aerodroma ili letelišta. Stoga se pod vazdušnim saobraćajem podrazumeva kako propisno, tako i nepropisno ili nepravilno upravljanje vazduhoplovom i onda kada se on kreće površinama predviđenim za manevrisanje vazduhoplova ili za njegovo smeštanje na odgovarajuću platformu aerodroma. Kada se radi o radnji upravljanja vazduhoplovom, nju može da preduzme samo letачko osoblje.

Posledica krivičnog dela ugrožavanja bezbednosti vazdušnog saobraćaja je u kontekstu utvrđivanja osnovnog oblika tog krivičnog dela, a pre svega s obzirom na zakonsku formulaciju po kojoj učinilac svojom radnjom dovodi u opasnost bezbednost vazdušnog saobraćaja, definisana kao konkretna opasnost. Radi se dakle, o konkretnoj opasnosti koja je nastupila po vazdušni saobraćaj.

Kada je reč o subjektivnom aspektu zakonske definicije inkriminacije, što znači o obliku krivice koji mora postojati kod učinioaca, osnovni oblik krivičnog dela ugrožavanja bezbednosti vazdušnog saobraćaja može se učiniti samo sa umišljajem.

Lakši oblik krivičnog dela ugrožavanja bezbednosti vazdušnog saobraćaja postoji kada učinilac ispoljava lakši oblik krivice, što znači nehat i on postoji ako je alternativno 1) osnovni oblik krivičnog dela ugrožavanja bezbednosti vazdušnog saobraćaja učinjen iz nehata ili je 2) krivično delo učinjeno nehatnim uništenjem ili oštećenjem uređaja za navigaciju ili nehatnim nanošenjem druge štete na vazduhoplovu. Za lakši oblik krivičnog dela ugrožavanja bezbednosti vazdušnog saobraćaja propisana je kazna zatvora od šest meseci do pet godina.

Izvršenje oba posebna oblika krivičnog dela ugrožavanja bezbednosti vazdušnog saobraćaja zaprećeno je istom kaznom kao i lakši oblik tog krivičnog dela (kazna zatvora od šest meseci do pet godina), iz čega proizlazi da bi se ti posebni oblici u pravno-tehničkom smislu, mogli smatrati i lakšim oblicima krivičnog dela ugrožavanja bezbednosti vazdušnog saobraćaja.

Prvi poseban oblik krivičnog dela ugrožavanja bezbednosti vazdušnog saobraćaja postoji kada učinilac izvrši akt nasilja uperen protiv lica na aerodromu za međunarodni civilni vazdušni saobraćaj koji prouzrokuje ili bi mogao da prouzrokuje tešku telesnu povredu ili smrt nekog lica.

Drugi poseban oblik krivičnog dela ugrožavanja bezbednosti vazdušnog saobraćaja postoji kada učinilac uništi ili ošteti uređaje na aerodromu za međunarodni civilni vazdušni saobraćaj ili vazduhoplovu koji nije u saobraćaju a nalazi se na tom aerodromu ili prekine rad službi na tom aerodromu, ako takav akt ugrožava ili bi mogao da ugrozi bezbednost na tom aerodromu.

Iz ovoga proizlazi da i se drugi posebni oblik krivičnog dela ugrožavanja bezbednosti vazdušnog saobraćaja, može izvršiti nekom od sledećih opciono propisanih radnji izvršenja: a) uništenje/oštećenje uređaja na aerodromu za međunarodni civilni saobraćaj ili uređaja na vazduhoplovu koji nije u saobraćaju, do čega dolazi na samom aerodromu, kao i b) prekid rada službi na aerodromu za međunarodni civilni saobraćaj, ako takav akt ugrožava ili bi mogao da ugrozi bezbednost na tom aerodromu.

5.2. Ugrožavanje bezbednosti vazdušnog ili pomorskog saobraćaja ili nepokretne platforme

Međunarodnopravni osnov za krivično delo ugrožavanja bezbednosti vazdušnog ili pomorskog saobraćaja sadržan je u Montrealskoj konvenciji od 1971. godine, koju je naša zemlja ratifikovala 1972. godine.³⁰ U teoriji se ističe da je ova konvencija bila neophodna, „s obzirom na to da se Haška konvencija ograničila samo na napade izvršene u samom avionu i u cilju preuzimanja kontrole nad vazduhoplovom“, pa je stoga, „otprilike u isto vreme kada i Haška konvencija, usvojena Montrealska konvencija koja je pokrila neke druge oblike napada na civilni vazdušni saobraćaj.“³¹

Novelama Krivičnog zakonika iz 2019. godine (ZID KZ/2019), inkriminacija iz člana 292. KZ, je proširena, tako da obuhvata i ugrožavanje bezbednosti pomorskog saobraćaja i nepokretne platforme, a „povod za to bila je preporuka FATF broj 5 protiv finansiranja terorizma, implementacija Konvencije o suzbijanju nezakonitih akata protiv bezbednosti pomorske plovidbe iz 2005. godine,³² kao i Protokola za suzbijanje nezakonitih akata protiv bezbednosti nepokretnih platformi u kontinentalnom moru iz 2005. godine.“³³

Krivično delo ugrožavanja bezbednosti vazdušnog ili pomorskog saobraćaja ili nepokretne platforme propisano u članu 292. Krivičnog zakonika Srbije, ima jedan

30 Zakon o ratifikaciji Konvencije o suzbijanju nezakonitih akata protiv bezbednosti civilnog vazduhoplovstva („Sl. list SFRJ – međunarodni ugovori“, broj 33/72).

31 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, deveto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2019., str. 924.

32 Zakon o potvrđivanju Konvencije o suzbijanju nezakonitih akata protiv bezbednosti pomorske plovidbe iz 2005. godine („Službeni list SCG – međunarodni ugovori“, broj 2/04 i „Službeni glasnik RS – međunarodni ugovori“, broj 1/10).

33 Z. Stojanović (*Komentar Krivičnog zakonika*), *op.cit.*, str. 924.

osnovni oblik, dva teža oblika i jedan lakši oblik, koji istovremeno predstavlja i poseban oblik tog krivičnog dela.

Osnovni oblik krivičnog dela ugrožavanja bezbednosti vazdušnog ili pomorskog saobraćaja ili nepokretne platforme postoji kada učinilac nasiljem prema licu u vazduhoplovu, na brodu ili nepokretnoj platformi koja se nalazi u epikontinentalnom pojasu, odnosno njihovom teretu, postavljanjem ili unošenjem u vazduhoplov, na brod ili nepokretnu platformu eksplozivne ili druge opasne naprave ili supstance ili uništenjem ili oštećenjem ili ometanjem uređaja za navigaciju ili prouzrokovanjem druge štete vazduhoplovu, brodu ili nepokretnoj platformi dovede u opasnost bezbednost vazdušnog saobraćaja ili pomorske plovidbe ili bezbednost nepokretne platforme. Za osnovni oblik krivičnog dela ugrožavanja bezbednosti vazdušnog ili pomorskog saobraćaja ili nepokretne platforme propisana je kazna zatvora od dve do deset godina.

Radnje izvršenja osnovnog oblika krivičnog dela ugrožavanja bezbednosti vazdušnog ili pomorskog saobraćaja ili nepokretne platforme određene su opciono kao: 1) vršenje nasilja prema licu u vazduhoplovu, na brodu ili nepokretnoj platformi koja se nalazi u epikontinentalnom pojasu, odnosno njihovom teretu, 2) postavljanje ili unošenje u vazduhoplov, na brod ili nepokretnu platformu eksplozivne ili druge opasne naprave ili supstance ili 3) uništenje ili oštećenje ili ometanje uređaja za navigaciju ili 4) prouzrokovanje druge štete vazduhoplovu, brodu ili nepokretnoj platformi.

Posledica krivičnog dela ugrožavanja bezbednosti vazdušnog ili pomorskog saobraćaja ili nepokretne platforme svodi se na prouzrokovanje konkretne opasnosti, time što se radnjom izvršenja dovodi u opasnost bezbednost vazdušnog saobraćaja ili pomorske plovidbe ili bezbednost nepokretne platforme.

Učinioc krivičnog dela ugrožavanja bezbednosti vazdušnog ili pomorskog saobraćaja ili nepokretne platforme može biti bilo koje lice koje preduzme radnju izvršenja tog krivičnog dela, a kada je reč o subjektivnoj komponenti krivičnog dela ugrožavanja bezbednosti vazdušnog ili pomorskog saobraćaja ili nepokretne platforme, odnosno obliku krivice sa kojim se to krivično delo može učiniti, radi se o umišljajnom krivičnom delu.

Oba teža oblika krivičnog dela ugrožavanja bezbednosti vazdušnog ili pomorskog saobraćaja ili nepokretne platforme kvalifikovana su težinom posledice koja nastupi usled izvršenja osnovnog oblika tog krivičnog dela u konkretnom slučaju. Kao i inače, potrebno je da do nastupanja teže posledice dođe usled nehata učinioica koji sa umišljajem izvršava osnovni oblik krivičnog dela ugrožavanja bezbednosti vazdušnog ili pomorskog saobraćaja ili nepokretne platforme.

Prvi teži oblik krivičnog dela ugrožavanja bezbednosti vazdušnog ili pomorskog saobraćaja ili nepokretne platforme postoji ako je usled izvršenja osnovnog oblika tog krivičnog dela alternativno nastupila: 1) teška telesna povreda nekog lica ili je 2) prouzrokovana šteta velikih razmera. Za prvi teži oblik krivičnog dela ugrožavanja bezbednosti vazdušnog ili pomorskog saobraćaja ili nepokretne platforme propisana je kazna zatvora od dve do dvanaest godina.

Drugi teži oblik krivičnog dela ugrožavanja bezbednosti vazdušnog ili pomorskog saobraćaja ili nepokretne platforme, koji predstavlja najteži oblik tog krivičnog dela postoji ako je usled izvršenja osnovnog oblika nastupila smrt jednog ili više lica. Za drugi teži oblik krivičnog dela ugrožavanja bezbednosti vazdušnog ili pomorskog saobraćaja ili nepokretne platforme propisana je kazna zatvora od pet do petnaest godina.

Poseban oblik krivičnog dela ugrožavanja bezbednosti vazdušnog ili pomorskog saobraćaja ili nepokretne platforme, koji u isto vreme predstavlja lakši oblik tog krivičnog dela, postoji kada učinilac preči izvršenjem osnovnog oblika krivičnog dela ugrožavanja bezbednosti vazdušnog ili pomorskog saobraćaja ili nepokretne platforme. Tada je za učinioca propisana kazna zatvora od šest meseci do pet godina.

Kao i inače, kada se radi o sličnim inkriminacijama, odnosno na sličan način formulisanoj osnovnoj sadržini inkriminacija, kod kojih se radnja izvršenja svodi na „pretnju“, potrebno je da učinilac na relevantan način, što znači usmeno ili pismeno, ili čak odgovarajućim gestovima, korišćenjem sredstava javnog informisanja, Interneta, tzv. društvenih mreža itd., kao i uopšte na način koji podrazumeva davanje odgovarajuće izjave, stavlja u izgled da će izvršiti osnovni oblik krivičnog dela ugrožavanja bezbednosti vazdušnog ili pomorskog saobraćaja ili nepokretne platforme. Pretnja učinioca mora biti realna, što znači stvarno ostvariva u konkretnim okolnostima i pod postojećim uslovima, te mora imati potreban stepen ozbiljnosti, što uvek, kao i inače, predstavlja *questio facti*.

5.3. Otmica vazduhoplova, broda i drugog prevoznog sredstva

Otmica vazduhoplova je tipično krivično delo koje ima svoje striktno međunarodnopravno utemeljenje, zasnovano na Haškoj konvenciji o suzbijanju nezakonite otmice aviona iz 1970. godine, koju je još SFRJ ratifikovala („Službeni list SFRJ“, broj 33/72), a kojom je „nezakonita otmica vazduhoplova proglašena za delikt međunarodnog prava, a države potpisnice su se obavezale da u svom nacionalnom zakonodavstvu odrede kao krivično delo svaku nasilnu otmicu vazduhoplova dok se on nalazi u letu“.³⁴ U stvari, tri međunarodne konvencije regulišu problematiku zaštite određenih vidova saobraćaja koji su od posebne važnosti na međunarodnom nivou. To su: Tokijska od 1963, Haška od 1970. i Montrealska od 1971. godine. Kada je reč o krivičnopravnoj zaštiti vazduhoplova od otmice, od najvećeg je značaja Haška konvencija o suzbijanju nezakonite otmice aviona iz 1970. godine.

Kao što se to vidi i iz samog naslova te inkriminacije, krivično delo sadržano u članu 293. Krivičnog zakonika, je u odnosu na nekadašnje krivično delo otmice vazduhoplova značajno prošireno, tako što se kao objekt radnje više ne označava samo/isključivo vazduhoplov, već tu spadaju i brodovi, ali i druga prevozna sredstva, koja imaju javni karakter.

Krivično delo otmice vazduhoplova, broda i drugog prevoznog sredstva propisano u članu 293. Krivičnog zakonika ima jedan osnovni oblik i dva teža oblika.

34 Grupa autora (red. N. Srzentić), (*Komentar KZ SFRJ*), *op.cit.*, str. 736.

Osnovni oblik krivičnog dela otmice vazduhoplova, broda i drugog prevoznog sredstva postoji kada učinilac silom ili pretnjom da će upotrebiti silu preuzme kontrolu nad vazduhoplovom koji se nalazi u letu ili nad brodom u toku plovidbe ili nad drugim javnim prevoznim sredstvom u toku vožnje ili nad nepokretnom platformom u epikontinentalnom pojasu. Za osnovni oblik krivičnog dela otmice vazduhoplova, broda i drugog prevoznog sredstva propisana je kazna zatvora od dve do deset godina.

Učinilac osnovnog oblika krivičnog dela otmice vazduhoplova, broda i drugog prevoznog sredstva može biti bilo koje lice, a radnja izvršenja određena kao prinudno (upotrebom sile/pretnje) preuzimanje kontrole na određenim opcionalno određenim objektima. Radi se o dve vrste objekata, a to su: 1) oni koji predstavljaju određena javna prevozna sredstva, gde spadaju: a) vazduhoplov koji se nalazi u letu ili b) brod koji je u toku plovidbe ili 3) drugo javno prevozna sredstvo u toku vožnje, te 2) nepokretna platforma koja se nalazi u epikontinentalnom pojasu. Po pravilu, izvršilac ovog krivičnog dela „ne upravlja sam vazduhoplovom“ (što se isto odnosi i na oteti brod/drugo javno prevozna sredstvo/nepokretnu platformu u epikontinentalnom pojasu),³⁵ već samo „daje uputstva posadi vazduhoplova, mada nije isključeno da i sam upravlja vazduhoplovom“.³⁶ Krivično delo otmice vazduhoplova, broda i drugog prevoznog sredstva smatra se svršenim momentom kada učinilac faktički ostvari kontrolu nad vazduhoplovom/brodom/drugim javnim prevoznim sredstvom, što predstavlja *questio facti* u svakom konkretnom slučaju.

Objekt radnje krivičnog dela otmice vazduhoplova, broda i drugog prevoznog sredstva mora biti u *odgovarajućem kretanju*,³⁷ svojstvenom prirodi konkretnog javnog prevoznog sredstva, što znači da: 1) vazduhoplov mora biti *u letu*, brod mora da bude *u plovidbi*, kao i 3) drugo javno prevozna sredstvo mora biti *u vožnji*. U stvari, na ovaj se način definiše da se radnja izvršenja mora preduzeti u određeno vreme, a to je ono vreme tokom kojeg je objekt radnje, što znači javno prevozna sredstvo koje se otima, u redovnom kretanju, koje je imanentno prirodi konkretnog prevoznog sredstva – *let* kada se radi o vazduhoplovu, *plovidba* u pogledu broda, te *vožnja*, kada je u pitanju drugo javno prevozna sredstvo. Prema shvatanju koje se „danas može smatrati opšteprihvaćenim, a koje je došlo do izražaja i u članu 3. Haš-

35 Citirani autor (B. Čejović), ovo objašnjava u kontekstu nekadašnje inkriminacije iz člana 240. KZ SFRJ (otmica vazduhoplova), koja se ticala isključivo otmice te vrste javnog prevoznog sredstva, ali se ta konstatacija po logici stvari, u kontekstu krivičnog dela iz člana 293. sada važećeg Krivičnog zakonika Srbije, svakako odnosi i na brodove, kao i druga javna prevozna sredstva, ali i na nepokretnu platformu u epikontinentalnom pojasu.

36 B. Čejović, *Krivično pravo u sudskoj praksi*, druga knjiga, *Posebni deo*, „Jugoslovenski zavod za produktivnost rada“, Beograd, 1988, str. 250.

37 U stvari, objašnjenje stanja objekta radnje na koji je usmerena radnja izvršenja krivičnog dela z člana 293. KZ je ovde pre svega, definisano u jednom „gramatičkom smislu“, a kada se radi o pravnom pogledu na ovo pitanje, nekada u stvari, postoji *fikcija kretanja*, što se očigledno može primetiti na primeru stava kada se smatra da se vazduhoplov nalazi u letu, a to nije onaj momenat kada je vazduhoplov „zaista poleteo“, „otisnuo se sa tla“, odvojio od piste i sl., već je to trenutak kada su nakon definitivnog ukrcavanja putnika i robe, sva spoljna vrata na vazduhoplovu zatvorena, te potom *stanje/vreme leta* traje sve dok neka od tih vrata ne budu otvorena radi iskrcavanja putnika/robe.

ke konvencije, vazduhoplov se nalazi u letu od momenta kada su posle ukrcavanja putnika i robe sva spoljna vrata na njemu zatvorena, pa do momenta kada neka od tih vrata budu otvorena radi iskrčavanja.³⁸ Pored ovoga, „u slučaju prinudnog spuštanja, smatra se da je vazduhoplov u letu sve dok nadležni organ ne preuzme brigu o vazduhoplovu i o licima, odnosno imovini koja se u njemu nalazi.“³⁹

Kada je reč o subjektivnom aspektu krivičnog dela otmice vazduhoplova, broda i drugog prevoznog sredstva, odnosno obliku krivice sa kojim se može učiniti osnovni oblik tog krivičnog dela, radi se o umišljajnom krivičnom delu, a po logici stvari, s obzirom na prirodu radnje izvršenja, učinilac će pretežno postupati sa direktnim umišljajem, mada je u određenim specifičnim okolnostima, moguće zamisliti i da učinilac ovo krivično delo izvrši sa eventualnim umišljajem.

Oba teža oblika krivičnog dela otmice vazduhoplova, broda i drugog prevoznog sredstva kvalifikovana su nastupelim težim posledicama. Neophodno je da teža posledica usled izvršenja osnovnog oblika krivičnog dela otmice vazduhoplova, broda i drugog prevoznog sredstva nastupi usled nehata učinioca, bilo svesnog, bilo nesvesnog.

Prvi teži oblik krivičnog dela otmice vazduhoplova, broda i drugog prevoznog sredstva postoji ako je usled izvršenja osnovnog oblika tog krivičnog dela alternativno: 1) nastupila teška telesna povreda nekog lica ili je 2) prouzrokovana šteta velikih razmera. Za prvi teži oblik krivičnog dela otmice vazduhoplova, broda i drugog prevoznog sredstva propisana kazna zatvora od dve do dvanaest godina.

Drugi teži oblik krivičnog dela otmice vazduhoplova, broda i drugog prevoznog sredstva je najteži oblik tog krivičnog dela i on postoji ukoliko je usled izvršenja osnovnog oblika krivičnog dela otmice vazduhoplova, broda i drugog prevoznog sredstva nastupila smrt jednog ili više lica. Drugi teži oblik krivičnog dela otmice vazduhoplova, broda i drugog prevoznog sredstva zaprećen je kaznom zatvora od pet do petnaest godina.

6. OSVRT NA KRIVIČNO DELO PIRATERIJE U UPOREDNOM KRIVIČNOM PRAVU

U većini modernih krivičnopravnih sistema piraterija je propisana kao posebno krivično delo, kada se, najčešće povezano sa osnovnom sadržinom te inkriminacije, omogućava i primena nacionalnog krivičnog prava prema univerzalnom principu njegovog važenja u prostornom smislu, kada se radi o tom krivičnom delu, što je u krajnjoj liniji neposredno i povezano sa *ratio legis*-om tog krivičnog dela.

Kako u radu, koji ipak nije monografskog karaktera, realno nije moguće u uporednopravnom smislu detaljno analizirati neki relativno veći broj krivičnopravnih sistema, uporednopravna analiza koja se tiče kriminalizacije piraterije će se ograničiti na dva krivična zakonodavstva, koja bi se načelno mogla smatrati tipičnim predstavnicima dva tzv. velika uporednopravna krivičnopravna sistema: 1) evrop-

38 Grupa autora (red. N.Srzentić), (*Komentar KZ SFRJ*), *op.cit.*, str. 736.

39 *Ibidem*.

ske-kontinentalnog, gde spada nemačko krivično zakonodavstvo i 2) anglosaksonskog, čiji je danas dominantan predstavnik – krivično zakonodavstvo Sjedinjenih Američkih Država.

6.1. Piraterija u nemačkom krivičnom zakonodavstvu

Krivično delo piraterije je, iako se ono u nemačkoj krivičnopravnoj teoriji uvek označava kao inkriminacija međunarodnog porekla, propisano u osnovnom izvoru nemačkog krivičnog/kaznenog prava, što znači u Krivičnom/kaznenom zakoniku Nemačke (*StGB*), koji je dominantno nacionalnog karaktera, već po logici stvari, a ne u jednom posebnom izvoru krivičnog prava, koji se tiče međunarodnih krivičnih dela, a to je Međunarodni krivični zakonik Nemačke (*VStGB*).⁴⁰ Tako je učinjeno jer se Međunarodni krivični zakonik u stvari, iako to na prvi pogled ne proizlazi iz njegovog naziva (naslova), ne tiče svih „međunarodnih krivičnih dela“, odnosno svih krivičnih dela koja su utemeljena na delovanju određenih međunarodnopravnih dokumenata, već se taj izvor nemačkog krivičnog prava, isključivo tiče implementacije pravila sadržanih u Rimskom statutu, kojima je s jedne strane, osnovan stalni Međunarodni krivični sud (*ICC*), dok je stoga s druge strane, iz načela komplementarnosti sadržanog u Rimskom statutu, proistekla i dužnost svih država/članica tog Statuta da u svom nacionalnom krivičnom pravu propišu odgovarajuća krivičnopravna pravila (što se pretežno tiče posebnog dela krivičnog prava), koja su suštinski komplementarna pravilima iz Rimskog statuta.

U nemačkoj doktrini, a pre svega u teoriji međunarodnog krivičnog prava, piraterija se (mada taj termin i nije formalno zakonskog karaktera), pre svega spominje u vezi delovanja univerzalnog principa prostornog važenja/dejstva nacionalnog krivičnog prava, u vezi kojeg se ističe da on „dozvoljava gonjenje širom sveta eksteritorijalnih krivičnih dela, nezavisno od mesta izvršenja i državljanstva učinioca.“⁴¹

Inače, krivično delo napada na vazdušni i pomorski saobraćaj propisano odredbama § 316c nemačkog Krivičnog/kaznenog zakonika (*Strafgesetzbuch – StGB*), a koje predstavlja suštinski ekvivalent krivičnom delu piraterije/piratstva, je tako konstruisano da ima širi normativni domet od klasične piraterije, jer se tiče: 1) kako radnji kojima se ispoljava napad na odgovarajući brod/vazduhoplov, nezavisno od teritorije izvršenja delikta, što znači kako onda kada se radi o takvom napadu u „dubokom moru“ – (iz)van teritorije bilo koje države, što je osnovna odlika klasične piraterije u prostornom smislu, iz čega proizlazi delovanje univerzalnog principa prostornog važenja krivičnog prava; 2) tako i radnji kojima se realizuje takva vrsta napada na odgovarajući brod/vazduhoplov u nemačkim teritorijalnim vodama (na teritoriji u odnosu na koju se prostire „državna vlast“), kada se, prema uobičajenim pravilima primenjuje teritorijalni princip prostornog važenja krivičnog prava Nemačke.⁴²

40 A. Eser, und H., Kreicker, (Hrsg.), *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen* (deo koji su pisali: H.Gropengießer und H.Kreicher: *Landesbericht Deutschland*, „Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht“, Freiburg im Breisgau, 2003., str. 67 – 68.

41 K. Ambos, *Internationales Strafrecht – Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht*, 5. Auflage, „Verlag C.H.Beck“, München, 2018., str. 64.

42 Ovo takođe podrazumeva da se u takvom slučaju i inače, radi o krivičnom delu učinjenom na teritoriji u pogledu koje je moguće ustanoviti delovanje teritorijalnog principa važenja nacional-

Slučaj angažovanja nemačkih oružanih snaga (vojske/policije) radi suzbijanja piraterije – sumarni osvrt na analizu Naučne službe nemačkog Bundestaga

U mnogim situacijama kada su poslanici nemačkog Bundestaga suočeni sa određenim pravnim pitanjima od dalekosežnog značaja, a najčešće kada se radi o problemima međunarodnopravnog karaktera,⁴³ a koji po logici stvari, skoro uvek imaju i veoma značajne spoljnopoličke konsekvence, oni se (uglavnom posredstvom poslaničkih grupa), obraćaju posebnoj Naučnoj službi Bundestaga, koja tada izrađuje veoma detaljne izveštaje kojima nastoje da reši konkretno pravno pitanje i time pruži konsultativnu pomoć Bundestagu prilikom vršenja njegovih nadležnosti, a pre svega, u pogledu njegove zakonodavne funkcije. Jedno od takvih pitanja se ticalo ustavno-pravne utemeljenosti angažovanja nemačke vojske i policije u cilju suzbijanja piraterije van nemačke teritorije.

Radilo se o slučaju borbe protiv piraterije u okviru operacije „Atlanta“, koju je sprovodila Evropska Unija, a u o okviru koje su bile angažovane i nemačke oružane snage, tj. pojedine formacije nemačke vojske (*Bundeswehr*) i nemačke policije. U izveštaju Naučne službe Bundestaga zaključeno je između ostalog, da takvo angažovanje nemačkih oružanih snaga, tj. vojske i policije, ima svoje ustavno-pravno opredeljenje, sadržano u članu 24. stav 2. nemačkog Osnovnog zakona (*Grundgesetz – GG*), prema kojem je angažovanje oružanih snaga u okviru sistema kolektivne bezbednosti ustavnopravno dopušteno.⁴⁴

Zaključeno je takođe da za „krivično gonjenje piraterije važi univerzalni ili tzv. svetski princip (*Weltrechts- oder Universalitätsprinzip*), prostornog važenja/dejstva krivičnog prava, koji mogućava da svaka država goni pirate.“⁴⁵ Pored toga, ovde je bilo od značaja i ocena Naučne komisije nemačkog Bundestaga, da su u skladu sa nemačkim ustavnopravnim pravilima, sva pravila predviđena u jednom posebnom

nog krivičnog prava (ne postoji „eksteritorijalna odlika“ klasične piraterije), a iz čega proizlazi i da ako se radi o takvom krivičnom delu učinjenom na teritoriji druge države, postoji pod određenim uslovima propisanim nemačkim krivičnim zakonodavstvom i mogućnost za primenu i drugih (supsidijarnih) principa prostornog važenja nemačkog krivičnog prava.

43 Tako je na primer, nedavno Naučna služba nemačkog Bundestaga izradila izveštaj koji se ticao jednog izuzetno aktuelnog međunarodnopravnog i međunarodno-političkog pitanja. Radilo se o oceni međunarodnopravnih reperkusija vojne obuke ukrajinskih vojnika i oficira u Saveznoj Republici Nemačkoj, uz pružanje materijalno-tehničke pomoći, uključujući oružje i municiju, Ukrajini od strane nemačkih oružanih snaga i uopšte, nemačke države.

Naučna služba Bundestaga je zaključila da samo po sebi pomaganje Ukrajini kao zaraćenoj strani u oružanom sukobu između Rusije i Ukrajine, isporukom oružja i drugih sredstava, Nemačku u međunarodnopravnom smislu ne čini samim tim, državom koja je učesnik oružanog sukoba, odnosno rata, ali da već obuka ukrajinskih vojnika i oficira od strane nemačkih specijalista i na tlu same Nemačke, može da se u međunarodno-pravnom smislu smatra specifičnim učešćem Nemačke u ratu na strani Ukrajine. Naravno, ovo mišljenje Naučne službe nemačkog Bundestaga je samo konsultativnog karaktera i ono formalno ne obavezuje nemačke državne organe, ali ga oni svakako, ali i tradicionalno uzimaju u obzir. Izvor: <https://www.bundestag.de/resource/blob/892384/d9b4c174ae0e0af275b8f42b143b2308/WD-2-019-22-pdf-data.pdf>. Pristupljeno 4. maja 2022.

44 Deutscher Bundestag – Wissenschaftliche Dienste, *Zur Bekämpfung der Piraterie – Völkerrecht, Staatsrecht, Strafrecht*, Berlin, 2009., str. 3.

45 Ibidem.

sporazumu (nastalom međunarodnopravnim mehanizmom „razmene pisama“), između EU i Kenije, a kojim su predviđeni modalitet i uslovi pod kojima se Keniji može predati lice osumnjičeno za pirateriju radi suđenja u toj državi, pri čemu se Vlada Kenije posebno obavezala na poštovanje minimalnih standarda koji se tiču zaštite ljudskih prava.⁴⁶

6.1.1. Normativna konstrukcija krivičnog dela napada na vazdušni i pomorski saobraćaj u nemačkom krivičnom zakonodavstvu

Iako se pojam piraterije/piratstva (*Piraterie*), redovno koristi u nemačkoj krivičnopravnoj teoriji, naročito u teoriji međunarodnog krivičnog prava, pa kao što je to prethodno već objašnjeno i u izveštaju Naučne službe nemačkog Bundestaga, sam izraz „piraterija“ ili „piratstvo“, formalno ne figurira u nemačkom Krivičnom/kaznenom zakoniku, ali to naravno, ne znači da piraterija, iako ne postoji pod tim nazivom, ne egzistira u nemačkom krivičnom zakoniku. Ona postoji u vidu krivičnog dela propisanog odredbama § 316c nemačkog Krivičnog/kaznenog zakonika (*Strafgesetzbuch – StGB*), kojima je propisano krivično delo napada na vazdušni i pomorski saobraćaj (*Angriffe auf den Luft- und Seeverkehr*).⁴⁷

Dakle, iz ovoga proizlazi da se ovde, tj. u odredbama § 316c *StGB*, „pomešano“ radi o „pirateriji“ koja se tiče kako pomorskog, tako i vazdušnog saobraćaja, što je u stvari, jedno šire shvatanje pojma „piraterija/piratstvo“. Pored toga, kao što je već objašnjeno, ovde je reč kombinovano, kako o klasičnoj pirateriji, kada je krivično delo ove vrste izvršeno van teritorije bilo koje države, tako i o napadu na odgovarajući brod/vazduhoplov na nemačkoj teritoriji, odnosno na teritoriji u pogledu koje je moguće ustanoviti delovanje teritorijalnog principa važenja nacionalnog krivičnog prava.

Krivično delo napada na vazdušni i pomorski saobraćaj ima četiri oblika – jedan osnovni oblik, jedan lakši oblik, jedan teži oblik i jedan poseban oblik. Kao i inače, i krivično delo napada na vazdušni i pomorski saobraćaj, kao i svako drugo krivično delo propisano u nemačkom krivičnom zakonodavstvu, sadrži određene elemente svog *bića*, koji su objektivnog karaktera (*Objektiver Tatbestand*) i elemente subjektivnog karaktera (*Subjektiver Tatbestand*).⁴⁸ Ovde posebno treba imati u vidu da se umišljaj i nehat u nemačkom krivičnom pravu smatraju subjektivnim obeležjima krivičnog dela ili tzv. subjektivnim bićem krivičnog dela u odnosu na koje postoji tzv. objektivno biće krivičnog dela.⁴⁹

46 Ibidem.

47 Izvor: <https://dejure.org/gesetze/StGB/316c.html>. Pristupljeno 4. maja 2022. godine.

48 C. Roxin und L. Greco, *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Band I – Grundlage – Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 5. Auflage, „Verlag C.H.Beck“, München, 2020. str. 402.

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

Treba takođe, imati u vidu i da umišljaj i nehat u nemačkom krivičnom pravu *nisu formalno određeni ni kao oblici krivice*, već se, kao što je prethodno već objašnjeno, 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.

U objektivno biće krivičnog dela napada na vazdušni i pomorski saobraćaj (§ 316c Abs. 1 StGB), spadaju *napadni objekt*, tj. „objekt napada“ ove inkriminacije, te *radnja izvršenja*. Napadni objekt (objekt napada) je propisan alternativno i to može da bude: 1) vazduhoplov koji je angažovan u civilnom vazdušnom saobraćaju ili vazduhoplov koji se nalazi u letu ili 2) brod angažovan u civilnom pomorskom saobraćaju.

Radnja izvršenja krivičnog dela napada na vazdušni i pomorski saobraćaj (§ 316c Abs. 1 StGB), propisana je opciono kao: 1) primena sile, 2) isključivanje slobode odlučivanja čoveka, ili 3) preduzimanje druge radnje da bi time postigao neki od opciono definisanih ciljeva, koji se tiču odgovarajućeg delovanja na napadni objekt, gde spada: 1) ostvarivanje vlasti nad prevoznim sredstvom koje je objekt napada (odgovarajući brod/vazduhoplov), 2) uticanje na upravljanje tih prevoznih sredstava, odnosno 3) uništenje ili oštećenje takvog vazduhoplova ili broda (vazduhoplov koji je angažovan u civilnom vazdušnom saobraćaju ili vazduhoplov koji se nalazi u letu ili brod angažovanom u civilnom pomorskom saobraćaju), ili tereta koji se nalazi u takvom prevoznom sredstvu, što učinilac postiže upotrebom vatrenog oružja ili preduzimanjem drugih radnji kojima se izaziva eksplozija ili požar.

Kada se radi o subjektivnom biću krivičnog dela napada na vazdušni i pomorski saobraćaj (§ 316c Abs. 1 StGB), neophodno je da kod učinioaca u pogledu objekta napada i radnje izvršenja, postoji najmanje eventualni umišljaj.⁵⁰

U pogledu „unutrašnjeg bića krivičnog dela“, što je u nemačkoj krivičnopravnoj teoriji drugi izraz za „subjektivno biće krivičnog dela“, pored umišljaja učinioaca, potrebno je i postojanje namere,⁵¹ u smislu „ciljnog usmeravanja volje“ da se ostvari

Pored toga, iako krivica u nemačkom krivičnom pravu nije svrstana u opšti pojam krivičnog dela, tj. ne predstavlja (subjektivni) element opšteg pojma krivičnog dela, te bez obzira što se umišljaj i nehat ne smatraju oblicima krivice, kao što je to slučaj u pozitivnom krivičnom pravu Srbije, 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.

Pored toga, treba imati u kontekstu izvesnog „poređenja“ našeg pozitivnog krivičnog prava u kojem je krivica svrstana među elemente opšteg pojma krivičnog dela (subjektivni element) i nemačkog krivičnog prava, da iako krivica u nemačkom krivičnopravnom sistemu ne predstavlja element opšteg pojma krivičnog dela, njen značaj je ogroman, jer se i nemačko krivično pravo, kao i svako drugo savremeno krivično pravo, temelji na delovanju načela krivice. U nemačkoj krivičnopravnoj teoriji se tako ističe da princip krivice znači da se kazne koje propisuje država mogu utemeljiti jedino na konstataciji da se učiniocu može prebaciti za njegovo delo», pri čemu iz ovog principa s jedne strane, proizlazi da «kazna podrazumeva postojanje krivice, tako da se onaj ko je delovao bez krivice, ne može kazniti», dok to s druge strane označava da «kazna takođe ne sme ni prekoračiti meru krivice.» H.H.Jescheck und T.Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, Fünfte vollständig neuberarbeitete und erweiterte Auflage, „Duncker & Humblot“, Berlin, 1996., str. 23.

50 A.Schönke, und H. Schröder, (Hrsg.) (deo koji je pisao Bernd Hecker), *Strafgesetzbuch – Kommentar*, 30. Auflage, „C.H.Beck“, München, 2019., str. 3089.

51 Citirani autori ovo veoma jednostavno objašnjavaju i time što navode da se u delu zakonske formulacije koristi jezička konstrukcija „...um...zu...“, što bi na srpskom bilo „...da...bi...“, iz čega proizlazi da se određena radnja vrši striktno radi ostvarenja određenog cilja, što znači da bi se zahvaljujući njoj postigao odgovarajući efekat, kojem teži učinilac, odnosno koji je njegova intencija.

vlast nad prevoznim sredstvom koje je objekt napada (odgovarajući brod/vazduhoplov), ili utiče na upravljanje tih prevoznih sredstava, odnosno unište ili oštete takav vazduhoplov ili brod.⁵² Čini se da je ovde izraz „namera“ upotrebljen u smislu objašnjavanja težnje učinioaca da ostvari određeni cilj, koji je element objektivnog bića krivičnog dela, a ne kao pojačavanje i naglašeno ciljno usmeravanje umišljaja, koji bi tada, morao svakako da bude isključivo direktan, a kao što je prethodno objašnjeno (*Schönke/ Schröder* – deo teksta kojeg je napisao *Bernd Hecker*),⁵³ kada se radi o krivičnom delu napada na vazdušni i pomorski saobraćaj (§ 316c Abs. 1 StGB), neophodno je da kod učinioaca u pogledu objekta napada i radnje izvršenja, postoji najmanje eventualni umišljaj.⁵⁴

Osnovni oblik krivičnog dela napada na vazdušni i pomorski saobraćaj (§ 316c Abs. 1 StGB), postoji kada učinilac primeni silu ili isključi slobodu odlučivanja čoveka, ili preduzme druge radnje da bi time postigao neki od sledećih opciono definisanih ciljeva:

- 1) ostvario vlast alternativno nad: a) vazduhoplovom koji je angažovan u civilnom vazdušnom saobraćaju ili vazduhoplovu koji se nalazi u letu ili b) brodom angažovanom u civilnom pomorskom saobraćaju ili
- 2) da bi na takav način uticao na upravljanje tih prevoznih sredstava, odnosno
- 3) da bi takav vazduhoplov ili brod (vazduhoplov koji je angažovan u civilnom vazdušnom saobraćaju ili vazduhoplov koji se nalazi u letu ili brod angažovanom u civilnom pomorskom saobraćaju), ili teret koji se nalazi u takvom prevoznom sredstvu uništio ili oštetio, upotrebom vatrenog oružja ili preduzimanjem drugih radnji kojima se izaziva eksplozija ili požar.

Kada se radi o isključivanju slobode odlučivanja čoveka kao jednoj od alternativno definisanih radnji izvršenja krivičnog dela napada na vazdušni i pomorski saobraćaj (§ 316c Abs. 1 StGB), tu u obzir dolaze „sve forme prinude dok ne prerastu u nasilje/primenu sile“.⁵⁵

Za osnovni oblik krivičnog dela napada na vazdušni i pomorski saobraćaj (§ 316c Abs. 1 StGB), propisana je kazna lišenja slobode od najmanje pet godina.

U nemačkom Krivičnom zakoniku je posebno precizirano da se sa vazduhoplovom u letu izjednačava vazduhoplov u koji su već ušli članovi posade ili putnici, ili čiji je utovar (za)počeo ili koji članovi posade ili putnici još nisu po planu napustili ili čiji istovar po planu još nije završen.

52 K.Lackner, und K. Kühl, (pripremili/napisali K. Kühl und M.Heger, *Strafgesetzbuch – Kommentar*, 29. neu bearbeitete Auflage, „Verlag C.H.Beck“, München, 2018., str. 1773.

53 A.Schönke, und H. Schröder, (Hrsg). (deo koji je pisao Bernd Hecker), op.cit., str. 3089.

54 Naime, u nemačkoj teoriji namera se najčešće smatra najvišim stepenom umišljaja (umišljaj prvog stepena), ili posebnom vrstom umišljaja, a kod nas je ona imanentna određenim krivičnim delima, kao poseban subjektivan element, koji podrazumeva da kao oblik krivice mora postojati direktan umišljaj, koji se pri tom, takvim zahtevom da se krivično delo čini u određenoj nameri, još dodatno *ciljno usmerava* i *pojačava*, pre svega, u odnosu na njegovu voljnu (voluntativnu) komponentu. Uvek kada se krivično delo čini u određenoj nameri, to po definiciji naglašava *subjektivnu* komponentu krivičnog dela, odnosno *krivicu*.

55 A.Schönke, und H. Schröder, (Hrsg). (deo koji je pisao Bernd Hecker), op.cit., str. 3088.

Lakši oblik krivičnog dela napada na vazdušni i pomorski saobraćaj (§ 316c Abs. 2 StGB), postoji kada se radi o manje teškim slučajevima. Za lakši oblik ovog krivičnog dela propisana je kazna lišenja slobode od jedne godine do deset godina.

Teži oblik krivičnog dela napada na vazdušni i pomorski saobraćaj (§ 316c Abs. 3 StGB), kvalifikovan je nastupanjem teže posledice. On postoji kada učinilac izvršenjem osnovnog oblika ovog krivičnog dela prouzrokuje makar iz nehata smrt drugog čoveka.

Za teži oblik krivičnog dela napada na vazdušni i pomorski saobraćaj (§ 316c Abs. 3 StGB), propisana je alternativno kazna lišenja slobode od namanje deset godina ili kazna doživotnog zatvora.

Poseban krivičnog dela napada na vazdušni i pomorski saobraćaj (§ 316c Abs. 4 StGB), svodi se na inkriminisanje pripremanja ovog krivičnog dela, što predstavlja jedan od slučajeva proširenja krivičnopravne zone u nemačkom krivičnom zakonodavstvu, slično kao i kada se radi o nekim drugim krivičnim delima, poput terorizma, odnosno krivičnih dela terorističkog karaktera.

Ovaj poseban oblik krivičnog dela napada na vazdušni i pomorski saobraćaj (§ 316c Abs. 4 StGB), postoji kada učinilac radi pripremanja krivičnog dela napada na vazdušni i pomorski saobraćaj opciono preduzima neku od sledećih radnji: 1) nabavlja za sebe ili drugog, 2) čuva ili 3) drugom prepušta. Ove radnje se opciono tiču: a) vatrenog oružja, b) eksploziva ili v) druge materije ili uređaja namenjenih za izazivanje eksplozije ili požara.

Za poseban oblik krivičnog dela napada na vazdušni i pomorski saobraćaj, koji se u sadržinskom smislu svodi na pripremanje tog krivičnog dela, propisana je kazna lišenja slobode od šest meseci do pet godina.

6.2. Piraterija u krivičnom pravu Sjedinjenih Američkih Država

Piraterija je krivično delo koje u krivičnom pravu Sjedinjenih Američkih Država predstavlja veoma tipičan primer delovanja podeljene jurisdikcije, koja proizlazi iz federativnog karaktera SAD, gde je ovo krivično delo oduvek, što znači od prvih decenija nastanka SAD, te formiranja pravnog sistema te države, bilo tipično krivično delo saveznog karaktera, što naravno, neposredno proizlazi iz sadržine i karaktera te inkriminacije.

Kada je reč o pirateriji kao saveznom krivičnom delu u SAD, ona kao i neka druga krivična dela, propisana na saveznom nivou (gde su posebno tipični primeri veleizdaja i špijunaža), podrazumeva i primenu koncepcije o „jedinstvenom izvršiocu“, koja je inače, prisutna i kao vid tzv. savremenog američkog pristupa u odnosu na problematiku učestovanja više lica u ostvarenju/izvršenju/činjenju krivičnog dela.

6.2.1. Koncepcija o jedinstvenom izvršiocu kada se radi o pirateriji u krivičnom pravu SAD

Savremeni „američki pristup“ krivičnopravnom problemu učestovanja više lica u ostvarenju/izvršenju/činjenju krivičnog dela, svodi se na koncepciju o „jedinstvenom izvršiocu“ i on je kao takav prihvaćen u mnogim državama u sastavu

SAD, a izvorno potiče iz pravila sadržanih u „drevnom“ „Saveznom krivičnom zakonu“ (the *Federal Criminal Code of 1790*), koji je bitno modifikovan u 20. veku, što znači 1909. godine i posebno 1948. godine. Odredbe ovog važnog saveznog zakona, iako se formalno tiču relativno uskog kruga krivičnih dela, koja imaju izrazito savezni značaj, poput piraterije, veleizdaje itd., ostvarile su i ostvaruju snažan uticaj i na važeća savremena krivična zakonodavstva i praksu većine država SAD.⁵⁶

Još 1790. godine, dakle već tokom trajanja „pionirskog vremena“ nezavisnih SAD, prvim posebnim zakonom saveznog ranga,⁵⁷ Sjedinjenih Američkih Država, kojim su propisana neka savezna krivična dela, utvrđena su i osnovna pravila koja se odnose na odgovornost saučesnika u pogledu tih krivičnih dela. Tim pravilima je propisano da je za krivična dela poput ubistva ili razbojništva na kopnu ili moru, zločin piratstva na moru, veleizdaju itd., odgovoran kako onaj ko takvo krivično delo izvrši, tako i svako ko pomogne prilikom izvršenja krivičnog, naredi njegovo izvršenje ili savetuje kako da se takvo krivično delo izvrši. Taj davnašnji zakon je potom modifikovan u određenoj meri 1909 godine,⁵⁸ tako što je u potrebnoj meri „osavremenjen jezik zakonodavca“, ali je pri tom, suština ostala ista,⁵⁹ a to je da se kako pomagači, tako i podstrekači, smatraju načelno (pod)jednako odgovornim za krivično delo, u odnosu na koje su preduzimali svoje pomagačke/podstrekačke radnje, kao i sam izvršilac krivičnog dela, zbog čega je propisano i isto kažnjavanje kako izvršioca krivičnog dela, tako i saučesnika.

Sadržina tog specifičnog „Saveznog krivičnog zakona“ (the *Federal Criminal Code of 1790*) je potom, nakon amandmana iz 1909. godine, još dodatno precizirana izmenama tog zakona iz 1948. godine,⁶⁰ kada je u cilju postizanja dodatne jasnoće jezika/namere zakonodavca propisano da se učiniocem/izvršiocom krivičnog dela smatra ne samo svako ko direktno izvrši krivično delo, već i onaj ko pomogne bilo fizički, bilo psihičkim „podupiranjem“ izvršenje krivičnog dela, ili ko drugom izdaje naredbu da izvrši krivično delo ili ga podstiče/podstrekava na izvršenje krivičnog dela, ali će se takođe učiniocem/izvršiocom krivičnog dela smatrati i svako ko voljno prouzrokuje izvršenje krivičnog dela, a u pogledu kojeg bi, da ga je neposredno izvršio, postojala krivica takvog učinioca. Dakle, na ovaj je način uz propisivanje kažnjavanja klasičnih saučesničkih radnji u vidu pomaganja/podstrekavanja, još i dodatno precizirana odgovornost posrednog izvršioca, a suština je da se sva lica koja preduzmu bilo koju od tih radnji pomaganja, podstrekavanja ili radnju kojom posredno izvršava krivično delo, kažnjavaju isto kao i neposredni izvršioци krivičnog dela.

56 M.Škulić, *Osnovi krivičnog prava Sjedinjenih Američkih Država*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021., str. 68 – 70.

57 To je *The Crimes Act of 1790 (the Federal Criminal Code of 1790)*, koji je formalno naslovljen kao *Akt o kažnjavanju određenih zločina protiv Sjedinjenih Država (An Act for the Punishment of Certain Crimes Against the United States)*.

58 18 U.S.C. § 550.

59 Radi se o sledećoj formulaciji: ... *a statute which included the modern language of* “Whoever aids, abets, counsels, commands, induces, or procures the commission of an offense is a principal.”

60 Tada § 550 postaje odredba 18 U.S.C. § 2(a). Section 2(b).

Problematika jedinstvenog izvršioca krivičnog dela kako se on definiše i kada se radi o pirateriji je posebno značajna kada se radi o pomaganju kao obliku učestvovanja u krivičnom delu. Suština pomaganja kao vida učestvovanja u krivičnom delu/doprinošenja krivičnom delu, koje postoji u *dva osnovna oblika* (*aiding and abetting*), sastoji se u radnjama određenog lica kojima se olakšava ili omogućava krivično delo na koje je pomaganje usmereno (*actus reus*), pri čemu pomagač mora ispoljavati i odgovarajući subjektivni odnos kako prema sopstvenom delovanju (pomaganje), tako i u odnosu na krivično delo kojem svojim pomagačkim radnjama doprinosi, što predstavlja *mens rea* komponentu pomaganja. U odnosu na ovo pitanje postoje značajne razlike u zakonodavstvima pojedinih država u sastavu SAD, a prema klasičnoj *common law* koncepciji, radnje pomaganja mogu biti tretirane i kao radnje delovanja izvršioca/učinioca drugog stepena ili se može raditi o različitim oblicima doprinošenja krivičnom delu pre ili posle njegovog izvršenja.⁶¹ Takođe, zavisno od konkretne uloge lica koje inače sadržinski deluje kao pomagač, njegovo učestvovanje u krivičnom delu, može da se u krivičnopravnom smislu tretira i kao „zavereničko“, odnosno kao učestvovanje u zaveri, koja već predstavlja kako jedan od oblika preliminarnog/nekompletnog krivičnog dela, tako i mehanizam značajnog proširenja krivične odgovornosti. Sve ovo je tipično kada se radi o pirateriji kao krivičnom delu prema pravilima saveznog krivičnog zakonodavstva SAD.

Konačno, iz drevnog normativnog rešenja sadržanoj u zakonu koji potiče iz 18. veka, proistekao je i specifičan savremeni „američki pristup“, koji se svodi se na koncepciju o „jedinstvenom izvršiocu“ i on je kao takav prihvaćen u mnogim državama u sastavu SAD. Suština koncepcije o *jedinstvenom učiniocu krivičnog dela*, koja se primenjuje i kada se radi o krivičnom delu piraterije, je da se učiniozem/izvršiozem krivičnog dela smatra ne samo svako ko direktno izvrši krivično delo, već i onaj ko pomogne bilo fizički, bilo psihičkim „podupiranjem“ izvršenje krivičnog dela, ili ko drugom izdaje naredbu da izvrši krivično delo ili ga podstiče/podstrekava na izvršenje krivičnog dela, ali se takođe učiniozem/izvršiozem krivičnog dela smatra i svako ko voljno prouzrokuje izvršenje krivičnog dela, koje je neposredno izvršilo drugo lice. Na ovaj je način, uz propisivanje kažnjavanja klasičnih saučesničkih radnji u vidu pomaganja/podstrekavanja, još i dodatno precizirano postojanje odgovornosti posrednog izvršioca. Suština ovih pravila svodi se na *kažnjivost* svih relevantnih radnji koje su doprinele krivičnom delu. To znači da se načelno jednako kažnjavaju sva lica koja preduzmu bilo koju od tih relevantnih radnji, gde se osim radnje izvršenja, tu u istoj ravni navode i radnje pomaganja, podstrekavanja, kao i radnja kojom se posredno izvršava krivično delo.⁶²

61 D.Hall, *Criminal Law and Procedure*, „Lawyers Cooperative Publishing“ & „Delmar Publishers“, New York, 1992, str. 234.

62 The *United States Code (U.S.C.)*, section two of title 18: (a) Whoever commits an offense against the United States or aids, abets, counsels, commands, induces or procures its commission, is punishable as a principal; (b) Whoever willfully causes an act to be done which if directly performed by him or another would be an offense against the United States, is punishable as a principal.

6.2.2. Osnovni elementi piraterije kao krivičnog dela u krivičnom pravu SAD

Piraterija se u Krivičnom zakonu SAD definiše na jedan izrazito kazuistički način, koji je i inače, tipičan za anglosaksonsku normativnu pravnu tehniku. Prvo se krivično delo piraterije definiše u opštem smislu, a potom se posebno definiše čitav niz različitih varijanti piraterije, počev od kategorije učinilaca (građani/državljeni SAD ili stranci), pa do načina izvršenja tog krivičnog dela itd.

6.2.2.1. Opšta definicija piraterije u krivičnom pravu SAD

U Krivičnom zakonu SAD se opšta definicija piraterije zasniva na upućivanju na „pravo nacija“, što se svodi na međunarodne pravne izvore, uz propisivanje da se mora raditi o krivičnom delu učinjenom na „dubokom moru“, što znači van jurisdikcije kako samih SAD, tako i bilo koje druge države, te da je potom, neophodno da se učinilac takvog krivičnog dela, nakon što je učestvovao u njegovom izvršenju, bude doveden u SAD ili tamo bude pronađen.

U Krivičnom zakonu SAD (18 U.S. Code § 1651 – *Piracy under law of nations*),⁶³ propisano je da će svako ko na dubokom moru, izvrši krivično delo piraterije, kako je ono definisano pravom nacija i ko nakon toga bude doveden u SAD, ili tamo bude pronađen, biti kažnjen kaznom doživotnog zatvora.

Sušтина ove opšte definicije piraterije u Krivičnom zakonu SAD je njena zasnovanost na osnovnom međunarodnom izvoru koji se tiče piraterije, a to je Konvencija UN o pravu mora, što je potvrđeno i u nekim novim odlukama sudova u SAD koje se odnose na pirateriju.⁶⁴

Piraterija se shodno tome sastoji: (a) u bilo kojem protivpravnom aktu nasilja ili oduzimanja slobode ili bilo kojem aktu razaranja, učinjenom od strane posade privatnog broda i u privatne svrhe, a koji je preduzet: (i) na dubokom moru, protiv drugog broda ili protiv lica ili robe na takvom brodu; (ii) protiv broda, lica na brodu, na mestu koje je izvan jurisdikcije bilo koje države; (b) bilo koji akt dobrovoljnog učestvovanja u delovanju broda u pogledu kojeg učinilac zna da se radi o piratskom brodu, kao i (c) bilo koji akt podsticanja ili namernog pomaganja bilo koje od prethodno opisanih radnji.

6.2.2.2. Državljeni SAD kao pirati

U Krivičnom zakonu SAD (18 U.S. Code § 1652 – *Citizens as pirates*),⁶⁵ propisuje se slučaj kada je učinilac krivičnog dela piraterije državljanin/građanin SAD, pri čemu se kao oblici piraterije propisuju opciono: 1) ubistvo, 2) razbojništvo ili 3) bilo koji drugi čin neprijateljstva prema SAD ili protiv njenih građana izvršen na

63 Izvor: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1651>. Pristupljeno 3. maja 2022. godine.

64 *United States v. Dire*, (4th Cir.2012). According to the U.N. Convention on the Law of the Sea – UNCLOS: i *United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit – U.S. of America, Appellant v. Ali Mohamed ALI, Also Known as Ahmed Ali Adan, Also Known as Ismail Ali, Appellee*.

65 Izvor: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1652>. Pristupljeno 3. maja 2022. godine.

dubokom moru, bez obzira na zastavu broda napadača ili pripadnost broda bilo kojoj državi, te nezavisno od toga da li je učinilac delovao pod komandom bilo kojeg drugog lica. Učiniocu piraterije koji je državljanin SAD zaprećena je kazna doživotnog zatvora.

6.2.2.3. Stranci kao pirati

U Krivičnom zakonu SAD (18 U.S. Code § 1653 – *Aliens as pirates*),⁶⁶ propisuje se slučaj kada je učinilac krivičnog dela piraterije stranac, što znači lice koje nije državljanin/građanin Sjedinjenih Američkih Država.

Propisano je da će se svako ko je građanin ili državljanin (podanik) bilo koje druge strane države, a ko se zatekne ili nađe na moru vodeći rat protiv SAD, ili ko krstari protiv američkih brodova i njihove imovine ili građana SAD, što čini suprotno odredbama bilo kojeg važećeg ugovora između SAD i države čiji je državljanin učinilac, a kojima se takva dela propisuju kao piratstvo, smatrati piratom, te će biti kažnjen kaznom doživotnog zatvora.

6.2.2.4. Naoružavanje pirata ili delovanje u službi pirata

Odredbom kojom se posebno uređuje kažnjavanje za naoružavanje ili delovanje u odgovarajućoj službi pirata se u stvari, određeni oblik saučesništva definiše kao oblik izvršenja krivičnog dela piraterije, u skladu sa prethodno već objašnjenom koncepcijom o *jedinstvenom izvršiocu*, što je i inače, tipično za opšta pravila Krivičnog zakona SAD, mada je inače, kada se radi o konkretnoj odredbi koja se bavi naoružavanjem pirata ili drugom vrstom „službe“ u korist pirata, za učinioce tog oblika piraterije, propisana blaža kazna, nego za „prave“ („klasične“) učinioce piraterije, tj. „pirate“.

U Krivičnom zakonu SAD (18 U.S. Code § 1654 – *Arming or serving on privateers*),⁶⁷ propisuje se nekoliko varijanti piraterije koja se ne tiče neposrednih „piratskih akata“, već se svodi na određene radnje koje su saučesničkog karaktera ili su adhezivne u odnosu na radnju izvršenja, ili su oblici pripremanja/pokušaja krivičnog dela.⁶⁸ To su: 1) kada učinilac krivičnog dela piraterije koji je državljanin SAD, oprema ili naoružava piratski brod ili pirata, ili se time bavi, odnosno pokušava da to čini, u nameri da se takav brod koristi za krstarenje protiv građana SAD ili njihove imovine ili akte neprijateljstva prema građanima SAD ili njihovoj imovini; 2) kada učinilac preuzme komandu nad piratskim brodom ili stupi na njega u nameri da njime komanduje, kao i 3) kada učinilac „kupi“ određeni „interes“ u piratskom plovilu/brodu radi učestvovanja u dobiti stečenoj piraterijom, što se praktično svodi na investiranje u pirateriju. Za ove oblike piraterije propisana je kazna zatvora do deset godina ili novčana kazna, a moguće je i kumulativno kažnjavanje kako kaznom zatvora, tako i novčanom kaznom.

66 Izvor: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1653>. Pristupljeno 3. maja 2022. godine.

67 Izvor: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1654>. Pristupljeno 2. maja 2022. godine.

68 Inače, za razliku od većine drugih situacija koje se tiču inkriminacije piraterije u Krivičnom zakonu SAD (U.S. Code), koje su u odnosu na izvorni tekst ovog zakona, koji potiče još iz 18. veka, redefinisane 1948. godine, ovaj oblik piraterije kao i neki drugi, poput oblika korupcije komandanta, mornara itd., modifikovan je u znatno novije vreme – tokom 1994. godine.

6.2.2.5. Napad na komandanta kao vid piraterije

U Krivičnom zakonu SAD (18 U.S. Code § 1655 – *Assault on commander as piracy*),⁶⁹ propisuje se poseban oblik piraterije koji je povezan sa specifičnom funkcijom kapetana i uopšte, „oficira“, tj. komandanata na brodu, iz čega proizlazi i potreba da se oni posebno zaštite i krivičnim pravom.

Ovaj oblik piraterije koji je zaprećen kaznom doživotnog zatvora postoji kada učinilac koji je mornar, ispolji nasilje prema svom komandantu da bi ga onemogućio ili sprečio u njegovoj borbi radi odbrane broda ili robe koja mu je poverena.

6.2.2.6. Konverzija ili predaja plovila kao piraterija

U Krivičnom zakonu SAD (18 U.S. Code § 1656 – *Conversion or surrender of vessel*),⁷⁰ propisuje se poseban oblik piraterije koji može izvršiti samo učinilac koji ima određeni komandni/hijerarhijski status, a samo krivično delo je adhezionog karaktera u odnosu na neposredno izvršenje piraterije.

Učinilac koji je kapetan ili drugi marinski oficir na plovilu koje se nalazi na dubokom moru ili u bilo kojim drugim „vodama“ koje su unutar jurisdikcije SAD u skladu sa pravilima admiraliteta i mornaričkim pravilima, kažnjava se kaznom zatvora do deset godina ili novčanom kaznom, a može biti kažnjen i kumulativno kako kaznom zatvora tako i novčanom kaznom, kada se radi o nekoj od sledećih alternativno propisanih situacija: 1) kada učinilac na piratski način ili postupajući prestupnički, otplovi sa brodom ili sa robom na brodu čija je vrednost veća od 50 dolara ili 2) ukoliko učinilac plovilo dobrovoljno preda piratu.

6.2.2.7. Korumpiranje mornara/nadležnih na plovilu i udruživanje sa piratima

Poseban oblik piraterije propisan u Krivičnom zakonu SAD (18 U.S. Code § 1657 – *Corruption of seamen and confederating with pirates*),⁷¹ postoji kada se posada broda, što znači mornari i drugi koji imaju određen nadležnosti na brodu, korumpiraju od strane pirata ili pirati sa posadom broda ostvaruju drugu vrstu zabranjenih konekcija.

U Krivičnom zakonu SAD ((18 U.S. Code § 1657), propisano je da se će se onaj ko podmiti/korumpira komandanta broda, oficira ili mornara na brodu, da otplove sa brodom ili robom bilo koje vrste ili da brod pretvore u piratski ili da trguju sa piratima, odnosno ostvare savez sa piratima, ili sa njima na bilo koji način saraduju, znajući da se radi o piratima, kazniće se kaznom od najmanje tri godine zatvora. Tom kaznom se kažnjava i učinilac koji pirate snabdeva municijom, namirnicama ili potrepštinama bilo koje vrste, kao i onaj ko opremi plovilo tako da može poslužiti piratima, kao i onaj ko pirate savetuje, ili sa njima saraduje na bilo koji način, znajući pri tom da se radi o piratima.

69 Izvor: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1655>. Pristupljeno 2. maja 2022. godine.

70 Izvor: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1656>. Pristupljeno 2. maja 2022. godine.

71 Izvor: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1657>. Pristupljeno 3. maja 2022. godine.

6.2.2.8. Pljačka nasukanih/havarisanih brodova – „piratsko lešinarenje“

Poseban oblik piraterije propisan u Krivičnom zakonu SAD svodi se na svojevrsno „lešinarenje“ (18 U.S. Code § 1658 – *Plunder of distressed vessel*).⁷²

Ovaj oblik piraterije koji je zaprećen kaznom od najmanje deset godina zatvora, postoji kada učinilac opljčka brod koji je nasukan, oštećen, napušten, ili je u vidu brodske olupine ili krade robu sa takvog broda, uzima je sa obale na koju ju je nanelo more nakon što je brod potopljen i sl., a radi se o bilo kojem mestu koje je unutar zone pod nadležnošću admiraliteta i mornaričkih vlasti SAD. Teži oblik ovog vida piraterije postoji kada učinilac radi izvršenja piraterije i postupajući voljno spreči neko lice da spasavajući život napusti brod koji je ugrožen ili olupinu broda, kao i kada se koriste lažni signali radi dovođenja broda u opasnost.

6.2.2.9. Napad na plovilo radi pljačkanja

Napad na plovilo u cilju da se ono opljačka je u suštini klasičan oblik piraterije, propisan u Krivičnom zakonu SAD (18 U.S. Code § 1659 – *Attack to plunder vessel*).⁷³ Ovaj oblik piraterije postoji kada učinilac na dubokom moru ili drugoj vodi koja je unutar nadležnosti admiraliteta i mornaričkih vlasti SAD, koristeći iznenađenje ili direktnu silu, maliciozno napadne plovilo koje pripada nekom drugom, da bi ga opljačkao ili da bi ga oteo u nameri da od vlasnika zatraži otkup ili da bi ukrao robu sa broda.

6.2.2.10. Prikrivanje kao oblik piraterije

Poseban oblik piraterije propisan u Krivičnom zakonu SAD (18 U.S. Code § 1660 – *Receipt of pirate property*),⁷⁴ svodi se na prikrivanje, koje je zaprećeno kaznom zatvora do deset godina.

Oblik piraterije u Krivičnom zakonu SAD, koji se sadržinski svodi na varijantu prikrivanja (18 U.S. Code § 1660), postoji kada učinilac postupajući protivpravno, primi ili preuzme bilo koje plovilo, robu ili drugu imovinu koja je pribavljena izvršenjem piraterije, pri čemu učinilac ima saznanje o tome.

6.2.2.11. Razbojništvo na obali/kopnu kao oblik piraterije

Ovaj oblik piraterije propisan u Krivičnom zakonu SAD (18 U.S. Code § 1661 – *Robbery ashore*),⁷⁵ postoji kada se učinilac koji je prethodno bio angažovan u piratskom „krstarenju“ ili drugoj vrsti piratskog „poduhvata“, ili je bio član posade piratskog broda, iskrca sa tog broda, te na obali/kopnu izvrši razbojništvo. Takav se učinilac smatra piratom, te se kažnjava kaznom doživotnog zatvora.

72 Izvor: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1658>. Pristupljeno 3. maja 2022. godine.

73 Izvor: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1659>. Pristupljeno 3. maja 2022. godine.

74 Izvor: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1660>. Pristupljeno 3. maja 2022. godine.

75 Izvor: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1661>. Pristupljeno 4. maja 2022. godine.

6.2.3. Nova sudska praksa u SAD koja se odnosi na pirateriju

Kao što je to već objašnjeno u prethodnom tekstu, piraterija je veoma star fenomen, poznat još u antičko doba, a kada je reč o SAD, osnovni izvor krivičnog prava koji se odnosi na pirateriju kao krivično delo, potiče još iz 18. veka.

Pored toga, danas postoje i sasvim novi i aktuelni slučajevi piraterije (u prethodnom tekstu se to takođe objašnjava), što je i krivičnom pravosuđu SAD dalo prilike da se bavi tim fenomenom, koji ima i svoju izraženu međunarodno-krivičnopravnu komponentu. Dva su slučaja posebno interesantna. To su: 1) *U.S. v. Ali* – 2013 i 2) *U.S. v. Said* – 2015.

Osnovna karakteristika oba interesantna slučaja suđenja piratima u 21. veku u SAD (*U.S. v. Ali* – 2013 i *U.S. v. Said* – 2015), je da su okrivljeni krivično gonjeni, optuženi i osuđeni u SAD za krivično delo piraterije, iako su bili strani državljani, a krivično delo su učinili van teritorije SAD, te pirateriju nisu neposredno usmerili protiv SAD, tj. njenih brodova, državljana ili robe, te ni inače, nije postojala bilo kakva „konekcija“ sa Sjedinjenim Američkim Državama.

Sušтина je dakle, kada se radi o slučajevima *U.S. v. Ali* – 2013 i *U.S. v. Said* – 2015, primarno bila u primeni univerzalne jurisdikcije u odnosu na pirateriju, što se i inače, smatra osnovnom odlikom piraterije kao međunarodnog krivičnog dela, odnosno dominantnom odlikom krivičnog dela ove vrste koje ima međunarodnu prirodu.

6.2.3.1. Slučaj *U.S. v. Ali* (2013)

Sušтина slučaja *U.S. v. Ali* (2013), svodi se na ulogu Ali Mohamed Alija (Ali Mohamed Ali) u konkretnom aktu piraterije, što se ogledalo u tome što je on pomogao jednoj bandi somalijskih pirata da napadnu i zaplene jedan danski trgovački brod, koji je plovio pod zastavom Bahama, a čiju su posadu sačinjavali uglavnom ruski državljani. Ali je konkretno optužen da je operativno pomogao piratima, tako što je delovao kao pregovarač radi plaćanja „otkupa“ piratima za brod, robu i posadu. Ono što ovaj slučaj čini posebno interesantnim, pa donekle i bizarnim je što osumnjičeni u međuvremenu postaje ministar za obrazovanje jednog regiona Somalije, a nadležni savezni organi u SAD to koriste na specifičan način, tako što se organizuje da on bude zvanično pozvan u SAD da bi održao govor na jednoj potpuno izmišljenoj međunarodnoj konferenciji. Ali je naseo na ovu „zamku“, doputovao u SAD da bi održao „govor na konferenciji“, ali je naravno, uhapšen čim je stupio na tlo SAD.

U žalbenom postupku je Alijeva odbrana insistirala na tome da je sud prihvatio preterano široku definiciju piraterije, kao i da je krivično gonjenje za akte koji su međunarodnog karaktera u ovom slučaju predstavljalo kršenje prava na pravičan postupak, ali ti argumenti nisu prihvaćeni od strane Apelacionog suda Kolumbije.⁷⁶

⁷⁶ United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit – UNITED STATES of America, Appellant v. Ali Mohamed ALI, Also Known as Ahmed Ali Adan, Also Known as Ismail Ali, Appellee.

6.2.3.2. Slučaj U.S. v. Said (2015)

Za razliku od slučaja U.S. v. Ali (2013), kod kojeg ne postoji bilo kakva veza između piraterije i SAD, u slučaju U.S. v. Said (2015), takva veza inicijalno postoji. Naime, mali piratski brod je u zalivu Aden otvorio vatru na jedan američki bojni brod (*the U.S.S. Ashland*), što su pirati učinili u zabludi, pogrešno verujući da napadaju trgovački brod. Američki ratni brod uzvraća vatru, ubija jednog od pirata, te zatim američka posada hapsi posadu piratskog broda. Svi pirati su bili državljani Somalije. Potom su u SAD Somalijci optuženi za pirateriju kao krivično delo međunarodnog karaktera ("piracy as defined by the law of nations"), propisano u SAD saveznim krivičnim pravom. Odbrana je osporila optužbu za pirateriju tvrdeći da Somalijci nisu oteli ni brod, niti posadu, te tvrdeći da optužba prekoračuje ono što je zakonska definicija piraterija. Apelacioni sud nije prihvatio te navode, te je potvrdio presudu prvostepenog suda.⁷⁷

Posebno je interesantno u slučaju U.S. v. Said (2015), da je u prvostepenom postupku sud zaključio da nema uslova za izricanje kazni doživotnog zatvora optuženima za pirateriju, iako je takva kazna Krivičnim zakonom SAD propisana kao obavezna, jer je sud prihvatio navode odbrane, koja je tvrdila da je takvo kažnjavanje suviše strogo, te da predstavlja kršenje Osmog amandmana na Ustav SAD, koji zabranjuje surovo i neuobičajeno kažnjavanje, ali to nije prihvatio apelacioni sud, koji je u tom delu preinačio prvostepenu presudu, te su optuženima u finalnom ishodu izrečene kazne doživotnog zatvora.⁷⁸

ZAKLJUČAK

Piraterija je veoma interesantan međunarodno-krivičnopravni pojam, što proističe kako iz drevne istorije piraterije, shodno čemu se ona tradicionalno smatra najstarijim i klasičnim međunarodnim krivičnim delom, tako i iz suštinskog *ratio legis*-a inkriminisanja piraterije u nacionalnim krivičnopravnim sistemima, na temelju određenih međunarodnopravnih dokumenata, a to je omogućavanje da se

77 United States Court of Appeals, Fourth Circuit. UNITED STATES of America, Plaintiff–Appellant, v. Mohamed Ali SAID, a/k/a Mohammed Said, a/k/a Maxamad Cali Saciid; Mohamed Abdi Jama, a/k/a Mohammed Abdi Jamah; Abdicasiis Cabaase; Abdi Razaq Abshir Osman, a/k/a Abdirasaq Abshir; Mohamed Farah, a/k/a Mahamed Farraah Hassan, Defendants–Appellees at all.

78 Ovde se formalno ne radi o kršenju zabrane sadržane u načelu *ne bis in idem* (*prohibition of double jeopardy*), jer ona važi u krivičnopravnom sistemu SAD, samo kada se radi o slučaju da je optuženi oslobođen u prvostepenom postupku, pre svega, tokom porotnog suđenja, te nakon toga ne može biti ponovo krivično gonjen/optužen/osuđen za isto krivično delo. Više o tome: M. Škulić, „Načelo ne bis in idem – sa stanovišta normi srpskog kaznenopravnog sistema, ustavnopravne prakse i stavova Evropskog suda za ljudska prava“, *Bilten Vrhovnog kasacionog suda*, broj 2/2019, Beograd, 2019., str. 217 – 283.

Naime, u ovom slučaju se radilo o specifičnoj situaciji da je za krivično delo piraterije, tj. konkretan oblik piraterije, po zakonu propisano obavezno izricanje kazne doživotnog zatvora, što je propustio da učini prvostepeni sud, smatrajući da bi to bilo suprotno Osmom amandmanu na Ustav SAD, ali je takvu presudu u pogledu kazne, preinačio svojom presudom apelacioni sud, koji je zaključio da iz imperativnih zakonskih odredbi proizlazi obavezno izricanje kazne doživotnog zatvora.

u odnosu na pirateriju ispolji univerzalni princip prostornog važenja/dejstva nacionalnog krivičnog prava. Ovo je od samih početaka definisanja piraterije kao krivičnog dela bilo suštinski uslovljeno jednom dominantnom i veoma upadljivom prostorno-geografskom komponentom, koja je imala značajne pravne reperkusije, a to je da se piraterija najčešće realizovala na „dubokom moru“, što znači na području izvan „nacionalne jurisdikcije“, tj. na teritoriji koja nije bila „pokrivena“ važenjem/delovanjem bilo kojeg nacionalnog krivičnog prava.

Da bi se izbeglo nekažnjavanje pirata zato što se na njih ne bi moglo primeniti ni jedno nacionalno krivično pravo, pristupilo se iz krajnje praktičnih razloga, definisanju pirata kao univerzalnih „neprijatelja ljudskog roda“, iz čega je naravno, konsekvantno proisteklo i pravilo o važenju i mogućnosti prostornog delovanja nacionalnog krivičnog prava prema univerzalnom principu, kada se radi o krivičnom gonjenju/osudi pirata i uopšte, krivičnom delu piraterije.

Iz ovog objašnjenja suštinskog *ratio legis*-a piraterije i njene istorije, kako u fenomenološkom, tako i u krivičnopravnom/međunarodno-krivičnopravnom smislu, proizlazi i da se međunarodno-krivičnopravna priroda piraterije bitno razlikuje od međunarodnih krivičnih dela u užem smislu, gde bi spadala međunarodna krivična dela koja su svrstana u nadležnost Međunarodnog krivičnog suda – genocid, zločin protiv čovečnosti, ratni zločini i agresija kao zločin protiv mira.

Razlika između piraterije i međunarodnih krivičnih dela u užem smislu postoji ne samo u jednom očiglednom formalnom smislu koji se temelji na tome da piraterija, kao ni brojna druga krivična dela, koja imaju određenu međunarodnopravnu komponentu, ne spada u nadležnost Međunarodnog krivičnog suda, već ona suštinski proizlazi iz bitno drugačije prirode piraterije u odnosu na grupu krivičnih dela koja se mogu smatrati međunarodnim krivičnim delima u užem smislu.

Piraterija je naime prema svojoj osnovnoj krivičnopravnoj sadržini jedno „klasično“ krivično delo, odnosno skup nekoliko „klasičnih“ krivičnih dela, poput razbojništva, otmice, ubistva/lišenja života itd., ali izvršeno u odnosu na brod/putnike/robu itd., kao i na *specifičnoj teritoriji/mestu izvršenja – duboko more* (što je suštinska karakteristika piraterije), a koja podrazumeva nepostojanje striktno nacionalne krivičnopravne jurisdikcije.

Takođe kod piraterije ne postoji ni ona veoma upadljiva karakteristika većine međunarodnih krivičnih dela u užem smislu (što je posebno karakteristično za rane zločine), da ona imaju jedan implicitan blanketni karakter, a što znači da se izvršavaju kršenjem pravila međunarodnog prava.

Stoga, zbog tih velikih razlika koje postoje između piraterije i međunarodnih krivičnih dela u užem smislu (genocida, zločina protiv čovečnosti, ratnih zločina i agresije/zločina protiv mira), najčešće nije adekvatno njihovo povezivanje, a naročito u vidu pravljenja lažnih „paralela“ između tih veoma različitih krivičnih dela, kao što je to na primer, posebno upadljivo kada se neka aktuelna, ali i istorijski značajna međunarodna krivična suđenja za ratne zločine pre svega, ali i druga međunarodna krivična dela, u teoriji povezuju čak sa istorijom piraterije i problematikom univerzalnog principa prostornog važenja nacionalnog krivičnog prava. Ovo je na primer, često isticano u međunarodnoj krivičnopravnoj doktrini kada

je objašnjavana priroda suđenja u Izraelu nacističkom zločincu Adolfu Ajhmanu (*Adolf Eichmann*),⁷⁹ najčešće uz isticanje da se u tom slučaju radilo o tri različite prostorne komponente, koje se tiču sledećih lokaliteta: 1) mesta izvršenja krivičnog dela, 2) mesta lišavanja slobode okrivljenog/učinioca, kao i 3) mesta suđenja. Radi se o sledećem: 1) zločinima nad Jevrejima učinjenim u *Evropi* tokom Drugog svetskog rata, 2) hapšenju Ajhmana u *Argentini* i 3) njegovom prebacivanju u *Izrael* radi suđenja, gde je i oglašen krivim, te je potom, u toj državi nad njim i izvršena smrtna kazna.

Imajući u vidu prirodu zločina za koji je osuđen Ajhman, te činjenicu da su njegove žrtve pre svega bili Jevreji, a da mu je suđeno u Izraelu, primena izraelskog krivičnog prava, kao i sama nadležnost suda u Izraelu bi se u ovoj situaciji daleko pre mogla logično objasniti pasivnim personalnim principom prostornog važenja nacionalnog krivičnog prava,⁸⁰ nego univerzalnim principom dejstva nacionalnog krivičnog prava,⁸¹ iako je naravno, ovde u striktno krivičnopravnom smislu bilo logično da se primeni teritorijalni princip važenja krivičnog prava, ali nije sporno da kako iz određenih moralnih i političkih razloga ne bi bilo idealno da se Ajhmanu sudi u Nemačkoj, a pri tom je on kao „begunac od pravde“, lociran i uhapšen u dalekoj Argentini u akciji specijalne izraelske jedinice.

Takođe i simboličko-etički razlozi govore u prilog težnji da Ajhmana optuže i osude pripadnici onog naroda u odnosu na koji je sistematski delovao kao izvršilac

79 Kao što je to objašnjeno u prethodnom tekstu, u presudi Ajhmanu se i Vrhovni sud Izraela poziva na praksu suđenja piratima nekoliko vekova ranije.

80 Ovo je tako posebno s obzirom na karakter i „mega razmere“ zločina o kojem se radi, iako se inače, „opravdanje pasivnog personalnog principa u uporednoj pravnoj doktrini često osporava, jer u pogledu individualnih dobara krivičnopravnu zaštitu redovno zadovoljavajuće ostvaruje pravo države na čijoj teritoriji je zločin učinjen, pa se njegovim formulisanjem u neku ruku izražava nepoverenje u strani pravni poredak i inicira potencijalni sukob nadležnosti“, mada se takođe ističe i da „budući da je oštećeni domaći državljanin, matična država donekle ima i dužnost da ga ne samo diplomatski zaštititi, već i da po potrebi zasnuje svoju krivičnopravnu nadležnost“. I. Vuković, *Krivično prvo – opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021., str. 30.

Naravno, ovde stvar u formalnom smislu kada se radi o pasivnom personalnom principu, ipak nije jednostavna, jer su evropski Jevreji kao žrtve holokausta, tj. nacističkog genocida tokom Drugog svetskog rata, bili državljani kako same Nemačke, tako i drugih okupiranih evropskih država, a ne Izraela, koji je formalno i nastao posle Drugog svetskog rata. Čini se ipak da ovo predstavlja još jedan primer izvesne „limitiranosti“ čisto pravnih rezona, kada se radi o suđenjima za zločine učinjene tokom Drugog svetskog rata, iz čega je u krajnjoj liniji proistekla i potpuna legitimnost odstupanja od formalnog delovanja načela zakonitosti tokom suđenja u Nirnbergu (što se inače i verovatno, kao opravdano može ispoljiti „jednom u hiljadu godina“), kada se radi o genocidu (koji formalno nije postojao u vreme izvršenja), te agresiji – zločinu protiv mira, koja je pre Drugog svetskog rata (Brijan-Kelogov pakt), bila propisana samo kao „delikt“ države, a ne kao krivično delo, koje može učiniti fizičko lice. Više o tome: M. Škulić „Načelo zakonitosti u krivičnom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, broj 1/2010, Beograd, 2010., str. 66 – 107.

81 Za univerzalni princip prostornog važenja krivičnog zakonodavstva konstatuje se u krivičnopravnoj teoriji da je opšte prihvaćen „u zakonodavstvu evropskih zemalja“, pri čemu „određene razlike postoje u pogledu domašaja primene tog principa.“ Z. Stojanović, *Krivično pravo – opšti deo*, 27. izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020., str. 83.

genocida. Nezavisno od svega ovoga, konačno i u jednom načelnom smislu ipak nije logično dovoditi u istu ravan pirateriju i holokaust, odnosno genocid, kao i druga međunarodna krivična dela u užem smislu, što indirektno proizlazi iz pozivanja na istoriju piraterije i sa njom povezanog delovanja univerzalnog principa prostornog važenja krivičnog prava, prilikom komentarisanja suđenja Ajhmanu. Naime, za klasičnu pirateriju je karakteristično da se ona izvršava u *dubokom moru*, što znači na mestu van teritorije bilo koje države, što apsolutno isključuje primenu uobičajenog teritorijalnog principa važenja krivičnog prava, koji se inače redovno i po pravilu primenjuje, što naravno, kao što je prethodno već objašnjeno, nije slučaj kada se radi o optuženom za holokaust/genocid, kao ni u pogledu drugih klasičnih međunarodnih krivičnih dela, bilo međunarodnih krivičnih dela u užem smislu, bilo međunarodnih krivičnih dela u širem smislu.

LITERATURA

- Ambos, K., *Internationales Strafrecht – Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht*, 5. Auflage, „Verlag C.H.Beck“, München, 2018.
- Bassiouni, C., *International Criminal Law*, Volume 1, 3rd Edition, „Martinus Nijhoff Publishers“, Hague, 2008.
- Claire, J., *Pirates? The Politics of Plunder, 1550–1650*, „Palgrave Macmillan“, London, 2007.
- Čejović, B., *Krivično pravo u sudskoj praksi*, druga knjiga, *Posebni deo*, „Jugoslovenski zavod za produktivnost rada“, Beograd, 1988.
- De Souza, P., *Piracy in the Graeco-Roman World*, London and New York, 2002.
- Geiss, R. and Petrig, A., *Piracy and Armed Robbery at Sea*, „Oxford University Press“, London, 2011.
- Grotius, H., *The Free Sea*, Liberty Fund, Indianapolis, 2004.
- Grotius, H., *The Law of War and Peace, Classics of International Law*, „Cambridge University Press“, London, 2013.
- Gropengießer, H. und Kreicher, *Landesbericht Deutschland*, in: A.Eser, und H., Kreicker, (Hrsg.), *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, „Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht“, Freiburg im Breisgau, 2003.
- Grupa autora (red. N.Srzentić), *Komentar KZ SFRJ*, „Savremena administracija“, Beograd, 1986.
- Hall, D., *Criminal Law and Procedure*, „Lawyers Cooperative Publishing“ & „Delmar Publishers“, New York, 1992.
- Jescheck, H.H.und Weigend, T., *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, Fünfte vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage, „Duncker & Humblot“, Berlin, 1996.
- König, K. M., *Die völkerrechtliche Legitimation der Strafgewalt internationaler Strafjustiz*, „Nomos Verlagsgesellschaft“, Baden-Baden 2003-
- Lackner, K. und Kühl K., (pripremili/napisali K. Kühl und M.Heger, *Strafgesetzbuch – Kommentar*, 29. neu bearbeitete Auflage, „Verlag C.H.Beck“, München, 2018.
- Roxin C. und Greco, L., *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Band I – Grundlge – Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 5. Auflage, „Verlag C.H.Beck“, München, 2020.
- Satzger, H., *Internationales und Europäisches Strafrecht – Strafanwendungsrecht, Europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht, Völkerstrafrecht*, 9. Auflage, „Nomos“, Baden, Baden, 2018.

- Schönke, A. und Schröder, H. (Hrsg.), *Strafgesetzbuch – Kommentar*, 30. Auflage., C.H.Beck“, München, 2019.
- Schwarzenberger, G., *The Problem of an International Criminal Law*, in: A.Cassese, F.Jeßberger, R.Cryer and U.De (Ed.), *International Criminal Law – Critical Concepts in Law*, Volume I - *International Criminal Justice and its Context*, Routledge, London and New York, 2015.
- Stojanović, Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, deveto izmenjeno i dopunjeno izdanje, „Službeni glasnik“, Beograd, 2019.
- Stojanović, Z., *Krivično pravo – opšti deo*, 27. izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020.
- Škulić, M., *Landesbericht – Serbien und Montenegro*, u: A.Eser, U.Sieber und H.Kreicker, Hrsg., „Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht und Dunker & Humblot“, Berlin, Freiburg, 2003.
- Škulić, M., *Međunarodni krivični sud – nadležnost i postupak*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i „Dosije“, Beograd, 2005.
- Škulić, M., *Pojam međunarodnog krivičnog dela*, Zbornik Udruženja za međunarodno krivično pravo, „Primena međunarodnog krivičnog prava od strane međunarodnih i domaćih sudova“, „Intermex“, Tara, 2006.
- Škulić, M., „Načelo zakonitosti u krivičnom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, broj 1/2010, Beograd, 2010.
- Škulić, M., *Načelo ne bis in idem – sa stanovišta normi srpskog kaznenopravnog sistema, ustavnopravne prakse i stavova Evropskog suda za ljudska prava*, Bilten Vrhovnog kasacionog suda, broj 2/2019, Beograd, 2019.
- Škulić, M., *Krivična dela protiv polne slobode*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2019.
- Škulić, M., *Jedan pogled na pojam i strukturu međunarodnog krivičnog prava*, zbornik Udruženja za međunarodno krivično pravo: „Lieber Amicorum Prof. dr Milenko Kreća“, Tara, 2020.
- Škulić, M., *Međunarodno krivično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020.
- Škulić, M., *Osnovi krivičnog prava Sjedinjenih Američkih Država*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021.
- Vuković, I., *Krivično pravo – opšti deo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021.

Milan Škulić

Law Faculty University of Belgrade

Judge of the Constitutional Court of Serbia

SOME REFLECTIONS OF PIRACY AS A TRADITIONAL
INTERNATIONAL CRIME ON THE UNDERSTANDING OF
CONTEMPORARY INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

SUMMARY

In the article is explained piracy as a traditional international crime, with an analytical review of some reflections of those incriminations on the understanding of contemporary international criminal law. The author explains the historical development of piracy, as well as the international legal basis for the incrimination of piracy in modern criminal law.

Special attention was paid in the article to the crime of piracy in the positive criminal legislation of Serbia, with an explanation of the basic relations between that criminal offense and several other criminal offenses against public traffic safety contained in the positive Criminal Code of Serbia. In the article, there are also an adequate comparative analysis. The basic normative solutions concerning piracy in the criminal / criminal legislation of Germany, as well as in the criminal justice system of the United States are presented, which was done with special reference to some cases from the case law of American criminal courts relating to modern forms of piracy in the first decades of the 21st century.

Keywords: Piracy, International Criminal Law, Criminal law, Universal principle, Criminal Code.

MOGUĆE NEDOUMICE U VEZI PRAVOG/ISPRAVNOG ZNAČENJA POJEDINI H POJMOVA KOJI PREDSTAVLJAJU OBJEKTIVNA OBELEŽJA BIĆA

Apstrakt: Rad se bavi problematikom uzajamnog odnosa između izvornog (jezičkog) i pravnog (krivičnog) značenja pojedinih pojmova koji se javljaju u funkciji objektivnih obeležja bića kod jednog broja krivičnih dela. Razmatranje je usmereno na pojmove koji nisu predmet autentičnog tumačenja od strane zakonodavca i nisu bliže objašnjeni u interpretativnoj normi sadržanoj u članu 112. Krivičnog zakonika. Njihovo značenje nije definisano ni u posebnim normama u okviru kojih se koriste prilikom inkriminisanja određenih ponašanja. Stoga primena ovih pojmova primarno zavisi od sudskog tumačenja koje se po prirodi stvari odnosi samo na konkretan slučaj i nije obavezujuće. Tumačenje teorije krivičnog prava ovde takođe može da bude od koristi, mada treba reći da su u vezi ispravnog značenja pojedinih pojmova u literaturi prisutna oprečna shvatanja. U fokusu interesovanja su sledeći pojmovi: zlostavljanje; mučenje; svirepost; nasilje; panika; nered; napad; drsko ponašanje i bezobzirno ponašanje. U centralnom delu rada autor nastoji da precizira sadržinu i značenje navedenih pojmova u okviru zakonskih opisa u kojima su korišćeni. Nakon toga, u završnom delu rada iznosi odgovarajuće zaključke. Teorijsko razmatranje je dopunjeno kraćim izvodima iz ilustrativnih odluka domaćih sudova i Evropskog suda za ljudska prava.

Gljučne reči: tumačenje u krivičnom pravu, jezičko značenje, pravno značenje, ispravno značenje, zlostavljanje, mučenje, svirepost, nasilje, panika, nered, napad, drsko ponašanje, bezobzirno ponašanje.

UVODNE NAPOMENE

Ispravno tumačenje i adekvatna primena normi krivičnog prava, kao što je poznato, u prvom redu zavise od odgovarajuće zakonodavne tehnike u smislu ispunjenosti zahteva *lex certa*, odnosno dovoljne određenosti i preciznosti tih normi. Međutim, prilikom kreiranja posebnih normi, zakonodavac u nekim slučajevima, opravdano ili neopravdano, u manjoj ili većoj meri, poseže za generalnim klauzulama, višeznačnim pojmovima i normativnim obeležjima, koja pretpostavljaju primenu odgovarajućeg pravnog ili socijalno prihvaćenog pravila. Pri tome, nekada se radi „samo“ o nedovoljno određenom/im pojmu/ovima u okviru posebne norme, a neretko su u pitanju i zakonski opisi čije nepravo zakonodavac opredeljuje uz pomoć tautologije („ko uvredi drugog“). Neodređene ili nedovoljno određene pojmove najpre treba jezički tumačiti, vodeći računa o tome da jedna reč može da ima više značenja – sinonimi, kao i da više reči može da ima jedno značenje – homonimi. Nakon utvrđivanja jezičkog smisla

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

pojma, potrebno je odrediti njegovo pravno, tačnije rečeno krivičnopravno značenje u okviru date norme, kao i odnos sa istim ili sličnim pojmovima korišćenim u drugim normama krivičnog prava. Potom, po pravilu sledi logičko tumačenje koje podrazumeva utvrđivanje značenja pojma primenom zakona logike na prethodno dobijeno jezičko značenje. Ukoliko se primenom jezičkog i logičkog tumačenja ne dođe do pravog/ispravnog/krivičnopravnog značenja, po potrebi se primenjuju i drugi metodi. Jezičko (gramatičko) tumačenje se vrši na osnovu doslovnog teksta norme i uobičajenog (opšteprihvaćenog) jezičkog značenja korišćenih pojmova. Primenom jezičkog tumačenja dolazi se do izvornog značenja reči koje može, ali ne mora u svakom slučaju da se podudara sa pravnim značenjem reči. Kada potrebno podudaranje izostane, pravno značenje uvek ima prednost u odnosu na izvorno, jezičko značenje. Ukoliko se jezičkim tumačenjem dobije nedovoljno jasno značenje pojma, primenjuje se ekstenzivno (ređe) ili restriktivno tumačenje. Pored logičkog, od velikog značaja su i ciljno (teleološko) tumačenje koje polazi od objekta zaštite i cilja norme kao i teleološki redukcionizam (spoj teleološkog i restriktivnog tumačenja) koji podrazumeva smisleno sužavanje jezičkog značenja.¹

U svakom slučaju, krajnji cilj tumačenja je kreiranje/identifikovanje/artikulisanje ispravnog/pravilnog/pravog/valjanog značenja zakonskih pojmova.

Pomenuti i drugi metodi (npr. sistemsko tumačenje) zavisno od potrebe, koriste se prilikom tumačenja osnovnih i dopunskih (nesamostalnih) obeležja bića krivičnih dela. To su pre svega pojmovi koji nisu predmet autentičnog tumačenja od strane zakonodavca i nisu bliže objašnjeni u interpretativnoj normi sadržanoj u članu 112. Krivičnog zakonika² (u daljem tekstu: KZ). Njihovo značenje nije definisano ni u posebnim normama u okviru kojih se ovi pojmovi koriste prilikom inkriminisanja određenih ponašanja. Stoga njihova primena primarno zavisi od sudskog tumačenja koje se po prirodi stvari odnosi samo na konkretan slučaj i nije obavezujuće. I doktrinarno tumačenje, tumačenje teorije krivičnog prava, iako isto tako ne obavezuje, ovde svakako može da bude od koristi. Sledstveno navedenom, u radu se bavimo pitanjem uzajamnog odnosa – podudarnosti/nepodudarnosti između izvornog, jezičkog i pravnog značenja pojedinih pojmova koji se javljaju u funkciji objektivnih obeležja bića kod jednog broja krivičnih dela. U pitanju su sledeći pojmovi: zlostavljanje; mučenje; svirepost; nasilje; panika; nered; napad; drsko ponašanje i bezobzirno ponašanje.

1. POZITIVNOPRAVNI ASPEKT RAZMATRANJA

1.1. Zlostavljanje

U našoj doktrini se pojam zlostavljanje određuje pozitivno-negativno i podrazumeva delatnosti koje kod pasivnog subjekta prouzrokuju telesni i/ili duševni bol (patnju) slabijeg intenziteta i ne uključuju laku telesnu povredu.³ Zlostavljanje se uglavnom shvata kao kontinuirano i sistematsko postupanje (AS u Beogradu Kž.1 428/14).

1 Vid. I. Vuković, *Krivično pravo Opšti deo*, Beograd 2021, 19, 20–25. i 70.

2 „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.

3 Z. Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 2020, 514. LJ. Lazarević, *Krivično pravo Jugoslavije Posebni deo*, Beograd 1995, 372.

Prema odredbi člana 137, stav 1. KZ krivično delo *zlostavljanje* postoji kada neko *zlostavlja* drugog ili prema njemu postupa na način kojim se vređa ljudsko dostojanstvo. Navedenu normu je moguće sagledati sa dva aspekta. Shodno prvom, *zlostavljanje* podrazumeva lakše oblike prinude koji se preduzimaju na način kojim se vređa ljudsko dostojanstvo, odnosno „*zlostavljanje* je vređanje ljudskog dostojanstva i nečovečno postupanje prema drugom licu“ (AS u Kragujevcu Kž. 4459/10).⁴ I shodno drugom aspektu, koji svoje uporište ima u logičkom tumačenju, reč je o alternativno predviđenoj radnji izvršenja koja se može realizovati u vidu *zlostavljanja* u užem smislu ili postupanja na način kojim se vređa ljudsko dostojanstvo.⁵ To bi značilo da *zlostavljanje* u užem smislu obuhvata primenu fizičke sile (OS u Beogradu K. 823/15) ili primenu pretnje (OS u Užicu K. 738/12), a da postupanje na način kojim se vređa ljudsko dostojanstvo obuhvata postupke koji su s obzirom na prihvaćene standarde objektivno podobni da povrede ljudsko dostojanstvo,⁶ npr. „kada je okrivljeni lepio po gradu uvredljive letke o oštećenom“ (OS u Knjaževcu K. 117/15) i „kada je okrivljeni oštećenom koji je spavao makazama ošišao kosu, stavio penu za brijanje i brijačem obrijao pola glave, a zatim između nožnih prstiju stavio parče papira koji je zapalio upaljačem“ (OS u Beogradu K. 1425/15). Kada je reč o postupanju na način kojim se vređa ljudsko dostojanstvo, treba uzeti da nije neophodno da je pasivni subjekt dato postupanje doživeo kao povredu ljudskog dostojanstva. Ukoliko prilikom *zlostavljanja* nastupi laka ili teška telesna povreda, prihvaćeno je da se radi o idealnom sticaju krivičnih dela (OS u Beogradu Kž. 484/98), npr. „okrivljeni je uz pretnju nožem pola sata tukao oštećenog i tom prilikom mu naneo lake telesne povrede“ (OS u Beogradu K. 5594/13). Prema stavovima sudske prakse, *zlostavljanjem* se, u smislu ovog krivičnog dela, primera radi, smatra nanošenje „slabijeg udarca u stomak“ (OS u Beogradu Kž. 2608/06), „udarac otvorenom šakom u predelu obraza“ (AS u Beogradu Kž.1 1385/17) kao i „kada je okrivljeni nekoliko puta ošamario maloletnog oštećenog“ (OS u Jagodini K. 585/13 i OS u Kraljevu K. 76/13). Primeri iz sudske prakse pokazuju da *zlostavljanje* u vidu primene fizičke sile ne zahteva kontinuitet, te da ono postoji i prilikom preduzimanja samo jednog akta. Postupanje na način kojim se vređa ljudsko dostojanstvo može se sastojati u različitim vidovima vređanja, ismevanja ili omalovažavanja,⁷ kao što je recimo, vređanje na verskoj ili nacionalnoj osnovi (OS u Novom Sadu K. 627/12). U teoriji se navodi da postupanje na način kojim se vređa ljudsko dostojanstvo po pravilu zahteva više sukcesivnih radnji, tj. kompleksnu radnju, mada to ne mora uvek biti slučaj.⁸ Prema stepenu apstraktne društvene opasnosti, *zlostavljanje* predstavlja teže krivično delo od uvrede (član 170. KZ). No, budući da *zlostavljanje* prevashodno podrazumeva različite „zahvate“ u fizički integritet pasivnog subjekta, u rasponu većem od realne uvrede, a manjem od lake telesne povrede, jedno od pitanja koje se nameće u kontekstu ovog razmatranja jeste kada realna uvreda, „prerasta“

4 Z. Đurđević, Z. Ivanović, „Krivična dela sa elementima nasilja“, *Pravni život*, 9/2008, 256.

5 Z. Stojanović, 514. i M. Babić, I. Marković, *Krivično pravo Posebni dio*, Banja Luka 2013, 112.

6 Dostojanstvo – etičke i druge vrednosti čoveka, njegovo osećanje časti i ponosa. Grupa autora, redaktor M. Nikolić, *Rečnik srpskog jezika*, Novi Sad 2007, 312.

7 LJ. Lazarević, (1995), 140.

8 Z. Stojanović, 514.

u zlostavljanje. Ovo posebno kada se ima u vidu da prema stavovima sudske prakse realnu uvredu u smislu člana 170. primera radi, predstavljaju: „pljuvanje“ (OS u Beogradu Kž. 2399/99, Kž. 168/02, i AS u Beogradu Kž.1 2547/10), „šamar“ (OS u Beogradu 314/07), „dva šamara“ (OS u Beogradu Kž. 3506/06), „guranje i cimanje za kragnu“ (OS u Beogradu Kž. 877/94), „čupanje za kosu“ (OS u Beogradu Kž 456/03), „prosipanje prljave vode iz lavora na oštećenu“ (OS u Beogradu 374/00), „udarac letvom u predelu testisa“ (OS u Beogradu Kž. 174/04) kao i „kada je okrivljeni snažno odgurnuo privatnog tužioca usled čega je on `odleteo` pod plastični sto, koji se polomio, i nakon toga pao na leđa“ (OS u Beogradu Kž. 2430/06). Otuda, u konkretnom slučaju može biti sporno na osnovu kojih okolnosti se procenjuje da li „jedan/dva šamar/a“ predstavlja/ju zlostavljanje. Odgovor na pitanje, osim u supsidijarnom karakteru uvrede, svakako treba tražiti na subjektivnom planu, što govori da odlučujući značaj ima sadržina umišljaja izvršioca – potrebna je svest da se radnjom izvršenja vrši zlostavljanje pasivnog subjekta, odnosno da se vređa njegovo dostojanstvo. U teoriji je prisutno mišljenje da osim fizičkog, zlostavljanje može biti i psihičko, tzv. psihičko maltretiranje, koje bi se sastojalo u ismevanju, omalovažavanju ili stalnom podsećanju pasivnog subjekta na nešto što je za njega neprijatno.⁹ Navedeni stav treba prihvatiti sa rezervom iz razloga što, kako je napred navedeno, ismevanje i omalovažavanje predstavljaju načine postupanja koji vređaju ljudsko dostojanstvo i to se procenjuje objektivno. Psihičko zlostavljanje pak, prevashodno bi zavisilo od subjektivnog doživljaja pasivnog subjekta (stepena njegove osetljivosti), a što bi moglo isuviše da proširi zonu kažnjivosti ovog krivičnog dela. Naime, kod krivičnog dela zlostavljanje treba razlikovati psihičku patnju (bol) kao posledicu primene sile ili pretnje, od psihičkog zlostavljanja kao načina vršenja krivičnog dela (npr. puštanje tužne pesme). Formulacija krivičnog dela zlostavljanja je delimično preuzeta iz ranije postojećeg krivičnog dela zlostava u službi (ex član 66) kod kojeg je kao radnja izvršenja osim zlostave i postupanja na drugi način kojim se vređa ljudsko dostojanstvo, bila predviđena i uvreda, koja je praktično bila konsumirana postupanjem kojim se vređa ljudsko dostojanstvo. Razlika je takođe bila i u tome što je kod zlostave u službi radnja izvršenja bila određena trenutnim glagolom „ko zlostavi“ i shodno tome nije bilo dileme da je za postojanje krivičnog dela dovoljna samo jedna radnja.

Zlostavljanje je propisano kao jedna od alternativno predviđenih radnji izvršenja osnovnih oblika sledećih krivičnih dela: nasilničko ponašanje (član 344. KZ); povreda parlamentara (član 380. KZ); zlostavljanje potčinjenog i mlađeg (član 406. KZ) i ubijanje i zlostavljanje životinja (član 269. KZ). Ista zakonodavna tehnika primenjena je kod krivičnog dela zlostavljanje maloletnog lica (član 193, stav 2. KZ). Kod težih oblika krivičnih dela izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti (član 317, stav 2. KZ) i sprečavanje službenog lica u vršenju službene dužnosti (član 322, stav 5. KZ) zlostavljanje, odnosno zlostava ima značaj kvalifikatorne okolnosti. Kod teškog ubistva značaj kvalifikatorne okolnosti ima prethodno zlostavljanje člana porodice (član 114, stav 1, tačka. 10. KZ). Kod ubistva na mah (član 115. KZ) zlostavljanje je propisano kao modalitet postupanja pasivnog subjekta koje

9 LJ. Lazarević, (1995), 373.

je izazvalo jaku razdraženost izvršioca i ima značaj privilegijuće okolnosti. Isto važi i za tešku telesnu povredu na mah (član 121, stav 5. KZ).

I pored toga što je načelno prihvaćeno da je za zlostavljanje neophodno kontinuirano delovanje, u sudskoj praksi nailazimo na stav da je za krivično delo *nasilničko ponašanje* (član 344. KZ) dovoljno preduzimanje samo jednog akta zlostave (AS u Kragujevcu Kž. 1449/11). Smatra se da jezičko i logičko tumačenje zakonske formulacije krivičnog dela nasilničko ponašanje idu u prilog zaključku da bi ovde, kao i kod *grubog vređanja*, koje takođe ima značaj radnje izvršenja i utvrđuje se „prema načinu vređanja, mestu na kome se vrši, okolnostima pod kojima se vrši i samoj sadržini uvredljive izjave“ (OS u Beogradu Kž. 2180/06),¹⁰ trebalo insistirati na tome da zlostavljanje bude „grubo“. Uopšteno govoreći, razlikovanje zlostavljanja i grubog zlostavljanja moglo bi se vršiti s obzirom na stepen zlostavljanja, dužinu njegovog trajanja i svojstava pasivnog subjekta. U teoriji je prisutan stav da „grubo zlostavljanje prevazilazi intenzitet fizičkog maltretiranja i da to recimo, može biti vučenje za kosu nekog lica, zavrtnje ruke ili cepanje odeće.“¹¹ Navedeno govori da isti akti prinude, u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja, u praksi mogu biti kvalifikovani kao zlostavljanje ili kao „grubo“ zlostavljanje.

Kod krivičnog dela *povreda parlamentara* (član 380. KZ) *zlostavljanje* je kao radnja izvršenja, pored ostalog, alterantivno predviđeno sa vređanjem pasivnog subjekta, što kao i kod krivičnog dela nasilničko ponašanje, implicira da ovde pojam zlostavljanja obuhvata samo lakše oblike prinude.

Kod krivičnog dela *zlostavljanje potčinjenog i mlađeg* (član 406. KZ) u potpunosti je preuzeta formulacija odredbe iz člana 137, stav 1. KZ i kao radnja izvršenja je predviđeno *zlostavljanje* ili postupanje na način kojim se vređa ljudsko dostojanstvo. U literaturi se navodi da zlostavljanje potčinjenog ili mlađeg podrazumeva nehumano postupanje u smislu šamaranja, vučenja za nos, prinuđivanja pasivnog subjekta da ostane u određenom neprijatnom položaju, izazivanje straha, kao i bilo koji drugi vid „fizičkog ili psihičkog iznurivanja“ koje se ne može opravdati potrebama vojne službe.¹²

Radnja izvršenja krivičnog dela *ubijanje i zlostavljanje životinja* (član 269. KZ) je alternativno propisana i može biti: ubijanje; povređivanje; mučenje ili na dru-

10 Ovdje treba pomenuti da je kod *krivičnog dela ubistvo na mah* (član 115. KZ) u kontekstu privilegijuće okolnosti kao relevantno propisano „teško vređanje“ izvršioca od strane pasivnog subjekta, što dovodi do pitanja da li među kvalifikativima „grubo“ i „teško“ postoji sadržinska razlika ili se navedeni pojmovi u relevantnim zakonskim normama koriste kao sinonimi. Prema stavovima sudske prakse, teško vređanje kao dopunsko obeležje krivičnog dela ubistvo na mah predstavlja faktičko pitanje i utvrđuje se objektivno (VSS Kž.I 215/86), tj. „prema prihvaćenim socijalnim merilima“ (VSS Kž. 138/92). I ovde se smatra da teško vređanje treba razumeti u širem smislu u odnosu na krivično delo uvrede (OS u Jagodini K. 74/04). Primera radi, prema stavu sudske prakse reči „seljačino jedna“ ne predstavljaju teško vređanje (VSS Kž. 1055/05). Potrebno je da se radi o vređanju koje je prema težini i načinu podobno da prouzrokuje stanje jake razdraženosti kod učinioca „koji ima normalnu psihološku strukturu ličnosti“ (VS u Leskovcu K. 44/12). Vid. N. Delić, „Krivično delo ubistvo na mah (član 115. KZ)“, *Primena prava i pravna sigurnost, Zbornik radova 34. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava Slobodan Perović, Tom I*, Beograd 2021, 115.

11 LJ. Lazarević, (1995), 732. i R. Risimović, „Nasilničko ponašanje“, *Pravni život*, 9/2008, 239.

12 LJ. Lazarević, (1995), 139.

gi način *zlostavljanje* životinje. Jezičkim tumačenjem naziva krivičnog dela i teksta norme da se zaključiti da su moguće dve radnje izvršenja – ubijanje i zlostavljanje životinja, a da povređivanje i mučenje predstavljaju dva najčešća načina zlostavljanja koje se isto tako može ostvariti i preduzimanjem drugih radnji. Delimično blanketna priroda ovog krivičnog dela podrazumeva primenu odredaba Zakona o dobrobiti životinja¹³ (u daljem tekstu: ZDŽ). Prema ZDŽ, ubijanje životinja, tj. „lišavanje životinja života“ jeste postupak kojim se životinji oduzima život na način koji izaziva trenutnu smrt. Nadalje, zlostavljanje životinja jeste svako postupanje ili nepostupanje sa životinjama kojima se izaziva bol, patnja, strah, stres, povreda ili narušava genetska celovitost životinje. Kako se navodi, zlostavljanje životinje može biti fizičko i psihičko. Fizičko zlostavljanje životinje jeste ono kojim se narušava fizička celovitost oštećenjem tkiva i organa kao što je: batiranje, šutiranje, bičevanje i dr. Psihičko zlostavljanje životinje jeste ono kojim se narušava psihička celovitost životinje i koje može izazvati ili izaziva poremećaje u ponašanju kao što je: onemogućavanje životinji da zadovolji osnovne potrebe u ponašanju, da iskoristi prostor za odmor i zaklon, razjarivanje životinja primenom fizičke sile, drugim životinjama ili nadražajima koji joj nisu svojstveni i dr. (član 5. ZDŽ). Osim toga, pojam zlostavljanja obuhvata i druge zabranjene postupke prema životinjama koji su navedeni u ZDŽ, npr. to je zanemarivanje životinje lišavanjem osnovnih potreba kao što su: hrana, voda, udoban prostor za smeštaj, tj. sklonište, prostor za odmor i obavljanje fizioloških potreba i dr. (član 7. ZDŽ).¹⁴ Povređivanje ovde po prirodi stvari podrazumeva teže povrede životinja, što inače odgovara uobičajenom pojmu mučenja. Zlostavljanje na drugi način može, primera radi, biti ostvareno tzv. hordašenjem koje podrazumeva nekontrolisano sakupljanje životinja i njihovo držanje u neadekvatnim uslovima. Shodno rečenom, nesporno je da ovo krivično delo osim ubijanjem životinja može biti izvršeno i njihovim zlostavljanjem koje se zbog objekta zaštite i prirode objekta radnje ne shvata na isti način kao kod drugih krivičnih dela, već podrazumeva nanošenje jačeg fizičkog i/ili psihičkog bola, i u tom smislu se izjednačava sa nanošenjem težih povreda i mučenjem. Iz navedenog sledi pitanje zašto se u zakonskom tekstu kao mogući načini izvršenja krivičnog dela osim ubijanja životinja i zlostavljanja životinja navode pojmovi koji u datom kontekstu, s obzirom na svoju sadržinu, predstavljaju sinonime. Naime, ovo krivično delo je u naše pravo prvi put uneo KZ iz 2006. godine pod nazivom „ubijanje i mučenje životinja“. Donošenjem Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakona (u daljem tekstu: ZID KZ) iz 2009. godine¹⁵ promenjen je naziv krivičnog dela i proširena je radnja izvršenja tako da, pored ubijanja, povređivanja i mučenja, obuhvata i zlostavljanje životinja na drugi način (osim toga, dodat je i novi teži oblik koji inkriminiše različite delatnosti vezane za borbe životinja). Očigledno, intencija zakonodavca je bila da izvrši usklađivanje teksta norme iz KZ sa ZDŽ koji definiše jedino ubijanje i zlo-

13 „Službeni glasnik RS“, br. 41/09.

14 Kako je sud u Kansasu konstatovao u slučaju *Miler ver. Caliborne* iz 1974. godine, „zlostavljanje životinja, pored okrutnog i neodgovarajućeg tretmana, podrazumeva i njihovo zanemarivanje“. A. Dichter, „Legal Definitions of Cruelty and Animal Rights“, *Affairs Law Review*, Boston College, 1978–1979, 156.

15 „Službeni glasnik RS“, br. 72/2009.

stavljanje životinja. Navedeni cilj mogao je biti postignut i formulacijom da radnju izvršenja predstavlja ubijanje ili zlostavljanje životinja, koje, kao što je rečeno, ovde suštinski odgovara pojmu mučenja i, shodno relevantnim normama ZDŽ, ne mora uvek da obuhvati kontinuitet delovanja. Radi veće preciznosti u zakonsku normu je mogao biti unet i normativni kriterijum u vidu kvalifikativa „grubo“, što bi u datom kontekstu svakako naglasilo razliku u odnosu na uobičajeno značenje pojma zlostavljanja i istovremeno bi bilo izbegnuto nepotrebno pojmovno multipliciranje radnji izvršenja istog značenja.¹⁶

Prema stavovima sudske prakse krivično delo *zlostavljanje maloletnog lica* (član 193, stav 2. KZ), kao teži oblik krivičnog dela zapuštanje i zlostavljanje maloletnog lica, primera radi, postoji „kada otac svoje dvanaestogodišnje dete tuče kablom i pesnicama po glavi, a nakon toga veša za noge i ostavlja da visi“ (OS u Beogradu Kž. 216/05) i „kada otac svoju dvanaestogodišnju ćerku udari pivskom flašom po glavi, a potom je majka izudara bičem po celom telu“ (OS u Beogradu Kž. 2656/03). Smatra se da nema krivičnog dela „kada je majka svom detetu uzrasta od šest godina prutom jorgovana po butinama i zadnjici zadala više udaraca slabijeg intenziteta, u cilju sprovođenja disciplinskih i vaspitnih mera zbog ispoljene neposlušnosti u obdaništu, u situaciji kada vaspitačica nije mogla da smiri dete“ (OS u Subotici Kž. 308/08). U sudskoj praksi je u vezi ovog krivičnog dela prisutan stav da „zlostavljanje podrazumeva izazivanje `jačeg` fizičkog i psihičkog bola“ (OS u Užicu Kž. 282/07).

Prvi teži oblik krivičnog dela *izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti* (član 317, stav 2. KZ), pored ostalog, postoji ako je osnovni oblik učinjen *zlostavljanjem*. Reč je o težem obliku krivičnog dela koji predstavlja prividni sticaj osnovnog oblika i krivičnog dela zlostavljanje. Budući da je radnja izvršenja ovog krivičnog dela alternativno propisana kao izazivanje ili raspirivanje nacionalne, rasne ili verske mržnje ili netrpeljivosti (netolerantnosti) među narodima, nacionalnim manjinama ili etničkim zajednicama koje žive u Srbiji, proizlazi da je za teži oblik krivičnog dela potrebno da izazivanje ili raspirivanje nacionalne, rasne ili verske mržnje ili netrpeljivosti (netolerantnosti) bude izvršeno zlostavljanjem pasivnog subjekta, koji može biti pripadnik bilo koje nacije, rase ili vere „različite od one kojoj pripada izvršilac krivičnog dela“ (VS u Valjevu K. 11/15). Značaj radnje izvršenja osnovnog oblika krivičnog dela može imati bilo koja delatnost koja je podobna da izaziva (stvara) ili raspiruje (pojačava, podstiče, širi) odgovarajuću mržnju ili netrpeljivost. Prema stavu sudske prakse, za krivično delo je dovoljno da su u pitanju delatnosti „koje objektivno mogu da dovedu do izazivanja ili širenja nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti“ (VSS Kžm. 88/09). Shodno tome, značaj radnje izvršenja mogu imati izjave koje su date usmeno, pismeno ili konkludentnim radnjama, kao i postupci koji se preduzimaju prema licima (ili prema stvarima ili objektima). Odgovarajući postupak kao radnja izvršenja može biti preduzet prema jednom ili prema više lica. Sledstveno rečenom, navedeni teži oblik krivičnog dela postoji kada je neka od delatnosti koja može imati značaj radnje izvršenja preduzeta na način kojim se pasivnom subjektu nanosi telesni i/ili duševni bol (patnje)

16 Vid. N. Delić, *Nova rešenja u Posebnom delu Krivičnog zakonika Srbije*, Beograd 2014, 118–120.

slabijeg intenziteta ili na način kojim se vređa ljudsko dostojanstvo. Pri tome, da bi neki oblik zlostavljanja predstavljao ovo krivično delo potrebno je i prisustvo odgovarajućeg motiva kod učinioca, tzv. diskriminatorskog motiva koji ne predstavlja obeležje bića krivičnog dela ali ukazuje da preduzete delatnosti „predstavljaju izraz diskriminacije“ (AS u Kragujevcu Kž. 4590/11).¹⁷ Ako se ima u vidu zakonski pojam zlostavljanja i priroda preostalih kvalifikatornih okolnosti, proizlazi da u obzir prvenstveno dolazi vređanje pasivnog subjekta u vidu „pogrdnih reči, psovki, pljuvanja i povlačenja za ruku“ (AS u Beogradu Kž.1 4757/11), što se po prirodi stvari može javiti i kao način izvršenja osnovnog oblika krivičnog dela. Kako se pokazalo, u praksi su ovakva ponašanja po pravilu povezana sa prinudom (OS u Beogradu K. 168/03 i VSS Kžm. 45/98), odnosno drugim kvalifikatornim okolnostima. Budući da bi prema rečenom u nekim slučajevima bilo teško napraviti distinkciju između osnovnog i težeg oblika krivičnog dela učinjenog zlostavljanjem, rešenje bi moglo biti dodavanje normativnog kriterijuma, tako da se za teži oblik krivičnog dela zah-teva „grubo“ zlostavljanje.

Prvi teži oblik krivičnog dela *sprečavanje službenog lica u vršenju službene radnje* (član 322, stav 5. KZ) postoji ako prilikom izvršenja osnovnog oblika (koji podrazumeva primenu sile ili pretnje) učinilac, pored ostalog, uvredi ili zlostavi službeno lice. I ovde je reč o prividnom sticaju osnovnog oblika krivičnog dela i krivičnog dela zlostavljanje. Jedino je kod ovog krivičnog dela (po uzoru na krivično delo zlostava u službi) radnja izvršenja određena trenutnim glagolom, što eksplicitno govori da je za njegovo postojanje dovoljan jedan akt zlostave. Pošto je zlostavljanje kao kvalifikatorna okolnost povezano sa primenom sile ili pretnje, kod ovog krivičnog dela takođe može biti sporno razgraničenje osnovnog i težeg oblika, što ponovo vodi ka zaključku da bi rešenje trebalo tražiti u pravcu unošenja normativnog kriterijuma i teži oblik sadržinski vezati za „grubo“ zlostavljanje.

Ubistvo člana svoje 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). Teško ubistvo ne postoji ako je između zlostavljanja člana porodice i lišenja života prošao duži vremenski period (AS u Nišu 2Kž.1 848/15). Za ovaj oblik teškog ubistva nije neophodno da je prethodno izvršeno krivično delo nasilje u porodici (član 194. KZ), već je prema stavu sudske prakse dovoljno da je ubistvu prethodilo „kontinuirano i sistematsko zlostavljanje koje se ogleda u nanošenju fizičkog i psihičkog bola“ (AS u Beogradu Kž.1 428/14). Jednom rečju, ne traži se da učinilac bude pravnosnažno osuđen za krivično delo nasilje u porodici iz člana 194. KZ ili za bilo koje drugo krivično delo ili prekršaj sa elementima nasilja (VS u Kragujevcu 2K. 147/14). Otuda, kod ovog krivičnog dela pojam zlostavljanje treba tumačiti šire u odnosu na istoi-menu inkriminaciju, što znači da u obzir dolazi i primena prinude koja uključuje telesne povrede.¹⁸

17 Vid. N. Delić, „Krivično delo rasna i druga diskriminacija (član 387. KZ) – preciziranje granica krivičnopravne zaštite“, *Kaznena reakcija u Srbiji, Deseti deo*, Beograd 2020, 116–117.

18 Vid. N. Delić, *Krivično pravo Posebni deo*, Beograd 2022, 41–42.

U kontekstu krivičnog dela *ubistvo na mah* (član 115. KZ) *zlostavljanje* se definiše na uobičajeni način – to je preduzimanje postupaka koji izvršiocu prouzrokuju fizički i/ili psihički bol (patnju), a da se pri tome ne radi o telesnoj povredi.¹⁹ U vezi ovog krivičnog dela u sudskoj praksi se ističe da *zlostavljanje* mora predstavljati kompleksan akt, odnosno višekratno delovanje – kontinuirano ponavljanje odgovarajućih delatnosti koje u konkretnom slučaju može trajati kraće ili duže vreme (AS u Beogradu Kž. 1885/10). Nezavisno od okolnosti koliko je trajalo *zlostavljanje*, „za *ubistvo na mah* treba utvrditi da je jaku razdraženost učinioa prouzrokovao akt *zlostavljanja* koji je neposredno prethodio *ubistvu*“ (AS u Beogradu Kž. 664/11), npr. „okrivljeni je bez svoje krivice doveden u stanje jake razdraženosti tako što ga je sada pokojni oštećeni pre kritičnog događaja, u jednom dužem periodu *zlostavljao*, vređao, pretio mu seksualnim nasiljem, uzimao njegov automobil na korišćenje, a oštećeni je bio prinuđen da trpi navedeno ponašanje sve do kritičnog događaja kome je takođe prethodilo *vređanje* i fizičko *zlostavljanje* oštećenog od strane okrivljenog“ (AS u Beogradu Kž.1 5363/10). U sudskoj praksi se posebno naglašava da je za utvrđivanje jake razdraženosti bitna objektivna procena koja podrazumeva odgovarajuću srazmeru između *zlostavljanja* kao povoda za razdraženost i intenziteta razdraženosti u konkretnom slučaju (AS u Novom Sadu Kž.1 1140/14). Premda ima mišljenja da se uvođenje *zlostavljanja* kao obeležja bića *ubistva na mah* odnosi na radnje pasivnog subjekta koje bi „ispunile“ prostor između napada i *vređanja*,²⁰ treba uzeti da ovde *zlostavljanje* prevashodno obuhvata različite oblike prinude (silu i pretnju) i uvrede koji su duže trajali i imaju svoj kontinuitet, što je povezano sa tzv. akumulacijom afekta. Ovaj pojam označava relativno trajno prigušivanje ili potiskivanje odgovarajućih (neprijatnih) osećanja koja nastaju pod dejstvom određenog uzroka i koja se na taj način akumuliraju, da bi se u situaciji kada „kap prelije čašu,“ nagomilana osećanja ispoljila u vidu „eksplozivnog“ afekta, tj. neadekvatnog emotivnog izraza, koji u zavisnosti od vrste akumuliranog neprijatnog osećanja može biti u vidu agresije (ljutnja/bes) ili destrukcije (mržnja/gnev).²¹ Isto važi i za krivično delo teška telesna povreda na mah (član 121, stav 5. KZ).

1.2. Mučenje

Prema odredbi člana 137, stav 2. KZ koja inkriminiše istoimeno krivično delo, *mučenje* (*tortura*) kao radnja izvršenja krivičnog dela podrazumeva nanošenje velikog bola ili teške patnje nekom licu upotrebom sile, pretnje ili nekog drugog nedozvoljenog načina.

Iako u jezičkom smislu pojmovi bol i patnja predstavljaju sinonime,²² zakonodavac posledicu propisuje alternativno i razlikuje nanošenje „velikog bola“ od nanošenja „velikih patnji.“ Treba uzeti da veliki bol podrazumeva zadiranje u fizički inte-

19 Z. Stojanović, 456.

20 F. Bačić, „Krivično pravosuđe i ustavnost i zakonitost“, *JRKK*, 1/1987, 12.

21 Vid. N. Delić (2021), 116.

22 Bol – neprijatan osećaj, telesne ili fizičke patnje, duševni bol, duševna patnja, tuga žalost, jad. Patiti – trpeti bolove, mučiti se usled fizičkih bolova, osećati duševnu bol. Grupa autora, redaktor M. Nikolić, 101. i 917.

gritet, a velike patnje, zadiranje u psihički integritet pasivnog subjekta. Smatra se da mučenje uključuje nanošenje lakih, ali ne i teških telesnih povreda, u kom slučaju postoji sticaj krivičnih dela. Prema stavovima sudske prakse mučenje primera radi, postoji „kada je okrivljeni tokom nedelju dana oštećenom upućivao pretnje oružjem i nekoliko puta ga ošamario“ (OS u Ivanjici K.189/13) i „kada je okrivljeni vršio `fizičko nasilje` nad maloletnim oštećenim koji je prethodno uznemiravao njegovu ćerku“ (OS u Beogradu K. 7203/12).

Tekst navedene norme načelno je usklađen sa relevantnim međunarodnim dokumentima, pre svega Konvencijom UN protiv torture i drugih surovih, nehumanih i ponižavajućih kazni i postupaka, Evropskom konvencijom o sprečavanju mučenja, nečovečnih i ponižavajućih postupaka i kažnjavanja, Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, kao i praksom međunarodnih tela.

Prema stanovištima Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: ELJSP) mučenje podrazumeva prouzrokovanje „ozbiljne i teške patnje“ (*Habimi and others v. Serbia*, predstavka br. 19072/08, odluka od 3. juna 2014. godine), „ozbiljne i surove patnje“ (*Ireland v. United Kingdom*, predstavka br. 5310/70, odluka od 18. januara 1978. godine) odnosno, „teškog bola i patnje“ (*Selmouni v. France /GC/*, predstavka br. 25803/94, odluka od 28. jula 1999. godine). Kako se ističe, intenzitet bola i/ili patnji koji implicira mučenje je „relativan“ i zavisi od različitih subjektivnih i objektivnih okolnosti (*Jalloh v. Germany*, predstavka br. 54810/00, odluka od 5. januara 2006. godine, *Dikme v. Turkey*, predstavka br. 20869/92, odluka od 11. jula 2000. godine i *Cestaro v Italy*, predstavka br. 6884/11, od 7. aprila 2015. godine). Za mučenje (i nečovečno postupanje) ESLJP zahteva „minimalni nivo ozbiljnosti“ koji određuje donji prag intenziteta bola i/ili patnji (*Hajnal v. Serbia*, predstavka br. 369/37, odluka od 19. juna 2012. godine; *Labita v. Italy*, predstavka br. 26772/95, odluka od 6. aprila 2000. godine i *Mađer v. Croatia*, predstavka br. 56185/07, odluka od 21. juna 2011. godine), a koji se, shodno prethodno rečenom, procenjuje prema okolnostima konkretnog slučaja, pre svega „prema ličnim svojstvima žrtve kao i sredstvima, trajanju, intenzitetu mučenja i posledicama po fizički i psihički integritet žrtve“ (*Menesheva v. Russia*, predstavka br. 59261/00, odluka od 9. marta 2006. godine). Bol i/ili patnja i njihov intenzitet moraju biti utvrđeni na osnovu odgovarajućih dokaza („van razumne sumnje“), teret dokazivanja je primarno na pasivnom subjektu, a delom (u potrebnoj meri) i na odgovarajućim državnim organima (*Salma v. Turkiye*, predstavka br. 72512/01, odluka od 20. oktobra 2005. godine). Izuzetno, teret dokazivanja može biti isključivo na organima vlasti ukoliko samo oni imaju potrebna saznanja (*Milić i Nikezić v. Montenegro*, predstavka br. 54999/10 i 10609/11, odluka od 28. aprila 2015. godine). Mučenje ne mora uvek da podrazumeva trajne fizičke povrede (*Polonskiy v. Russia*, predstavka br. 30033/05, odluka od 14. septembra 2009. godine). Prihvaćeno je da se akti mučenja mogu realizovati u vidu činjenja ili nečinjenja, npr. u slučaju „prećutno odobrenog zlostavljanja“ (*Hajrizi Džemajl v. SR Yugoslavia*, predstavka br. 161/2000, odluka 21. novembar 2002. godine) ili „nepružanja medicinske pomoći nakon zlostavljanja“ (*Ilhan v. Turkey*, predstavka br. 22494/93, odluka od 9. februara 2005. godine). Mučenjem u vidu činjenja se primera radi, smatra „batinanje po celom telu“ (*Selmouni v. France*, predstavka br. 25803/94, odluka od 28. jula 1999. godine), tzv. „palestinsko vešanje“ (*Aksoy v. Tur-*

key, predstavka br. 21987/93, odluka od 23. oktobra 1995. godine), „elektroškovi“ (*Lolayev v. Russia*, predstavka br. 58040/08, odluka od 15. aprila 2015. godine), „elektroškovi kroz genitalije“ (*Zhyzitskyy v. Ukraine*, predstavka br. 75980/11, odluka od 19. maja 2015. godine), „prebijanje, udaranje staklenom flašom, povlačenje za penis, stiskanje testisa i elektroškovi“ (*Razzakov v. Russia*, predstavka br. 575/95, odluka od 5. februara 2015. godine), „seksualno zlostavljanje u vidu stavljanja gumenе palice u analni otvor“ (*Pădureț v. Moldova*, predstavka br. 33134/03, odluka od 5. april 2010. godine), „silovanje“ (*Aydin v. Turkey*, predstavka br. 23178, od 25. septembra 1997. godine) i dr.

Za razliku od ESLJP, koji mučenje (kao i preostale vidove zlostavljanja), prevashodno utvrđuje na osnovu intenziteta bola i patnje (*Aksoy v. Turkey*, predstavka br. 21987/93, odluka od 23. oktobra 1995. godine i *Elci and Others v. Turkey*, predstavka br. 23145/93, odluka od 13. novembra 2003. godine) Komitet UN protiv torture odlučujući značaj daje i drugim okolnostima (umišljaj, namera [cilj] i bespomoćnost žrtve).²³

Ovde treba pomenuti kako je među teoretičarima prisutno mišljenje da je zakonodavac u članu 137. napravio jednu vrstu pojmovne i sadržinske konfuzije jer je u odredbi stava 1. propisao zlostavljanje, a u odredbi stava 2. mučenje.²⁴

Naime, zlostavljanje u Konvenciji UN protiv mučenja predstavlja genusni pojam i obuhvata mučenje, svirepo, nečovečno i ponižavajuće postupanje (ili kažnjavanje). I ESLJP takođe mučenje podvodi pod zlostavljanje i vidovima zlostavljanja, pored mučenja, smatra nečovečno i ponižavajuće postupanje, ali bez svirepog postupanja, koje se tretira kao sinonim za nečovečno postupanje (*Ribitsch v. Austria*, predstavka br. 18896/91, odluka od 4. decembra 1995. godine). U okvirima obe konstelacije, mučenje predstavlja najteži oblik zlostavljanja i, kao što je rečeno, (samo) prema ESLJP primarno podrazumeva postupanje kojim se nanose „stvarne telesne povrede ili teške fizičke i/ili duševne patnje“ (*Kudla v. Poland*, predstavka br. 30210/96, odluka od 26. oktobra 2000. godine). Nadalje, svirepo i nečovečno, odnosno nečovečno postupanje (samo) prema ESLJP podrazumeva postupanje kojim se nanosi „ozbiljan bol i/ili patnja, ali koje ne dostiže intenzitet bola i patnje karakterističan za mučenje“ (*Jager v. Netherlands*, predstavka br. 39195/98, odluka od 14. marta 2000. godine). Kao i mučenje, svirepo i nečovečno, odnosno nečovečno postupanje može biti ostvareno činjenjem ili nečinjenjem. Razlika u odnosu na mučenje nije u radnjama koje se preduzimaju, već u posledicama tj. intenzitetu prouzrokovanog bola i/ili patnji kao i činjenici da zlostavljanje nije učinjeno u cilju nanošenja patnji i/ili bola (*Chember v. Russia*, predstavka br. 7188/03, odluka od 3. jula 2000. godine). To može biti i postupanje koje je preduzeto radi postizanja nekog dozvoljenog cilja, ukoliko je tom prilikom primenjena prinuda „koja nije bila srazmerna“ (*Manzhos v. Russia*, predstavka br. 64752/09, odluka od 24. maja 2016. godine). Nečovečnim postupanjem se, primera radi, smatra nanošenje duševnog bola u vidu odgovarajućih psiholoških pritisaka, npr. „pretnja mučenjem“ (*Campbell and Cosans v. The United Kingdom*, predstavke br. 7511/76 i 7743/76, odluka od 25. februara 1982.

23 Vid. više, N. Kovačević (i drugi), *Zabrana zlostavljanja*, Beograd 2017, 33–37.

24 *Ibid.*, i D. Kolarić, „`Tvrdo jezgro ljudskih prava` u praksi Ustavnog suda Srbije i Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu: ustavnosudska zaštita u krivičnoj stvari“, *RKK*, 2/2018, 35.

godine) kao i „duži boravak u nehidijenskim uslovima“ (*Brindwa and Tshisekedi v. Zaire*, predstavke br. 241–242/1987, CCPR/C/37/D/241/1987, odluka od 2. novembra 1989. godine). Ponižavajuće postupanje je najblaži oblik zlostavljanja i podrazumeva nanošenje bola i/ili patnje manjeg intenziteta u odnosu na svirepo i nečovečno, odnosno nečovečno postupanje. Ovde akcenat nije na intenzitetu patnje, već na poniženju, koje takođe treba da ima „minimalni stepen ozbiljnosti“ (*Bouyid v. Belgium*, predstavka br. 23380/09, odluka od 28. septembra 2015. godine). Drugim rečima, u pitanju je postupanje koje „ponižava ili unižava“ (*Pretty v. United Kingdom*, predstavka br. 2346/02, odluka od 29. aprila 2002. godine) u stepenu koji prevazilazi „nužno poniženje“ (*Raninen v. Finland*, predstavka br. 20972/92, odluka od 7. marta 1996. godine). To je postupanje koje primarno karakteriše „gruba povreda ljudskog dostojanstva“ (*Bouyid v. Belgium*, predstavka br. 23380/09 odluka od 28. septembra 2005. godine). Ponižavajuće postupanje je postupanje „koje izaziva osećanje straha, očaja, manje vrednosti i inferiornosti“ (*Kudla v. Poland*, predstavka br. 30210/96, odluka od 26. oktobra 2000. godine). Može se primetiti da ESLJP u svojim odlukama retko pravi razliku između nečovečnog i ponižavajućeg postupanja, pa tako recimo, nečovečnim i ponižavajućim postupanjem smatra „neodgovarajuće uslove tokom pritvora“ (*Kudla v. Poland*, predstavka br. 30210/96, odluka od 26. oktobra 2000. godine) i „izostanak neophodne medicinske nege“ (*Vasykov v. Russia*, predstavka br. 2974/05, odluka od 5. aprila 2011. godine), a za ponižavajuće postupanje smatra da postoji „kada je policijski službenik tri puta udario štapom dečaka uzrasta petnaest godina“ (*Tyrer v. United Kingdom*, predstavka br. 5856/72, odluka od 25. aprila 1978. godine).

Nadalje, u stručnoj literaturi u vezi inkriminacija zlostavljanja i mučenja nailazimo na oprečne kritičke stavove. Sa jedne strane je stav da umesto krivičnog dela zlostavljanje i mučenje i krivičnog dela iznuđivanje iskaza (član 136. KZ) treba propisati jedno krivično delo čiji bi naziv i sadržina u potpunosti bili usklađeni sa relevantnim međunarodnim dokumentima i postojećom praksom, a koje bi nosilo naziv krivično delo „mučenje, nečovečno i ponižavajuće postupanje“ i u okviru kojeg bi bilo inkriminisano „nanošenje bola ili teških fizičkih ili mentalnih patnji“ (stav 1), „nanošenje ozbiljnog bola i patnje“ (stav 2) i „nanošenje bola i patnje koji za posledicu imaju narušavanje dostojanstva“ (stav 3).²⁵ Sa druge strane je stav da postojeća inkriminacija mučenja iz člana 137, stav 2. u potpunosti zadovoljava postavljene međunarodne zahteve i da sadržinski obuhvata mučenje, nečovečno i ponižavajuće postupanje. Shodno tome, smatra se da bi bilo dovoljno izvršiti samo tehničke korekcije koje bi podrazumevale razdvajanje inkriminacija zlostavljanja i mučenja, promenu naziva krivičnog dela mučenje u „mučenje, nečovečno i ponižavajuće postupanje“ kao i njegovo sistematizovanje u glavi krivičnih dela protiv čovečnosti i međunarodnog prava.²⁶

No, ukoliko nakon svega prethodno navedenog, pažnju još jednom usmerimo na član 137, stav 1. u kojem je propisano zlostavljanje i apstrahujemo termin zlostavljanje koji se pominje u zakonskom tekstu, a u vidu imamo samo njegovu sadržinu, onda konstatujemo da, kao što je prethodno bilo reči, zakonodavac ovde

25 N. Kovačević, 71.

26 D. Kolarić, 36.

inkriminiše blaže oblike prinude kojima se nanose bol i/ili patnja koji ne dosežu stepen/intenzitet bola i/ili patnje karakteristične za mučenje, kao i postupanja kojima se vređa ljudsko dostojanstvo – što implicira da su datom odredbom inkriminirana sva ona postupanja koje bi se u kontekstu prethodno pomenutih međunarodnih standarda mogla kvalifikovati kao „ponižavajuća“. Ako se nadalje uzme u obzir da se nanošenje velikog bola i/ili teške patnje u konkretnom slučaju može manifestovati u različitom intenzitetu, odnosno rasponu, jasno je da su članom 137, stav 2. osim mučenja, obuhvaćeni surovo i nečovečno, odnosno nečovečno postupanje. Sledstveno iznetim konstatacijama, ukoliko se u normi sadržanoj u stavu 1. izostavi pojam zlostavljanje i njegova sadržina opisno definiše, u smislu primene sile ili pretnje kojom se nanose bolovi i/ili patnje manjeg intenziteta, a drugi deo norme, koji kao radnju izvršenja propisuje postupanje na način kojim se vređa ljudsko dostojanstvo, ostane nepromenjen, onda ne bi trebalo da bude sporno da je odredbom stava 1. inkriminirano ponižavajuće postupanje, a odredbom stav 2. mučenje, surovo i nečovečno, odnosno nečovečno postupanje.

Pojam mučenja se takođe pominje i u okviru inkriminacija *zločin protiv čovečnosti* (član 371. KZ) i *ratnih zločina* (čl. 372–374. KZ) u kojima se mučenje poistovećuje sa „teškim patnjama“.

Sa pojmom mučenje nadalje je povezan pojam *svirepost*, odnosno svirepo postupanje. Naime, ukoliko bi mučenje u konkretnom slučaju dovelo do smrti pasivnog subjekta postojalo bi krivično delo *teško ubistvo na svirep način* (član 114, stav 1. tačka 1 KZ) pod uslovom, kako se ističe, da se utvrdi da je u pitanju nanošenje „teških i suvišnih“ patnji.²⁷

Smatra se da svirepost kao kvalifikatorna okolnost kod teškog ubistva po svojoj prirodi predstavlja objektivno-subjektivni pojam (VS u Šapcu 4K. 153/11). Objektivna strana svireposti sastoji se u tome što se pasivni subjekt lišava života na način da mu se nanose patnje (muke) „koje prevazilaze fizičke i psihičke bolove koji prate obično ubistvo“ (AS u Beogradu Kž.I 5137/11). Opšteprihvaćeno je da patnje mogu biti fizičke i psihičke (AS u Kragujevcu Kž. 851/11). Shodno rečenom, treba uzeti da odgovarajući način izvršenja i sa tim povezano stanje pasivnog subjekta impliciraju ispunjenost objektivne strane svireposti.²⁸ 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 i 4K. 153/14). 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

27 Z. Stojanović, 516.

28 U sudskoj praksi se navodi 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). J. Ćirić pak, smatra da objektivna komponenta svireposti treba da bude način vršenja krivičnog dela, a ne patnje pasivnog subjekta jer se pojam svireposti vezuje za svirepu ličnost učinioca, a ne za svirepo ispaštanje žrtve. J. Ćirić, „Ubistvo na svirep ili podmukao način“, *Pravni život*, 9/2000, 68–69.

i intenzitet bolova koje je trpeo pasivni subjekt (AS u Novom Sadu Kž. 1892/17). Za postojanje objektivne strane svireposti potrebno je da pasivni subjekt trpi bolove jakog intenziteta, tj. patnju, koja može trajati i kraće vreme (VS u Valjevu K. 55/11 i AS u Kragujevcu Kž.1 1314/14). Ako je patnja pasivnog subjekta trajala duže vreme, ta okolnost može imati značaj prilikom odmeravanja kazne u smislu odredbe člana 54. KZ. 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). U datom kontekstu, objektivna strana svireposti, koja se ogleda u „suvišnoj“ patnji pasivnog subjekta, ima pretežan značaj u odnosu na subjektivnu stranu svireposti i primarno opredeljuje ovu kvalifikatornu okolnost. 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 (član 54, stav 1. KZ).²⁹

Osim kod teškog ubistva, svirepost, odnosno vršenje krivičnog dela na svirep način se javlja kao dopunsko obeležje, tj. kvalifikatorna okolnost i kod sledećih krivičnih dela: protivpravno lišenje slobode (član 132, stav 3. KZ); protivpravno ubijanje i ranjavanje neprijatelja (član 378, stav 3. KZ) i protivpravno oduzimanje stvari od ubijenih (član 379, stav 2. KZ). Kod krivičnih dela silovanje (član 178, stav 3. KZ); obljava nad nemoćnim licem (član 179, stav 2. KZ) i nedozvoljene polne radnje (član 182, stav 3. KZ) kao kvalifikatorna okolnost propisan je „naročito“ svirep način vršenja krivičnog dela.

Prema stavovima sudske prakse, krivično delo *protivpravno lišenje slobode* (član 132, stav 3. KZ) izvršeno je na *svirep* način „kada je oštećenom oduzeta sloboda kretanja tako što ga je okrivljeni odveo u svoj stan, liscama vezao za fotelju, više puta udarao pesnicama i naneo mu lake telesne povrede, zatim ga ošišao i vezanog odvezao na napušteni salaš gde je pucao iz pištolja u njegovoj neposrednoj blizini, da bi ga na taj način zaplašio, a nakon toga mu skinuo lisice i zapretio da ne sme da ga prijavi policiji“ (OS u Beogradu Kž. 937/92) i „kada je okrivljeni odveo oštećenu u svoj stan i makazama sekao pramenove njene kose, udarao je pesnicama u predele glave, a čekićem po šakama, zatim šerpom udarao u oba kolena i gasio cigarete iznad njenih grudi“ (OS u Beogradu 339/07).

Teži oblik krivičnog dela *protivpravno ubijanje i ranjavanje neprijatelja* koji je propisan odredbom člana 378, stav 2. KZ postoji ako je ubistvo izvršeno na podmukao način ili iz niskih pobuda (zaprećena kazna je zatvor najmanje deset godina). Odredbom stava 3. propisan je najteži oblik krivičnog dela koji postoji ako je ubistvo izvršeno na *svirep* način, ili iz koristoljublja ili ako je ubijeno više lica (zaprećena kazna je zatvor najmanje deset godina ili doživotni zatvor). U literaturi se navodi da kvalifikatorne okolnosti kod ovog krivičnog dela treba ceniti isto kao kod teškog ubistva.³⁰ Upravo zbog toga može se postaviti pitanje zašto je zakonodavac

29 Vid. više, N. Delić, „Nekoliko dilema u vezi pojedinih kvalifikatornih okolnosti krivičnog dela teškog ubistva (član 114. KZ)“, *Kaznena reakcija u Srbiji, Jedanaesti deo*, Beograd 2021a, 93–96.

30 LJ. Lazarević, (1995), 91. i Z. Stojanović, 1125.

ovde ubistvo na svirep način predvideo kao teži oblik u odnosu na ubistvo na pod-mukao način i takođe vršenje krivičnog dela iz koristoljublja, koje predstavlja nisku pobudu, propisao kao teži oblik u odnosu na vršenje krivičnog dela iz (drugih) niskih pobuda, kao što su recimo, bezobzirna osveta ili mržnja. Pošto se kod teškog ubistva polazi od pretpostavke da navedene kvalifikatorne okolnosti u (približno) istoj meri podižu stepen apstraktne društvene opasnosti izvršenog ubistva, ovde bi razlog njihovog različitog tretiranja mogao biti taj što se kvalifikatorne okolnosti koje su propisane kod najtežeg oblika krivičnog dela, s obzirom na njegovu prirodu, u praksi češće javljaju.

Krivično delo *protivpravno oduzimanje stvari od ubijenih* (član 379, stav 1. KZ) vrši onaj ko naredi da se protivpravno oduzimaju stvari od ubijenih ili ranjenih na bojištu ili ko (lično) vrši takvo oduzimanje. Teži oblik predviđen odredbom stava 2. postoji ako je krivično delo učinjeno na *svirep* način (ili ako vrednost oduzetih stvari prelazi iznos od četrismo pedeset hiljada dinara). Ako se ima u vidu da svirep način izvršenja pretpostavlja nanošenje teških fizičkih i/ili psihičkih patnji pasivnom subjektu, jasno je da se teži oblik može izvršiti samo prilikom oduzimanja stvari od ranjenih, a ne i od ubijenih.

Teži oblik krivičnog dela *silovanje* (član 178, stav 3. KZ), pored ostalog, postoji kada je silovanje izvršeno na *naročito svirep* ili naročito ponižavajući način. Prema stavu sudske prakse „naročito svirep način postoji kada se prilikom silovanja pasivnom subjektu nanose mnogo veće fizičke i psihičke patnje nego što je potrebno da bi se izvršilo krivično delo silovanje, a silovanje je izvršeno na naročito ponižavajući način onda kada se pasivni subjekt dodatno ponižava“ (AS u Beogradu Kž.I 5652/10). Takođe, prema stavu sudske prakse, silovanje je izvršeno na naročito ponižavajući način „kada intenzitet ponižavanja dostojanstva oštećene znatno prevazilazi stepen patnji i poniženja koji redovno prate izvršenja ovakvih krivičnih dela, a osim načina na koji je silovanje izvršeno, ovde treba imati u vidu da su okrivljeni krivično delo učinili u prisustvu mlađe sestre oštećene“ (OS u Beogradu K. 417/96) kao i „kada je silovanje trajalo celu noć“ (VSS Kž. 1832/96). Navedeni primeri govore da sudovi u nekim slučajevima ne prave razliku između dva alternativno predviđena načina preduzimanja radnje izvršenja i u odlukama oba načina obrazlažu kao da je reč o jednoj kvalifikatornoj okolnosti. Za razliku od ubistva na svirep način, za koje se, kao što je navedeno, smatra da svirepost kao kvalifikatorna okolnost predstavlja „nešto više“ od mučenja, kada je reč o silovanju, u teoriji nailazimo na stav iz kojeg proizlazi da je ovde mučenje „nešto više“ od svireposti. Naime, kako se ističe „ovim oblikom krivičnog dela obuhvaćeni su slučajevi kada svirepost u znatnoj meri prelazi granice koje su normalne kod silovanja, kada se pretvara u fizičko i psihičko mučenje žrtve i kada se teško vređa njeno dostojanstvo, npr. kada se od pasivnog subjekta zahteva da igra pre obljuje“.³¹

U doktrini se nadalje navodi da su kriterijumi za ocenu da li se radi o naročito svirepom ili naročito ponižavajućem načinu vršenja krivičnih dela *obljuba nad nemoćnim licem* (član 179, stav 2. KZ) i *nedozvoljene polne radnje* (član 182, stav 3. KZ) istovetni kao kada se postojanje takvih okolnosti ocenjuje kod težeg oblika silovanja.³²

31 LJ. Lazarević, (1995), 452.

32 M. Škulić, *Krivična dela protiv polne slobode*, Beograd 2019, 342. i 370.

Da bi se stekao pravi uvid, pomenimo još jednom da je, za razliku od teškog ubistva kod kojeg je kao kvalifikatorna okolnost propisana „samo“ svirepost, za koju se smatra da podrazumeva svirepost koja prevazilazi „uobičajenu meru“ svireposti karakterističnu za svako ubistvo,³³ kod pomenutih krivičnih dela protiv polne slobode u zakonsku formulaciju unet normativni kriterijum i za teži oblik se zahteva „naročita“ svirepost, što bi u skladu sa logičkim tumačenjem značilo da je ovde neophodna svirepost koja u „naročitoj meri“ prevazilazi svirepost karakterističnu za vršenje ovih krivičnih dela.

Upravo zbog toga treba istaći da je nesporno da osim silovanja i obljuba nad nemoćnim licem takođe može biti izvršena na svirep način koji bi se, s obzirom na okolnosti slučaja, mogao okarakterisati kao naročito svirep, ali ostaje otvoreno pitanje da li se nedozvoljene polne radnje mogu izvršiti na naročito svirep način. Ovo posebno ako se pođe od ekstenzivnog shvatanja pojma „sa obljubom izjednačen čin“, što bi značilo da se pod ovaj pojam podvode sve radnje koje po svojoj prirodi i dejstvu odgovaraju obljudi, kao što je prodiranje (bilo kog) dela tela u (bilo koji) telesni otvor pasivnog subjekta, sa čim je izjednačeno i prodiranje predmeta,³⁴ a u kom slučaju se kao korektivni kriterijum za razgraničenje sa nedozvoljenim polnim radnjama predlaže „stepen neprijatnosti“ koji trpi pasivni subjekt.³⁵ Budući da bi, sledstveno rečenom, nedozvoljene polne radnje predstavljalo, primera radi, dodirivanje pasivnog subjekta po intimnim delovima tela, grljenje, ljubljenje i slično (OS u Nišu Kž. 701/07), teško je zamisliti da bi neka od ovih radnji mogla biti izvršena na naročito svirep način, tj. uz nanošenje „naročito“ teških (suvišnih) fizičkih i/ili psihičkih patnji. Suprotno tome, uzevši u obzir njihovu prirodu, nedozvoljene polne radnje bi pod određenim okolnostima svakako mogle biti izvršene na naročito ponižavajući način.³⁶

Sve prethodno navedeno u vezi tumačenja kvalifikatorne okolnosti koja se sastoji u svirepom načinu vršenja pojedinih krivičnih dela, govori da u krivičnom pravu odnos između pojmova mučenje i svirepo postupanje nije jasno definisan i da ostaje dilema da li je reč o sinonimima ili među ovim pojmovima ipak postoji određena sadržinska razlika. Drugim rečima, sporno pitanje je da li zakonodavac u sadržinskom smislu pravi trostepenu gradaciju koja podrazumeva mučenje, svirepo postupanje i naročito svirepo postupanje ili su mučenje i svirepo postupanje sinonimi, u kom slučaju bi gradacija bila dvostepena ili je pak, u svim slučajevima,

33 U zakonodavstvu Republike Srpske kao teško ubistvo, pored ostalog, predviđeno je i ubistvo na „naročito“ svirep ili „krajnje“ podmukao način (član 149, stav 1. tačka 1) i kako se navodi, u slučaju da postoji sumnja u odnosu na ostvareni intenzitet svireposti ili podmuklosti, ne može se primeniti ova kvalifikacija. M. Babić, I. Marković, 42–43.

34 Vid. I. Vuković, (2021), 24. Upor. Z. Stojanović, 588, Đ. Đorđević, D. Kolarić, *Krivično pravo Posebni deo*, Beograd 2020, 76. i N. Delić, (2022), 97–98.

35 M. Škulić, (2019), 290.

36 „Krivično delo nedozvoljene polne radnje postoji kada se pod određenim okolnostima radi zadovoljenja polnog nagona vrše neki drugi polni akti, tj. radnje koje ne predstavljaju obljubu ili sa njom izjednačen čin“ (AS u Beogradu Kž.1 5141/11). „Krivično delo nedozvoljene polne radnje se može izvršiti jedino zadovoljavanjem polnog nagona učinioca delovanjem na telo drugog lica“ (AS u Nišu 4Kž.1 1154/11). „Postojanje krivičnog dela nedozvoljene polne radnje utvrđuje se na osnovu sveukupnog sagledavanja objektivnih i subjektivnih okolnosti slučaja“ (VS u Čačku Kž. 251/16).

nezavisno od pojma, odnosno formulacije, u pitanju mučenje. Kada se uzme u obzir sve što je rečeno o tom pojmu, proizlazi da pojam mučenje ovde predstavlja polazni parametar i da objektivno definisana sadržina ovog pojma, u smislu odgovarajućeg intenziteta patnji i/ili bola, otvara prostor za njegovo uže ili šire tumačenje u zavisnosti od prirode krivičnog dela. Izuzetak bi svakako predstavljalo teško ubistvo na svirep način kod koga se pojam svirepost ne tumači objektivno, već objektivno-subjektivno (kao i član 378, stav 3. KZ).

1.3. Nasilje

Pojam nasilje nije definisan u zakonu. U sudskoj praksi se navodi da vršenje nasilja postoji kada se upotrebom fizičke snage povređuje telesni integritet drugog lica kao i kada mu se oduzima sloboda kretanja ili sloboda da nesmetano odlučuje o svojim postupcima (OS u Beogradu Kž. 2180/06). U pitanju je dosledno preuzet doktrinarni stav koji potiče iz nešto starije literature.³⁷

Valja pomenuti da među našim autorima postoji razmimoilaženje povodom pitanja da li pojam nasilja osim fizičkog podrazumeva i psihičko nasilje – emocionalno nasilje. Iako ima onih koji smatraju da se kod nasilja radi o „primeni fizičke ili psihičke sile,“³⁸ prednost treba dati stavu shodno kojem nasilje u krivičnom pravu (jednako kao i u jezičkom smislu) podrazumeva isključivo fizičko nasilje, odnosno primenu fizičke sile kao oblik prinude. Budući da je nasilje primena fizičke sile kojom se povređuje telesni integritet, ono može biti usmereno samo prema čoveku, a ne prema imovini.³⁹ Kako se ističe u relevantnoj literaturi, zakonodavac pojam nasilja najčešće koristi kod krivičnih dela čije inkriminacije su unete u naše zakonodavstvo na osnovu obaveza preuzetih potpisivanjem međunarodnih konvencija, gde akt nasilja redovno podrazumeva fizičku prinudu.⁴⁰ Otuda, iako neki autori insistiraju na tome da i ugrožavanje telesnog integriteta prilikom kvalifikovane pretnje predstavlja nasilje – psihičko nasilje,⁴¹ opravdano je zaključiti da se pojam nasilja u sadržinskom smislu u potpunosti ne poklapa sa pojmom prinude, odnosno da nasilje i prinuda u krivičnom pravu nisu sinonimi jer se pojam nasilja odnosi samo na jedan vid prinude i podrazumeva silu kao primenu fizičke snage.⁴²

Nasilje je propisano kao jedna od alternativno predviđenih radnji izvršenja osnovnih oblika sledećih krivičnih dela: nasilje u porodici (član 194, stav 1. KZ); nasilničko ponašanje (član 344, stav 1. KZ); piratstvo (član 294, stav 1. KZ); ugrožavanje lica pod međunarodnom zaštitom (član 392, stav 1. KZ) i nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi ili javnom skupu (član 344a stav 1. KZ). Kod krivičnog dela

37 Grupa autora, redaktor LJ. Lazarević, *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije*, Beograd 1995, 792.

38 LJ. Lazarević, (1995), 732, V. Kambovski, *Krivično pravo Posebni del*, Skopje 1982, 53. i N. Mrvić-Petrović, *Krivično pravo Posebni delo*, Beograd 2016, 155.

39 Đ. Đorđević, „Kaznenopravna zaštita od nasilja na sportskim priredbama“, *Pravni život*, 9/2004, 160.

40 I. Vuković, (2021), 130.

41 B. Zlatarić, „Novo krivično djelo nasilničkog ponašanja na javnom mjestu“, *JRKK*, 1967/2, 183. i R. Risimović, 240.

42 Upor. Đ. Đorđević, „Krivična dela nasilja u porodici“, *RKK*, 3/2007, 126–127.

rasna i druga diskriminacija (član 387, st. 4. i 5. KZ) nasilje se javlja kao obeležje njegovih posebnih oblika. Kod krivičnog dela izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti (član 317, stav 2. KZ) nasilje je predviđeno kao teža posledica. Kod težeg oblika krivičnog dela iznuđivanje iskaza (član 136, stav 2. KZ), teških dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti Srbije (član 321, stav 1. KZ) i težeg oblika krivičnog dela podrivanje vojne i odbrambene moći (član 419, stav 5. KZ) kao kvalifikatorna okolnost je predviđeno „teško“ nasilje.

Kod krivičnog dela *nasilje u porodici* (član 194. KZ) radnja izvršenja je formulisana kao „*primena*“ *nasilja* koje shodno zakonskom tekstu, uključuje nanošenje lake telesne povrede, jer teži oblik krivičnog dela postoji ako je naneta teška telesna povreda. U vezi sa pitanjem da li je za krivično delo nasilje u porodici dovoljan jedan akt nasilja prema pasivnom subjektu, u sudskoj praksi nailazimo i na odluke u kojima je nasilje u porodici konstatovano na osnovu samo jednog nasilničkog postupka, npr. „kada je otac svom desetogodišnjem detetu prutićem naneo lake telesne povrede“ (VSS Kzz. 26/06) i „kada je okrivljeni svoju majku pogodio klompom u leđa i naneo joj laku telesnu povredu“ (OS u Beogradu Kž. 3286/03). U doktrini su prisutni podeljeni stavovi. Ima autora koji smatraju da je u slučaju primene (grubog) nasilja (ili pretnje da će se napasti na život ili telo) dovoljno preduzimanje samo jedne delatnosti koja ima značaj radnje izvršenja.⁴³ Drugi autori pak, ističu da nasilje u porodici uvek podrazumeva vršenje nasilničkih akata u kontinuitetu.⁴⁴ Na navedeni stav nailazimo i u sudskoj praksi koja insistira na tome da nasilje kao mogući vid vršenja ovog krivičnog dela ne predstavlja izolovani incident, „već model ponašanja“ (AS u Beogradu Gž.2 782/10). Treba reći da za razliku mišljenja shodno kojem nasilje podrazumeva fizičku prinudu, u sudskoj praksi nailazimo na odluku u kojoj se eksplicitno navodi da „psihičko nasilje, u vidu psihičkog maltretiranja člana porodice“ predstavlja nasilje u smislu radnje izvršenja ovog krivičnog dela (VS u Čačku Kž. 110/21).

Za razliku od nasilja u porodici, kod krivičnog dela *nasilničko ponašanje* (član 344. KZ) kao jedna od alternativno predviđenih radnji izvršenja propisano je „*vršenje*“ *nasilja*. Budući da se u zakonskom tekstu govori o vršenju nasilja prema drugome, da se zapaziti da zakonodavac ovde ističe da u taj pojam ne ulaze nasilni akti prema stvarima, osim ako istovremeno ne znače i nasilje prema drugom licu. Kod krivičnog dela nasilničko ponašanje, vršenje nasilja ne uključuje laku telesnu povredu jer tada postoji teži oblik krivičnog dela. Kako se navodi u sudskoj praksi, „nasilničko ponašanje vršenjem nasilja konsumira lakše oblike prinude“ (VS u Beogradu Kž.1 50/16). Smatra se da ovo krivično delo postoji i kada je akt nasilja preduzet samo jednom, s tim što se u praksi tada nasilje najčešće javlja uz istovremeno prisustvo još nekog oblika radnje izvršenja, npr. grubog vredanja i zlostavljanja (VKS Kzz 49/15).⁴⁵

43 Vid. Z. Stojanović, 642. i N. Delić, „Krivičnopravni aspekt nasilja u porodici“, *Nasilje u porodici, Zbornik radova sa naučnog skupa*, Beograd 2012, 11–112.

44 I. Vuković, „Nasilje u porodici kao krivično delo – pojedini problemi u primeni prava“, *Nasilje u porodici, Zbornik radova sa naučnog skupa*, Beograd 2012, 129.

45 Vid. N. Delić, „Krivično delo nasilničkog ponašanja (član 344. KZS)“, *Pravni život*, 9/2012, 212–213.

Za krivično delo *piratstvo* (član 294) je propisano da, pored ostalog, postoji kada neko „učini“ *nasilje* prema licima na drugom brodu. Nasilje kao radnja izvršenja je prema stepenu apstraktne društvene opasnosti izjednačeno sa razbojništvom kao i zadržavanjem, oduzimanjem, oštećenjem ili uništenjem drugog broda ili dobara koja se nalaze na njemu ili prouzrokovanjem štete velikih razmera (teži oblik krivičnog dela postoji ako je nastupila smrt jednog ili više lica). Slična zakonodavna tehnika primenjena je kod krivičnog dela *ugrožavanje lica pod međunarodnom zaštitom* (član 392. KZ) kod koga je *nasilje* prema licu pod međunarodnom zaštitom ili članu njegove porodice propisano kao jedna od alternativno predviđenih radnji izvršenja i po svojoj apstraktnoj društvenoj opasnosti izjednačeno je sa otmicom, napadom na službene prostorije, privatan stan ili prevozno sredstvo (teži oblik krivičnog dela postoji ako je nastupila smrt jednog ili više lica, a najteži ako je neko lice sa umišljajem lišeno života).

Kod krivičnog dela *nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi ili javnom skupu* (član 344a, stav 1. KZ) pojam nasilje se javlja u kontekstu tri moguće radnje izvršenja. Prema zakonskom tekstu krivično delo, pored ostalog, postoji kada neko: a) „vrši“ *nasilje* prilikom dolaska ili odlaska sa sportske priredbe ili javnog skupa, npr. „okrivljeni su vršili nasilje i fizički napadali učesnike sportske priredbe, navijače koji su se vraćali sa utakmice tako što su ušli u vagon voza u kojem su se nalazili navijači pa su ih vređali i psovali da bi jednog od prisutnih navijača, oštećenog udarali po glavi i naneli mu povrede“ (AS u Nišu Kž. 54/14); b) neovlašćeno uđe na sportski teren ili deo gledališta namenjen protivničkim navijačima i „izazove“ *nasilje*, npr. „okrivljeni su za vreme održavanja odbojkaške utakmice preskočili zaštitnu ogradu i neovlašćeno ušli na sportski teren gde se odigravala utakmica i pokušali da izazovu nasilje kojim bi svi učesnici sportske priredbe bili izloženi, u čemu su bili sprečeni od strane nadležnih organa“ (VS u Kragujevcu 2K. 449/10) i v) svojim ponašanjem ili parolama na sportskoj priredbi ili javnom skupu izaziva nacionalnu, rasnu, versku ili drugu mržnju ili netrpeljivost zasnovanu na nekom diskriminatorском osnovu „usled čega“ *dođe do nasilja* (ili fizičkog obračuna).⁴⁶ U prvom slučaju, krivično delo se vrši primenom fizičke sile kojom se povređuje telesni integritet pasivnog subjekta, s tim što se krivično delo može izvršiti izvan odgovarajućeg mesta, pre ili posle određenog događaja; u drugom slučaju se nasilje, shvaćeno u istom smislu, javlja kao posledica neovlašćenog ulaska u odgovarajući prostor, što zahteva utvrđivanje uzročno-posledične veze između ulaska u prostor i nasilja; i u trećem slučaju do nasilja, takođe shvaćenog u navedenom smislu, dolazi usled ponašanja kojim se izaziva mržnja ili netrpeljivost zasnovana na nekom diskriminatorском osnovu, npr. kada je izazivanje mržnje ili netrpeljivosti koje je vršeno uzvikivanjem uvredljivih parola dovelo do nasilja, u kom slučaju utvrđivanje kauzalne veze između izazivanja mržnje ili netrpeljivosti i nasilja može biti otežano jer do nasilja može doći nezavisno od izazivanja mržnje ili netrpeljivosti, npr. na osnovu prethodnog dogovora. Navedeno govori da bi bilo bolje da se za ovaj oblik krivičnog dela ne zahteva da je došlo do nasilja, već da je inkriminisano samo izazivanje nacionalne,

46 Vid. N. Delić, Krivično delo nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi ili javnom skupu (član 344a KZ RS)“, *Pravni život*, 9/2011, 240–242.

rasne i verske mržnje i netrpeljivosti na sportskoj priredbi ili javnom skupu.⁴⁷ Prema sadašnjem rešenju, ukoliko je nasilje izostalo, a došlo je do izazivanja odgovarajuće mržnje i/ili netrpeljivosti na sportskoj priredbi, postoji krivično delo izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti iz člana 317. KZ (AS u Kragujevcu Kž. 4590/11). Jezičkim tumačenjem dolazi se do zaključka da krivično delo iz člana 317. postoji i kada je u pitanju radnja raspirivanja mržnje ili netrpeljivosti, koja kod krivičnog dela iz člana 344a nije alternativno predviđena sa izazivanjem mržnje ili netrpeljivosti. No, za razliku od krivičnog dela iz člana 317, kod krivičnog dela iz člana 344a osim nacionalne, rasne i verske mržnje ili netrpeljivosti u obzir dolazi i izazivanje druge mržnje ili netrpeljivosti zasnovane na nekom diskriminatorском osnovu, što, budući da je u pitanju generalna klauzula, (opravdano/neopravdano) ovde značajno proširuje kriminalnu zonu.

Četvrti oblik krivičnog dela *rasna i druga diskriminacija* (član 387, stav 4. KZ) postoji kada neko širi ili na drugi način učini javno dostupnim tekstove ili slike ili na bilo koji drugi način učini predstavljanje ideja ili teorija koje *zagovaraju ili podstrekavaju nasilje* (mržnju, diskriminaciju) protiv lica ili grupe lica zasnovano na nekom ličnom svojstvu tog lica. Objektivno nepravo krivičnog dela se realizuje kroz odgovarajuću izjavu. Ono što primarno definiše krivično delo jeste priroda ideja i teorija koje su sadržane u izjavama datim u formi govora, tekstova ili slika. U pitanju su ideje i teorije koje zagovaraju ili podstrekavaju negativnu emociju, tj. mržnju ili zagovaraju ili podstrekavaju negativno delovanje, tj. aktivnosti koje se sastoje u nasilju (ili diskriminaciji). Krivično delo podrazumeva izjavu usmerenu na stvaranje odluke o preduzimanju odgovarajuće aktivnosti, tačnije rečeno na stvaranje odluke o preduzimanju akata nasilja, što može biti učinjeno neposredno (izjava-odluka) ili posredno tako što se preko emocije mržnje utiče na volju kako bi bila doneta odluka o vršenju nasilja (izjava-emocija-odluka). Krivično delo je dovršeno saopštavanjem odgovarajuće izjave koja je saznata od strane nekog lica. Za krivično delo nije neophodno da je postignut krajnji cilj – da je došlo do nasilja. Peti oblik krivičnog dela *rasna i druga diskriminacija* (član 387, stav 5. KZ) čini ko javno odobrava, negira ili značajno umanjuje težinu genocida, zločina protiv čovečnosti i ratnih zločina učinjenih protiv grupe lica ili članova grupe koja je određena na osnovu rase, boje kože, vere, porekla, državne, nacionalne ili etničke pripadnosti, 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. Radnja izvršenja alternativno je propisana i može se sastojati u sledećem: odobravanju genocida, zločina protiv čovečnosti i ratnih zločina učinjenih protiv grupe lica ili članova grupe koja je određena na osnovu rase, boje kože, vere, porekla, državne, nacionalne ili etničke pripadnosti; negiranjem postojanja genocida, zločina protiv čovečnosti i ratnih zločina učinjenih protiv grupe lica ili članova grupe koja je određena na osnovu rase, boje kože, vere, porekla, državne, nacionalne ili etničke pripadnosti ili značajnom umanjivanju težine genocida, zločina protiv čovečnosti i ratnih zločina učinjenih protiv grupe lica ili članova

47 D. Šuput, „Krivično delo nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi ili javnom skupu“, *NBP – Žurnal za kriminalistiku i pravo*, 2011, 78.

grupe koja je određena na osnovu rase, boje kože, vere, porekla, državne, nacionalne ili etničke pripadnosti. U sva tri slučaja radnja izvršenja podrazumeva izjavu odgovarajuće sadržine, koja mora biti saopštena javno – tako da postoji mogućnost da sa izjavom (njenom sadržinom) bude upoznat neograničen krug individualno neodređenih lica. Izjava treba da bude saznata od strane jednog ili više lica. Prema zakonskom tekstu, krivično delo zahteva ispunjenost još jednog uslova – da je izjava data na način koji može dovesti do nasilja (ili izazivanja mržnje) prema zaštićenoj grupi ili njenom članu. Naime, zakonodavac propisuje da je za krivično delo potrebno da radnja izvršenja poseduje odgovarajući „potencijal“, koji se sastoji u tome da je podobna da neposredno ili posredno preko emocije/mržnje ostvari odgovarajući uticaj na volju, u smislu donošenja odluke o preduzimanju akata nasilja prema zaštićenoj grupi ili njenom članu. Ispunjenost ovog uslova treba ceniti u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja. Krivično delo, osim na ovaj način određene radnje izvršenja, takođe podrazumeva ispunjenost i objektivnog uslova inkriminacije.⁴⁸ Dovođeno krivično delo ne zahteva da je u konkretnom slučaju došlo do nasilja (ili izazivanja mržnje) prema zaštićenoj grupi ili njenom članu.⁴⁹

Drugi teži oblik krivičnog dela *izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti* (član 317, stav 3. KZ), pored ostalog, postoji ako je usled dela iz. st. 1. ili 2. došlo do *nasilja* (nereda ili drugih teških posledica za zajednički život naroda, nacionalnih manjina ili etničkih grupa koje žive u Srbiji). Nasilje predstavlja težu posledicu i s obzirom na prirodu drugih kvalifikatornih okolnosti ono može biti usmereno kako na ljude, tako i na objekte i stvari.

Teži oblik krivičnog dela *iznuđivanje iskaza* (član 136, stav 2. KZ), pored ostalog, postoji ako je iznuđivanje iskaza ili izjave praćeno „teškim“ *nasiljem* – teško nasilje predstavlja kvalifikatornu okolnost. S obzirom na to da osnovni oblik krivičnog dela pretpostavlja primenu sile, pretnje, drugog nedopuštenog sredstva ili drugog nedopuštenog načina (u nameri da se iznudi iskaz ili neka druga izjava), ovde bi se pojam nasilja u funkciji dopunskog obeležja mogao razumeti na dva načina. Shodno prvom, koji polazi od činjenice da nasilje, kao što je rečeno, označava primenu fizičke sile prema pasivnom subjektu, razlikovanje osnovnog i težeg oblika treba vršiti isključivo na osnovu normativnog kriterijuma – teži oblik postoji ako se primena fizičke sile u konkretnom slučaju može oceniti (vrednovati) kao teško nasilje. Iz navedenog nadalje proizlazi da bi postojanje težeg oblika krivičnog dela bilo moguće samo prilikom primene sile. Shodno drugom načinu tumačenja, pojam teško nasilje bi osim primene fizičke sile podrazumevao i kvalifikovanu pretnju upućenu pasivnom subjektu. To bi značilo da bi teži oblik krivičnog dela, u zavisnosti od konkretnih okolnosti, bio moguć u slučaju primene sile ili primene pretnje. No, ako se ima u vidu priroda ovog krivičnog dela, može se zapaziti da težište nepravogovog kvalifikovanog oblika nije samo na intenzitetu prinude, već i na posledicama koje bi se sastojale u nanošenju velikog bola i/ili teških patnji pasivnom subjektu, što govori da između ovog krivičnog dela i krivičnog dela mučenja postoji određeni

48 Vid. M. Škulić, „Zločin negiranja/odobravanja/umanjenja zločina“, *Kaznena reakcija u Srbiji, Jedanaesti deo*, Beograd 2021, 58–63.

49 Vid. više, N. Delić, (2020), 115–118.

na sadržinska podudarnost. Najzad, kada su u pitanju druga nedopuštena sredstva ili drugi nedopušteni načini kao radnje izvršenja, osnovni oblik krivičnog dela bi, primera radi, postojao kada se pasivnom subjektu postavljaju nedozvoljena pitanja ili se dovodi u zabludu, a teži oblik u slučaju primene određenih medicinskih intervencija koje bi podrazumevale veliki bol i/ili teške patnje.

Odredbom člana 321. KZ predviđena su *teška dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti Srbije* koja, pored ostalog postoje, ukoliko je vršenje krivičnih dela iz čl. 307. do 309. i čl. 313. do 315. praćeno „*teškim*“ *nasiljem*. Kod krivičnih dela iz čl. 307–308. primena sile je propisana kao jedna od alternativno predviđenih radnji izvršenja, a kod krivičnog dela iz člana 309. radnja izvršenja je pozivanje ili podsticanje da se silom promeni ustavno uređenje ili svrgnu najviši državni organi ili predstavnici tih organa. Kod krivičnog dela iz člana 313. radnja izvršenja je rušenje, paljenje ili na drugi način uništenje ili oštećenje objekta radnje, kod krivičnog dela iz člana 314. radnja izvršenja je određena posledično i sastoji se u prouzrokovanju štete na odgovarajući način, a kod krivičnog dela iz člana 315. radnja izvršenja je saopštavanje, predaja ili činjenje dostupnim podataka ili dokumenata koji predstavljaju državnu tajnu. Priroda navedenih krivičnih dela i mogući načini njihovog vršenja govore da pojam nasilja ovde treba ekstenzivno tumačiti i da ono može biti usmereno ne samo na ljude, već i na objekte, stvari i drugo. Potrebno je na osnovu okolnosti konkretnog slučaja utvrditi da je u pitanju teško nasilje. Isto važi i za najteži oblik krivičnog dela *podrivanje vojne i odbrambene moći* (član 419, stav 5. KZ) koji takođe postoji kada je delo iz st. 1. i 2. praćeno „*teškim*“ *nasiljem*.

1.4. *Nered*

Izazivanje nereda se javlja kao osnovno ili dopunsko obeležje kod sledećih krivičnih dela: izazivanje panike i nereda (član 343. KZ); izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje ili netrpeljivosti (član 317. KZ); nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi ili javnom skupu (član 344a KZ) i sprečavanje održavanja glasanja (član 159. KZ).

Posledica krivičnog dela *izazivanje panike i nereda* (član 343, stav 1. KZ) je alternativno propisana kao izazivanje panike ili teže narušavanje javnog reda i mira (ili osujećenje ili značajnije ometanje sprovođenja odluka i mera državnih organa ili organizacija koje vrše javna ovlašćenja). Logičko tumačenje upućuje na zaključak da pojam *nered* označava teže narušavanje javnog reda i mira, kao na primer, „kada su okrivljeni pozvali telefonom sud i MUP i rekli da je u zgradi suda postavljena bomba i na taj način teže narušili javni red i mir i omeli rad državnih organa“ (AS u Beogradu Kž.1 Po1. 8/11). U jezičkom smislu *panika* označava veliku uznemirenost izazvanu strahom pred nekom iznenadnom, neposrednom opasnošću kao i pometenost pojedinca ili mnoštva ljudi koja je praćena nekontrolisanim ponašanjem.⁵⁰ U psihološkoj literaturi se ističe da se uglavnom smatra da su strah, panika i užas stepeni straha, odnosno da između ovih osećanja postoji razlika u intenzitetu. Međutim, treba reći da njihova međusobna razlika leži isključivo u kvalitetu ovih

50 Grupa autora, redaktor M. Nikolić, 910.

osećaja. To znači da su u pitanju suštinski drugačija osećanja od kojih svako može varirati od slabog do veoma intenzivnog. Osećanje straha nastaje kada neko proceni: da njega ili neku njegovu vrednost ugrožava objekt ili situacija; da se objektivno ne može suprotstaviti tome što ga ugrožava i da ne može pobeći. Prve dve procene su konstante za različite strahove, treća procena je kriterijum za razlikovanje straha u odnosu na paniku i užas. Panika postoji kada uspaničeni procenjuje da je ugrožen nečim čemu se ne može suprotstaviti, ali nije siguran da može da pobegne ili da to spreči. Ponašanje uspaničenog je na prvi pogled nekontrolisano i nekoordinisano, odnosno neadaptivno. Međutim, takvo dezorganizovano ponašanje uspaničenog ima svoju logiku i svrhu budući da uspaničeni nastoji da u kratkom vremenu otkrije ponašanje koje će omogućiti bekstvo ili način suprotstavljanja onome što ga ugrožava. Često se ova nastojanja uspaničenog pokažu kao neefikasna, što panično ponašanje čini neadekvatnim. Panika je povezana sa doživljajem vremena i uspaničeni smatra da nema vremena i da izlaz iz date situacije mora da pronade što pre. Kolektivna panika nastaje kada se grupa ljudi nađe u opasnoj situaciji i tom prilikom svaki pojedinac nastoji da nađe rešenje za sebe verujući da će na isti način postupiti i drugi članovi grupe. Tako nastaje kolektivno haotično ponašanje. Kod užasa, neko smatra da ga opasna situacija „nadilazi“ i da joj sigurno ne može pobeći, tj. da iz te situacije nema izlaza. Za razliku od panike, užas se manifestuje kočenjem i paralizom ili gubitkom svesti.⁵¹

Drugi teži oblik krivičnog dela *izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje ili netrpeljivosti* (član 317, stav 3. KZ) postoji ako je usled dela iz. st. 1. ili 2. došlo do *nereda* (nasilja ili drugih teških posledica za zajednički život) – nered predstavlja težu posledicu koja je prema stepenu apstraktne društvene opasnosti izjednačena sa nasiljem (za koje je prethodno rečeno da u kontekstu ovog krivičnog dela može biti usmereno kako na ljude, tako i na objekte i stvari).

Kod krivičnog dela *nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi ili javnom skupu* (član 344a KZ) odredbom stava 4. predviđen je teži oblik koji postoji ako je izvršenjem dela iz stava 1. došlo do *nereda u kome je* nekom licu naneta teška telesna povreda ili je oštećena imovina veće vrednosti. Prema stavu sudske prakse, „nema krivičnog dela kada iz izvedenih dokaza proizlazi da pre, za vreme i posle utakmice nije bilo incidenata na i oko terena za igru, što znači da nije bilo ni nasilja, ni nereda na ovoj sportskoj priredbi i u tom slučaju su u radnjama okrivljenog koji je naneo tešku telesnu povredu drugom licu ostvarena zakonska obeležja krivičnog dela teške telesne povrede iz člana 121, stav 1. KZ (AS u Nišu Kž. 1041/14). S obzirom na kazne koje su zaprećene za tešku telesnu povredu (član 121. KZ) i ovaj oblik krivičnog dela iz člana 344a, čini se da nije bilo potrebe da se u zakonskoj normi nanošenje teške telesne povrede kauzalno vezuje za pojam nereda. Trebalo je koristiti uobičajenu formulaciju koja se primenjuje kod velikog broja krivičnih dela u slučaju krivičnog dela kvalifikovanog težom posledicom koja se sastoji u nanošenju teške telesne povrede (ili oštećenju imovine veće vrednosti).⁵² Odredbom stava 5. predviđen je posebni oblik koji postoji ako službeno ili odgovorno lice ne preduzme mere kako

51 Z. Milivojević, *Emocije, Psihoterapija i razumevanje emocija*, Novi Sad 2014, 490–494.

52 N. Delić, (2011), 164.

bi se onemogućio ili sprečio nered pa usled toga nastupi konkretna opasnost za život, telo većeg broja ljudi (najmanje deset) ili imovinu veće vrednosti (imovina čija vrednost prelazi iznos od milion i dvesta hiljada dinara). U pitanju je krivično delo nečinjenja koje ima (delimično) blanketnu dispoziciju i otuda je neophodno da se u svakom konkretnom slučaju utvrdi koje su mere obezbeđenja morale biti preduzete u funkciji onemogućavanja ili sprečavanja nereda.⁵³ Iako je u literaturi prisutan stav da ovde pravni pojam nereda podrazumeva sve postupke koji vode narušavanju javnog reda i mira, „posebno akte nasilja ili nedoličnog ponašanja“,⁵⁴ treba reći da shodno relevantnim blanketnim propisima pojam nasilja u datom kontekstu ima karakter genusnog pojma (kao i izraz nedolično ponašanje) koji, pored ostalog, obuhvata i postupke koji vode narušavanju javnog reda i mira, kao što su bacanje predmeta, oštećenje objekata i dr.

Kod krivičnog dela *sprečavanje održavanja glasanja* (član 159, stav 2. KZ) postoji lakši oblik kada neko ometa glasanje izazivanjem *nereda*, usled čega glasanje bude prekinuto – izazivanje nereda predstavlja način preduzimanja radnje izvršenja, tj. način na koji se ometa glasanje.

1.5. Napad

U referentnoj literaturi opšteg dela krivičnog prava napad se uobičajeno definiše kao neposredno ugrožavanje pravom zaštićenog dobra od strane čoveka. Postojanje napada se utvrđuje objektivno. Napad može imati za cilj povredu ili ugrožavanje pravom zaštićenog dobra. Dobro mora biti konkretno i neposredno ugroženo. To predstavlja faktičko pitanje koje se prevashodno rešava na osnovu postojanja vidljivo ispoljenih akcija napadača.⁵⁵

Napad kao osnovno obeležje bića krivičnog dela podrazumeva isključivo napad na fizički integritet nekog lica, tj. radnje upravljene na telo. Napad je nešto više od obične realne uvrede, ali isključuje laku telesnu povredu. Drugim rečima, napad je fizičko delovanje na telo kojim nije prouzrokovana telesna povreda. Primera radi, to može biti udaranje ili guranje. Za napad nije neophodan neposredan fizički kontakt, u obzir dolazi i bacanje nekog predmeta na pasivnog subjekta.

Kao radnja izvršenja njihovih osnovnih oblika, *napad* je propisan kod sledećih krivičnih dela: *napad na službeno lice u vršenju službene dužnosti* (član 323. KZ) – radnja izvršenja je napad ili pretnja napadom, prema stavu sudske prakse „pojam napada treba ekstenzivno tumačiti, tako da podrazumeva bilo koji vid agresivnog delovanja na telo službenog lica“ (AS u Kragujevcu Kž.1 1057/18), napad mora biti slabijeg intenziteta, npr. „kada je okrivljeni oštećenog udario po ruci u kojoj je držao mobilni telefon“ (VKS Kzz. 1541/16) i ne sme obuhvatiti nanošenje lake ili teške telesne povrede jer tada postoji prvi, odnosno treći teži oblik, pri čemu prvi teži

53 Vid. D. Kalaba, „Krivično delo nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi – zakonodavstvo, sudska praksa, dileme“, *Glasnik AKV*, 4/2011, 254–258. i N. Đurđević, B. Otašević, „Redarska služba na sportskim priredbama“, *Pravni život*, 9/2016, 550–554.

54 N. Đurđević, „Krivična odgovornost za nered na sportskim priredbama“, *Pravni život*, 9/2002, 158.

55 I. Vuković, (2021), 128.

oblik krivičnog dela postoji i u slučaju pretnje upotrebom oružja; *napad na advokata* (član 336v KZ) – radnja izvršenja je napad koji ne obuhvata nanošenje lake ili teške telesne povrede jer tada postoji prvi, odnosno drugi teži oblik krivičnog dela, pretnja napadom ovde nije predviđena kao radnja izvršenja osnovnog oblika krivičnog dela, ali je kao kvalifikatorna okolnost prvog težeg oblika predviđena pretnja upotrebom oružja;⁵⁶ *napad na vojno lice* (član 404, stav 1. KZ) – radnja izvršenja je napad ili pretnja napadom, i ovde napad ne sme obuhvatiti nanošenje lake ili teške telesne povrede jer tada postoji prvi, odnosno drugi teži oblik krivičnog dela, budući da je reč o istoj formulaciji kao i kod krivičnog dela napad na službeno lice, pretnja upotrebom oružja predstavlja kvalifikatornu okolnost prvog težeg oblika; i *nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi ili javnom skupu* (član 344a KZ) kod koga je kao jedna od alternativno predviđenih radnji izvršenja propisan *fizički napad* na učesnike sportske priredbe ili javnog skupa. Jedino se kod ovog krivičnog dela naglašava da u pitanju mora biti fizički napad i krivično delo primera radi, postoji „kada je okrivljeni fizički napao oštećenog tako što ga je udario stolicom“ (OS u Beogradu Kž. 32/06).

Osim fizičkog napada, kao radnja izvršenja krivičnog dela iz člana 344a predviđen je i *fizički obračun* sa učesnicima sportske priredbe ili javnog skupa. Za razliku od fizičkog napada, kod kojeg izvršilac vrši napad prema pasivnom subjektu, fizički obračun podrazumeva da su svi učesnici obračuna izvršioci.⁵⁷ Prema stavu sudske prakse, reč je o ovoj radnji izvršenja „kada su se okrivljeni fizički obračunavali sa učesnicima sportske priredbe tako što je nakon verbalnog sukoba došlo do međusobnog guranja i udaranja dve navijačke grupe“ (VS u Beogradu K. 172/13). Krivično delo takođe postoji kada neko svojim ponašanjem ili parolama izaziva nacionalnu, rasnu, versku ili drugu mržnju i netrpeljivost zasnovanu na nekom diskriminatorskom osnovu usled čega dođe do (nasilja) ili fizičkog obračuna sa učesnicima. Uprkos tome što između pojmova fizički napad i fizički obračun postoji suštinska razlika, u praksi se mogu naći i odluke u kojima je izostaje potrebna pojmovna distinkcija (VS u Valjevu K. 36/11).

U nomotehničkom smislu izuzetak predstavlja krivično delo *ubistvo na mah* (član 115. KZ) kod koga je *napad* predviđen kao modalitet postupanja pasivnog subjekta koje je izazvalo jaku razdraženost izvršioca i ima značaj privilegujuće okolnosti. Sudska praksa jedinstveno stoji na stanovištu da se pod napadom kod ubistva na mah ne može smatrati napad na imovinu, već samo napad koji je usmeren na ličnost, odnosno život ili telo (VSS Kž. 1279/99).⁵⁸ Napad treba da bude takve prirode i/ili intenziteta da može dovesti do odgovarajućeg afekta visokog intenziteta, odnosno jake razdraženosti. Ova procena se vrši objektivno. Napad na izvršioca krivičnog dela ne mora, ali može da obuhvati telesnu povredu, laku ili

56 Vid. više, Đ. Đorđević, „Krivično delo napad na advokata“, *Kaznena reakcija u Srbiji, Deseti deo*, Beograd 2020, 204–205.

57 Z. Stojanović, 1027.

58 Z. Stojanović smatra da treba dozvoliti mogućnost postojanja ovog privilegovanog ubistva i onda kada napad nije bio upravljen na život ili telo, već na neko drugo dobro jer je presudno da li je napad prouzrokovao stanje jake razdraženosti, a ne na šta je bio usmeren. *Ibid.*, 455.

tešku, npr. „okrivljeni je krivično delo učinio u stanju jake razdraženosti u koje je doveden napadom nevenčane supruge koja mu je prethodno, bez ikakvog razloga, kuhinjskim nožem jednim udarcem u predelu stomaka nanela ubodnu ranu“ (OS u Somboru K. 110/06). U literaturi s početka dvadesetog veka je bilo prisutno gledište da kod ubistva na mah napad može biti fizički, npr. telesna povreda ili psihički, npr. izazivanje straha.⁵⁹ Navedeno je prihvaćeno i u jednom delu savremene doktrine.⁶⁰ Iako u zakonskom tekstu nije posebno predviđeno, treba uzeti da kod ovog krivičnog dela u obzir dolazi napad na izvršioca krivičnog dela, napad na njemu blisko lice kao i napad na lice sa kojim izvršilac nije u bliskom odnosu, ako je u pitanju napad koji je po svojoj prirodi podoban da kod izvršioca prouzrokuje afekat visokog intenziteta, npr. napada odrasle osobe na nepoznato dete.⁶¹ Sve navedeno odnosi se i na krivično delo teška telesna povreda na mah (član 121, stav 5. KZ).

Samo se kod krivičnog dela *ugrožavanje lica pod međunarodnom zaštitom* (član 392, stav 4. KZ) kao jedna od alternativno predviđenih radnji izvršenja osnovnog oblika krivičnog dela javlja i *napad na prostorije ili prevozno sredstvo*. Shodno tome, krivično delo se realizuje primenom fizičke sile koja u konkretnom slučaju nije usmerena na telesni integritet nekog lica, već na njegove prostorije ili prevozno sredstvo, primera radi, to može biti razbijanje prozora šakom ili kamenom. Osim toga, kod krivičnog dela *ratni zločin protiv civilnog stanovništva* (član 372, st. 1–2. KZ) pojam napad se koristi u smislu vojnog napada, tj. označava primenu vojne sile usmerene na civilno stanovništvo ili određene objekte.

Kod krivičnog dela *napad na ustavno uređenje* (član 308. KZ) zakonodavac u samom tekstu norme ne koristi pojam napad, ali se logičkim tumačenjem dolazi do zaključka da ovde napad osim primene sile podrazumeva i primenu pretnje.

Najzad, kod krivičnog dela *nasilničko ponašanje* (član 344, stav 1. KZ) jedna od alternativno predviđenih radnji izvršenja je i *izazivanje tuče*, što podrazumeva sve delatnosti kojima se provocira fizički obračun između dva ili više lica. Tuču ovde ne bi trebalo shvatiti u smislu krivičnog dela učestvovanje u tuči (član 123. KZ), već u uobičajenom svakodnevnom jezičkom smislu – kao fizički obračun u kome učestvuje dva ili više lica.⁶² Iako ima drugačijih mišljenja,⁶³ treba uzeti da za postojanje krivičnog dela nije neophodno da je do tuče i došlo. Ukoliko dođe do tuče, lice koje je tuču provociralo može, ali ne mora da učestvuje u tuči – dovoljno je da je tuču provociralo ili isprovociralo. Prema stavu sudske prakse, krivično delo postoji „kada se okrivljeni drsko ponašao u ugostiteljskom objektu, a nakon toga izazivanjem tuče van objekta ugrozio spokojstvo građana“ (OS u Čačku Kž. 280/01).⁶⁴

59 T. Živanović, *Osnovi krivičnog prava Posebni deo, knjiga prva i druga*, Beograd 1933, 26.

60 Grupa autora, redaktor LJ. Lazarević, 145, N. Mrvić-Petrović, 41 i Đ. Đorđević, D. Kolarić, 26.

61 Vid. N. Delić, (2021), 113.

62 U starijoj literaturi nailazimo i na drugačije shvatanje, vid. D. Lončarević, „Neka razmatranja o krivičnom delu nasilničkog ponašanja“, *Naša zakonitost*, 7–8/1976, 118.

63 R. Risimović, 241.

64 Vid. N. Delić, (9/2012), 213–214.

1.6. Drsko ponašanje i bezobzirno ponašanje

Kod krivičnih dela nasilničko ponašanje (član 344, stav 1. KZ) i nasilje u porodici (član 194, stav 1. KZ) među više alternativno predviđenih radnji izvršenja propisani su drsko ponašanje i bezobzirno ponašanje.

U teoriji i sudskoj praksi se drsko i bezobzirno ponašanje često definišu na jedinstven način, „kao ponašanje koje je u gruboj suprotnosti sa prihvaćenim pravilima ponašanja,“⁶⁵ odnosno, „drskim i bezobzirnim ponašanjem se smatra samo ono nepristojno ponašanje koje je u `potpunoj` suprotnosti sa prihvaćenim pravilima ponašanja, što zavisi od okolnosti konkretnog slučaja“ (OS u Čacku Kž. 288/08, u istom smislu i OS u Beogradu Kž. 2180/06) i „drskim i bezobzirnim ponašanjem se smatraju ona ponašanja koja odstupaju od normi pristojnog ponašanja kao i nasilni postupci prema stvarima koji moraju biti izraženi u `jačem stepenu`“ (AS u Novom Sadu Kž. 485/10). U doktrini je bilo predloga da se u kontekstu krivičnog dela nasilničko ponašanje postojeća formulacija dopuni normativnim kriterijumom i kao relevantno napiše „naročito drsko ili bezobzirno ponašanje.“⁶⁶

Pomenimo još jednom da jezičko tumačenje govori da su u zakonskim formulacijama ova dva krivična dela sadržana dva alternativno propisana ponašanja koja mogu imati značaj radnje izvršenja. Tako se recimo, u kontekstu krivičnog dela *nasilničko ponašanje* (član 344. KZ) smatra da drsko ponašanje postoji „kada učinilac od uličnog prodavca otima cigarete, razbacuje ih, šutira i gazi“ (OS u Beogradu Kž. 2714/97), a bezobzirno ponašanje „kada je okrivljeni lomio čaše u kaficiu i zatim izvadio pištolj i njime mahao iznad glave“ (OS u Beogradu Kž. 2714/97) kao i „kada su se dvojica okrivljenih u kafani u prisustvu drugih gostiju otimali oko ručne bombe“ (VSS Kž. 118/94). Suprotno ovome, kod krivičnog dela *nasilje u porodici* (član 194. KZ) sudska praksa smatra da „drsko i bezobzirno ponašanje“ primera radi, postoji „kada okrivljeni prilikom svađe sa suprugom baca stvari po kući, ruši i razbija nameštaj“ (OS u Beogradu Kž. 713/06) kao i „kada se okrivljeni samopovređivao tako što se žiletom sekao po telu, gasio pikavce po sebi, pokušavao da zabode sebi nož u stomak i da skoči sa terase, čime je ugrozio spokojstvo članova svoje porodice jer su strahovali za njegov život“ (VS u Beogradu Kž. 148/20). U vezi ovog krivičnog dela prisutno je mišljenje, da drsko ponašanje podrazumeva kršenja uobičajenih pravila ophođenja i da nije primenjivo na porodične odnose jer u porodičnim konstelacijama nije dovoljno društveno opasno da bi bilo inkriminisano, a da bezobzirno ponašanje predstavlja vid zlostavljanja i, pored ostalog, obuhvata različite vidove psihičkog nasilja koje dovodi do ugrožavanja duševnog stanja pasivnog subjekta, a koje, kako se naglašava, zbog mogućih teškoća prilikom dokazivanja i sa tim povezanim rizikom od neopravdanog širenja granica krivičnopravne zaštite, treba tumačiti krajnje restriktivno.⁶⁷

Jedan od oblika krivičnog dela *teške krađe* jeste krađa izvršena na *naročito drzak* način (član 204, stav 1. tačka 3. KZ). Smatra se da teška krađa izvršena na naro-

65 LJ. Lazarević, (1995), 732.

66 *Ibid.*

67 I. Vuković, (2012), 131.

čito drzak način postoji kada je prilikom krađe ispoljena drskost koja „prevazilazi“ drskost karakterističnu za vršenje osnovnog oblika krađe (OS u Čačku Kž. 569/09), drugim rečima, „kada način izvršenja krađe sadrži visok stepen drskosti koja se može smatrati neuobičajenom i izražava spremnost okrivljenog da uz povećani rizik izvrši krađu u situaciji u kojoj se to nije moglo očekivati“ (OS u Beogradu Kž. 474/95), npr. „kada okrivljeni priđe oštećenju sa leđa, istragne joj torbicu koju nosi u ruci i pobjegne“ (AS u Nišu Kžm.2 6/10), „kada okrivljena nakon provedene noći sa oštećenim, za vreme dok je on spavao pokupi sve njegove vredne stvari i prilikom izlaska zaključa stan, a ključeve odnese sa sobom“ (OS u Beogradu Kž. 3001/04), „kada okrivljeni nakon što se uverio da je oštećeni zaspao na klupi u čekaonici železničke stanice, sedne pored njega, raširi novine ispod kojih stavi ruku u džep od jakne oštećenog i izvuče njegov novčanik, a nakon toga se udalji“ (OS u Beogradu Kž. 1966/95) i „kada okrivljeni na platformi autobusa koristeći gužvu žiletom iseče tašnu oštećene, izvuče njen novčanik i napusti autobus na narednoj stanici (OS u Beogradu Kž. 665/98). Kako se naglašava, „naročita drskost se može ogledati i u činjenici da okrivljeni oduzima stvar naočigled oštećene i pri tome je i vređa“ (OS u Beogradu Kž. 2241/06) i „naročita drskost postoji kada je okrivljeni zloupotrebom poverenja oštećene ostao sam u prostoriji u kojoj se nalazio koverat sa novcem i iskoristio njenu odsutnost da bi uzeo koverat sa novcem, a potom se tiho udaljio se iz stana“ (AS u Kragujevcu Kž.1 1127/17).⁶⁸

Nadalje, jedan od oblika krivičnog dela *teško ubistvo* postoji kada je neko lice lišeno života *pri bezobzirnom nasilničkom ponašanju* (član 114, stav 1. tačka 2. KZ). U kontekstu ove 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. Smatra se da pojam „nasilničko ponašanje“ ovde treba shvatiti objektivno, kao preduzimanje delatnosti koje mogu imati značaj radnje izvršenja krivičnog dela nasilničko ponašanje (član 344. KZ). Shodno relevantnoj zakonskoj normi, nasilničko ponašanje bi se kod ovog oblika teškog ubistva moglo ostvariti u vidu: a) grubog vređanja; b) zlostavljanja; v) vršenja nasilja prema drugom; g) izazivanja tuče ili d) drskog ili bezobzirnog ponašanja. Pojam „bezobzirno“ (nasilničko ponašanje) kao konstitutivni element kvalifikatorne okolnosti treba shvatiti objektivno-subjektivno. U objektivnom smislu, bezobzirnost se vezuje za ispoljeno nasilničko ponašanje i prema stavovima sudske prakse 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).⁶⁹ Na ovaj način određeno bezobzirno nasilničko ponašanje u svakom slučaju predstav-

68 Vid. N. Delić, (2022), 172–173.

69 Vid. I. Simić, „Ubistvo pri bezobzirnom nasilničkom ponašanju“, *Pravni život*, 10/1982, 1004. i Z. Tomić, „Neka sporna pitanja kod ubistva izvršenog pri bezobzirnom nasilničkom ponašanju“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, Sarajevo, 1985, 169.

lja faktičko pitanje koje se procenjuje prema karakteru nasilničkog ponašanja koje je prethodilo lišenju života pasivnog subjekta, kao i prema načinu i okolnostima pod kojima je učinjeno ubistvo. Treba uzeti da nasilničko ponašanje koje je prethodilo lišenju života prevashodno može biti preduzeto prema licu koje je lišeno života ili prema drugim licima ili stvarima ukoliko istovremeno predstavlja i nasilje prema licu. Subjektivna strana bezobzirnosti pretpostavlja prisustvo odgovarajućih subjektivnih okolnosti na strani učinioaca. U navedenom smislu su i sledeći stavovi sudske prakse: „bezobzirno nasilničko ponašanje podrazumeva da učinilac nije motivisan posebnim motivom za izvršenje krivičnog dela i da sada pokojni oštećeni nije dao povoda za postupanje učinioaca“ (AS U Nišu 4Kž.1 2778/12, u istom smislu i OS u Leskovcu K. 98/07), „bezobzirnost uključuje ispoljavanje krajnje ravnodušnosti prema tuđim dobrima, vršenje krivičnog dela iz obesti, iz rušilačkih nagona, pri čemu žrtva za to ne daje nikakav povod“ (AS u Novom Sadu Kž.1 3594/13) i „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).⁷⁰ Sledstveno rečenom, radi se o teškom ubistvu pri bezobzirnom nasilničkom ponašanju „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) i „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 jednog 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).⁷¹ Iako se, kao što je navedeno, načelno smatra da nasilničko ponašanje u kontekstu ovog oblika teškog ubistva, može biti realizovano kroz bilo koju radnju izvršenja krivičnog dela nasilničko ponašanje, logičko tumačenje upućuje na zaključak da ovde pojam nasilničko ponašanje prevashodno podrazumeva vršenje nasilja. Razlog tome leži u činjenici da grubo vređanje, (grubo) zlostavljanje, izazivanje tuče, a posebno drsko ili bezobzirno ponašanje s obzirom na svoju prirodu ne mogu da realizuju stepen društvene opasnosti koji je neophodan za bezobzirnost u objektivnom smislu, a što u konkretnom slučaju ne bi moglo biti kompenzovano ni njihovim ponavljanjem, tj. dužim trajanjem. Otuđeno, ukoliko prilikom vršenja nasilja, istovremeno dođe do grubog vređanja, (grubog) zlostavljanja ili izazivanja tuče, to bi u datom kontekstu prevashodno moglo imati značaj okolnosti koje ukazuju na bezobzirnost ostvarenog nasilja, odnosno nasilničkog ponašanja koje je prethodilo izvršenom ubistvu.

70 Vid. B. Simonović, „Ubistvo pri bezobzirnom nasilničkom ponašanju“, *Pravni život*, 9/1998, 169. i LJ. Lazarević, „Ubistva u Jugoslovenskom krivičnom zakonodavstvu – *de lege lata i de lege ferenda*“, *Neka praktična pitanja kaznenog zakonodavstva Jugoslavije*, Budva 2000, 13.

71 Vid. N. Delić, (2021a), 100–101.

Pojam bezobzirnost se javlja i kod *teškog ubistva iz bezobzirne osvete* (član 114, stav 1. tačka 5) kod koga kvalifikatornu okolnost predstavlja odgovarajući motiv tj. *bezobzirna osveta* – značaj kvalifikatorne okolnosti ima subjektivno obeležje bića. Prema zakonskom tekstu, za 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). Povod za osvetu po svom značaju ne može se porediti sa ljudskim životom i osveta nema svog racionalnog i psihološki razumljivog objašnjenja. Prema stavu sudske prakse, „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 osvete potrebno je da postoji znatna, izrazita i očigledna nesrazmera između zla koje je učinio nanositi 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). Kako se ističe, „da li je ubistvo izvršeno iz bezobzirne osvete predstavlja faktičko pitanje koje se utvrđuje na osnovu subjektivnih i objektivnih okolnosti konkretnog slučaja“ (VSS Kž.I 285/73). Za teško ubistvo iz bezobzirne osvete dovoljno je da učinilac smatra da mu je nanoseno 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).⁷²

ZAVRŠNE NAPOMENE

Nakon razmatranja pojmova zlostavljanje, mučenje, svirepost, nasilje, panika, nered, napad, drsko ponašanje i bezobzirno ponašanje koji se kod pojedinih krivičnih dela javljaju u funkciji osnovnih ili dopunskih obeležja bića, ukratko možemo da konstatujemo sledeće.

U jezičkom smislu *zlostavljanje* označava rđavo, nečovečno postupanje prema nekom, mučenje nekog.⁷³ Iako zlostavljanje i mučenje izvorno predstavljaju sinonime, u krivičnom pravu između ova dva pojma ne postoji sadržinska podudarnost.

Krivično delo zlostavljanje u zakonu nije dovoljno jasno određeno. Smatra se da može biti učinjeno preduzimanjem bilo koje delatnosti kojom se pasivnom subjektu nanosi telesni i/ili duševni bol slabijeg intenziteta ili na svaki drugi način kojim se vređa ljudsko dostojanstvo. Ukoliko je zlostavljanje kao radnja izvršenja nekog krivičnog dela propisano alternativno sa uvredom, odnosno sa postupanjem na način kojim se vređa ljudsko dostojanstvo ili teškim vređanjem, tada podrazumeva lakše oblike prinude (sila ili pretnja). U nekim slučajevima, iako formalno nije predviđeno, zlostavljanje se kao radnja izvršenja krivičnih dela sadržinski „približava“ pojmu mučenje. Razlog tome leži u prirodi krivičnog dela i objektu njegove zaštite (zlostavljanje maloletnog lica), osim toga, može biti i rezultat tumačenja relevantnih blanketnih normi (ubijanje i zlostavljanje životinja) ili posledica nastojanja da se pojam zlostavljanja precizira dodavanjem kvalifikativa „grubo“ kako bi se na

⁷² *Ibid.*, 103–104.

⁷³ Grupa autora, redaktor M. Nikolić, 437.

taj način stepen apstraktne društvene opasnosti zlostavljanja uskladio sa drugom alternativno predviđenom radnjom izvršenja i posledicom krivičnog dela (grubo vređanje i značajnije ugrožavanje spokojsva građana ili teže remećenje javnog reda i mira kod nasilničkog ponašanja) ili da bi se, s obzirom na prirodu radnje izvršenja osnovnog oblika, omogućilo jasnije diferenciranje osnovnog i težeg oblika krivičnog dela (izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti i sprečavanje službenog lica u vršenju službene dužnosti). Zlostavljanje načelno pretpostavlja kontinuirano ponašanje, mada se na tome ne insistira uvek. Osim kao radnja izvršenja osnovnih oblika krivičnih dela, zlostavljanje je propisano i u okviru kvalifikatorne okolnosti (ubistvo člana svoje porodice koji je prethodno zlostavljan). U nomotehničkom smislu, izuzeci su ubistvo na mah i teška telesna povreda na mah kod kojih zlostavljanje predstavlja modalitet ponašanja pasivnog subjekta koje je izazvalo jaku razdraženost izvršioca i ima značaj privilegujuće okolnosti.

Shodno zakonskom tekstu, pojam *mučenje* se razlikuje od pojma zlostavljanje prema intenzitetu bola i/ili patnji koje se nanose pasivnom subjektu. Mučenje je teže od zlostavljanja jer podrazumeva veliki bol i/ili teške patnje. Mučenje može da uključi nanošenje lakih telesnih povreda.⁷⁴

Sa pojmom mučenje povezan je pojam *svirepost*, odnosno svirep način postupanja koji se javlja kao kvalifikatorna okolnost i u svom osnovnom pravnom značenju podrazumeva nanošenje patnji koje prema intenzitetu prevazilaze apstraktno postavljen prag patnji karakterističnih za osnovni oblik krivičnog dela. Jedino se kod teškog ubistva na svirep način pojam svirepost ne tumači objektivno, već objektivno-subjektivno, tako da pored teških patnji obuhvata i određene subjektivne okolnosti vezane za ličnost učinioca koje se manifestuju kroz odsustvo uobičajenih emotivnih ekspresija.

Iako objektivno definisana sadržina pojma mučenje, odnosno pojma svirepost tj. svirep način postupanja otvara prostor za njihovo uže ili šire tumačenja u zavisnosti od prirode krivičnog dela i konkretnih okolnosti, zakonodavac ipak kod nekih krivičnih dela (protiv polne slobode) za teži oblik (nepotrebno) zahteva „naročitu“ svirepost, koja se na vrednosnoj skali teško može diferencirati u odnosu na „običnu“ svirepost (koja nije naročita).

Ovde takođe treba pomenuti da u jezičkom smislu pojmovi svirepo, surovo i nečovečno predstavljaju sinonime i da isto značenje imaju pojmovi nemilosrdan, grub, neobuzdan i okrutan.⁷⁵ Zakonodavac pak, među ovim pojmovima pravi sadržinsku razliku pa tako kod posebnog oblika krivičnog dela navođenje na samoubistvo i pomaganje u samoubistvu (član 119, stav 5. KZ) kao radnju izvršenja alternativno predviđa surovo ili nečovečno postupanje sa licem koje se prema izvršiocu nalazi u odnosu kakve podređenosti ili zavisnosti. U datom kontekstu pojmovi surovo i nečovečno postupanje imaju širi sadržinski zahvat u odnosu na pojam svirepo postupanje i obuhvataju sva postupanja koja objektivno posmatrano predstavljaju zlostavljanje ili mučenje. Takođe, kod krivičnog dela surovo postupanje sa ranjenicima, bolesnicima i ratnim zarobljenicima (član 381. KZ) pod surovo postu-

74 U hrvatskoj literaturi se navodi da zlostavljanje predstavlja nanošenje telesne i/ili duševne boli „većeg“ intenziteta, a da mučenje predstavlja zlostavljanje „najvećeg“ intenziteta. Vid. Grupa autora, redaktor D. Derenčinović, *Posebni dio kaznenog prava*, Zagreb 2013, 36. i 64.

75 Grupa autora, redaktor M. Nikolić, 833. i 1292.

panje kao radnju izvršenja podvode se sva nehumana postupanja koja nisu obuhvaćena težim krivičnim delima iz čl. 373–374. koja se, pored ostalog, vrše mučenjem, nečovečnim postupanjem ili preduzimanjem drugih radnji kojima se nanose velike patnje (ili narušava zdravlje) i na taj način se surovo postupanje sadržinski poistovećuje sa pojmom zlostavljanje.

Uprkos tome što pojam *nasilje* u jezičkom smislu podrazumeva primenu sile, nasilno postupanje protiv volje i prava onoga prema kome se primenjuje,⁷⁶ i što bi trebalo da bude nesporno da pojam nasilja kao radnja izvršenja označava fizičku silu upravljenu na telesni integritet nekog lica, kod pojedinih autora, kao i u sudskoj praksi, nailazimo na stav da nasilje kao osnovno obeležje bića krivičnog dela, osim fizičkog može obuhvatiti i psihičko, ekonomsko, seksualno i drugo nasilje. Reč je o kriminološkoj tipologiji vrsta nasilja koju ne treba mešati sa pravnim pojmom nasilja. Nasilje je kao radnja izvršenja u zakonu propisano u vidu različitih formulacija: kao primena nasilja (nasilje u porodici), kao vršenje nasilja (nasilničko ponašanje), kao činjenje nasilja, (piratstvo), kao neposredno ili posredno izazivanje nasilja (nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi ili javnom skupu) ili kao mogućnost nasilja, do kojeg ne mora stvarno doći (rasna i druga diskriminacija). Nasilje načelno ne obuhvata nanošenje lakih telesnih povreda osim izuzetno kada to proizlazi iz samog zakonskog teksta (nasilje u porodici). Zakonodavac kao kvalifikatornu okolnost propisuje nasilje (izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti) ili teško nasilje (teška dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti Srbije). Način propisivanja osnovnih oblika i priroda objekata zaštite krivičnih dela kod kojih se nasilje javlja kao kvalifikatorna okolnost govore da tada pojam nasilja, odnosno teškog nasilja treba ekstenzivno tumačiti, što znači da nasilje može biti usmereno kako na ljude, tako i na objekte i stvari. Isto važi i kada je nasilje obuhvaćeno zakonskim opisom, ali se ne zahteva za dovršeno krivično delo. U odnosu na navedeno, izuzetak predstavlja teži oblik krivičnog dela iznuđivanje iskaza kod kojeg priroda krivičnog dela ide u prilog zaključku da bi postojeću formulaciju „da je delo praćeno teškim nasiljem“, trebalo zameniti formulacijom „da je delo praćeno mučenjem“ ili eventualno umesto kvalifikatorne okolnosti predvideti nastupanje teže posledice u vidu nanošenja teških fizičkih i/ili psihičkih patnji.

U jezičkom smislu pojam *nered* označava stanje bez reda, odsustvo reda zbrku, gužvu, nemire, odsustvo redovnog, uobičajenog stanja stvari.⁷⁷ U krivičnom pravu izazivanje nereda predstavlja osnovno ili dopunsko obeležje bića. Prihvaćeno je da pravno značenje ovog pojma podrazumeva teže narušavanje javnog reda i mira. Panika u jezičkom smislu označava veliku uznemirenost strahom pred iznenadnom, neposrednom opasnošću, pometenost pojedinca ili mnoštva ljudi koja je praćena nekontrolisanim ponašanjem.⁷⁸ U psihološkoj literaturi strah i panika se tretiraju kao kvalitativno različita osećanja čiji intenzitet u konkretnom slučaju može da varira. U kontekstu krivičnog dela izazivanje panike i nereda, pravni značaj pojma panika i nered odgovara njihovom jezičkom smislu. Utvrđuju se objektivno, na osnovu odgovarajućeg ponašanja pasivnih subjekata.

76 *Ibid.*, 791.

77 *Ibid.*, 826.

78 *Ibid.*, 910.

U posebnom delu krivičnog prava pojam *napad* označava primenu fizičke sile na telo nekog lica. Ovako određen pravni pojam napada u sadržinskom smislu odgovara pravnom pojmu nasilja.⁷⁹ Kada se javlja kao radnja izvršenja osnovnih oblika krivičnih dela, napad ne obuhvata nanošenje telesnih povreda jer tada postoje teži oblici. Kao i kod zlostavljanja, ovde su u nomotehničkom smislu izuzeci ubistvo na mah i teška telesna povreda na mah kod kojih napad predstavlja modalitet ponašanja pasivnog subjekta koje je izazvalo jaku razdraženost izvršioca i ima značaj privilegujuće okolnosti. Takođe, za razliku od napada koji ima značaj radnje izvršenja, kod ubistva na mah napad na izvršioca može da obuhvati i telesnu povredu. Izuzetno, tj. jedino kada je u zakonskoj normi posebno navedeno (ugrožavanje lica pod međunarodnom zaštitom) ili ako to proizlazi iz prirode krivičnog dela i objekta zaštite (ratni zločin protiv civilnog stanovništva), osim napada na telesni integritet, u obzir dolazi i napad na objekte i stvari.

Najzad, u vezi *drskog ponašanja i bezobzirnog ponašanja* kao radnjama izvršenja (nasilje u porodici i nasilničko ponašanje) treba reći da su u jezičkom smislu u pitanju sinonimi koji takođe označavaju i osiono, bezočno i bezobrazno ponašanje.⁸⁰ Budući da je u krivičnom pravu sadržina ovih pojmova obuhvaćena pojmom zlostavljanje, ne treba ih alternativno propisivati kao radnje izvršenja (nasilničko ponašanje). Isto tako ih ne treba alternativno propisivati sa nasiljem i kvalifikovanom pretnjom (nasilje u porodici) jer imaju daleko niži stepen društvene opasnosti. Kao kvalifikatorna okolnost, drskost je propisana u vidu naročite drskosti (teška krađa), a bezobzirnost u kontekstu bezobzirnog nasilničkog ponašanja i bezobzirne osvete (teško ubistvo). Kod teškog ubistva i teške krađe, ove pojmove treba tumačiti objektivno-subjektivno, u smislu da određeni način vršenja krivičnog dela istovremeno manifestuje i odgovarajuće svojstvo ličnosti učinioca. Pri tome, u datoj konstelaciji dominantan značaj svakako ima objektivna komponenta jer, kao i svirepost (podmuklost), u pitanju su pojmovi koji nemaju svoju samostalnu socijalno-etičku ne vrednost izvan relacije sa povezanim objektivnim obeležjima bića.⁸¹

LITERATURA

- Babić M., Marković I., *Krivično pravo Posebni dio*, Banja Luka 2013.
 Bačić F., „Krivično pravosuđe i ustavnost i zakonitost“, *JRKK*, 1/1987.
 Čirić J., „Ubistvo na svirep ili podmukao način“, *Pravni život*, 9/2000.

79 U Zakoniku o krivičnom postupku („Službeni glasnik RS“, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – odluka US i 62/2021 – odluka US), napad se pominje u odredbi člana 102. i kako se navodi, uvredu i pretnju ovde treba tumačiti kao najčešće oblike napada koji postoji kada je na bilo koji način napadnut oštećen ili svedok. U odredbi se takođe pominje i nasilje pod kojim bi, prema autorima, trebalo razumeti upotrebu fizičke snage prema oštećenom ili svedoku koja ima za posledicu povredu telesnog ili psihičkog integriteta ili smrt. Vid. G. P. Ilić, M. Majić, S. Beljanski i A. Trešnjev, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Beograd 2013, 285–288.

80 *Ibid.*, 72.

81 I. Vuković, (2021), 80.

- Delić N., „Krivično delo nasilničkog ponašanja (član 344. KZS)“, *Pravni život*, 9/2012.
- Delić N., „Krivično delo rasna i druga diskriminacija (član 387. KZ) – preciziranje granica krivičnopravne zaštite“, *Kaznena reakcija u Srbiji, Deseti deo*, Beograd 2020.
- Delić N., „Krivično delo ubistvo na mah (član 115. KZ)“, *Primena prava i pravna sigurnost, Zbornik radova 34. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava Slobodan Perović, Tom I*, Beograd 2021.
- Delić N., „Krivičnopravni aspekt nasilja u porodici“, *Nasilje u porodici, Zbornik radova sa naučnog skupa*, Beograd 2012.
- Delić N., „Nekoliko dilema u vezi pojedinih kvalifikatornih okolnosti krivičnog dela teškog ubistva (član 114. KZ)“, *Kaznena reakcija u Srbiji, Jedanaesti deo*, Beograd 2021a.
- Delić N., „Krivično delo nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi ili javnom skupu (član 344a KZ RS)“, *Pravni život*, 9/2011.
- Delić N., *Krivično pravo Posebni deo*, Beograd 2022.
- Delić N., *Nova rešenja u Posebnom delu Krivičnog zakonika Srbije*, Beograd 2014.
- Dichter A., „Legal Definitions of Cruelty and Animal Rights“, *Affairs Law Review*, Boston College, 1978–1979.
- Đorđević Đ., „Kaznenopravna zaštita od nasilja na sportskim priredbama“, *Pravni život*, 9/2004.
- Đorđević Đ., „Krivična dela nasilja u porodici“, *RKK*, 3/2007.
- Đorđević Đ., „Krivično delo napad na advokata“, *Kaznena reakcija u Srbiji, Deseti deo*, Beograd 2020.
- Đorđević Đ., Kolarić D., *Krivično pravo Posebni deo*, Beograd 2020.
- Đurđević N., „Krivična odgovornost za neredne na sportskim priredbama“, *Pravni život*, 9/2002.
- Đurđević N., Otašević B., „Redarska služba na sportskim priredbama“, *Pravni život*, 9/2016.
- Đurđević Z., Ivanović Z., „Krivična dela sa elementima nasilja“, *Pravni život*, 9/2008.
- Grupa autora, redaktor Derenčinović D., *Posebni dio kaznenog prava*, Zagreb 2013.
- Grupa autora, redaktor Lazarević LJ., *Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije*, Beograd 1995.
- Grupa autora, redaktor Nikolić M., *Rečnik srpskog jezika*, Novi Sad 2007.
- Ilić G. P., Majić M., Beljanski S. i Trešnjev A., *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Beograd 2013.
- Kalaba D., „Krivično delo nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi – zakonodavstvo, sudska praksa, dileme“, *Glasnik AKV*, 4/2011.
- Kambovski V., *Krivično pravo Posebni del*, Skopje 1982.
- Kolarić D., „`Tvrdo jezgro ljudskih prava` u praksi Ustavnog suda Srbije i Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu: ustavnosudska zaštita u krivičnoj stvari“, *RKK*, 2/2018.
- Kovačević N. (i drugi), *Zabrana zlostavljanja*, Beograd 2017.
- Lazarević LJ., „Ubistva u Jugoslovenskom krivičnom zakonodavstvu – *de lege lata* i *de lege ferenda*“, *Neka praktična pitanja kaznenog zakonodavstva Jugoslavije*, Budva 2000.
- Lazarević LJ., *Krivično pravo Jugoslavije Posebni deo*, Beograd 1995.
- Lončarević D., „Neka razmatranja o krivičnom delu nasilničkog ponašanja“, *Naša zakonitost*, 7–8/1976.
- Milivojević Z., *Emocije, Psihoterapija i razumevanje emocija*, Novi Sad 2014.
- Mrvic-Petrović N., *Krivično pravo Posebni deo*, Beograd 2016.

- Risimović R., „Nasilničko ponašanje“, *Pravni život*, 9/2008.
- Simić I., „Ubistvo pri bezobzirnom nasilničkom ponašanju“, *Pravni život*, 10/1982.
- Simonović B., „Ubistvo pri bezobzirnom nasilničkom ponašanju“, *Pravni život*, 9/1998.
- Stojanović Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd 2020.
- Škulić M., „Zločin negiranja/odobravanja/umanjenja zločina“, *Kaznena reakcija u Srbiji, Jedanaesti deo*, Beograd 2021.
- Škulić M., *Krivična dela protiv polne slobode*, Beograd 2019.
- Šuput D., „Krivično delo nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi ili javnom skupu“, *NBP – Žurnal za kriminalistiku i pravo*, 2011.
- Tomić Z., „Neka sporna pitanja kod ubistva izvršenog pri bezobzirnom nasilničkom ponašanju“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, Sarajevo, 1985.
- Vuković I., „Nasilje u porodici kao krivično delo – pojedini problemi u primeni prava“, *Nasilje u porodici, Zbornik radova sa naučnog skupa*, Beograd 2012.
- Vuković I., *Krivično pravo Opšti deo*, Beograd 2021.
- Zlatarić B., „Novo krivično djelo nasilničkog ponašanja na javnom mjestu“, *JRKK*, 1967/2.
- Živanović T., *Osnovi krivičnog prava Posebni deo, knjiga prva i druga*, Beograd 1933.

SUDSKE ODLUKE

- Apelacioni sud u Beogradu: Gž.2 782/10, Kž. 1885/10, Kž.1 2547/10, Kž.1 5363/10, Kž.1 5652/10, Kž.1 Po1. 8/11, Kž. 664/11, Kž.1 3689/11, Kž.1 4757/11, Kž.1 5137/11, Kž.1 5141/11, Kž.1 3437/12, Kž.1 11/14, Kž.1 428/14, Kž.1 1385/17.
- Apelacioni sud u Kragujevcu: Kž. 4459/10, Kž. 851/11, Kž. 1449/11, Kž. 4590/11, Kž.1 391/14, Kž.1 1314/14, Kž.1 656/15, Kž.1 1127/17, Kž.1 1057/18.
- Apelacioni sud u Nišu: Kžm.2 6/10, 4Kž.1 1154/11, 4Kž.1 2778/12, Kž. 54/14, Kž.1 598/14, Kž. 1041/14, 2Kž.1 848/15, 5Kž.1 54/16.
- Apelacioni sud u Novom Sadu: Kž. 485/10, Kž. 1990/12, Kž.1 3594/13, Kž.1 1140/14, Kž. 1892/17.
- Okružni sud u Beogradu: Kž. 937/92, Kž. 877/94, Kž. 474/95, Kž. 1966/95, K. 417/96, Kž. 2714/97, Kž. 484/98, Kž. 665/98, Kž. 2399/99, 374/00, Kž. 168/02, K. 168/03, Kž 456/03, Kž. 2656/03, Kž. 3286/03, Kž. 174/04, Kž. 3001/04, Kž. 216/05, Kž. 32/06, Kž. 713/06, Kž. 2180/06, Kž. 2241/06, Kž. 2430/06, Kž. 2608/06, Kž. 3506/06, 314/07, 339/07.
- Okružni sud u Čačku: Kž. 280/01, Kž. 288/08, Kž. 569/09.
- Okružni sud u Jagodini: K. 74/04.
- Okružni sud u Leskovcu: K. 98/07.
- Okružni sud u Nišu: Kž. 701/07.
- Okružni sud u Požarevcu: K. 29/07
- Okružni sud u Prokuplju: K. 47/08.
- Okružni sud u Somboru: K. 110/06.
- Opštinski sud u Subotici: Kž. 308/08.
- Osnovni sud u Beogradu: K. 7203/12, K. 5594/13, K. 823/15, K. 1425/15.
- Osnovni sud u Ivanjici: K.189/13.
- Osnovni sud u Jagodini: K. 585/13.
- Osnovni sud u Knjaževcu: K. 117/15.

Osnovni sud u Kraljevu: K. 76/13.

Osnovni sud u Novom Sadu: K. 627/12.

Osnovni sud u Užicu: Kž. 282/07, K. 738/12.

Viši sud u Beogradu: K. 172/13, Kž.1 50/16, Kž.1 48/20.

Viši sud u Čačku: Kž. 251/16, Kž. 110/21.

Viši sud u Leskovcu: K. 44/12.

Viši sud u Nišu: 3K. 114/15.

Viši sud u Šapcu: 4K. 153/11, 5K 52/14, 4K. 153/14.

Viši sud u Valjevu: K. 36/11, K. 55/11, K. 11/15.

Viši u Kragujevcu: 2K. 449/10, 2K. 147/14.

Vrhovni kasacioni sud: Kzz 49/15, Kzz. 1541/16.

Vrhovni sud Srbije: Kž.I 285/73, Kž.I 942/84, Kž.I 215/86, Kž. 1362/88, Kž. 138/92, Kž. 118/94, Kž. 1832/96, Kžm. 45/98, Kž. 1279/99, Kž. 1077/04, Kž. 1055/05, Kzz. 26/06, Kžm. 88/09.

ODLUKE ESLJP

Aksoy v. Turkey; Aydin v. Turkey; Bouyid v. Belgium; Brindwa and Tshisekedi v. Zaire; Campbell and Cosans v. The United Kingdom; Cestaro v Italy; Chember v. Russia; Dikme v. Turkey; Elci and Others v. Turkey; Habimi and others v. Serbia; Hajnal v. Serbia; Hajrizi Džemajl v. SR Yugoslavia; Ilhan v. Turkey; Ireland v. United Kingdom; Jager v. Netherlands; Jalloh v. Germany; Kudla v. Poland; Labita v. Italy; Lolayev v. Russia; Mađer v. Croatia; Manzhos v. Russia; Menesheva v. Russia; Milić i Nikezić v. Montenegro; Pădureț v. Moldova; Polonskiy v. Russia; Pretty v. United Kingdom; Raninen v. Finland; Razzakov v. Russia; Ribitsch v. Austria; Salma v. Turkey; Selmouni v. France; Tyrer v. United Kingdom; Vasykov v. Russia; Zhyzitskiy v. Ukraine.

Nataša Delić

Faculty of Law University of Belgrade

POSSIBLE PERPLEXITIES REGARDING THE CORRECT MEANING OF CERTAIN TERMS WHICH REPRESENT THE OBJECTIVE CHARACTERISTICS OF CRIMINAL OFFENCES

SUMMARY

This paper deals with the complex issue of the corresponding relation between the linguistic and the legal (i.e. criminal law) meaning of certain terms that appear as objective characteristics of certain criminal offences. The contemplation is aimed at terms that have not been the subject of authentic interpretation by the lawmaker and are also not closer described in the interpretative norm contained in article 112 of the Criminal Code. Furthermore, their meaning is not defined in the particular norms in which they are

used for incriminating certain behaviours. Therefore, the usage of these terms primarily depends on judicial interpretation, which by nature of things applies only to the specific case and is non-binding. Legal theory's interpretations can also be of help here, though theory does not lack opposing stances when it comes to defining certain legal terms. This paper is primarily focused on the following terms: abuse, torture, violence, disorder, attack, insolent behaviour and reckless behaviour. In the central part of this paper the author intends to specify the content and meaning of the terms within the legislative frameworks in which they are used. Consequently that, in the concluding part of the paper the author brings out the following conclusions.

The criminal offence of „abuse“ is not precisely defined in the law. The prevailing stance is that abuse can be committed by undertaking any action which inflicts physical and/or mental pain of lower pain upon the passive subject, or by any other manner in which human dignity is offended. If abuse is proscribed alternatively as the act of commission of a certain criminal offence, then it assumes lighter forms of coercion (force or threat). In certain cases, although not formally regulated, abuse approximates torture as the act of commission. Abuse generally presumes a continuous behaviour, though that is not always the case. Other than being the act of commission of certain forms of criminal offences, abuse is also contained in the norms regarding qualifying circumstances. Murder in the heat of passion and aggravated bodily injury in the heat of passion are nomotechnical exceptions in which the abuse represents the mode of behaviour of the passive subjects which caused severe aggravation. The existence of abuse in this context is a privileging circumstance. In accordance with the word of the law, „torture“ is differentiated from abuse by the intensity of the pain and/or suffering inflicted upon the passive subject. Torture is more severe than abuse because it assumes great pain and/or suffering. Torture can also include the infliction of light bodily injuries. Torture is connected with the concept of „cruelty“.

Cruel behaviour is relevant as a qualifying circumstance and in its legal meaning presumes the infliction of suffering that intensity-wise surpasses the abstract threshold of suffering characteristic of the basic of a criminal offence's basic form. Aggravated murder is the sole exception in which cruelty is not to be judged objectively, but in a objective-subjective manner, so as to encompass subjective circumstances tied to the perpetrator's personality along with severe suffering.

Although the linguistic definition of „violence“ presumes the application of physical force, certain authors and parts of judicial practice adopt a stance that, in the context of criminal law, violence can be not just physical, but also psychological, economical, sexual and otherlike. This is a case of confusion between the criminological typology of violence and the legal definition of violence. In criminal law, violence is proscribed either as the act of commission of the basic forms of certain criminal offences or as a qualifying circumstance. When proscribed as the act of commission, violence does not encompass the infliction of light bodily injury, unless in exceptions proscribed explicitly by the letter of the law. When proscribed as a qualifying circumstance, violence should be interpreted broadly, so as to include behaviour directed towards not just people, but objects as well.

The legal definitions of the terms „panic“ and „disorder“ match their linguistic definitions and they are to be determined objectively, based on the behaviour of passive subjects. In the context of specific criminal offences, „attack“ means the application of physical force on a person's body. Content-wise, such a definition matches the legal definition of violence. Same as with abuse, specific nomotechnical exceptions exist regarding the criminal offences of murder in the heat of passion and aggravated bodily injury in the heat of passion. In the case of murder in the heat of passion, attack on the perpetrator of murder can include the

infliction of bodily injury. Exceptionally (i.e. only when proscribed explicitly by the letter of the law or when arising out of the very nature of a certain criminal offence), attack can be directed towards not just bodily integrity, but objects as well. Finally, it must be stated that „insolent behaviour“ and „ruthless behaviour“ are generally synonymous. Since in criminal law the content of these terms is contained by the definition of abuse, the two terms should not be proscribed alternatively as acts of commission. Likewise, they should not be regulated on the same level as violence and qualified threat since the latter acts carry a much higher level of societal danger. In the context of qualifying circumstances, exceptional insolence and ruthlessness should be judged in an objective-subjective manner, along with cruelty, with primary significance given to the objective component of these terms.

Keywords: interpretation in criminal law, linguistical interpretation, legal interpretation, correct meaning, abuse, torture, cruelty, violence, panic, disorder, attack, insolent behaviour, ruthless behaviour.

Goran P. Ilić*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

„Inkvizicija je oblik moći-znanja bitan za naše društvo.
Iskustvena istina je kći inkvizicije ...“.

Mišel Fuko¹

DISKURS O MOĆI, ZNANJU I KRIVIČNOM PRAVOSUĐU

Apstrakt: U radu su analizirana shvatanja Mišela Fukoa o moći, znanju i krivičnom pravosuđu. Jednom reči, istraženo je Fukoovo shvatanje o nastanku države. Autor je pre svega razmotrio stavove koje je Fuko izneo u predavanjima pod nazivom *Krivične teorije i institucije*, održanim na Kolež de Fransu u toku 1971–1972. godine. Iako se Fukoovo shvatanje o nastanku države vezuje za srednjovekovnu Francusku, univerzalnost njegovih pogleda je takva da se veoma lako mogu pronaći određene dodirne tačke i sa drugim državama. Neki od osnovnih pojmova koje je autor nastojao da približi čitaocu odnose se na srednjovekovnu doktrinu o dva kraljeva tela, nastanak trećeg tela u vidu države, uslovljenost krivičnog pravosuđa oružanom silom, uticaju crkve na promene u krivičnom postupku, sudijama kao sveštenicima pravde itd. S obzirom da je u Fukoovom delu odnos moći neodvojiv od znanja, ova problematika je istražena upravo u oblasti krivičnog pravosuđa. Tačnije, prikazan je prelaz od srednjovekovnog krivičnog postupka koji je isprva bio zasnovan na modelu kúšnje (*l'épreuve*) do krivičnog postupka koji se odlikuje istragom i pribavljanjem dokaza. U okviru istražnog modela krivičnog postupka posebno je analizirana problematika priznanje i torture. Autor ukazuje i na preobražaj mehanizma moći koji se na Zapadu dogodio u klasično doba, kada je nekadašnje vladaočevo pravo dosuđivanja smrti ili ostavljanja u životu, zamenjeno sa moći ostavljanja u životu ili odbacivanja u smrt. Težište nove moći je u životu, pa je život mnogo više nego pravo postao ulog političkih borbi.

Ključne reči: Mišel Fuko, diskurs, moć, znanje, krivično pravosuđe, kúšnja, istraga.

UVODNE NAPOMENE

Diskurs predstavlja jedan od ključnih pojmova u delu Mišela Fukoa. O tome svedoči njegovo pristupno predavanje na Kolež de Fransu, održano 2. decembra 1970, koje nosi naziv *Poredak diskursa (L'ordre du discours)*.² Poznavaoци Fukoove misli ističu da je on ukazao na društveni značaj diskursa, jer način na koji govo-

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

1 Michel Foucault, *Théories et institutions pénales Cours au Collège de France 1971–1972*, Gallimard/Seuil, Paris 2021, 282.

2 Michel Foucault, *L'ordre du discours* Leçon inaugurale au Collège de France prononcée le 2 décembre 1970, Gallimard, Paris 1971. V. prevod na srpski jezik: Mišel Fuko, *Poredak diskursa Pristupno predavanje na Kolež de Fransu, održano 2. decembra 1970. godine* (prev. D. Aničić), Drugo i dopunjeno izdanje, Karpis, Loznica 2019.

rimo o svetu oblikuje naše ponašanje i vrstu sveta koji želimo da stvorimo.³ To je osnovni razlog zbog kojeg Fuko ne daje određenu definiciju reči diskurs,⁴ već joj umnožava značenja, posmatrajući je u jednom slučaju kao opšte područje svih iskaza, u drugom kao grupu iskaza koja se može individualizovati, dok je u trećem slučaju reč o pravilima uređenoj delatnosti koja se odnosi na određeni broj iskaza.⁵ Ima autora koji smatraju da Fukoovo delo upućuje na zaključak da bi diskurs pre trebalo posmatrati kao složeni skup praksi koje nastoje da iskaze drže u toku, kao i praksi koje pokušavaju da ih odvoje od drugih i da te druge iskaze drže izvan toka stvari.⁶ Oni ističu da se osobenost Fukoovog pristupa ogleda u tome što diskurse povezuje sa odnosima moći, a, usudio bih se da dodam, i sa znanjem. No, da pre-pustim reč Fukou:

„Diskursi, ne manje no ćutanja, nisu jednom zasvagda potčinjeni moći ili usmereni protiv nje. Treba prihvatiti jednu složenu i nestalnu igru gde diskurs istovremeno može biti instrument i dejstvo moći, ali takođe prepreka, uporište, tačka otpora i polazište za jednu suprotstavljenu strategiju. Diskurs prenosi i proizvodi moć; on je pojačava, ali je i potkopava, izlaže, čini lomljivom i omogućava njeno osujećenje. Isto tako ćutanje i tajna zaklanjaju moć, učvršćuju njene zabrane; ali one takođe olabavljaju njena zauzeca i upravljaju više-manje nejasnim podnošljivostima.“⁷

Naslov ovog rada bi možda mogao da glasi – diskurs o nastanku države, s obzirom na sadržinu predavanja koja je Fuko održao početkom sedamdesetih godina XX veka na Kolež de Fransu. Opredelio sam se ipak za naslov koji sadrži i reči *moć* i *znanje*, jer su u pitanju pojmovi koji su od suštinskog značaja za razumevanje Fukoove misli, a to znači i problematike koju ću u radu analizirati. Pa da krenemo.

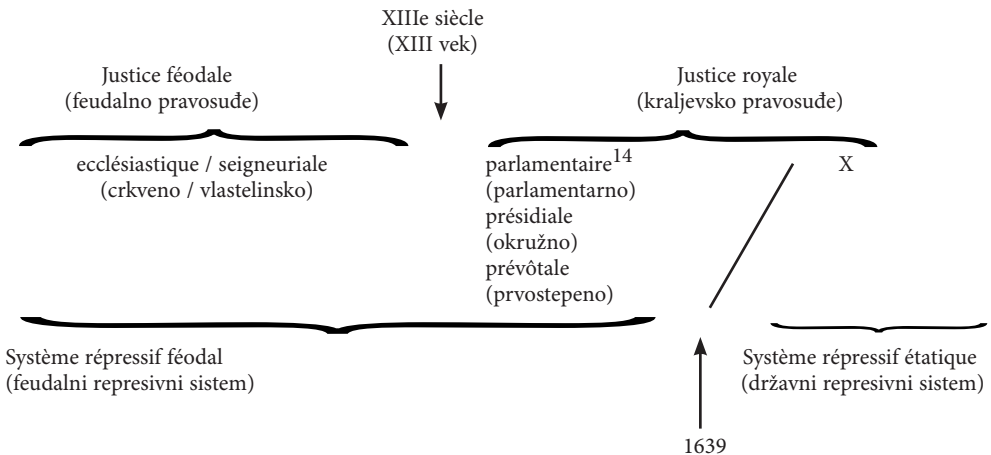
Pojedini autori primećuju da naziv predavanja koja je Mišel Fuko održao na Kolež de Fransu u toku 1971–1972. godine ne ukazuje na pravi sadržaj centralne teme koja je u okviru njih izložena, budući da se u suštini radilo o Fukoovom shvatanju o „rađanju države“.⁸ Uostalom, u rezimeu kursa (čiji naslov je bio *Krivične teorije i institucije*)⁹ Fuko piše da je kurs bio podeljen na dva dela:

- 3 Dejan Aničić, „Beleška uz novi prevod „Volja za znanjem“, in Mišel Fuko, *Volja za znanjem Istorija seksualnosti I* (prev. J. Stakić, red. prev. D. Aničić), Drugo, dopunjeno i redigovano izdanje, Karpos, Loznica 2018, 165.
- 4 I sâm Fuko naglašava da je značenje reči diskurs *tako lelujava (si flottante)*. Michel Foucault, *L'archéologie du savoir*, Gallimard, Paris 1996, 106.
- 5 *Ibidem*.
- 6 Sara Mils, „Šta je diskurs?“ (prev. D. Aničić), in Mišel Fuko, *Poredak diskursa Prustupno predavanje na Kolež de Fransu, održano 2. decembra 1970. godine* (prev. D. Aničić), Drugo i dopunjeno izdanje, Karpos, Loznica 2019, 50.
- 7 Michel Foucault, *Histoire de la sexualité I La volonté de savoir*, Gallimard, Paris 1976, 133.
- 8 Stjuart Elden, *Fuko: rođenje moći* (prev. T. Kargačin), Mediterran publishing, Novi Sad 2019, 122.
- 9 U ovom radu je pridev *pénales* preveden kao *krivične* (a ne *kaznene*, iako bi se, uz određenja pojašnjenja, mogao pronaći osnov i za tako nešto). Reč *pénal*, *pénale* (plur. *pénaux*, *pénales*) potiče iz XII veka (*poinal*), a preuzeta je iz latinskog jezika, tačnije reči *poenalis* koja poizilazi iz imenice *poena* što znači *obeštećenje, kažnjavanje*. U francuskom pravu se *pénal* koristi kako bi se napra-

„Jedan je bio posvećen proučavanju istrage (*l'enquête*) i njenom razvoju [u toku] Srednjeg veka. Naročita pažnja je posvećena uslovima njene pojave u oblasti krivične prakse. Prelaz sa sistema osвете (*la vengeance*) na sistem kažnjavanja (*la punition*); od akuzatorske na inkvizitorsku praksu; od štete koja izaziva spor do krivičnog dela (*l'infraction*) koje određuje gonjenje; od odlučivanja na osnovu kušnje (*l'épreuve*) do presuđenja na osnovu dokaza (*la preuve*); od borbe koja određuje pobjednika i označava šta je ispravno do ustanovljena koje, zasnovano na svedočenjima, utvrđuje činjenicu. Svi ti preobražaji su povezani sa rađanjem države koja nastoji da oduzme na jedan sve izraženiji način upravljanje krivičnim pravosuđem; i to u meri u kojoj se funkcije održavanja poretka stiču u njenim rukama i gde je fiskalizacija pravde od strane plemstva uključila sudsku praksu u velike tokove prenošenja bogatstva.“¹⁰

Deo kursa koji Fuko ne pominje, a kojem je posvetio sedam predavanja, odnosi se na pobune seljaka protiv plaćanja poreza, koje su izbile 1639–1640. godine u Normandiji, a ugušene su upotrebom oružane sile.¹¹ Fukoovo interesovanje nije bilo toliko usmereno na samu pobunu koliko na odgovor vlasti, na podjarmljivanje seljaka, na rađanje nove represivne države ili sistema.¹²

On ističe da je kraljevsko pravosuđe od početka XVII veka podeljeno na način koji je prikazan na sledećoj shemi:¹³



vila razlika u odnosu na *civil* (građanski), što bi u našem pravu odgovaralo razlikovanju krivične i građanske materije. Pored toga, u francuskoj doktrini se kao *summa divisio* krivičnog prava (*le droit pénal*) navodi razlikovanje dela na prekršaje (*les contraventions*), prestupe (*les délits*) i zločine (*les crimes*). Nije bez značaja ni što pridev *krivični* upućuje na krivicu kao uslov *sine qua non* za kažnjavanje. Na kraju, ali ne manje važno, u francuskom jeziku postoji pridev *kazneni/kaznena* (*punitif, punitive*) koji datira iz XIV veka (*punition*) kada je korišćen da bi se označilo nešto čiji cilj je kažnjavanje. I u ovom slučaju se radi o preuzimanju iz latinskog jezika, izvršenom u XIII veku, reči *punitio* koja označava čin kažnjavanja.

10 M. Foucault, *Théories et institutions pénales*, 280, 281.

11 Istoričari koji su pisali o ovom događaju pobunjenike su nazivali bosonogi (*les Nu-Pieds*), jer se radilo o proizvođačima soli u regionu Avranš (*Avranches*) koji su bos hodali po pesku.

12 S. Elden, 86.

13 M. Foucault, *Théories et institutions pénales*, 43.

14 *Parlament* je sud koji je proizašao iz *Curia regis*, a naziv parlament se pominje prvi put u Ordonansi kralja Filipa III Hrabrog iz 1278. godine (inače, *Curia regis* je postupao kao sud kralja, a istovre-

Na jednoj strani, kraljevsko pravosuđe se nameće feudalnom pravosuđu da bi ga ograničilo i kontrolisalo, i to Fuko naziva „feudalni represivni sistem“. Istovremeno nastaje novo kraljevsko pravosuđe koje je, za razliku od do tada postojećeg, bilo neposrednije povezano sa kraljevom ličnošću, iako suštinski ukazuje na novi represivni sistem: „državni represivni sistem“.¹⁵

Pre nego što razmotrim značaj pobune *les Nu-Pieds* za nastanak novog represivnog sistema, želim da istaknem da se Fukoova analiza srednjovekovne organizacije vlasti oslanja na učenje o dva kraljeva tela koje je u svom kapitalnom delu izložio Kantorovic. Reč je fikciji stvorenoj od strane engleskih pravnika iz doba Tjudora, zasnovanoj na shvatanju da kralj ima dva tela – prirodno i političko telo.¹⁶ Dok je njegovo prirodno telo smrtno, podložno svim slabostima koje su delo prirode ili slučaja, kraljevo političko telo se ne može videti ili dotaći, a njegov sadržaj čine politika i vlast. U svom političkom telu kralj nikada ne umire i njegova prirodna smrt se ne naziva smrt kralja, već demisija. Ova reč (*demise*) ne ukazuje da je političko telo kralja mrtvo, već da je došlo do razdvajanja dva tela, i da je političko telo iz mrtvog prirodnog tela, ili odvojeno od kraljevskog dostojanstva, preneto i premešteno u drugo prirodno telo.¹⁷

Kraljevo političko telo se odlikuje korporativnim karakterom, što znači da je kralj glava, a njegovi podanici su udovi, tako da on ima isključivo vlast nad njima. Na pitanje da li kralja obavezuju zakoni pokušao je sredinom XII veka da odgovori Džon od Solsberija u Četvrtoj knjizi svog dela *Politikratika* iznošenjem doktrine o kralju kao „oličenju pravičnosti“ ili „oličenju pravde“ (*rex imago aequitatis*).¹⁸ Ovaj pristup je značajan zbog otklona koji je učinjen od liturgijskog ka pravnom aspektu Hrista predstavljenog u liku vladara, pri čemu je kralju pripisana apsolutna vlast i apsolutno zakonsko ograničenje. Kantorovic zaključuje da vladar o kojem govori Džon od Solsberija nije ljudsko biće, već je „savršenstvo“ ukoliko je vladar, a ne tiranin.¹⁹ On je – u uobičajenom srednjovekovnom maniru, a ipak i u novom pravnikom smislu – sama ideja pravde, obavezan zakonom, a ipak iznad zakona „jer je kralj svakog zakona“. Ne vlada vladar, nego pravda i to preko njega, ili u liku vladara koji je instrument pravde i koji je, iako Solsberi u tom smislu ne citira Justinijana, istovremeno i *lex animata*.²⁰

meno i kao vlastelinski sud, odnosno sudio je kraljevim podanicima koji su živeli na njegovim posedima). *Okružni ili prezidialni sud* (lat. *praesidialis* – označava pripadnost upravniku okruga) je sudio učiniocima teških krivičnih dela i protiv njegove odluke po pravilu nije bilo dozvoljeno ulaganje pravnog leka (u ostalim slučajevima je bilo moguće izjaviti apel o kojem je odlučivao parlament). Postojao je i kraljevski prvostepeni sud (*la jurisdiction du prévôt (royal)* – od lat. *praepositus* što znači postavljen ispred) za lakša krivična dela u kojem je sudio niži sudski službenik. Marcel Rousselet, *Histoire de la justice*, Presses Universitaires de France, Paris 1960, 27–38; Jean Raynal, *Histoire des institutions judiciaires*, Librairie Armand Colin, Paris 1964, 71–82.

15 M. Foucault, *Théories et institutions pénales*, 42.

16 Ernst H. Kantorovic, *Dva kraljeva tela Studija o srednjovekovnoj političkoj teologiji* (prev. Lj. Nikolić), febon, Beograd 2012, 33, 34.

17 *Ibid.*, 33, 34, 41.

18 *Ibid.*, 138.

19 *Ibid.*, 141.

20 *Ibidem*.

1. POBUNA LES NU-PIEDS I NASTANAK TREĆEG KRALJEVOG TELA

Fuko smatra da kraj XVI veka i XVII vek predstavljaju odlučujući period u kojem je krivični sistem (teorija, institucije i praksa) uobličen u skladu s razlikovanjem između političkih i krivičnih dela opšteg prava. Ujedno, tada je država stavila ruku na pravosuđe.²¹ To je imalo za posledicu da vojska nastupa pre pravosuđa (*l'armée avant la justice*), jer je u gušenju pobune *les Nu-Pieds* postojao određeni vremenski razmak između dolaska vojske i stupanja pravosuđa na scenu.²²

Oslanjajući se na pojmove *vigor et justitia* iz srednjovekovne političke teorije i na ideju da kraljeva vojska vrši funkciju deljenja pravde, Fuko ističe da oružana pravda (*la justice armée*) nije institucija, već operacija: niz postupanja koja su prošla kroz i, do određene mere, poremetila postojeće institucije.²³ Ova različita događanja ili ispoljavanja označila su tačku nastanka još nepostojećih institucija ili tačku učvršćivanja institucija koje nisu bile u dovoljnoj meri uspostavljene. Odatle značaj operacija oružane pravde.²⁴ Jednom reči, pravni sistem dolazi nakon oružane sile.

Umesto kralja, država postaje vidljivo ispoljavanje moći, a u prvi plan dolaze depersonalizovani sistemi i odnosi.²⁵ Gušenje pobune *les Nu-Pieds* predstavljalo je prvo veliko angažovanje državne „vojske“ nezavisno od kraljeve ličnosti.²⁶ To je imalo za posledicu pojavu novog sistema vršenja političke vlasti koji će postati i ideja krivičnog prava. Ovo gledište je Fuko izložio na konferenciji održanoj na Univerzitetu u Minesoti 7. aprila 1972. godine. Na osnovu beležaka koje je tom prilikom sačinio Stefan Dejvidson Fuko je rekao:

„... kancelar Segije, kao predstavnik kralja, predstavljao je sada u provinciji dve vlasti, civilnu i vojnu. On je kažnjavao civile na osnovu vojnog postupka, bez saslušanja optuženih i prikupljanja bilo kakvih drugih oblika usmenih ili pisanih svedočenja. ... Kancelar je primio takođe vojne počasti koje su uobičajeno namenjene kralju. Tako se sa Segijeom pojavila nova ličnost u političkoj ceremoniji: vidljivo telo države. Kantorovic je govorio o dva kraljeva tela, fizičkom i duhovnom. U ceremonijalu u Ruanu, treće telo se pojavilo, telo državnog aparata, sa svojim funkcionerima i, na čelu, prvim među njima. Država postaje izvor svake hijerarhije, svakog autoriteta i svakog pravila. Vojska i pravosuđe su samo dva člana tog novog tela.“²⁷

U ličnosti kancelara su objedinjene dve velike funkcije moći – funkcija rata i deljenja pravde, ali prilikom vršenja druge funkcije on nije poštovao pravila o suđenju u veću, pisanoj osudi i naročito saslušanju okrivljenog. Fuko ističe da se sve

21 M. Foucault, *Théories et institutions pénales*, 20, 21.

22 *Ibid.*, 60.

23 *Ibid.*, 60, 61.

24 *Ibid.*, 61.

25 S. Elden, 94.

26 M. Foucault, *Théories et institutions pénales*, 22.

27 Michel Foucault, „*Cérémonie, théâtre et politique au XVIIe siècle*“ (resumée par S. Davidson), in M. Foucault, *Théories et institutions pénales*, 291.

odigravalo kao da je Segije želeo da poremeti linije koje razdvajaju poredak deljenja pravde od vojne sile; kao da je želeo da pokaže još jaču moć koja prevazilazi jednu i drugu, i koja nije bila potčinjena privilegijama jedne niti pravilima druge.²⁸ Na taj način se izvan vojske i pravosuđa pojavljuje jedna represivna funkcija koja je prihvaćena od strane države i nije vezana tradicionalnim pravilima. Reč je o nečemu što Fuko naziva represivna moć (*le pouvoir répressif*), a nalazi se izvan pravosudne moći i borbene snage.²⁹

Represija koju je sprovodio Segije nije bila divljačka; ona nije vršena u žaru borbe, nego kada je poredak bio već uspostavljen. Očigledna nepravilnost kancelarovih postupaka bila je sračunata i imala je za cilj da pokaže:³⁰

- s jedne strane, da država ima određenu represivnu moć koja odnosi prevagu nad, ili bar nije strogo vezana, pravnim pravilima ili vojnim običajima;
- na drugoj strani, da se ta represivna moć koja je uobičajeno prisutna u pravosuđu ili vojsci može upotrebiti samostalno i primenjivati se saglasno vlastitim pravilima, bar u jednom slučaju: narodne pobune.³¹

Fuko zaključuje da se tradicionalnim aspektima suverene monarhije (pravosuđe i vojska) pridodaje i treći: represija. Pravno-militarna vladavina kancelara doprinela je pojavi jedne čisto represivne funkcije države, inače njene osnovne funkcije. Ona je vršena izvan kralja.³² Ovaj poduhvat je pretpostavljao odstranjivanje iz igre određenih elemenata moći koji su bilo zamišljeni kao protivteža kraljevoj moći. Radi se o političkoj teoriji tri kočnice (*la théorie des trois freins*), odnosno kontrolnim mehanizmima oličenim u religiji, pravosuđu i policiji.³³ Kancelar Segije odbija da prihvati ovu teoriju i, umesto toga, poziva se na Strašni sud (*le Jugement dernier*). U pitanju je politička teorija po kojoj kralj nije podređen zakonima svog kraljevstva kao rimski carevi, jer njegova volja jeste zakon i neposredno je nadahnut od stane Boga. Kraljeva uloga je *fruitio bonorum* i *punitio malorum*.³⁴ U pitanju je kraljev apsolutizam koji uklanja sve kontrole i ograničenja (institucionalna, religijska ili tradicionalna) kraljevske moći.³⁵ Pre nego što

28 M. Foucault, *Théories et institutions pénales*, 95.

29 *Ibidem*. Situacija se menja s nestankom monarhije i uspostavljanjem republike. Fuko ističe: „Ne postoji telo republike. Naprotiv, upravo *telo društva* (*kurziv* – G. P. Ilić) postaje, tokom XIX veka, novo načelo. To telo je ono koje treba zaštititi, na gotovo medicinski način: umesto obreda kojima bismo obnovili telo monarha, primenićemo recepte, terapije kao što je odstranjivanje bolesnika, kontrola zaraznih, isključivanje prestupnika. Odstranjivanje pomoću mučenja tako je zamenjeno dezinfekcionim metodama: kriminologijom, eugenizmom, udaljavanjem „degenerisanih“ ...“: Mišel Fuko, „Moć i telo“, in Mišel Fuko, *Moć/znanje Odabrani spisi i razgovori 1972 – 1977*. (prev. O. Petronić), Mediterran publishing, Novi Sad 2012, 61.

30 M. Foucault, *Théories et institutions pénales*, 96.

31 Primena represivnih praksi imala je za posledicu da su određene društvene klase koje su prime-njivale takve oblike borbe stavljene izvan pravnog poretka, a to je značilo da su njihovi pripadnici smatrani unutrašnjim neprijateljima (*les ennemis intérieurs*). *Ibid.*, 83.

32 *Ibid.*, 96.

33 Policiju treba razumeti u smislu državnih službenika i duhovnih sudija. S. Elden, 91.

34 M. Foucault, *Théories et institutions pénales*, 87.

35 S. Elden, 91.

je gospodar gospodára, kralj je instanca deljenja dobra i zla. Moć jeste represija, pre nego što bude zajemčena.³⁶

Fukoovo shvatanje o odnosu različitih modela krivičnog postupka i utvrđivanju istine u vezi s *causa criminalis* utemeljeno je na stavu da je istina stvar ovoga sveta i da je proizvedena zahvaljujući višestrukim prinudama. O tome Fuko kaže:

„Svako društvo ima svoj režim istine, svoje „opšte politike“ istine: to su vrste diskursa koje društvo prihvata i pridaje im funkciju istine; to su mehanizmi i instance koji omogućavaju razlikovanje istinitih iskaza od lažnih, načina na koji se sankcionišu i jedni i drugi; utvrđena vrednost tehnika i postupaka za dobijanje istine; status onih koji su zaduženi za to da kažu šta funkcioniše kao istinito.“³⁷

Tehnikama, postupcima i zvaničnicima koji su dužni da kažu šta je istinito u krivičnim postupcima posvećena je predstojeća analiza. Prvi od dva sistema koji ću razmotriti odnosi se na model kúšnje, dok je drugi zasnovan na modelu istrage.

2. KÚŠNJA (*L'ÉPREUVE*)³⁸

U cilju pravilnog razumevanja specifičnosti krivičnog postupka i njegovog odnosa sa utvrđivanjem istine u okviru državnog represivnog sistema, Fuko je najpre razmotrio period koji mu je prethodio. Jedno od njegovih ključnih zapažanja, izloženo u predavanju održanom u Rio de Žaneiru 1973, odnosilo se na određeni tip znanja-i-moći (*savoir-et-pouvoir*), moći-i-znanja (*pouvoir-et-savoir*).³⁹

Kao primer za shvatanje o odnosu moć–znanje Fuko je iskoristio Sofokleovu tragediju *Car Edip*. On smatra da je Edip usled svoje tiranske moći mogao previše, a u svom samotničkom znanju isuviše je znao.⁴⁰ Značajno je međutim ono što je suštinski bilo potcenjeno, to jest odbačeno, kako u Sofokleovoj tragediji, tako i u

36 M. Foucault, *Théories et institutions pénales*, 89.

37 Michel Foucault, „Truth and Power“ (interviewers A. Fontana, P. Pasquino), in Michel Foucault, *Power/Knowledge Selected Interviews and Other Writings 1972 – 1977* (edited by C. Gordon), Pantheon Books, New York 1980, 131.

38 Kada je reč o prevodima na srpski jezik Fukoovih dela u kojima se bavio starim germanskim pravom, reč *l'épreuve* je prevedena kao *ogled* (S. Elden, 98), *dokaz* (Mišel Fuko, *Predavanja (kratak sadržaj) 1970–1982* (prev. F. Filipović), Bratstvo-Jedinstvo, Novi Sad 1990, 18), *provera* ili *stavljanje na probu* (Mišel Fuko, *Volja za znanjem Istorija seksualnosti I*, 60.). Nedostatak prvog i trećeg prevoda je u zanemarivanju konteksta u kojem je imenica *l'épreuve* korišćena, drugi prevod je pogrešan, dok bi se četvrti u načelu mogao oceniti kao prihvatljiv. U rečnicima se navodi da imenica *épreuve* (f) ima sledeća značenja: proba, ogled; kontrolni eksperiment; ispitivanje, kušanje, proba; kušnja, iskušenje, jadi ... Pojašnjenje se može izvesti i iz značenja glagola *éprouver* (vb) koji se može prevesti kao: kušati; iskušavati; biti izložen čemu, trpjeti; iskusiti, doživjeti; ... (Valentin Putanec, *Francusko-hrvatski ili srpski riječnik*, V. dopunjeno i prerađeno izdanje, Školska knjiga, Zagreb 1989, 355). U ovom radu je reč *l'épreuve* prevedena kao *kúšnja*, a to između ostalog znači: proveravanje jačine, izdržljivosti, sposobnosti i sl. nekoga ili nečega, proba; proba, provera nečije privrženosti, odanosti i sl., iskušenje ... *Rečnik srpskoga jezika* (redigovao i uredio M. Nikolić), Izmenjeno i popravljeno izdanje, Novi Sad 2011, 606.

39 Michel Foucault, „La vérité et les formes juridiques“, *Chimères. Revue des schizoanalyses*, N°10/1990, 25.

40 *Ibid.*, 26.

Platonovoj *Republici*: to je tema, ili tačnije, uloga forme jednog političkog znanja koje je istovremeno povlašćeno i izuzetno. Iako je Edip u osnovi teatarsko oličenje shvatanja o čoveku moći i znanja, onom koji je podjednako dobar gospodar moći koju vrši kroz moć koju ima, Platon i Sofokle su u njemu suštinski videli – nosioca uloge tiranina.⁴¹ Dakle, sa Platonovim učenjem je nastao veliki zapadni mit o antinomiji između znanja i moći. Ako ima znanja treba odustati od moći.⁴²

Fukou ne promiče da je postojao izuzetak od platonskog obrasca o odnosu moći i znanja. Evo šta on kaže o tome:

„U evropskim društvima istočnog Mediterana, krajem drugog i početkom prvog milenijuma, politička moć je uvek bila posednik određenog oblika znanja. Usled činjenice da poseduju moć, kralj i njegovo okruženje posedovali su jedno znanje koje nisu mogli i nisu morali da saopšte drugim društvenim grupama. Znanje i moć su bili u potpunosti odgovarajući, povezani, pretpostavljeni. Nije se moglo imati znanje bez moći. I nije bilo moguće imati političku moć bez posedovanja određenog posebnog znanja.“⁴³

Može se zaključiti da, uprkos preovlađujućem obrascu, moć ne isključuje znanje, odnosno da krivični postupci kao mehanizmi ispoljavanja moći pretpostavljaju postojanje, a istovremeno su usmereni ka sticanju određenog znanja. Fuko je smatrao da je potrebno ispitati stari srednjovekovni sistem, tačnije period od sredine XII veka, a to je pretpostavljalo analizu instituta starog germanskog prava i njegovu postepenu zamenu ustanovama rimskog prava.⁴⁴

Osnovno načelo germanskog dokaznog prava je bilo da optuženi ima pravo i dužnost da dokazuje.⁴⁵ Smatralo se da postoje sredstva pomoću kojih se on može dovesti u položaj da mora da kaže istinu, a najvažnije od njih bila je zakletva. U doktrini preovlađuje mišljenje o iracionalnom značaju germanskog dokaznog prava, što je posledica okolnosti da su mnoge bitne pretpostavke tog sistema bile zasnovane na verovanjima, a samo neke na znanju koje je stečeno iskustvom.⁴⁶ Iako verovanje upućuje na povezanost svetovne, odnosno kraljeve moći sa religijskim vrednostima, ne treba zanemariti ni činjenicu da je vremenom pravu zapalo u dužnost da obnovi i zameni religijske vrednosti kraljevskog dostojanstva koje su proistekle

41 *Ibidem*.

42 *Ibid.*, 28.

43 *Ibid.*, 27. U srednjovekovnu Srbiju pravna kultura je prodirala sa dve strane. Jedan put je išao sa Zapada, preko Dubrovnika, a drugi iz Vizantije preko novoosvojenih grčkih zemalja. Ta dva uticaja su se ukrštala i stvorila čvrstu pravnu svest koja se ogledala u Dušanovom zakoniku. Teodor Taranovski, *Istorija srpskog prava u Nemanjičkoj državi*, Službeni list SRJ, Beograd 1996, 734.

44 S. Elden, 98.

45 Osnovno pravilo o teretu dokazivanja poznavalo je i određene izuzetke, a to znači da je tužilac bio obavezan da pruži dokaze protiv okrivljenog. To je bio slučaj kada je okrivljeni zatečen *in flagrante delicto*. Poreklo ovog postupka se vezuje za postupak koji je vođen protiv „isključenog iz pravne zajednice“ (*der Friedlose*), usled čega optuženi nije smatran strankom i pred sudom nije mogao da govori. Vladimir Bayer, *Kazneno postupovno pravo Prva knjiga Poviestni razvoj*, Knjižara Zlatko Streitenberger, Zagreb 1943, 83, 88.

46 *Ibid.*, 91.

iz liturgijskih i sakramentalnih zamisli.⁴⁷ Justinijanov kodeks dobija na značaju, a u prvom stavu *Digesta* pravnici i sudije nazivaju se „sveštenicima pravde“.⁴⁸

Uticao rimskog prava je usled razvoja tržišne ekonomije, bankarskog poslovanja i ugovornih garancija bio izraženiji u privatnom pravu, a slično je bilo i sa javnim pravom koje je u skladu s teorijom o prinčevskoj vlasti podrazumevalo razvoj državnih institucija.⁴⁹ Stvar se razvijala znatno sporije i u dobroj meri izveštačeno kada je reč o krivičnom pravu. Jedna od specifičnosti starog germanskog prava ogledala se u tome što je presuda izricana pre dokaznog postupka.⁵⁰ Postojale su tri vrste presuda, a osnov za njihovo razlikovanje predstavljalo je (ne)postojanje priznanja optuženog. U slučaju priznanja je činjenično stanje bilo nesporno, pa je sud (rešavajući samo pravno pitanje) osuđivao optuženog na činidbu tužiocu i javnoj vlasti ili na javnu kaznu (smrtnu ili telesnu kaznu). Ako optuženi ne bi priznao tužiočeve navode činjenično stanje je bilo sporno, i na taj način je otvaran put za donošenje dokazne ili alternativne presude. Dokaznom presudom je određivano ko je dužan i šta da dokaže, dokazna sredstva i rok u kojem to treba da učini itd. Pri tome je dokazivanje vršeno izvan suda, a kasnije su stanke i svedoci pozivani pred sud da bi se izjasnili o uspehu dokazivanja.⁵¹ Nakon toga je sud bio obavezan da donese konačnu presudu kojom je na osnovu rezultata dokaznog postupka odlučivao o pravnom pitanju. Alternativnom presudom je rešavano najpre dokazno pitanje, a nakon toga su određivane pravne posledice pojedinih mogućnosti ishoda dokazivanja.

Fuko ukazuje i na pravilo da su stranke mogle da postignu dogovor o obeštećenju (*la composition*).⁵² Reč je o ustanovi koju ne bi trebalo poistovećivati sa novčanom kaznom (isplaćivanom zbog učinjenog krivičnog dela), već se u suštini radilo o otkupu (*la rachat*), odnosno oslobođenju od predstojećeg rata (to jest spora koji bi bio vođen). Uloga institucije suda imala je fakultativni karakter u postupku koji je uređivao stranačku borbu. Dakle, pravda nije nametana, već je utvrđivana voljom učesnika u sporu.

Mogućnost suda da izrekne i smrtnu ili telesnu kaznu ukazuje na postojanje izuzetka od pravila da se u krivičnom postupku odlučivalo samo o privatnom sporu. Postojala su dva takva slučaja, od kojih se prvi odnosio na izdaju, dezerterstvo i vojni kukavičluk, a drugi na seksualno ogrešenje.⁵³

Fuko smatra da je u prihvatanju starih germanskih praksi značajnu ulogu odigrala i crkva.⁵⁴ Na to ukazuju sličnosti između germanskog shvatanja spora – štete

47 E. H. Kantorovic, 166.

48 „S pravom se možemo zvati sveštenicima ove veštine: jer mi služimo pravdi i ispovedamo znanje o onome što je dobro i pravično ...“. *Ibid.*, 168, 169.

49 M. Foucault, *Théories et institutions pénales*, 147.

50 V. Bayer, 94.

51 *Ibid.*, 95.

52 M. Foucault, *Théories et institutions pénales*, 149, 150.

53 U Dušanovom zakoniku je pored redovnog kontradiktornog sudskog postupka u kojem je stranaka iznosila dokaze pred sud, postojao i inkvizicioni krivični postupak koji je vođen protiv profesionalnih kradljivaca (tata) i razbojnika (gusara). T. Taranovski, 735, 736.

54 M. Foucault, *Théories et institutions pénales*, 167.

– replike (istovremeno privatnog i kolektivnog), sa učenjem o grehu, pojedinačnoj grešci i kažnjavanju. Krivičnu praksu nije moguće posmatrati pojednostavljeno kao rezultat pravne koncepcije države ili religijske koncepcije o grešci. Ona se neposredno uključuje u igru odnosa prilagođavanja i odnosa snage.⁵⁵

Srednjovekovni sistem kažnjivosti (*la pénalité*) je fiskalan: on je imao funkciju ekonomskog prilagođavanja koja je u najvećoj meri fiskalna, a ideološki je povezan sa hrišćanstvom.⁵⁶ Opis krivičnih praksi u Srednjem veku se nesumnjivo može odrediti pitanjem: ko šta otkupljuje; zbog čega se otkupljuje ovo ili ono postupanje; kako se to obeštećuje? Ukratko, *razmena (l'échange)*.

Krivični postupak u kojem se dokazivanje zasniva na kúšnji ne predstavlja jemstvo za ostvarivanje prava stranaka, nezavisnost sudija ili poštovanje istine.⁵⁷ Od ishoda kúšnje zavisi okončanje krivičnog postupka. Sudija je sveden na posmatrača koji ne ocenjuje dokaznu vrednost kúšnje, jer je reč o mehanizmu koji, pod uslovom da je poštovana odgovarajuća forma, automatski utiče na ishod postupka.⁵⁸ Na osnovu toga Fuko izvodi zaključak da kúšnja ishoduje.⁵⁹

- izvršenjem prava (*un opérateur de droit*); onim što osigurava konačni trijumf prava;
- sekundarno označava istinu (*un indicateur de vérité*). Ako je pravo optuženog pobedilo, to je zbog toga što je govorio istinu. Ipak je to sekundarno, jer njegovo pravo nije pobedilo zbog toga što je govorio istinu i u meri u kojoj je to činio.

Kúšnja je u vezi sa istinom jer pruža mogućnost da se zaključi šta je ispravno i na koju stranu preteže snaga. U sudskom postupku odnos snaga odgovara superiornosti prava, a sudska pozornica je prilagođena nejednakosti snage i superiornosti prava.⁶⁰

3. ISTRAGA (*L'ENQUÊTE*)

U nedostatku istinskog sudskog sredstva za utvrđivanje istine, krivični postupak je posegao za dve nesudske oblasti vršenja moći: svetovnu upravu i crkvu.⁶¹ Ove institucije se pojavljuju kao istorijski izvor sudske istrage (*l'enquête judiciaire*) koja, prema Fukoovom shvatanju, predstavlja ustanovu *par excellence* nepristrasnog

55 O uređenju privatnog rata (*la guerre privée*), mogućnosti otkupa, raspodeli pravde kao delu prometa dobara, suđenju kmetovima, bogatima ili plemstvu itd. v.: *Ibid.*, 168–174.

56 *Ibid.*, 174.

57 *Ibid.*, 239.

58 Fuko je razlikovao tri vrste kúšnje. Prvom je potvrđivan društveni značaj pojedinca, druga, usmena, odnosila se na njegovu sposobnost da pomoću određenih formula (ne čineći pritom greške) odgovori na navode tužioca, dok je treća imala magijsko-religijski karakter. Thomas Boccon-Gibod, „La preuve à l'épreuve Origines et modalités de l'enquête pénale selon Michel Foucault“, *Droit & philosophie: annuaire de l'Institut Michel Villey*, Numero 11/2019, 196.

59 M. Foucault, *Théories et institutions pénales*, 239.

60 *Ibid.*, 240.

61 Th. Boccon-Gibod, 197.

dokaza (*la preuve impartiale*) nasuprot arhaičnom modelu personalizovane kúšnje (*l'épreuve personnalisée*).

Značajan uticaj na uvođenje istrage u krivičnoj materiji imao je i razvoj istražnih metoda u sticanju prvih ekonomskih i upravnih znanja. Pojedini autori navode su u XVI i XVII veku razmišljanja o medicini, botanici i zoologiji bila kao zbirka svedočenja.⁶² Usled toga je kraj epistemskog modela kúšnje doveo, na jednoj strani, do nestanka alhemijskog znanja, i, na drugoj strani, do ubrzanog odbacivanja srednjovekovne sholastičke veštine *disputatio* u korist novog enciklopedijskog znanja inkvizitorskog tipa u Renesansi.

Kada je reč o krivičnom postupku, jedan od najvažnijih razloga zbog kojeg je kúšnja „ustupila mesto“ istrazi predstavlja pojava kraljevog tužioca (*le procureur du roi*) i uvođenje gonjenja po službenoj dužnosti.⁶³ To je imalo sledeće posledice:⁶⁴

- optužba kao ritualizacija događaja-kúšnje u obliku borbe nije više moguća, jer kralj ne može da bude kažnjen ako bi njegov predstavnik bio poražen;
- sud više nije mogao da bude ustanova koja samo utvrđuje ishod jednog nadmetanja u okviru kojeg svako pravo ima svoju snagu, već institucija koja predstavlja drugo lice moći – sudsku moć;
- optuženi se našao između dve moći: one koja prijavljuje povredu poretka i one koja osigurava njegovo uspostavljanje.

Optuženi je u istražnim postupcima objekat znanja, jer nema više ulogu onoga koji se bori, već nekoga u vezi s kim treba steći znanje.⁶⁵ Dakle, bio je na borbenom polju, a sada je u oblasti znanja.

Fuko ne tvrdi da istraga predstavlja racionalni razvoj iz primitivnih i iracionalnih sistema, već njena pojava predstavlja složeni politički fenomen koji se mora analizirati na osnovu odnosa moći.⁶⁶ Savremena moć nije toliko humanizovana da ne bi bila preusmerena i kapilarizovana u cilju vršenja sve finije i iscrpnije kontrole nad svojim objektom (pojedincima i populacijama).⁶⁷ Istina pojedinca predstavlja idealni osnov te moći.

To je Fukoa dovelo i do pojma priznanja za koje kaže:

„Od Srednjeg veka barem, zapadna društva su postavila priznanje (*l'aveu*) među glavne obrede od kojih se očekuje proizvodnja istine: uređenje svete tajne ispovesti na Lateranskom saboru 1215, razvoj tehnika ispovedanja koji je usledio, opadanje u krivičnom pravosuđu akuzatorskih postupaka, nestanak kúšnji o krivici (zakletve, dvoboji, božji sudovi) i razvoj metoda ispitivanja i istrage, sve veći udeo kraljevske uprave u gonjenju krivičnih dela na uštrb postupaka privatnog poravnanja, osnivanje sudova inkvizicije, sve to je doprinelo da se priznanju prida središnja uloga u

62 *Ibid.*, 198.

63 O nastanku ustanove javnog tužilaštva u Francuskoj v.: M. Rousselet, 38, 39; J. Raynal, 97, 98.

64 M. Foucault, *Théories et institutions pénales*, 241.

65 *Ibid.*, 243.

66 S. Elden, 114, 115.

67 Th. Boccon-Gibod, 198.

poretku građanskih i verskih moći. ... Pojedinac je dugo vremena potvrđivao verodostojnost odnosom prema drugima i iskazivanjem svoje veze s drugim (porodica, vernost, zaštita); zatim se verodostojnost utvrđivala na osnovu diskursa istine koju je sposoban ili obavezan da o sebi iznese. Priznanje istine upisano je u srce postupaka individualizacije koju vrši moć“.⁶⁸

Izlaganje o priznanju u Srednjem veku neodvojivo je od pojma torture. Iako crkveni krivični postupak u doba Inoćentija III nije poznavao torturu kao sredstvo za iznuđivanje priznanja,⁶⁹ do suštinske promene je došlo u XIII veku, nakon pape Inoćentija III, kada u crkvenom pravu tortura postaje glavno dokazno sredstvo za dobijanje inkvizitovog priznanja.⁷⁰ U starom germanskom pravu upotreba torture radi dobijanja priznanja uglavnom je bila nepoznata, ali je u *Constitutio Criminalis Carolina* tortura predstavljala najvažniju ustanovu čitavog dokaznog sistema. I nemački inkvizitorski krivični postupak je dopuštao upotrebu torture.⁷¹

Skoro je uvreženo mišljenje da engleski krivični postupak nije poznavao ustanovu torture, jer se u osnovna dokaznih pravila *common law*-a svrstava i ono da optuženi ne može biti ispitivan. Postojali su ipak izuzeci, a prvi se odnosio na poseban kraljev sud pod nazivom Zvezdano veće (*the Star Chamber*) pred kojim je vođen krivični postupak mimo *common law* pravila, i to je značilo, između ostalog, da se prema optuženima (po pravilu, kraljevim političkim protivnicima) mogla primenjivati tortura radi dobijanja priznanja.⁷² Ovaj sud je ukinut 1641. godine. Jedan od ključnih razloga zbog kojeg ustanova torture nije primenjivana u engleskom krivičnom postupku u meri u kojoj je to činjeno u kontinentalnim državama jeste taj što je osuđujuća presuda mogla da bude zasnovana i na indicijama, a ne isključivo na dokazima. U Engleskoj je tortura u svrhu dobijanja priznanja korišćena određeno vreme i isključivo u političkim procesima, a ukinuta je u vreme Kromvela, tj. u prvoj polovini XVII veka.⁷³

Jedna od specifičnosti srednjovekovnog engleskog krivičnog postupka jeste da se protiv učinilaca težih krivičnih dela (*felonies*) mogla upotrebiti tortura. To nije

68 M. Foucault, *Histoire de la sexualité I La volonté de savoir*, 78, 79. U Dušanovom zakoniku nema nijedne odredbe koja se odnosi na priznanje i njegovu dokaznu vrednost. Taranovski ističe da ondašnji sud nije smeo da priznanje ocenjuje, već je morao da ga primi kao otkaz od svakog „opravdanija“, a to je imalo za posledicu da tužilac po pravilu dobija parnicu. T. Taranovski, 770.

69 Razlog je bio taj što je isključivo priznanje koje je bilo povezano s kajanjem imalo vrednost na duhovnom planu.

70 Kao uzor je poslužilo pozno Rimsko carstvo, a tortura je uvedena kod svih posebnih crkvenih sudova. Crkveno pravo je krivoverstvo počelo smatrati uvredom božjeg veličanstva (*crimen laesae majestatis divinae*). Priznanje se smatralo verodostojnim ako je bilo ponovljeno neko vreme nakon torture. U slučaju da inkvizit porekne prethodno dato priznanje, ponovo je bio podvrgavan torturi. V. Bayer, 51, 57.

71 U nemačkom krivičnom postupku je postojala mogućnost da akuzatorski postupak „pređe“ u inkvizitorski u slučaju kada tužilac ne uspe da dokaže krivicu okrivljenog, već samo postojanje indicija koje su dovoljne za primenu torture. *Ibid.*, 90, 108, 120.

72 *Ibid.*, 218.

73 *Ibid.*, 228.

činjeno radi dobijanja priznanja, već u cilju izjašnjavanja optuženog da li je kriv što je bio uslov *sine qua non* za suđenje. Tortura je primenjivana sve dok se optuženi ne bi izjasnio, a čest slučaj je bio da on umre pre nego što dâ traženu izjavu.⁷⁴

Na kraju, ali ne manje važno (a posebno zbog toga što se Fukoova analiza odnosila na Francusku), želim da istaknem da je u srednjovekovnom francuskom inkvizitorskom krivičnom postupku tortura prema okrivljenom bila dopuštena. To je, kao što primećuju pojedini autori,⁷⁵ bilo u suprotnosti sa idejama o društvenom ugovoru i prirodnim pravima čoveka. Pod njihovim uticajem je jedan italijanski markiz (inače, učenik francuskih filozofa iz XVIII veka) kao pisac anonimus izložio na sistemski način nove ideje o osnovnim pitanjima materijalnog i procesnog krivičnog prava. Taj mlađani otac-osnivač savremene nauke krivičnog prava zvao se Čezare Bekarija. Uticaj ideja koje je Bekarija izneo u svom delu *O zločinima i kaznama (Dei delitti e delle pene)* bio je izuzetan, jer je za nekoliko decenija većina evropskih krivičnih zakonodavstva usvojila osnovne postavke za koje se zalagao.⁷⁶

Priznanje je na Zapadu postalo jedna od najcenjenijih tehnika za proizvodnju istine. Postali smo od tada, primećuje Fuko,⁷⁷ jedno naročito priznajuće (*avouante*) društvo. Priznaje se ili se prisiljava na priznanje. Kada nije spontano, ili nametnuto određenim unutrašnjim zahtevom, priznanje je iznuđeno; istiskuje se iz duše ili se čupa iz tela. Od Srednjeg veka tortura ga prati kao senka, i podržava ga kada pokle-kne: crni blizanci.⁷⁸

Tortura je tehnika otvaranja koja kida telo, cepa ga kako bi na površinu izbila tajna skrivena u njegovoj unutrašnjosti.⁷⁹ Ako se u svetlu tajne i dolaženja do nje posmatra ispitivanje, može se reći da ono samo predstavlja instrument torture. Iako sa stanovišta saznanja i dolaženja do istine priznanje predstavlja cilj koji se želi ostvariti primenom torture, di Čezare s pravom primećuje da priznanje predstavlja i opravdanje nasilja kao oruđa ispitivanja.⁸⁰

Analizu Fukoovih shvatanja o modelu personalizovane kúšnje i istražnom modelu koji se zasniva na nepristrasnom dokazu, uz poseban osvrt na njihov odnos prema znanju, završiću shematskim prikazom i objašnjenjima koja je u vezi s tim dao veliki francuski mislilac. Pri tome će naglasak biti na odnosu kúšnje, istrage i priznanja.⁸¹

74 Optuženi su neretko svesno birali smrt pod torturom, isključujući na taj način mogućnost da im u slučaju osude imovina bude oduzeta i porodica ostane bez ičega. Ova ustanova je ukinuta 1772. godine. *Ibid.*, 250.

75 *Ibid.*, 282.

76 Đorđe Ignjatović, *Kriminologija*, Petnaesto izmenjeno izdanje, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet Centar za izdavaštvo, Beograd 2019, 64.

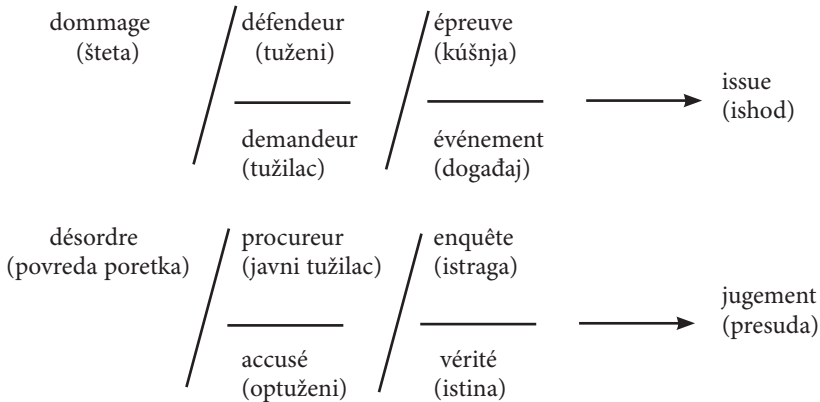
77 M. Foucault, *Histoire de la sexualité I La volonté de savoir*, 79.

78 *Ibidem*.

79 Donatela di Čezare, *Tortura* (prev. G. Subotić), Dereta, Beograd 2020, 116.

80 *Ibid.*, 117.

81 M. Foucault, *Théories et institutions pénales*, 245.



Fuko naglašava da učinak znanja nije odsutan iz prvog sistema, jer je smešten u kúšnji/događaju, a sastoji se u tome što pobeda najjače snage izražava valjanost najboljeg prava.⁸² Učinak znanja je u drugom sistemu sasvim drugačiji, budući da je vlast preuzela optužbu, a to je imalo za posledicu isključenje modela borbe i uvođenje modela flagrantnog dela, tj. dela viđenog od svih, zakonito utvrđenog i izricanje osude na osnovu takvog dokaza.⁸³ Kada je reč o krivičnim delima koja se ne odlikuju flagrantnošću bilo je neophodno uvesti tehnike aktualizacije ili ponovne aktualizacije (*les techniques d'actualisation ou de réactualisation*) dela, a to je ostvareno upotrebom istrage, svedočenja, pismenima i priznanjem.⁸⁴ Pri tome je poseban odnos uspostavljen između istrage i priznanja. Naime, smatra se da priznanje predstavlja savršenu aktualizaciju istrage, odnosno na taj način se odustaje od kúšnje istragom.⁸⁵ Na drugoj strani, dobro sprovedena istraga se izjednačava sa flagrantnim delom ili priznanjem.⁸⁶

Novi postupak je u potpunosti zamenio funkcije diskursa: ne više ulog, dvo-boj, kúšnja, već otkrivanje istine. Diskurs, ističe Fuko,⁸⁷ nije više mesto lukavstava, zamki, grešaka, zaborava; to je mesto na koje se voljno ili nevoljno iskazuje istina. Dragoceno je i njegovo zapažanje da je sistem istraga/priznanje nakon što je zamenio događaj/kúšnju ostao dugo vremena povezan sa formom svog prethodnika.⁸⁸ Istraga je zadugo ostala kúšnja, jer je plemstvo smatralo (i uspevalo da to ostvari) da je istraga, bar za njih, dobrovoljna. Pored toga, postojale su prelazne forme između istrage i kúšnje.⁸⁹

82 *Ibidem.*

83 *Ibidem.*

84 *Ibid.*, 246.

85 *Ibidem.*

86 Ovaj zaključak se mnogo manje odnosi na Englesku, jer je u toj zemlji istraga predstavljala stari upravni postupak a njena ponovna aktualizacija je vršena neposredno, bez učešća crkve. Potiče li, pita se Fuko, engleski empirizam odatle. *Ibidem.*

87 *Ibid.*, 247.

88 *Ibid.*, 248.

89 Fuko navodi primer lica optuženih za ubistvo koje sudija drži u pritvoru da bi ih prisilio da priznaju delo, a u isto vreme pokušava da pronađe tužioce.

Naročito je priznanje dugo vremena zadržalo karakter kúšnje. Primere za to Fuko nalazi u primeni torture koja se ispoljava kao vrsta duela između predstavnika moći i optuženog, kao i u postojanju sistema zakonskih dokaza.⁹⁰ S obzirom da je ishod krivičnog postupka zavisio od količine prikupljenih dokaza, moglo se govoriti o istini-kúšnji (*la vérité-épreuve*) a ne o istini-uverenju (*la vérité-conviction*).⁹¹ Sudija je samo beležio dokaze, kao što je prethodno jemčio pravilnost kúšnji.

ZAVRŠNE NAPOMENE

Dugo vremena je jedna od privilegija karakterističnih za suverenu moć bilo pravo nad životom i nad smrću. Reč je u stvari o neskladnom pravu, jer je naglasak na smrti a ne na životu, tako da vladar može da osudi na smrt ili da, odustajanjem od tog prava, ostavi u životu.⁹² Ova represivna moć je isprva bila u rukama vladara, tačnije, pripadala je njegovom političkom telu, da bi s pojavom države kao izvorom hijerarhije, autoriteta i pravila stupila na javnu scenu nova represivna moć koja nije vezana tradicionalnim pravilima. Represivna funkcija države je u suštini njena osnovna funkcija. Tek nakon toga se otvara prostor za pojavu pravnog sistema.

U klasično doba je na Zapadu došlo do preoblikovanja postojećih mehanizama moći, tako da je umesto starog prava da se osudi na smrt ili ostavi u životu stupila na scenu moć da se ostavi u životu ili odbaci u smrt.⁹³ Ova promena je uticala i na sistem krivičnog pravosuđa koji je do tada bio zasnovan na modelu kúšnje. U okviru tog sistema je od odnosa snaga suprotstavljenih strana zavisila superiornost određenog prava, tako da je snažnije označavalo ispravno i, u krajnjoj liniji, istinito.

Preobražaj mehanizama moći, odnosno moć da se ostavi u životu imala je za posledicu prelazak na istražni model krivičnog postupka u kojem je optuženi s bojnog polja prešao na teritoriju znanja. To ne znači da je moć umanjena ili je postala humanija, već je samo preusmerena na objekte koji su postali središte njenog interesovanja. Istina pojedinca predstavljala je idealni osnov te moći. Pri tome je priznanje istine upisano u srž postupaka individualizacije koju vrši moć. Dolaženje do priznanja podrazumevalo je i upotrebu torture, a to znači da se nad telom okrivljenog sprovodi moć koja se sastoji u zadavanju smrti i ostavljanju u životu.⁹⁴

Primena torture je na određeni način nagovestila da će telo predstavljati objekat na koji će biti usmerena moć. U stvari, moć nad životom razvijala se u pravcu disciplinovanja tela pojedinca koju Fuko naziva *anatomo-politikom ljudskog tela* (*l'anatomo-politique du corps humain*), da bi nešto kasnije bila usmerena i na telovrstu, prožeto mehanikom života, koje je odredio kao *bio-politika stanovništva* (*la bio-politique de la population*).⁹⁵ Pomenuću i njegovo shvatanje⁹⁶ da istorija kažnji-

90 *Ibid.*, 248, 249.

91 *Ibid.*, 249.

92 M. Foucault, *Histoire de la sexualité I La volonté de savoir*, 177, 178.

93 *Ibid.*, 181.

94 D. di Čezare, 94.

95 M. Foucault, *Histoire de la sexualité I La volonté de savoir*, 183.

96 Michel Foucault, *Résumés annuels Cours: La société punitive 1972–1973*, 265, 266, https://www.college-de-france.fr/media/michel-foucault/UPL4141398377262692190_AN_73_foucault.pdf (po-

vosti početkom XIX veka ne predstavlja u suštini neku istoriju moralnih ideja; to je poglavlje u istoriji tela. Preobražaj kažnjivosti ne spada samo u istoriju telâ, već on, bolje reći, otkriva istoriju odnosa između političke vlasti i telâ.⁹⁷

Kada je reč o krivičnom pravosuđu, Fuko ističe da novi vidovi upravljanja kolonizuju pravne procedure i razaraju pravni sistem suvereniteta,⁹⁸ jer liberalizam ne proističe iz neke pravne zamisli, već iz jedne ekonomske analize. U potrazi za nekom liberalnom tehnologijom upravljanja pokazalo se da uređenje uz pomoć pravne forme predstavlja delotvornije sredstvo od mudrosti ili umerenosti upravljača. „*L'État de droit*“, *der Rechtsstaat*, *the Rule of Law*, organizacija jednog „stvarno predstavničkog“ parlamentarnog sistema bili su, početkom XIX veka, povezani s liberalizmom, iako ni demokratija i pravna država nisu bile nužno liberalne, niti je liberalizam bio nužno demokratski ili privržen pravnim formama. Valja pri tome razbiti jedan mit: demokratija, sama po sebi, nije ni humana, ni smerna, ni pristojna.⁹⁹

Da se mnogo stvari i dalje dešava daleko od očiju javnosti svedoči činjenica da su Državni sekretarijat Sjedinjenih Američkih Država i Centralna obaveštajna agencija tajno finansirali izradu Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnivanje Evropskog suda za ljudska prava.¹⁰⁰ Razlog za to je bila nespремnost Engleza (podržanih od strane Amerikanaca) da prihvate kontinentalni pravni sistem. Usled toga se Evropski sud za ljudska prava tokom šest decenija postojanja nalazio na raskršću *comon law-a* i kontinentalnog pravnog formalizma, tj. dva različita načina pravnog zaključivanja.¹⁰¹ Opadanje koje ga je pogodilo posledica je nesposobnosti da se prilagodi i prihvati zaključivanje uz pomoć analogije. Veliki rizik po ljudska prava predstavlja i mogućnost da ih svaka država tumači na svoj način.¹⁰² Na kraju, ali ne manje važno, „sumrak“ ljudskih prava posledica je razdvajanja humanitarnog i političkog što predstavlja ekstremnu fazu rascepa između ljudskih i nacionalnih prava.¹⁰³ Usled toga se ljudski život shvata isključivo kao sveti život,¹⁰⁴ dakle kao život onoga koji može biti ubijen a ne može biti žrtvovan, i jedino kao takav može biti objekat pomoći i zaštite.

I šta ćemo sad?

sećeno 31. maja 2022).

- 97 Drugim rečima, Fuko napušta tradicionalni pristup problemu moći, zasnovan na pravno-institucionalnim modelima (definicija suverenosti, teorija države), u pravcu analize konkretnih načina na koje moć prodire u samo telo subjekta i njihove forme života. Giorgio Agamben, *Homo sacer Suverena moć i goli život* (prev. M. Kopic), Multimedijalni institut, Zagreb 2006, 10.
- 98 Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique Cours au Collège de France 1978–1979*, Gallimard/Seuil, Paris 2004, 326, 327.
- 99 „Pristojno“ društvo je društvo koje ne ponižava. D. di Čezare, 71.
- 100 Boštjan M. Zupančič, *Sur la cour européenne des droits de l'homme Rétrospective d'un initié (1998–2016)*, L'Harmattan, Paris 2018, 38–40.
- 101 *Ibid.*, 7.
- 102 D. di Čezare, 73.
- 103 G. Agamben, 115, 116.
- 104 Reč je o *homo sacer-u* kojeg određuje poseban karakter dvostrukog isključenja u koji je uhvaćen i nasilje kojem je izložen. To nasilje se – nekažnjivo ubistvo koje bilo ko može izvršiti – ne može kvalifikovati ni kao žrtvovanje niti kao ubistvo, ni kao izvršenje osude niti kao svetogrđe. *Suverena je sfera u kojoj se (homo sacer – prim. G. P. Ilić) može lišiti života, a da se ne učini ubistvo i da se ne izvrši žrtvovanje, a svet je, dakle, takav da ga je moguće lišiti života a da ne može biti žrtvovan, život uhvaćen u tu sferu (kurziv – G. P. Ilić). Ibid., 75, 76.*

LITERATURA

- Agamben, Giorgio, *Homo sacer Suverena moć i goli život* (prev. M. Kopic), Multimedijalni institut, Zagreb 2006
- Aničić, Dejan, „Beleška uz novi prevod „Volja za znanjem“, in Fuko, Mišel, *Volja za znanjem Istorija seksualnosti I* (prev. J. Stakić, red. prev. D. Aničić), Drugo, dopunjeno i redigovano izdanje, Karpos, Loznica 2018
- Bayer, Vladimir, *Kazneno postupovno pravo Prva knjiga Poviestni razvoj*, Knjižara Zlatko Streitenberger, Zagreb 1943
- Boccon-Gibod, Thomas, „La preuve à l'épreuve Origines et modalités de l'enquête pénale selon Michel Foucault“, *Droit & philosophie: annuaire de l'Institut Michel Villey*, Numero 11/2019
- di Čezare, Donatela, *Tortura* (prev. G. Subotić), Dereta, Beograd 2020
- Elden, Stjuart, *Fuko: rođenje moći* (prev. T. Kargačin), Mediterran publishing, Novi Sad 2019
- Foucault, Michel, *L'ordre du discours* Leçon inaugurale au Collège de France prononcée le 2 décembre 1970, Gallimard, Paris 1971
- Foucault, Michel, *Résumés annuels Cours: La société punitive 1972–1973*, https://www.college-de-france.fr/media/michel-foucault/UPL4141398377262692190_AN_73_foucault.pdf (posećeno 31. maja 2022)
- Foucault, Michel, *Histoire de la sexualité I La volonté de savoir*, Gallimard, Paris 1976
- Foucault, Michel, „Truth and Power“ (interviewers A. Fontana, P. Pasquino), in Foucault, Michel, *Power/Knowledge Selected Interviews and Other Writings 1972 – 1977* (edited by C. Gordon), Pantheon Books, New York 1980
- Foucault, Michel, „La vérité et les formes juridiques“, *Chimères. Revue des schizoanalyses*, N°10/1990
- Foucault, Michel, *L'archéologie du savoir*, Gallimard, Paris 1996
- Foucault, Michel, *Naissance de la biopolitique Cours au Collège de France 1978–1979*, Gallimard/Seuil, Paris 2004
- Foucault, Michel, *Théories et institutions pénales Cours au Collège de France 1971–1972*, Gallimard/Seuil, Paris 2021
- Foucault, Michel, „Cérémonie, théâtre et politique au XVIIe siècle“ (resumée par S. Davidson), in Foucault, Michel, *Théories et institutions pénales Cours au Collège de France 1971–1972*, Gallimard/Seuil, Paris 2021
- Fuko, Mišel, *Predavanja (kratak sadržaj) 1970–1982* (prev. F. Filipović), Bratstvo-Jedinstvo, Novi Sad 1990
- Fuko, Mišel, „Moć i telo“, in Fuko, Mišel, *Moć/znanje Odabrani spisi i razgovori 1972 – 1977*. (prev. O. Petronić), Mediterran publishing, Novi Sad 2012
- Fuko, Mišel, *Poredak diskursa Pristupno predavanje na Kolež de Fransu, održano 2. decembra 1970. godine* (prev. D. Aničić), Drugo i dopunjeno izdanje, Karpos, Loznica 2019
- Ignjatović, Đorđe, *Kriminologija*, Petnaesto izmenjeno izdanje, Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet Centar za izdavaštvo, Beograd 2019
- Kantorovic, Ernst H., *Dva kraljeva tela Studija o srednjovekovnoj političkoj teologiji* (prev. Lj. Nikolić), fedon, Beograd 2012
- Mils, Sara, „Šta je diskurs?“ (prev. D. Aničić), in Fuko, Mišel, *Poredak diskursa Pristupno predavanje na Kolež de Fransu, održano 2. decembra 1970. godine* (prev. D. Aničić), Drugo i dopunjeno izdanje, Karpos, Loznica 2019

- Putanec, Valentin, *Francusko-hrvatski ili srpski riječnik*, V. dopunjeno i prerađeno izdanje, Školska knjiga, Zagreb 1989
- Raynal, Jean, *Histoire des institutions judiciaires*, Librairie Armand Colin, Paris 1964
- Rečnik srpskoga jezika* (redigovao i uredio M. Nikolić), Izmenjeno i popravljeno izdanje, Novi Sad 2011
- Rousselet, Marcel, *Histoire de la justice*, Presses Universitaires de France, Paris 1960
- Taranovski, Teodor, *Istorija srpskog prava u Nemanjićkoj državi*, Službeni list SRJ, Beograd 1996
- Zupančić, Boštjan M., *Sur la cour européenne des droits de l'homme Rétrospective d'un initié (1998–2016)*, L'Harmattan, Paris 2018

Goran P. Ilić

Faculty of Law University of Belgrade

DISCOURSE ON POWER, KNOWLEDGE AND CRIMINAL JUSTICE

SUMMARY

The paper analyzes Michel Foucault's views on power, knowledge and criminal justice. In a word, Foucault's understanding of the origin of the state was explored. The author first of all considered the views expressed by Foucault in the lectures entitled *Penal Theories and Institutions*, held at the Collège de France during 1971–1972. years. Although Foucault's conception of the origin of the state is linked to medieval France, the universality of his views is such that certain points of contact can easily be found with other states. Some of the basic concepts that the author tried to bring closer to the reader refer to the medieval doctrine of two king's bodies, the emergence of a third body in the form of the state, the conditionality of criminal justice by armed force, the influence of the church on changes in criminal procedure. Given that in Foucault's work, the relationship of power is inseparable from knowledge, this issue has been explored in the field of criminal justice. More precisely, the transition from the medieval criminal procedure, which was initially based on the model of temptation to the criminal procedure, which is characterized by inquiry and obtaining evidence, is shown. Within the investigative model of criminal procedure, the issue of confession and torture is particularly analytical. The author also points to the transformation of the mechanism of power that took place in the West during the Enlightenment, when the former ruler's right to judge death or stay alive was replaced by the power to leave alive or discard to death. The focus of the new power is in life, so life has become more than law a stake in political struggles.

Keywords: Michel Foucault, discourse, power, knowledge, criminal justice, temptation, inquiry.

Igor Vuković*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

TAKOZVANA KOLEKTIVNA KRIVIČNA DELA – OBUHVAT I OPRAVDANJE

Apstrakt: Kolektivna krivična dela predstavljaju kategoriju delikata koja se u domaćim udžbenicima uglavnom sreće u materiji prividnog sticaja. Naime, iako učinilac obeležja nekog opisa ponavlja iz zanata, zanimanja ili navike, u starijoj literaturi i judikaturi se smatralo da takvo događanje ipak može predstavljati samo jedno krivično delo. Ova kategorija nastaje u XIX veku, da bi posle Drugog svetskog rata njena primena bila dovedena u pitanje. Poslednjih decenija se u domaćoj literaturi obrisi ove konstrukcije prepoznaju u tzv. deliktima bavljenja. Autor razmatra različita pitanja od značaja za kolektivna krivična dela i delikte bavljenja, zaključujući da domaća sudska praksa i dalje luta u pogledu pretpostavki ovih kategorija.

Ključne reči: kolektivna krivična dela, delikti bavljenja, zanat, zanimanje, navika

1. OPŠTE KARAKTERISTIKE

Prema tradicionalnom pogledu u srpskoj doktrini, kolektivno krivično delo predstavlja specifično pravno jedinstvo, koje u sebi objedinjuje ne samo objektivne momente, već i jedan izraženi subjektivni sadržaj. U tom smislu, kolektivno krivično delo predstavlja „skup više istih ili istovrsnih krivičnih dela (npr. više prostih ili prostih i teških iznuda) ili samo jedno jedino krivično delo, kod čijeg se izvršioaca nalazi jedno određeno psihičko stanje, i gde je, i ako bi ih bilo više, propisana jedna jedina kazna“ (T. Živanović, str. 366). Ovde se, utoliko, nije nužno radilo o vidu prividnog sticaja, jer je do teže kvalifikacije moglo doći i u slučaju samo jedne preduzete radnje, pod uslovom ispunjenosti tražene subjektivne karakteristike. I ovde je, slično produženom delu, bio zahtevan izvestan vremenski kontinuitet između pojedinih radnji (M. Đorđević /1986/, str. 224). Oštećeni su, pritom, mogli biti i različita lica. Protek vremena između pojedinih radnji nije bio relevantan, osim što je eventualno duže vreme otežavalo dokazivanje subjektivnog momenta. Ovu konstrukciju, kao vid prividnog realnog sticaja, osim složenog i produženog dela, poznavala je i stara srpska doktrina (vid. *Projekat i motivi*, str. 247). Treba na početku primetiti da je naziv „kolektivno krivično delo“, koji potiče iz francuske nauke (A. Behne, str. 3), dominirao uglavnom u starijoj uporednoj doktrini, dok se u savremenoj stranoj literaturi jednako sreće i izraz „zbirno“ („skupno“) krivično delo (*Sammelstrafat*) (vid. npr. R. Rissing-van Saan, vor § 52, 80).

Mogućnost da kolektivno krivično delo postoji i ako je bilo učinjeno samo *jedno delo* podrazumevala je situaciju kada već u vreme te prve radnje bude utvrđe-

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

na spremnost učinioca da delo ponavlja (M. Radovanović, str. 153; N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević, str. 198). Jedino je u tom slučaju zahtevano da sud spremnost ponavljanja dela ne zaključuje po automatizmu, već da u presudi takav zaključak obrazloži (J. Tahović /1956/, str. 193). U tom smislu su tumačeni i kasniji delikti bavljenja, kod kojih se u zakonu uopšte nije pominjao subjektivni uslov konstrukcije (zanimanje, zanat ili navika), što bi u slučaju npr. nedozvoljenog prekida trudnoće u vidu bavljenja podrazumevalo mogućnost nastupanja težeg oblika (vid. član 120, stav 2) već nakon prvog učinjenog pobačaja, ako se prema raspoložim dokazima (npr. nabavljenim abortivnim sredstvima) mogla utvrditi namera ponavljanja istih radnji i u budućnosti. U tom pravcu je razmišljala i judikatura. Tako je u slučaju bavljenja krijumčarenjem zajednička sednica Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda (21. sednica od 2.6.1983. godine, Sarajevo, *Ing-Pro*) zaključila da ovo delo „može da se izvrši jednim prenošenjem robe preko carinske linije izbegavanjem mere carinskog nadzora, kada se utvrdi da je kod učinioca postojala namera da se bavi takvom delatnošću“.

Iako je u pogledu mogućnosti preduzimanja samo jednog dela doktrina bila podeljena, neki autori su takvu mogućnost odbacivali pozivajući se na činjenicu da se u tom slučaju u osnovi i ne bi radilo o sticaju npr. dva dela, već jednog dela i subjektivne namere, što je smatrano povredom načela zakonitosti (tako Lj. Lazarević, str. 282). Iako se kolektivno krivično delo tumačilo kao vid prividnog realnog sticaja, nije bilo isključeno ni postojanje pravog sticaja, ako bi spletom okolnosti učinilac nizom radnji ostvario jedno delo, u međuvremenu napustio raniju odluku, a zatim po proteku nekog dužeg perioda ponovo izvršio iste radnje u novoj seriji (N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević, str. 198; u švajcarskoj literaturi G. Stratenwerth, str. 478).

Da je konstrukciju moglo zasnovati samo jedno delo bilo je vladajuće gledište i u nemačkoj doktrini, zbog činjenice da je vezivnu tačku činila subjektivna karakteristika, koja je mogla postojati već i prilikom prve radnje (R. Rissing-van Saan, vor § 52, 80). Suprotno gledište smatralo je takav ishod nelogičnim, takođe polazeći od toga da valjan dokaz namere da se delikt ponavlja može da proishodi jedino ako je delo učinjeno barem dvaput (vid. A. Behne, str. 15). Nemačka sudska praksa je primenjivala ovu formu kao vid prividnog sticaja, tako što bi i desetostruko vršenje nekog dela iz npr. zanata podvodila pod isto delo. Međutim, od 1938. godine se takav pristup napušta, pa se svako pojedinačno delo u vidu zanata s drugim radnjama povezuje u realni sticaj. To je danas većinski stav ne samo sudske prakse već i doktrine (C. Roxin, str. 879).

Za razliku od današnjeg rešenja kod produženog krivičnog dela (vid. član 61, stav 6) u našem predratnom pravu krivično delo koje ne bi bilo obuhvaćeno konstrukcijom kolektivnog krivičnog dela u pravosnažnoj presudi nije moglo predstavljati krivično delo za koje bi se izvršilac mogao naknadno kazniti, kada za njegovo vršenje bude saznato (T. Živanović, str. 370). To dejstvo zastupano je i u domaćoj posleratnoj doktrini (J. Tahović /1961/, str. 274), kao i nemačkoj judikaturi. Stoga se mogućnost da i neotkrivena dela budu obuhvaćena konstrukcijom smatrala protivnom principu *ne bis in idem* (C. Roxin, str. 880). S druge strane, u švajcarskoj sudskoj praksi pojedinačne radnje su ipak zadržavale izvesnu samostalnost, zbog čega je delo koje nije bilo obuhvaćeno u presudi predstavljalo posebno krivično delo (G. Stratenwerth, str. 478).

Suštinu instituta čine određene psihičke dispozicije koje povezuju više radnji u jednu celinu. Ono što upravo razlikuje kolektivno delo kao naročitu pravnu celinu od višekratnog ponavljanja „običnih“ krivičnih dela jeste naročita *subjektivna odlika* (M. Đorđević /1953/, str. 225), i to zanimanje, zanat ili navika. Njihovo postojanje je po pravilu dokazivano činjenicom vršenja ranijih krivičnih dela, čak i onih koja su u međuvremenu zastarela.

Za sve potkategorije konstrukcija je bila dopuštena samo ako je to u *zakonu bilo izričito propisano*. U odluci bi sud konstatovao sva pojedina dela koja ulaze u sastav konstrukcije, i za sve njih bi izrekao jednu kaznu. Razume se, broj radnji u sastavu bio je od uticaja na planu njenog odmeravanja. Iako je u većini slučajeva u krivičnom zakonodavstvu subjektivna karakteristika predstavljala kvalifikatorno obeležje, u retkim delima ona je predstavljala već uslov osnovnog neprava. Tako je prema članu 362. KZ KSHS onaj „ko se u vidu zanata kocka“ mogao biti kažnjen novčano. U našoj predratnom zakonodavstvu su bila predviđena kolektivna dela u vidu zanata i navike (ne i zanimanja), da bi u posleratnom pravu bila prisutna kolektivna dela u vidu zanata (npr. podvođenje u vidu zanata [član 187, stav 2. KZ od 1951.], nadriplekarstvo [član 205. KZ od 1951.], nadripisarstvo [član 310. KZ od 1951.] ili od 1959. samo kockanje u vidu zanata, sve do 2002. godine) i zanimanja, ali ne i navike. Teži oblik dela u vidu zanata je u našem posleratnom zakonodavstvu bio predviđen i kod nekih imovinskih delikata (npr. prevare, iznude ili ucene).

Kao kolektivna dela u vidu zanimanja i tu su najpre tumačena samo ona dela kod kojih je u zakonu bilo izričito formulisano da se moraju vršiti u vidu zanimanja. Tako je npr. kod krivičnog dela nedozvoljene trgovine radnja bila određena kao bavljenje trgovinom „u vidu zanimanja“. Kako je, međutim, i tu od izmena i dopuna Krivičnog zakonika iz 1959. godine izričito pozivanje na zanimanje bilo napušteno, u literaturi je i dalje opstalo tumačenje da se i *delikti bavljenja* razumeju kao oblik kolektivnog krivičnog dela, jer sama radnja bavljenja po sebi označava „trajniju delatnost što je karakteristika krivičnog dela u vidu zanimanja“ (J. Tahović /1961/, str. 273). Pojedini autori su pak odbacivali da su delikti bavljenja podvrsta kolektivnih krivičnih dela, smatrajući da za konstatovanje „bavljenja“ nije dovoljno da je radnja izvršena samo jedanput, „kao što je to slučaj kod svih oblika kolektivnog krivičnog dela“ (N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević, str. 198).

U pogledu *mesta izvršenja*, shodno opštoj odredbi, kolektivno delo smatralo se učinjenim u svakom mestu radnje ili posledice. U pogledu *vremena izvršenja* zastupan je stav da je kolektivno delo učinjeno u vreme vršenja svake radnje u sastavu, dok su u pogledu primene blažeg zakona relevantnim smatrani svi zakoni po kojima su izvršenja pojedina dela u sastavu (J. Tahović /1956/, str. 194). Zastarelost gonjenja se računala od izvršenja poslednje radnje u sastavu (*ibid.*).

Sporno je da li subjektivna karakteristika koja odlikuje skupno delo predstavlja *ličnu okolnost* koja je prenosiva i na ostale učesnike u delu, ili to nije tako. Drugim rečima, postavlja se pitanje da li bi se npr. zanat ili zanimanje tumačili kao okolnosti koje se uzimaju u obzir samo onom izvršiocu, saizvršiocu, podstrekaču ili pomagaču kod kojeg postoje (član 36, stav 3), ili bi se radilo o „bitnom obeležju bića“ koje ne mora postojati kod podstrekača ili pomagača (član 36, stav 4). Na prvi pogled,

pošto se radi o obeležju dela, deluje da bi za kažnjivost saučesnika bilo dovoljno da se subjektivna karakteristika samo stekne kod izvršioca, pa da se prenese i na njih. Tome bi odgovarala i činjenica da se u domaćoj judikaturi i nameri kao subjektivnom obeležju bića pridaje akcesorni karakter (vid. I. Vuković, str. 428). Iako se ovde u strogom smislu ne radi o nameri, doktrinarni pogled na kolektivno delo uključuje i odgovarajuću nameru ponavljanja. S druge strane, domaća odredba ne pravi razliku da li se radi o obeležju osnovnog bića dela, ili kvalifikovanom odnosno privilegovanom obeležju. Čak i kod aktuelnih delikata bavljenja neki opisi takvu radnju predviđaju već na planu zasnivanja krivičnog neprava (npr. kod nadrilekarstva ili nadriapotekarstva), dok kod drugih (npr. bavljenja vršenjem nedozvoljenog prekida trudnoće, član 120, stav 2) ona modifikuje osnovni oblik dela.

2. PODVRSTE KOLEKTIVNIH KRIVIČNIH DELA

Kolektivno krivično delo u vidu *zanata* odlikovalo je to što njihov učinilac od samog početka, to jest kod svih pojedinačnih radnji u sastavu, bio spreman da ih redovno ponavlja kao vid *pribavljanja prihoda*. U pitanju je morao biti stalni izvor prihoda, iako ne nužno i jedini. Stoga se ovde po tumačenju po pravilu radilo o nekom imovinskom krivičnom delu (T. Živanović, str. 367). Tako je npr. u našem predratnom zakonodavstvu iznuda dobijala teži oblik ako je iznudač vršio iznuda „u vidu zanata“ (član 332. KZ KSHS), kao što su i neki vidovi falsifikovanja isprava (manje vrednosti) zadobijali teži vid ako su radnje bile preduzete u vidu zanata (član 222, stav 3. KZ KSHS). U neku ruku, insistiranje na delatnosti kao izvoru prihoda nije nužno podrazumevalo da je to učiniocu morala biti stalna profesija, ali je naglasak bio na izvesnoj trajnosti (M. Đorđević /1986/, str. 225). Ovo se u literaturi tumačilo kao vid *profesionalnog* vršenja krivičnih dela, gde bi sud prema okolnostima konkretnog slučaja cenio ovu okolnost. Naročito bi od značaja bilo da li učinilac uopšte ima kakvo zanimanje od kojeg živi, ali nije isključeno da npr. iznuđivanje predstavlja i kakvo sporedno zanimanje (M. Čubinski, str. 511).

Slično se u pogledu ove kategorije delikata i danas tumači u nemačkoj doktrini. Tu takođe vršenje dela u vidu *zanata* (*gewerbsmäßiges Verbrechen*) podrazumeva ponovljeno vršenje zločina koje nema samo prolazni karakter i kojim se hoće pribaviti ne sasvim beznačajni izvori prihoda (T. Fischer, vor § 52, 62). Takođe ne mora nužno da se radi o osnovnom izvoru prihoda, ali je neophodno da se dela *u vlastitu korist*, a ne u korist trećeg lica. Nije neophodno da učinilac želi da ostvari isključivo novčanu korist; može se raditi i o upotrebi kakvog dobra ili drugoj vrednosti koja ima imovinski ekvivalent (npr. vrednost koja se upotrebom štedi). Kako ovu formu opredeljuje subjektivna karakteristika (volja da se u vidu zanata delatnost neodređeno često ponavlja [A. Behne, str. 3]), koja može biti ispoljena već prilikom prvog vršenja delikta, zahtev da se radi o višekratnom postupanju nije izričit. Dovoljno je za kvalifikaciju da već prilikom prvog vršenja bude ispoljena *namera* da se takve radnje ponavljaju (D. Sternberg-Lieben, N. Bosch, § 52, 95). Stoga i nije precizno da se u definiciji ove forme govori o nužno ponovljenom vršenju, već je dovoljna odgovarajuća namera u tom pravcu.

Kolektivno krivično delo u vidu *zanimanja* je odlikovalo to što je njihov učinilac od samog početka bio „gotov na redovno ponavljanje istih“, pri čemu je ukazivano da učinilac nije morao imati „cilj zarade“, ali je mogao imati cilj pribavljanja kakve imovinske koristi (M. Radovanović, str. 152; T. Živanović, str. 366). Tako i drugi autori u odnosu na krivično delo u vidu *zanata* razliku vide u tome što se u ovom slučaju može pribaviti kakva imovinska korist, ali gde nema namere pribavljanja sebi prihoda vršenjem dela (J. Tahović /1961/, str. 273; D. Sternberg-Lieben, N. Bosch, § 52, 97). Ipak, razlikovanje se osećalo kao nedorečeno i podložno različitom tumačenju. Tako npr. Lazarević (str. 282) razliku vidi u „u većem stepenu spremnosti za ponavljanje krivičnih dela kod kolektivnog dela u vidu zanimanja i opredeljenost da to bude konstantan izvor prihoda; lica koja vrše krivična dela u vidu zanimanja najčešće vrše neku legalnu delatnost, koja im je izvor prihoda, a uz to mogu sticati određenu korist i vršenjem krivičnih dela“. Stoga ne iznenađuje što ovaj autor u nekim deliktima bavljenja, više prema osećaju, prepoznaje kolektivno delo u vidu *zanata* (npr. nadriplekarstvu), a u drugima u vidu *zanimanja* (npr. nadripisarstvu). Ova kategorija u nemačkoj literaturi ima slične obrise (*geschäftsmässiges Verbrechen*), dok je u švajcarskoj doktrini mnogi teoretičari (vid. npr. J.-B. Ackermann, § 49, 14–15; G. Stratenwerth, str. 478) u obradi instituta u odnosu na druge dve izostavljaju. I kod ove podgrupe smatralo se dovoljnim preduzimanje i samo jedne radnje, uz ispoljenu spremnost da se ista u budućnosti ponavlja. Tako u jednom slučaju nadripisarstva sud konstatuje da ovo delo ne postoji „ako je učinjena samo jedna radnja pružanja pravne pomoći neovlašćeno i za nagradu, ukoliko učinilac nije ispoljio spremnost, odnosno želju ili težnju da takvu radnju ponavlja“ (presuda Vrhovnog vojnog suda, K 78/88 od 7.3.1988, *Ing-Pro*).

Delikte iz *navike* (*infractions d'habitude*) odlikovala je stečena *sklonost* ka njihovom daljem vršenju. Tako je u predratnom krivičnom zakonodavstvu slično bilo oblikovano delo potpomaganja bluda, koje je između ostalog kažnjavalo i onoga ko „iz navike... ide na ruku vršenju bluda“ (član 280. KZ KSHS). Za razliku od prethodnih podvrsta, u nemačkoj doktrini se u pogledu ove forme (*gewohnheitsmäßiges Verbrechen*) još u starijoj literaturi redovno zahtevaju *bar dva* dela u sastavu (E. Schmidhäuser, str. 385), iz kojih se može zaključiti da je razvijena makar nesvesna *sklonost* ka ponavljanju vršenja dela. Ova *sklonost* se razume kao nešto različito od nagona, pa bi npr. kleptomanija predstavljala simptom bolesnog stanja, dok bi kradljivac iz navike domašaja svog delanja bio posve svestan, ali bi ga *sklonost* prema krađi, kao crta njegovog karaktera, vukla vršenju delikta (A. Behne, str. 31). Takođe, iz okolnosti je moralo da proizlazi da su kasnija dela učinjena isključivo iz formirane *sklonosti* a ne spleta istih okolnosti koje su bile prisutne i kod prethodnih radnji (npr. prijateljstva ili neiskustva) (D. Sternberg-Lieben, N. Bosch, § 52, 98–101). Kod pojedinih autora je kod krivičnog dela nasilničkog ponašanja iz jugoslovenskog zakonodavstva (član 220. KZ RS) zahtevano obeležje da „raniji život učinioca ukazuje na *sklonost* za ovakvim [nasilničkim] ponašanjem“ takođe tumačeno kao vid delikta iz navike (vid. Lj. Lazarević, str. 282). Ovo obeležje nije podrazumevalo da je učinilac ranije nužno bio kažnjavan, već da se i u ranijem životu asocijalno ponašao, zbog čega je u okolini prepoznavan kao siledžija i nasilnik (A. Stajić, str. 692).

3. PRIRODA KONSTRUKCIJE

Skupno krivično delo se u doktrini tumačilo ili kao vid pravnog jedinstva ili kao jedno delo u kriminološkom smislu. Kao vid *pravnog jedinstva* radilo se o situacijama kada je sam zakon određene radnje objedinjavao u jednu pravnu celinu, to jest *jedno* krivično delo. Kolektivno krivično delo je posmatrano u ovom smislu u našem pravu pre Drugog svetskog rata, sve do izmena i dopuna Krivičnog zakonika iz 1959. godine, kada su konstrukcije kolektivnog dela iz zakona najvećim delom izostavljene (J. Tahović /1961/, str. 272).

U istom periodu jača *kriminološka* i kriminalno-politička pravna priroda konstrukcije, koja se očituje u novom pogledu tek indirektno, kroz izvesne krivične institute (uglavnom *povrat*) putem kojih se posredno uvažava određeno psihičko stanje kao njena subjektivna poveznica (J. Tahović /1961/, str. 272). Naime, Krivični zakon SFRJ od 1976. godine je kao jednu od pretpostavki višestrukog povrata zahtevao i da učinilac „pokazuje sklonost za vršenje krivičnih dela“, čime se kriminalna suština kolektivnog dela usmerava u pravcu drugih instituta.

Kriminalno-politička opravdanost konstrukcije počivala je na objašnjenju da njena subjektivna poveznica *umanjuje krivicu* (T. Živanović, str. 371). Odnosno, „potrebna je ozbiljna represija, ako je delo izvršio naviknuti krivac ili profesionalni“ (M. Čubinski, str. 348). I ovde je, kao kod produženog krivičnog dela, ukazivano i na argument da se nekada kod postupanja u vidu zanata ili zanimanja radnja preduzima veliki broj puta, pa bi i iz procesnih i drugih razloga predstavljalo poteškoću da se zaključuje pravi sticaj (J. Tahović /1956/, str. 193). Takav pogled su u stranoj literaturi zastupali naročito oni autori čiji je prihvaćeni pojam krivice podrazumevao i prekor zbog kriminalnog *načina vođenja života* (više o ovom pojmu vid. I. Vuković, str. 198), zbog čega se u kolektivnom delu jedinstvo prepoznavalo upravo u toj okolnosti (H. Welzel, str. 230).

S druge strane, u savremenoj doktrini se ukazuje da postojanje konstrukcije nije nužno, da prihvaćeni pojam krivičnopravne radnje njegovo postojanje ne opravdava i da ni kriminalno-politički razlozi više ne govore njoj u prilog. Najpre, za razliku od npr. produženog krivičnog dela ovde ne postoje dovoljni razlozi za pravno dejstvo prividnog sticaja. Naprosto, deluje neopravdano da učinilac delikta iz npr. zanata bude privilegovan u odnosu na drugog učinioca kod kojeg bi se zaključivao sticaj (C. Roxin, str. 880). Slično mišljenje jednodušno je danas prihvaćeno i u austrijskoj naučnoj misli (vid. E. Ratz, vor §§ 28–31, 18). U domaćoj literaturi je u tom smislu najkonkretniji Z. Stojanović (str. 306), koji ovu formu smatra prevaziđenim odrazom kriminoloških ideja XIX veka. Iako se kod delikata bavljenja nekada ukazuje da se radi o zbirnom delu u vidu zanimanja, ovaj autor primećuje da se tu i ne radi o nekakvoj osobenoj subjektivnoj karakteristici, već prostoj činjenici da radnja bavljenja pretpostavlja višekratnost, što bi s jedne strane značilo da jedna radnja nije dovoljna za njihovo ostvarenje, a s druge da preduzimanje više radnji ne predstavlja sticaj (*ibid.*).

4. DELIKTI BAVLJENJA

Kako možemo zaključiti, u sadašnjem krivičnom pravu kategorija kolektivnog krivičnog dela nema svoje opravdanje. Ono što je preostalo jesu delikti bavljenja, koje samo po nastanku odlikuje povezanost sa skupnim delom, zbog čega se u literaturi kao njihovo centralno obeležje naglašava jedino višekratno postupanje. Stoga ne iznenađuje što i domaći komentatori krivičnih delikata kod kojih se sreće radnja „bavljenja“ danas uglavnom odbacuju mogućnost da se neko „bavi“ kakvom delatnošću tako što bi radnju preduzeo samo jedanput, uz spremnost da je u budućnosti ponavlja. Tako se npr. kod krivičnog dela nadrilekarstva i nadriapotekarstva ukazuje da bavljenje pretpostavlja preduzimanje najmanje dve radnje, bez nekih daljih uslova i nezavisno od toga da li su one učinjene uz nagradu ili besplatno (Lj. Lazarević, str. 801; Z. Stojanović, str. 845). Slično se delikti bavljenja u nekim odlukama tumače i u sudskoj praksi, pa se u slučaju npr. krijumčarenja (član 236), gde se učinilac bavi prenošenjem robe preko carinske linije uz izbegavanje mera carinskog nadzora, u jednom slučaju zahteva da se „u više navrata vrši prevoz robe“ (presuda VKS, Kzz 364/18 od 27.3.2018, *Ing-Pro*).

Ostaje, međutim, otvoreno da li postoji još neka karakteristika delikata bavljenja po kojima se oni izdvajaju u odnosu na druge. Nije sporno da ova kategorija predstavlja vid *pravnog jedinstva dela*, gde sam zakonodavac objedinjava više radnji u jednu celinu (jedno krivično delo) (vid. I. Vuković, str. 335), ali se postavlja pitanje da li osim višekratnosti postoji još neko osobeno obeležje ove podvrste. Naime, i danas se, po ugledu na konstrukciju kolektivnog krivičnog dela, pored uslova višekratnog vršenja radnje u mnogim odlukama i dalje sreće i uslov *spremnosti da se radnje ponove*. Tako prema stanovištu Vrhovnog kasacionog suda bavljenje „podrazumeva da učinilac ovakve radnje vrši kontinuirano u vidu zanimanja, odnosno u više navrata, i da je spreman da navedene radnje i ponovi“ (presuda VKS, Kzz 1120/17 od 16.11.2017, *Ing-Pro*). U drugom primeru sud zaključuje da nadrilekarstvo „podrazumeva bavljenje lečenjem ili pružanjem medicinskih usluga bez odgovarajuće stručne spreme za koje krivično delo mora biti dokazano da nije samo jednom izvršeno, već da po zakonskom određenju bavljenje kao trajna odrednica podrazumeva kontinuirano delovanje kroz više navrata i spremnosti da se ta radnja ponovi, a pri tome pobuda zbog kojih se takve radnje vrše ne predstavlja zakonski element dela, pa za preduzimanje lečenja ili pružanja medicinskih usluga nije bitno da li se čini bez ili uz nagradu“ (presuda Višeg suda u Užicu, Kž 124/18 od 11.7.2018, *Paragraf Lex*). U trećem pak primeru sud se, štaviše, vraća na objašnjenje karakteristično za učenje o kolektivnom delu, konstatujući da bavljenje podrazumeva da učinilac to radi kontinuirano „u više navrata i da je spreman da navedene radnje i ponovi. Kada se roba prenosi samo jedanput, onda bavljenje može postojati samo u slučaju ako je učinilac imao nameru da se i ubuduće bavi takvom delatnošću, što je već pitanje činjeničnog stanja“ i dokazivanja (presuda VKS, Kzz 65/11 od 19.10.2011, *Paragraf Lex*). Dakle, bavljenje se u judikaturi nekada izuzetno tumači i kao potencijalni jednostruki akt.

Imajući u vidu uslov višekratnog postupanja, zanimljivo je na ovom mestu delikte bavljenja uporediti sa delima određenim *trajnim glagolom*. Naime, prema članu

112, stav 30, kad je radnja krivičnog dela određena trajnim glagolom smatra se da je delo učinjeno ako je radnja izvršena „jednom ili više puta“. Ova razlika naspram delikata bavljenja prisutna je i u praksi, pa u jednom primeru krivičnog dela iz Zakona o deviznom poslovanju (član 57: Ko kupuje od fizičkih lica ili ko prodaje tim licima efektivni strani novac...), gde je prvostepeni sud, polazeći od nekih ranijih stavova sudske prakse (vid. npr. rešenje Okružnog suda u Beogradu, Kž 413/07 od 23.2.2007, *Ing-Pro*), tumačio da je za ostvarenje bića „potrebno da izvršilac kupovinu i prodaju stranog novca obavi u više navrata, tj. da se kupovinom i prodajom stranog novca bavi u vidu zanimanja ili bar duži vremenski period, odnosno trajno“, a „da jednokratna kupovina ili prodaja stranog novca ne predstavlja ovo delo“, VKS smatra taj stav pogrešnim, smatrajući da se radi o delu određenom trajnim glagolom, koje je učinjeno ako je radnja izvršena jednom ili više puta (Kzz 15/10 od 31.3.2010, *Ing-Pro*).

Zanimljivo je i pitanje odnosa delikata bavljenja sa konstrukcijom *produženog* krivičnog dela. Kako bavljenje po prirodi stvari podrazumeva preduzimanje više radnji, ove dve forme se međusobno isključuju, pa npr. nije zamislivo krijumčarenje u vidu bavljenja (vid. član 236, stav 1) u produženom trajanju (upor. presudu Apelacionog suda u Beogradu, Kž1-Pol 7/19 od 15.5.2019, *Paragraf Lex*). Praksa tu, međutim, nije jedinstvena. Tako bi po prirodi stvari bavljenje *iznudom* (član 214, stav 4), u smislu ponavljanja radnji reketiranja drugog, kako bi se ovaj naveo da štogod učini na štetu svoje ili tuđe imovine, trebalo da ima nezanemarljivu primenu u sudskoj praksi. To ipak nije slučaj, pa se u praksi sreće ili konstrukcija produžene iznuđe, ako se od nekog lica višekratno iznuđuje reket u određenom vremenskom periodu (presuda Apelacionog suda u Beogradu, Kž 654/14 od 5.6.2014, *Paragraf Lex*; presuda Apelacionog suda u Kragujevcu, Kž 194/15 od 26.3.2015, *Paragraf Lex*), ili čak i samo jedno delo u slučaju ponavljanja pretnje (npr. mnogostrukog upućivanja SMS poruka, presuda Apelacionog suda u Nišu, Kž1 646/18 od 10.8.2018, *Paragraf Lex*). Nejasno je zašto je to tako. Stiče se utisak da upravo nedorečenost pretpostavki koje bi delikti bavljenja podrazumevali uslovljava izvesnu suzdržanost na planu pravnog kvalifikovanja po ovom osnovu, bar kod onih delikata kod kojih radnja bavljenja ne predstavlja obeležje već osnovnog oblika.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Na osnovu svega iznetog, možemo konstatovati da kolektivna krivična dela ne zaslužuju da u dogmatici opšteg dela krivičnog prava i dalje budu obrađivana kao nesporna podvrsta prividnog realnog sticaja. Ona, štaviše, po svojoj suštini to ni ranije nisu predstavljala, budući da je za njihovo postojanje smatrano dovoljnim postojanje samo jedne radnje i odgovarajuće namere da se ona i u budućnosti ponavlja. S druge strane, ostatak ove kategorije u našoj literaturi se prepoznaje u tzv. deliktima bavljenja, kod kojih se zahteva višekratno preduzimanje određenje radnje, ali bez nekih daljih uslova. Činjenica da su se ovi delikti razvili iz kolektivnih dela u vidu zanimanja uslovljava je da se nekada u sudskoj praksi i oni tumače kao vid kolektivnih krivičnih dela, uz zaključak da takve opise mogu ostvariti i jednokratna

preduzimanja odnosno radnje uz postojanje spremnosti ponavljanja. Takav zaključak, kako se čini, pre nije prihvatljiv. To naprosto ne odgovara načelu zakonitosti, koje zahteva da pretpostavke krivične odgovornosti budu unapred poznate i vidljive. Ako bi se radnja bavljenja tumačila u smislu zahtevanja odgovarajuće namere iako ona nije propisana, pa čak i uz preduzimanje samo jedne radnje, takav zaključak bi nesumnjivo predstavljao povredu principa *nullum crimen sine lege*. To ne odgovara ni uobičajenom jezičkom razumevanju radnje „bavljenja“ koja se teško može tumačiti kao eventualni pojedinačni akt. Ipak, imajući u vidu različito postupanje u domaćoj judikaturni, do nekog eventualnog zakonskog regulisanja radnje bavljenja (npr. u članu 112. Krivičnog zakonika, u kojem se autentično tumače odabrani pojmovi), ili bar jasnijeg određenja sudske prakse u pogledu njene budućnosti, potrebno je iznova preispitivati pretpostavke ove potkategorije.

LITERATURA

- Ackermann J.-B. /2007/, u: *Basler Kommentar. Strafrecht I*, Basel
- Behne A. /1912/: *Das gewerbs- und das gewohnheitsmäßige Verbrechen de lege lata und de lege ferenda*, Borna-Leipzig
- Čubinski M. /1930/: *Naučni i praktični komentar Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije*, Beograd
- Đorđević M. /1953/: Kolektivno krivično delo i realni sticaj, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, № 2
- Đorđević M. /1986/, u: *Komentar Krivičnog zakona SFRJ* (N. Srzentić, red.), Beograd
- Fischer T. /2011/: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München
- Lazarević Lj. /2011/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd
- Radovanović M. /1976/: *Krivično pravo SFRJ*, Beograd
- Ratz E. /2011/, u: *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch. §§ 28–31a* (F. Höpfel, E. Ratz, Hrsg.), Wien
- Rissing-van Saan R. /2007/, u: *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar* (H. W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, Hrsg.), Berlin
- Roxin C. /2003/: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band II*, München
- Schmidhäuser E. /1970/: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Tübingen
- Službeno izdanje Ministarstva pravde /1910/: *Projekat i motivi Kaznenog zakonika za Kraljevinu Srbiju*, Beograd
- Srzentić N., Stajić A., Lazarević Lj. /1990/: *Krivično pravo SFRJ Opšti deo*, Beograd
- Stajić A. /1986/, u: *Komentar krivičnih zakona SR Srbije, SAP Kosova i SAP Vojvodine*, Beograd
- Sternberg-Lieben D., Bosch N. /2019/, u: *Strafgesetzbuch. Kommentar* (A. Schönke, H. Schröder [Begründ.], München
- Stojanović Z. /2020/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd
- Stratenwerth G. /1996/: *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I*, Bern
- Tahović, J. Đ. /1956/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd
- Tahović, J. Đ. /1961/: *Krivično pravo Opšti deo*, Beograd
- Vuković I. /2022/: *Krivično pravo Opšti deo*, Beograd

Welzel H. /1969/: *Das deutsche Strafrecht*, Berlin

Živanović T. /1935/: *Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije. Opšti deo. I. knjiga*, Beograd.

Igor Vuković

Faculty of Law University of Belgrade

SO-CALLED COLLECTIVE CRIMINAL OFFENSES – SCOPE AND JUSTIFICATION

SUMMARY

Collective crimes are a category of offences that are mostly found in domestic textbooks in the matter of apparent concurrence of offences. Namely, although the perpetrator repeats the elements of a crime out of craft, occupation or habit, in older literature and jurisprudence it was considered that such an event could still represent only one crime. This category originated in the 19th century, but after the Second World War its application was called into question. In recent decades, the outlines of this structure have been recognized in the domestic literature in the so-called delicts of occupation. The author discusses various issues of importance of collective crimes and delicts of occupation, concluding that domestic case law continues to wander regarding the legal presumptions of these categories.

Keywords: collective crimes, delicts of occupation, craft, occupation, habit.

Marija Karanikić Mirić*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

OGLAŠAVANJE FINANSIJSKIH USLUGA U SRPSKOM POTROŠAČKOM PRAVU

Apstrakt: U periodu koji prethodi zaključenju ugovora o pružanju finansijskih usluga, kao i za vreme trajanja tog ugovornog odnosa, korisnik usluge ima subjektivno pravo da bude obavešten o pravima i činjenicama od značaja za razborito ekonomsko odlučivanje. Spram toga stoji obaveza pružaoca finansijske usluge da korisniku pruži sva propisana obaveštenja. Za povredu te obaveze predviđene su različite građanskopravne sankcije. Međutim, nezavisno od predugovornog i ugovornog odnosa s bilo kojim konkretnim potrošačem, trgovac može svojim javnim saopštenjima, odnosno oglašavanjem svojih proizvoda i, uopšte, svoga poslovanja, da ostvari uticaj na ponašanje velikog broja potrošača. Trgovac je stoga dužan da se oglašava u skladu s određenim zakonskim standardima – jasno, razumljivo i tačno, tako da ne stvara pogrešne predstave kod učesnika u pravnom prometu. Obmanjujuće oglašavanje ima potencijal da pažljivog i opreznog prosečnog potrošača navede na ponašanje koje nije u njegovom ekonomskom interesu. Stoga je takvo oglašavanje zabranjeno i prekršajno sankcionisano. Osim opštih pravila o nepoštenom i, osobito, obmanjujućem oglašavanju, postoje i posebna zakonska pravila o oglašavanju finansijskih usluga. Tim pravilima uređena je minimalna sadržina oglasnih poruka koje se odnose na bankarske usluge, usluge finansijskog lizinga i finansijske pogodbe. Takođe, zakonom je predviđeno da Narodna banka Srbije (NBS) može da propiše bliže uslove oglašavanja finansijskih usluga. Međutim, u tom svom poslu NBS je u određenoj meri izašla iz zakonskih okvira: pravni standard prosečnog potrošača pretvorila je u strogu opštu normu, propisala je da pružalac finansijskih usluga odgovara za sve postupke prenosioaca oglasnih poruka i predvidela da svaki ugovor između pružaoca finansijske usluge i prenosioaca oglasne poruke mora da sadrži ovlašćenje za pružaoca da ga jednostrano raskine po nalogu NBS. Zakonodavac je propisao novčane kazne za obmanjujuće oglašavanje finansijskih usluga. Međutim, taj oblik nepoštenog poslovanja može da ima i neke građanskopravne posledice. One su takođe razmotrene u ovom radu.

Ključne reči: oglašavanje, finansijske usluge, zaštita korisnika, Narodna banka.

1. OBAVEŠTAVANJE V. OGLAŠAVANJE

Evropsko ugovorno potrošačko pravo prožeto je idejom o dužnosti trgovca da jednostavnim i razumljivim jezikom blagovremeno obavesti potrošača o okolnostima od značaja za donošenje razborite ekonomske odluke.¹ Ekonomskom odlukom

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

1 O informacionoj paradigmi potrošačkog prava EU te pravu na obaveštenost kao subjektivnom pravu potrošača i njegovim ograničenjima videti: Norbert Reich, Hans-Wolfgang Micklitz, "Economic Law, Consumer Interests and EU Integration", in: Norbert Reich, Hans-Wolfgang Micklitz, Peter Rott, Klaus Tonner, *European Consumer Law*, Intersentia, Cambridge–Antwerp–Portland 2014, 21–26. Videti takođe: Thomas Wein, "Consumer Information Problems: Causes and Consequences", in: Stefan Grundmann, Wolfgang Kerber, Stephen Weatherill (eds.), *Party Autonomy*

potrošača smatra se njegova odluka o stupanju u ugovorni odnos, načinu i uslovima zaključenja ugovora, načinu i dinamici plaćanja, zatim odluka potrošača da vrati ono što je primio ili da koristi neko pravo koje ima po ugovoru ili zakonu, odnosno da nešto učini ili da se uzdrži od činjenja u vezi s potrošačkim ugovorom.²

U nastojanju da srpsko pravo uskladi sa standardima Evropske unije (EU) u oblasti zaštite potrošača, naš zakonodavac je na načelnom nivou garantovao pravo potrošača na obaveštenost, koju je pak definisao kao „raspolaganje tačnim podacima koji su neophodni za razuman izbor ponuđene robe i usluga“.³ Razuman izbor robe i usluga treba uzeti kao jedan pravni standard. U slučaju spora, sadržinu tog standarda trebalo bi da utvrdi sud. Osim prava na obaveštenost, naš zakonski katalog osnovnih prava potrošača od 2010. godine obuhvata: pravo na zadovoljavanje osnovnih potreba, pravo na bezbednost, pravo na izbor, pravo na učešće, pravo na pravnu zaštitu, pravo na edukaciju i pravo na zdravu i održivu životnu sredinu. Taj katalog je sačinjen prema smernicama Ujedinjenih nacija (UN) i u skladu s prvim programskim dokumentom Evropske zajednice u oblasti zaštite potrošača.⁴

Pored načelne garancije prava na obaveštenost, u srpskom potrošačkom pravu postoje brojna zakonska pravila o dužnosti trgovca da potrošaču pruži određena obaveštenja koja su od značaja za pravni položaj potrošača. Takva pravila su kod nas prvi put uvedena 2010. godine i od tada su deo svakog zakona o zaštiti potrošača.⁵ Neka od njih se primenjuju na sve vrste potrošačkih ugovora i u tom smislu su opšta. Tu spadaju: pravila o predugovornom obaveštavanju i isticanju cena, zabrana i prekršajno sankcionisanje različitih oblika obmanjujućeg poslovanja, pravila o ništavosti nejasnih i nerazumljivih odredaba u potrošačkim ugovorima – bez obzira na vrstu ugovora. Osim toga, postoje zakonska pravila o dužnosti obaveštavanja koja se specijalno odnose na: ugovore na daljinu i ugovore zaključene izvan poslovnih prostorija trgovca, ugovore o pružanju usluga i, posebno, ugovore o pružanju usluga od opšteg ekonomskog interesa, kao i pravila o raznim imenovanim potrošačkim ugovorima u turizmu. Posebnim pravilima uređena je i dužnost trgovca da obavesti potrošača o njegovom pravu da jednostrano odustane od ugovora zaključenog na netradicionalan način (na daljinu ili izvan poslovnih prostorija trgovca) i to besplatno i bez obaveze da navede razlog za svoj odustanak. U domenu finansijskih usluga, posebnim zakonom štiti se pravo korisnika tih usluga na obaveštenost, kako u

and the Role of Information in the Internal Market, De Gruyter, Berlin 2001, 80 i dalje; Geraint Howells, André Janssen, Reiner Schulze (eds.), *Information Rights and Obligations: A Challenge for Party Autonomy and Transactional Fairness*, Routledge, London 2005, *passim*.

2 Takvo određenje ekonomske odluke kod nas je pretočeno u zakonsku normu u članu 17 stav 3 Zakona o zaštiti potrošača (ZZP), *Službeni list RS*, br. 88/2021.

3 Član 2 stav 1 tačka 3 ZZP.

4 UN Department of Economic and Social Affairs, *United Nations Guidelines for Consumer Protection*, New York 2003, unctad.org/system/files/official-document/UN-DESA_GCP1999_en.pdf, poslednji pristup 21. marta 2022; Council Resolution of 14 April 1975 on a preliminary program of the EEC for a consumer protection and information policy, OJ C 92/1, 25 April 1975, 2–16.

5 O uzrocima i posledicama intenzivne zakonodavne aktivnosti u oblasti zaštite potrošača kod nas videti: Marija Karanikić Mirić, „Zakonodavna hiperaktivnost i delotvorna zaštita potrošača“, u: Stevan Lilić (ur.), *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije*, Knjiga 11, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2021, 105–122.

predugovornoj fazi, tako i za vreme trajanja ugovornog odnosa.⁶ Konačno, sankcije za povredu dužnosti obaveštavanja mogu da budu privatnopravnog i javnopravnog karaktera. U našem potrošačkom pravu postoje i jedne i druge.⁷

Potrošačko ugovorno pravo, komunitarno i srpsko, obeleženo je, dakle, idejom da je trgovac – kao ekonomski snažnija i bolje informisana strana – u predugovornoj fazi i tokom trajanja ugovornog odnosa dužan da potrošaču pruži određena obaveštenja. Uskraćivanjem bitnih informacija odnosno davanjem netačnih obaveštenja o proizvodu trgovac može da ometa potrošača u dostizanju onog stepena obaveštenosti koji je neophodan za racionalno ekonomsko odlučivanje. Stoga potrošač kao pregovarač – a potom i kao ugovorna strana – ima zakonsko subjektivno pravo da bude obavešten o određenim pravima i činjenicama koje su nužne za donošenje razboritih transakcionih odluka.

Međutim, nezavisno od predugovornog i ugovornog odnosa s bilo kojim konkretnim potrošačem, trgovac može svojim saopštenjima odnosno oglašavanjem svog poslovanja i proizvoda da ostvari uticaj na ponašanje velikog broja potencijalnih saugovornika, uključujući one s kojima još uvek ni o čemu ne pregovara odnosno one s kojima nema neposredan poslovni kontakt. U tom smislu treba napraviti razliku između (1) dužnosti trgovca da o nečemu obavesti konkretnog potrošača kao svog sapregovarača ili saugovornika, na šta ovaj ima pravo, i (2) dužnosti trgovca da svoje poslovanje i proizvode oglašava u skladu s određenim standardima – jasno, razumljivo i tačno, tako da ne stvara pogrešne predstave kod drugih učesnika u pravnom prometu.

Zakonska pravila o obaveštavanju i oglašavanju štite ekonomske interese potrošača. U literaturi se razmatraju različiti razlozi za to.⁸ Kao osnovni razlog za posebno uređenje predugovornog i ugovornog obaveštavanja potrošača obično se ističe asimetrija informacija: potrošač po prirodi stvari raspolaže s manje podataka o proizvodu nego trgovac, a kada je neki proizvod osobito kompleksan, potrošač ostaje slabije informisan od trgovca i kada dobije tačna i potpuna obaveštenja o tom proizvodu. S druge strane, zabrana nepoštenog oglašavanja obično se označava kao paternalistička, jer počiva na premisi da potrošača treba sprečiti da donese određene transakcione odluke, to jest da napravi izbor koji nije u njegovom najboljem ekonomskom interesu. Osim toga, obmanjujuće oglašavanje ima veći razorni potencijal od neobaveštenosti pojedinačnog potrošača. Takvo oglašavanje može temeljno da utiče na javni diskurs odnosno da doprinese stvaranju kulture zasnovane na neznanju, pogrešnim predstavama i obmani. To može da stvori negativne eksternalije za one trgovce koji ne pribegavaju nepoštenim praksama odnosno da negativno utiče na tržište kao celinu.

6 Tu su najvažniji članovi 6, 17 i 28–32 Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga (ZZKFU), *Službeni glasnik RS*, br. 36/2011 i 139/2014.

7 Detaljno o tome: Marija Karanikić Mirić, „Dužnost obaveštavanja u srpskom potrošačkom pravu”, u: Stevan Lilić (ur.), *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije*, *Knjiga 2*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012, 199–221.

8 O asimetriji informacija i paternalističkom diskursu ovde prema: Peter Cartwright, *Consumer Protection and the Criminal Law*, C.U.P., Cambridge 2004, 158–160.

2. OGLAŠAVANJE KAO OBMANJUJUĆA POSLOVNA PRAKSA

Po ugledu na potrošačko pravo EU u kojem je zabranjena nasrtljiva i obmanjujuća poslovna praksa, u srpskom pravu je takođe zabranjeno (i prekršajno sankcionisano) nepošteno tržišno postupanje prema potrošačima.⁹ Republika Srbija je 2006. godine preuzela na sebe ustavnu obavezu da štiti potrošače, a 2008. godine i zakonsku obavezu da svoje unutrašnje standarde zaštite potrošača uskladi sa standardima koji važe u EU.¹⁰ Zakonska zabrana nepoštene poslovne prakse u Srbiji možda je i bila podstaknuta ustavnom zabranom nečasnog postupanja na tržištu i obavezom države da štiti potrošače. Međutim, sadržina usvojenih rešenja kojima se štite ekonomski interesi potrošača u svemu je zasnovana na zahtevima Direktive o nepoštenoj poslovnoj praksi,¹¹ pa se čini da je odlučujući podsticaj za našeg zakonodavca ipak bila obaveza da se unutrašnji standardi zaštite potrošača usklade sa standardima EU.

Nepoštena poslovna praksa u najopštijem smislu obuhvata dva elementa: prvo, protivna je zahtevima profesionalne pažnje, i drugo, ima potencijal da bitno naruši ekonomsko ponašanje prosečnog potrošača, ili pak ekonomsko ponašanje prosečnog člana posebne grupe potrošača – ako se poslovna praksa odnosi na tu grupu.

(1) Trgovac *bitno narušava ekonomsko ponašanje* prosečnog potrošača (ili prosečnog člana posebne grupe potrošača) ako svojim postupanjem znatno remeti njegovu sposobnost da ostvari potreban nivo obaveštenosti za odlučivanje, usled čega potrošač donosi ekonomsku (tržišnu, transakcionu) odluku koju inače ne bi doneo. U suštini to je odluka potrošača da zaključi ugovor, pribavi robu ili usluge, stavi sebe u dužničku poziciju, pristane na određene ugovorne uslove, uključujući određeni način i dinamiku servisiranja dugova, odluka da nešto primi ili da vrati ono što je primio, da koristi svoja zakonska i ugovorna ovlašćenja i, uopšteno, da postupi na način koji će za njega imati određene imovinskopravne i ekonomske posledice. (2) *Prosečan potrošač* je pravni standard. To je zamišljeni dobro obavešten i razumno obazriv potrošač. (3) Pod *posebnom grupom potrošača* misli se na jasno određenu i prepoznatljivu skupinu potrošača koji su – zbog svoje psihičke ili fizičke slabosti, uzrasta ili lakomislenosti – naročito osetljivi na određenu vrstu proizvoda ili oglašavanja. Ako je trgovac bio dužan da zna za postojanje i svojstva neke grupe,

9 Videti pre svega članove 16–25 ZZZP. Zabranjena nepoštene poslovne prakse prvi put je uvedena u srpsko pravo 2010. godine. Detaljno o tome: Marija Karanikić Mirić, „Zabranjena nepoštene poslovne prakse“, u: Đorđe Ignjatović (ur.), *Kaznena reakcija u Srbiji*, VII deo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017, 156–173.

10 Član 90 Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006; član 78 Zakona o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između evropskih zajednica i njihovih država članica, s jedne strane, i Republike Srbije, s druge strane, *Službeni glasnik RS*, br. 83/08.

11 Directive 2005/29/EC of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market, *OJ L* 149, 11 June 2005, 22–39. Direktiva o nepoštenoj poslovnoj praksi dopušta državama članicama da zabrane i onu poslovnu praksu koja po njihovim unutrašnjim merilima vredi ukus i pristojnost. Videti tačku 7 Preambule Direktive. U tom slučaju predmet zaštite *nisu* ekonomski interesi potrošača. Tako: Hans-W. Micklitz, „Unfair Commercial Practices and Misleading Advertising“, in: N. Reich *et al.*, *European Consumer Law*, 78.

onda se njegova poslovna praksa procenjuje prema zamišljenom prosečnom članu te grupe. S tim u vezi u literaturi se ističe sledeće:¹² Kada se propiše da je trgovac dužan da informacije o proizvodu plasira na način odnosno u formi koja je potrebna da bi te informacije mogla da razume jedna skupina potrošača, onda se dodatni troškovi tog specifikovanog oglašavanja prevladavaju na sve potrošače. To znači da postoji distributivni efekat pravila kojima se određene skupine potrošača (lakoverni, neoprezni, neobrazovani ili ekonomski ugroženi) štite od informacionog deficita.

Zakonom je propisano da u poslovnu praksu određenog trgovca spada i oglašavanje odnosno javno predstavljanje i promovisanje njegovih proizvoda i uopšte uzev njegovog poslovanja.¹³ Pod oglašavanjem se, dakle, podrazumeva predstavljanje poslovanja odnosno promocija poslovne ili profesionalne delatnosti određenog trgovca zarad podsticanja potrošača da pribavljaju robu odnosno da koriste usluge tog trgovca – bez obzira na vrstu oglasne poruke i sredstvo kojim se ta poruka prenosi.

Opšta pravila potrošačkog prava zabranjuju (i prekršajno sankcionišu) obmanjujuće oglašavanje. To je oglašavanje koje ima potencijal da pažljivog i opreznog prosečnog potrošača, kao primaoca oglasne poruke, navede na ponašanje koje nije u njegovom ekonomskom interesu: recimo, da stupi u neki ugovorni odnos, pristane na određene uslove, primi ili vrati robu, primi ili odbije uslugu, ili da učini nešto drugo što ne bi učinio da oglasnom porukom kod njega nije stvorena pogrešna predstava o pravima ili činjenicama koje su bitne za procenu sopstvenih interesa u određenoj transakciji.

U opštem potrošačkom pravu obmanjujuće oglašavanje kvalifikuje se kao nedopuštena poslovna praksa.¹⁴ Zakonodavac je bliže određuje kao praksu oglašavanja proizvoda kojom trgovac navodi ili preti da navede potrošača da donese ekonomsku odluku koju inače ne bi doneo, tako što mu daje netačna obaveštenja ili na drugi način dovodi ili preti da dovede prosečnog potrošača u zabludu o određenim činjenicama ili pravima. Recimo, kao obmanjujuće oglašavanje uvek se kvalifikuju: upotreba uredničkog prostora u medijima za oglašavanje proizvoda, promovisanje piramidalne šeme, neovlašćeno isticanje oznake kvaliteta, oglašavanje kojim se potrošač dovodi u zabludu o identitetu proizvođača ili ograničenoj dostupnosti proizvoda.¹⁵ Obmanjujuća poslovna praksa može da se učini i omisijom, to jest uskraćivanjem bitnih obaveštenja koja su prosečnom potrošaču potrebna za razborito ekonomsko odlučivanje. Recimo, obmanjujuća poslovna praksa sastoji se u propuštanju kada se u oglasnim porukama izostavljaju bitne informacije, što ima potencijal da utiče na transakcionu odluku prosečnog potrošača.

Zakonom je izričito zabranjeno direktno (neposredno) oglašavanje telefonom, faksom, elektronskom poštom i drugim sredstvima komunikacije na daljinu, izuzev

12 Cartwright, 160.

13 Poslovna praksa je svako činjenje ili nečinjenje trgovca, način njegovog poslovanja ili predstavljanja i poslovna komunikacija, uključujući oglašavanje koje je neposredno povezano s promocijom, prodajom ili isporukom proizvoda potrošačima. Član 5 stav 1 tačka 19 ZZP.

14 Član 18 ZZP.

15 Videti u članu 20 ZZP.

ako je potrošač prethodno pristao na to.¹⁶ Zakonom je odskora previđeno osnivanje registra potrošača koji ne žele da primaju oglasne poruke i pozive trgovaca. Registar će se voditi pri regulatornom telu koje je nadležno za elektronske komunikacije, sadržavaće ime i prezime potrošača, jedinstveni matični broj potrošača, broj telefona i datum upisa u registar, i biće javan samo u onom delu koji se odnosi na brojeve telefona i datum upisa. Ako je potrošač izričito pristao na neposredno oglašavanje sredstvima komunikacije na daljinu, trgovac je dužan da obavesti potrošača o komercijalnoj svrsi te komunikacije pre nego što obavi oglašavanje.¹⁷

Neki vidovi oglašavanja označavaju se kao nasrtljiva (a ne kao obmanjujuća) nepoštena poslovna praksa. Međutim, pravne posledice su im iste. Primera radi, direktno pozivanje dece ili maloletnika putem oglasne poruke da kupe ili utiču na roditelje ili druga odrasla lica da za njih kupe proizvod koji je predmet oglašavanja kvalifikuje se kao nasrtljiva poslovna praksa.¹⁸

3. OGLAŠAVANJE FINANSIJSKIH USLUGA

3.1. Zakonska pravila o oglašavanju finansijskih usluga

Oglašavanje finansijskih usluga u potrošačkom kontekstu posebno je uređeno zakonom.¹⁹ To ne znači da se na oglašavanje takvih usluga ne primenjuju opšta pravila potrošačkog prava o oglašavanju (i obmanjujućem oglašavanju kao nepoštenoj poslovnoj praksi), nego da se opšta potrošačka pravila primenjuju samo ako nešto drugo nije posebno propisano za finansijske usluge. Zakonski pojam finansijskih usluga obuhvata bankarske usluge, usluge finansijskog lizinga i finansijske pogodbe.²⁰ Tipične bankarske usluge u tom kontekstu pružaju se na osnovu ugovora o kreditu, ugovora o depozitu, ugovora o izdavanju i korišćenju kreditnih kartica i ugovora o dozvoljenom prekoračenju po računu, ali ta lista pravnih osnova nije iscrpna. Pod finansijskom pogodбом misli se na prodaju s obročnim otplatama cene i druge oblike finansiranja koji dopuštaju odloženo plaćanje. Zakonska pravila o oglašavanju finansijskih usluga primenjuju se i na tipične bankarske usluge koje pruža davalac platnih usluga ili izdavalac elektronskog novca koji nije banka.

ZZKFU ne sadrži posebnu definiciju oglašavanja finansijskih usluga, ali posebno ističe da ono obuhvata (i) oglašavanje u sredstvima javnog informisanja, u prostorijama i na internet stranicama banke ili davaoca lizinga, kao i u njihovim brošurama i drugom reklamnom materijalu.²¹ Odredbama ZZKFU nedvosmisleno

16 Direktno oglašavanje prema pravnim licima uređeno je zakonom i nije zabranjeno. Članovi 62 i 63 Zakona o oglašavanju, *Službeni glasnik RS*, br. 6/2016 i 52/2019.

17 Član 37 ZZZP. Uz sve što je rečeno, ZZZP sadrži i neka posebna pravila o oglašavanju u oblasti turizma.

18 Član 22 stav 1 tačka 5 ZZZP.

19 Pojam korisnika finansijskih usluga širi je od pojma potrošača: osim fizičkog lica taj pojam obuhvata i preduzetnika i poljoprivrednika. Član 2 stav 1 tačka 9 ZZKFU. Nasuprot tome, opšta pravila potrošačkog prava svrstavaju preduzetnika među trgovce. Član 5 stav 1 tačka 2 ZZZP.

20 Član 1 stav 1 tačke 1–5 ZZKFU.

21 Član 15 stav 4 ZZKFU.

je propisano da oglasne poruke koje se odnose na finansijske usluge moraju biti jasne i razumljive te da ne smeju da sadrže netačne informacije odnosno informacije koje bi mogle kod korisnika da stvore pogrešnu predstavu o uslovima pod kojima se pruža određena finansijska usluga.²² Zakonom je predviđeno i da Narodna banka Srbije (NBS) propisuje bliže uslove za oglašavanje finansijskih usluga.²³ NBS je to učinila jednom svojom odlukom iz 2019. godine, o čemu će kasnije biti više reči.

ZZKFU sadrži pravila o sadržini oglasnih poruka koje se odnose na finansijske usluge, kao i kaznene odredbe kojima su predviđene novčane kazne za oglašavanje koje nije u skladu s tim zakonom. Recimo, pri oglašavanju depozitnih i kreditnih usluga i poslova lizinga kod kojih oglasna poruka sadrži kamatnu stopu ili bilo koji numerički podatak koji se odnosi na cenu ili prihod, banka i davalac lizinga dužni su da na reprezentativnom primeru navedu: vrstu, valutu, trajanje i kriterijume za indeksiranje depozita, kredita ili predmeta lizinga, visinu i promenljivost godišnje nominalne kamatne stope (NKS), efektivnu kamatnu stopu (EKS), ukupan iznos depozita ili kredita, kao i sve troškove koji padaju na teret korisnika. Osim toga, davalac lizinga je dužan da navede: bruto nabavnu vrednost predmeta lizinga, visinu učešća i iznos neto finansiranja, kao i broj, iznos i vreme dospeća pojedinačnih rata lizing naknade. U svakom slučaju EKS mora da se označi tako da bude uočljivija od ostalih elemenata.²⁴

Nekada je pružanje finansijskih usluga uslovljeno ugovaranjem druge, sporedne usluge, poput osiguranja. Ako u vreme kada se oglašava finansijska usluga još uvek ne može da se odredi naknada za pružanje povezane sporedne usluge, onda se u oglasnoj poruci mora istaći – na jasan, sažet i vidljiv način i zajedno s informacijom o EKS – da postoji (i) obaveza ugovaranja određene sporedne usluge. Osim toga, kada se oglašava da je NKS 0%, onda se u oglasnoj poruci moraju navesti svi uslovi za odobrenje tako povoljnog kredita, lizinga ili druge finansijske usluge. Ako je to odobrenje uslovljeno ugovaranjem sporedne usluge ili drugim troškovima i obavezama za korisnika, onda je zabranjeno da se u oglasnoj poruci koristi reč besplatno i druge srodne reči i izrazi.²⁵ Ova pravila imaju za cilj da zaštite korisnike finansijskih usluga od skrivenih obaveza i troškova, to jest od obmanjujućeg oglašavanja kojim se prikriva da će korisnik morati da pristane da ugovori (i) neke sporedne usluge odnosno da podnese obaveze i troškove koji mu nisu bili predloženi unapred.

Kada se oglašava finansijska pogodba – kao što je prodaja s obročnim otplatama cene – oglasna poruka mora da sadrži informacije o ukupnoj ceni proizvoda, iznosu učešća ili prve rate, eventualnim pogodnostima za jednokratno plaćanje i razlici između ukupne cene koja se plaća jednokratno i ukupne cene u slučaju obročne otplate. Ta razlika mora se iskazati u procentima.²⁶

22 Član 6 stav 1 ZZKFU.

23 Član 6 stav 2 ZZKFU. To zakonsko ovlašćenje NBS uvedeno je 2014. godine i zasniva se na njenoj funkciji zaštite prava i interesa korisnika finansijskih usluga u skladu sa zakonom, iz člana 4 stav 1 tačka 11 Zakona o Narodnoj banci Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2003, 55/2004, 85/2005, 44/2010, 76/2012, 106/2012, 14/2015, 40/2015 i 44/2018.

24 Član 15 ZZKFU.

25 Član 16 ZZKFU.

26 Član 47 ZZKFU. U ovom članu zakonodavac pogrešno koristi izraz gotovinsko da označi jednokratno plaćanje.

3.2. Odluka NBS o bližim uslovima oglašavanja finansijskih usluga

Posebna zakonska pravila o oglašavanju finansijskih usluga nisu brojna. Tim pravilima prvenstveno je uređena minimalna sadržina oglasnih poruka koje se odnose na bankarske usluge, usluge finansijskog lizinga i finansijske pogodbe.

ZZKFU predviđa da NBS može da propiše *bliže uslove oglašavanja finansijskih usluga*. U tom cilju NBS je 2019. godine donela pomenutu Odluku o bližim uslovima oglašavanja finansijskih usluga (Odluka NBS),²⁷ kojom je obuhvatila bankarske usluge i usluge finansijskog lizinga. Finansijske pogodbe su izostavljene, verovatno stoga što NBS ne vrši kontrolu i nadzor nad trgovcima koji ugovaraju obročnu otplatu i druge oblike odloženog plaćanja za robu i usluge.

U Odluci NBS stoji da pružalac finansijskih usluga mora da se pridržava određenih načela da bi njegovo oglašavanje bilo u skladu sa standardima koje je propisao zakonodavac. U ta načela spadaju: nesumnjivost identifikacije pružaoca finansijskih usluga, istinitost, transparentnost i izbalansiranost informacija koje sadrži oglasna poruka, primerenost sadržaja i poštovanje profesionalne etike. U Odluci NBS nalaze se definicije pobrojanih opštih načela oglašavanja finansijskih usluga i brojni primeri oglašavanja koja su u suprotnosti s tim načelima.²⁸ Neki od primera koje navodi NBS očigledno su inspirisani odredbama ZZP o nepoštenoj poslovnoj praksi,²⁹ a drugi primeri preuzeti su iz opštih zakonskih pravila o oglašavanju, kojima se štiti lojalna konkurencija odnosno zakoniti interesi drugih pružalaca finansijskih usluga.³⁰ Drugim rečima, neke odredbe Odluke NBS izlaze iz domena neposredne zaštite ekonomskih interesa korisnika finansijskih usluga. Isto vredi za zabranu neprimerenog, diskriminatornog i uvredljivog sadržaja oglasnih poruka:³¹ ni tim odredbama Odluke NBS ne pruža se neposredna zaštita ekonomskim interesima korisnika finansijskih usluga, nego se štite neke druge društvene vrednosti.

Odluka NBS sadrži i definiciju prosečnog korisnika finansijskih usluga ili, bolje rečeno, fotorobot tog hipotetičkog učesnika u pravnom prometu. NBS je na taj način izašla iz okvira svojih zakonskih ovlašćenja.

Prosečni potrošač je pravni standard i u zakonu je već definisan kao „dobro obavešten i razumno obazriv potrošač, imajući u vidu društvene, kulturne i jezičke

27 Odluka o bližim uslovima oglašavanja finansijskih usluga, *Službeni glasnik RS*, br. 15/2019. NBS je zakonom ovlašćena samo da propiše bliže uslove za oglašavanje finansijskih usluga (član 6 stav 2 ZZKFU), ali je sama predvidela da se ova njena odluka primenjuje i na svako neposredno promovisanje pružaoca finansijskih usluga i na oglašavanje njegovog celokupnog poslovanja, a ne samo na oglašavanje pojedinačnih finansijskih usluga koje on pruža (član 1 stav 2 Odluke NBS).

28 Članovi 3–8 Odluke NBS.

29 Uporediti, primerice, član 5 Odluke NBS s članom 20 stav 1 tačke 7 i 10 ZZP (neistinita tvrdnja da će finansijska usluga biti raspoloživa u kratkom roku, ili u kratkom roku pod određenim uslovima, s ciljem da se korisnik navede da odluku donese bez odlaganja, ili pak predstavljanje prava koje je korisnicima već garantovano zakonom kao neke posebne prednosti koju pružalac finansijske usluge nudi tom korisniku).

30 Uporediti, recimo, član 8 Odluke NBS i član 14 Zakona o oglašavanju (zloupotreba ugleda drugog pružaoca finansijskih usluga ili oznake po kojoj se on prepoznaje ili pak omalovažavanje konkurenta u oglasnim porukama, itd.)

31 Član 8 Odluke NBS.

osobenosti.”³² Sadržinu takvih zakonom propisanih pravnih standarda u srpskom pravu normalno određuje sud ili drugi nadležni organ u pojedinačnim spornim situacijama. Na primer, kada ocenjuje da li je neka poslovna praksa obmanjujuća, nadležni organ treba da utvrdi ima li takva praksa potencijal da hipotetičkog prosečnog potrošača dovede u pravno relevantnu zabludu, to jest da kod njega stvori pogrešnu predstavu o pravima ili činjenicama koje su potrebne za donošenje razborite ekonomske odluke. Šta se u konkretnom slučaju moglo osnovano očekivati od prosečnog potrošača – to je pitanje za sud ili drugi nadležni organ, kao što je pitanje za sud šta se u datom slučaju moglo osnovano očekivati od hipotetičkog razumnog i pažljivog čoveka ili stručnjaka odgovarajuće specijalizacije iz našeg ZOO.

Međutim, u Odluci NBS posebno je propisano da je prosečan korisnik finansijskih usluga „četrdesetgodišnjak sa stečenim srednjim obrazovanjem, bez posebnih znanja i iskustava u oblasti korišćenja finansijskih usluga, osim ako iz oglasne poruke jasno ne proizlazi da je davalac finansijskih usluga oglasnu poruku namenio posebnoj kategoriji korisnika.“³³ Tim svojim pravilom NBS je izašla iz okvira propisivanja bližih uslova oglašavanja: pravni standard prosečnog potrošača pretvorila je u strogu opštu normu, što ne rade ni sudovi i što se protivi samoj ideji pravnog standarda.

Pravni standard je instrument u rukama suda ili drugog nadležnog organa koji određuje sadržinu tog standarda u konkretnom slučaju i tako rešava datu spornu situaciju. Kada zakonodavac propiše određeni pravni standard, kao što je standard razumnog i pažljivog čoveka ili stručnjaka, ili standard dobrog domaćina ili privrednika, sudovi su ovlašćeni da utvrđuju sadržinu tog standarda u pojedinačnim slučajevima, to jest da ispituju kako bi se u datim okolnostima ponašao takav hipotetički čovek, stručnjak, domaćin ili privrednik. Na primer, sudovi utvrđuju kako bi se u konkretnom štetnom događaju ponašao razuman i pažljiv čovek, pa s tim hipotetičkim ponašanjem poredi postupanje konkretnog štetnika i tako utvrđuju ima li na štetnikovoj strani krivice. Sudovi to čine u pojedinačnim situacijama, da bi rešili određeni spor, a ne da bi propisali opštu normu za sve iste ili bitno slične slučajeve. Nasuprot tome, NBS je pretvorila zakonski pravni standard u strogu opštu normu: kao prosečnog potrošača odnosno korisnika finansijske usluge, koji je u zakonu definisan kao „dobro obavešten i razumno obazriv potrošač“, odredila je „četrdesetgodišnjaka sa stečenim srednjim obrazovanjem, bez posebnih znanja i iskustava u oblasti korišćenja finansijskih usluga“.

NBS je propisala i određene obaveze i odgovornosti pružalaca finansijskih usluga. Naime, u Odluci NBS stoji da je pružalac finansijskih usluga dužan da Narodnoj banci dostavlja polugodišnje planove koji sadrže podatke o finansijskim uslugama i načinu njihovog oglašavanja. Propisano je da pružalac finansijskih usluga odgovara za sve postupke prenosilaca njegovih oglasnih poruka. Predviđena je i dužnost pružalaca finansijskih usluga da sadržina njihovih ugovora s prenosiocima oglasnih poruka bude u skladu s Odlukom NBS, kao i da svaki takav ugovor mora da sadrži

32 Član 5 stav 1 tačka 20 ZZP. ZZKFU ne sadrži posebnu definiciju prosečnog korisnika, ali fizičko lice kao korisnik finansijskih usluga jeste potrošač i štiti se kao potrošač.

33 Član 1 stav 2 tačka 3 Odluke NBS.

odredbu po kojoj pružalac finansijskih usluga može jednostrano da raskine predmetni ugovor po nalogu NBS, ako NBS u postupku kontrole ustanovi da je oglašavanje u suprotnosti s Odlukom NBS. Konačno, pružalac finansijskih usluga dužan je da čuva oglasnu deklaraciju tri godine od prestanka oglašavanja i da je Narodnoj banci dostavi na njen zahtev.³⁴ NBS je izašla iz okvira propisivanja bližih uslova za oglašavanje time što je propisala da pružalac finansijskih usluga odgovara za sve postupke prenosioca oglasnih poruka i da svaki ugovor između te dvojice mora da sadrži ovlašćenje za pružaoca finansijskih usluga da jednostrano raskine taj ugovor po nalogu NBS.

Uza sve što je rečeno, Odlukom NBS su bliži uređeni uslovi oglašavanja pojedinih finansijskih usluga i to posebno u elektronskim medijima i na internetu.³⁵ Ta pravila su ponekad toliko detaljna da propisuju minimalnu veličinu slova i drugih karaktera kojima se ispisiuje tekst oglasne poruke.³⁶ Reč je o odredbama koje bi mogle da budu praktično važne i načelno odgovaraju mandatu koji je Narodnoj banci poverio zakonodavac.

Primeru radi, oglasna poruka može da sadrži izraze „beskamatno“, „bez kamate“ i druge izraze tog značenja samo ako se od korisnika ne naplaćuje kamata i ako su svi troškovi, naknade i uslovi pod kojima se može dobiti tako povoljna usluga prikazani na jednako uočljiv način i izraženi kroz EKS. Isto tako, oglasna poruka može da sadrži izraze „bez troškova“, „bez naknade“ i druge izraze tog značenja, samo ako se od korisnika ne naplaćuje ni kamata, niti bilo kakva naknada odnosno drugi troškovi, i ako ugovaranje finansijske usluge nije uslovljeno zaključenjem nekog drugog ugovora ili bilo čime što predstavlja trošak ili stvara obavezu za korisnika. Izraz „bez depozita“ i drugi izrazi tog značenja mogu da se koriste samo ako polaganje depozita zaista nije uslov za pružanje finansijske usluge, a izraz „garantovano odobrenje“ samo ako odobrenje ne zavisi od ispunjenja bilo kakvih uslova na strani korisnika, uključujući uslove koji se tiču njegove kreditne sposobnosti.

Ako se od korisnika zahteva da na bilo koji način vrati ili nadoknadi neku korist koja mu je učinjena povodom zaključenja ugovora o finansijskoj usluzi, onda je zabranjeno da se pri oglašavanju te usluge koriste izrazi „uz poklon“, „na dar“ i slično. Izrazi kojima se obećava povraćaj novca dopušteni su samo ako se uplaćena sredstva vraćaju u celosti. Oglasna poruka može da sadrži izraze „na naš račun“, „mi snosimo“, „mi plaćamo“ i druge izraze tog značenja, samo ako pružalac snosi sve troškove, a ako snosi samo deo troškova, onda drugi deo troškova, onaj koji pada na korisnika finansijske usluge, mora da bude prikazan na jednako uočljiv način.

Ako se u oglasnoj poruci nešto nudi „novim korisnicima“, bez bližeg određenja, onda se to odnosi na svakog korisnika koji u času zaključenja ugovora ne koristi

34 Članovi 15–18 Odluke NBS. Definicija prenosioca oglasne poruke u Odluci NBS preuzeta je iz člana 2 stav 1 tačka 4 Zakona o oglašavanju: prenosilac oglasne poruke je lice koje prenosi oglasnu poruku, preko sredstava čiji je vlasnik, medija čiji je izdavač ili domena čiji je registrant, ili koji ima pravo korišćenja ili neko drugo pravo na tim sredstvima i domenima na osnovu koga je ovlašćen da prenosi oglasne poruke, kao i organizator javnih manifestacija i događaja na kojima se prenose oglasne poruke.

35 Članovi 9–14 Odluke NBS.

36 Prilog 1 Odluke NBS.

finansijske usluge tog pružaoca po osnovu nekog drugog pravnog posla. Tvrđnje u oglasnoj poruci da je neka finansijska usluga najbolja ili najpovoljnija na tržištu moraju se potkrepiti dokazima koji su prikazani jednako uočljivo kao i sama tvrdnja.

3.3. Tipične nepravilnosti u oglašavanju finansijskih usluga

U Izveštaju iz marta 2022. godine NBS je posebno istakla određene nepravilnosti u oglašavanju finansijskih usluga, koje je utvrđivala u postupcima kontrole od 2019. do 2021. godine.³⁷ Tu spada, na primer, isticanje povoljne kamatne stope pri oglašavanju ugovora o kreditu, ako se pri tome izostavlja podatak da tako povoljna kamatna stopa može da se dobije samo ako se zarada prenese u tu banku i kod nje otvori tekući račun za čije održavanje se plaća naknada. Isto važi za oglasnu poruku u kojoj je prikriveno da povoljna kamatna stopa može da se dobije samo za određeni iznos i rok otplate kredita, dok se u svim ostalim slučajevima kamata naplaćuje po znatno višoj kamatnoj stopi. Obmanjujuća je i oglasna poruka u kojoj se kreditna kartica reklamira kao besplatna ili beskamatna, ako će korisnik ipak biti dužan da plati određene troškove i naknade, zbog čega ni EKS ne može biti 0%.

Obmanjujuće oglašavanje postoji i kada banka u oglasnoj poruci naglašava da za određeni kredit ne naplaćuje naknadu za obradu kredita, a prećutkuje da za isti kredit naplaćuje naknadu za praćenje kredita, ili pak kada se u oglasnoj poruci ne kaže da povoljna promotivna ponuda važi veoma kratko vreme, pa korisnici mesecima dolaze u banku privučeni niskom kamatnom stopom za kredit koji više nije u ponudi. Isto je kada se u oglasnoj poruci navede kamatna stopa, iznos kredita i visina mesečne rate, a izostavi broj mesečnih rata, tako da korisniku nije očigledno koliko dugo će biti u kreditnoj obavezi.

4. GRAĐANSKOPRAVNE POSLEDICE OBMANJUJUĆEG OGLAŠAVANJA

Građanskopravne posledice redovno se vezuju za povredu obaveze obaveštavanja konkretnog sapregovarača ili saugovornika o pravima ili činjenicama o kojima on ima subjektivno pravo da bude obavešten. Nasuprot tome, nepošteno oglašavanje po pravilu nema građanskopravne posledice, nego je samo prekršajno sankcionisano. Međutim, tu postoje određene nijanse.

4.1. Građanskopravne posledice povrede dužnosti obaveštavanja

Potrošač može da ima zakonsko subjektivno pravo da u periodu koji prethodi zaključenju potrošačkog ugovora (što se obično naziva pregovorima ili predugovornom fazom) ili pak tokom trajanja svog ugovornog odnosa s određenim trgovcem, kao sapregovarač ili saugovornik tog trgovca bude obavešten o različitim zakonom

37 Sektor za zaštitu korisnika finansijskih usluga, *Izveštaj o rezultatima rada 2019–2021*, NBS, mart 2022, 53, nbs.rs/export/sites/NBS_site/documents/zastita-korisnika/izvestaji/izvestaj_2019_2021.pdf, poslednji pristup 27. marta 2022. Svi primeri u ovom odeljku navedeni su prema tom Izveštaju.

predviđenim relevantnim pravima i činjenicama. Ako trgovac povredi to subjektivno pravo potrošača, može da dođe do određenih građanskopravnih posledica, kako po pravilima opšteg ugovornog prava, tako i po pravilima ugovornog potrošačkog prava. U potrošačkom kontekstu, na trgovca pada teret dokazivanja da je potrošača obavestio o svemu o čemu je bio dužan da ga obavesti.³⁸ Izjave kojima trgovac pruža obaveštenja potrošaču u predugovornoj fazi i tokom trajanja njihovog ugovornog odnosa mogu da se označe kao adresovane. To su izjave koje se čine spram određenog subjekta. Trgovac može biti odgovoran za štetu koju pričinu uskraćivanjem dugovanih obaveštenja i to po opštim pravilima o odgovornosti za nesavesno postupanje u predugovornoj fazi ili pak po pravilima o ugovornoj odgovornosti za štetu pričinjenu povredom postojeće obaveze obaveštavanja.³⁹

Opšti građanskopravni značaj obaveštavanja ogleđa se i u sledećem: Prodavac može biti deliktno odgovoran za štetu od proizvoda s nedostatkom kao da je on sam proizvođač, ako proizvod s nedostatkom od kojeg potiče šteta ne sadrži podatke o proizvođaču i ako prodavac ne obavesti oštećenog o identitetu proizvođača ili lica od koga je nabavio taj proizvod.⁴⁰

Posebne građanskopravne posledice povrede dužnosti obaveštavanja u potrošačkom kontekstu predviđene su odredbama ZZP. Recimo, tu spadaju (a) rušljivost potrošačkog ugovora usled povrede dužnosti predugovornog obaveštavanja, (b) pravo potrošača da ne plati skrivene dodatne troškove ili da traži povraćaj ako ih je već platio, (c) produženje roka za odustanak od ugovora ako potrošač nije na odgovarajući način obavesten da ima pravo da odustane.⁴¹ Osim toga, ako trgovac ustanovi da ugovorena usluga očigledno ne odgovara potrebama potrošača, pa propusti da ga o tome obavesti, smatraće se da postoje materijalni nedostaci ispunjenja, odnosno da pružena usluga nije saobrazna ugovoru.⁴²

4.2. Građanskopravne posledice obmanjujućeg oglašavanja

Drugo pitanje je eventualni građanskopravni značaj obmanjujućeg oglašavanja. On je ograničen. Obmanjujuće oglašavanje je pre svega prekršajno sankcionisano. Međutim, uprkos tome što oglašavanje u načelu nije adresovano na pojedinačnog potrošača koji ima subjektivno pravo da bude informisan o datim pravima i činjenicama, nego se preduzima *urbi et orbi*, to jest kao javno predstavljanje određenog trgovca, njegovog poslovanja i njegovih proizvoda, obmanjujuće (i uopšte nepošteno) oglašavanje može da utiče i na neke privatnopravne odnose.

38 Videti recimo: član 12 stav 5, član 16 stav 2, član 26 stav 9 i član 95 ZZP.

39 Opšte pravilo o predugovornoj odgovornosti nalazi se u članu 30 Zakona o obligacionim odnosima (ZOO), *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99 i 44/99, *Službeni list SCG*, br. 1/03 i *Službeni glasnik RS*, br. 18/20. Najopštije zakonsko pravilo o ugovornoj odgovornosti za štetu pričinjenu povredom (zakonske, ugovorne ili običajne) dužnosti obaveštavanja nalazi se u članu 268 ZOO. Građanskopravna sankcija za povredu dužnosti obaveštavanja može da bude i gubitak nekog sopstvenog prava.

40 Član 5 stav 1 tačka 16 u vezi s članovima 58–64 ZZP.

41 Videti član 12 stav 7, član 13 i član 28 stav 6 ZZP. Osim toga neke povrede dužnosti obaveštavanja prekršajno su sankcionisane u ZZP. Više o tome: M. Karanikić Mirić (2012), 218–219.

42 Član 72 u vezi s članom 80 ZZP.

Na primer, garancija ispravnosti robe pravno je obavezujuća pod uslovima koji su navedeni u garantnom listu i, istovremeno, pod uslovima koje je trgovac navodio u svojim oglasnim porukama.⁴³ Osim toga, u kontekstu vanugovorne odgovornosti za štetu od proizvoda s nedostatkom, smatra se da proizvod ima nedostatak ako nije bezbedan kada se upotrebi na način koji se mogao razumno očekivati u vreme kada je pušten u promet, a s obzirom na sve okolnosti, uključujući i oglašavanje, to jest sve ono što je trgovac o svom proizvodu tvrdio u oglasnim porukama.⁴⁴

Dalje, u srpskom pravu, kao i u švajcarskom, javno oglašavanje se kvalifikuje kao poziv na ponudu (*invitatio ad offerendum*).⁴⁵ To je specifična ugovorna inicijativa koja može da bude upućena tačno određenom licu (recimo, slanje kataloga nekome na kućnu adresu) ili pak neodređenom broju lica (oglasni učinjeni putem interneta, štampe, televizije ili na drugi način). U drugom slučaju zapravo je reč o oglašavanju.⁴⁶ Kada je ponuda učinjena na poziv ponuđenog i kada je u svemu saglasna s uslovima iz tog poziva, onda ponuđeni može da je odbije samo ako za to ima opravdani razlog. Ako traženu ponudu odbije bez opravdanog razloga, pošiljalac poziva može biti odgovoran za tako pričinjenu štetu i to po pravilima o deliktnoj odgovornosti za nesavesno postupanje u predugovornoj fazi.⁴⁷

Konačno, za štetu koja je prouzrokovana oglašavanjem finansijskih usluga može da se odgovara i po opštim pravilima o vanugovornoj odgovornosti, ako se steknu svi uslovi za njeno zasnivanje. U poziciji odgovornog lica mogu da se nađu pružalac finansijske usluge i prenosilac njegove oglasne poruke, a u poziciji oštećenika svako kome je na taj način pričinjen gubitak u imovinskoj ili moralnoj sferi koji se pravno priznaje kao šteta. Za zasnivanje odgovornosti neophodno je da se postupanje odgovornog lica kvalifikuje kao pogrešno. Uslovi pod kojima prenosilac oglasne poruke odgovara solidarno s pružaocem finansijskih usluga kao oglašivačem za štetu pričinjenu objavljivanjem oglasne poruke uređeni su Zakonom o oglašavanju.⁴⁸

ZAKLJUČAK

U periodu koji prethodi zaključenju ugovora o finansijskim uslugama, kao i za vreme trajanja tog ugovornog odnosa, korisnik usluge ima subjektivno pravo da bude obavešten o nekim zakonom određenim pravima i činjenicama od značaja za razborito ekonomsko odlučivanje. Spram toga stoji obaveza pružaoca finansijske usluge da korisniku, kao svom sapregovaraču ili saugovorniku, pruži sva ta obave-

43 Član 53 stav 1 ZZZP.

44 Član 58 stav 1 ZZZP.

45 Slanje tarifa i cenovnika u švajcarskom pravu ne smatra se kao ponuda, nego kao poziv na ponudu. Član 7 ŠZO; Pierre Tercier, *Le droit des obligations*, Schulthess, Zurich 2009, 138.

46 Slanje kataloga, cenovnika, tarifa i drugih obaveštenja, kao i oglasni učinjeni putem štampe, letaka, radija, televizije ili na koji drugi način, u našem pravu ne predstavljaju ponudu za zaključenje ugovora, nego samo poziv da se učini ponuda pod objavljenim uslovima. Pošiljalac takvih poziva biće odgovoran za štetu, koju bi pretrpeo ponudilac, ako bez osnovanog razloga nije prihvatio njegovu ponudu. Član 35 ZOO.

47 Član 30 stavovi 2 i 3 ZOO.

48 Član 20 u vezi s članom 19 Zakona o oglašavanju.

štenja. Predugovorna i ugovorna dužnost obaveštavanja u ovoj oblasti posebno su uređene pravilima potrošačkog prava, a pre svega odredbama ZZP i ZZKFU. Međutim, nezavisno od predugovornog i ugovornog odnosa s bilo kojim konkretnim potrošačem, trgovac može svojim javnim saopštenjima odnosno oglašavanjem svog poslovanja i svojih proizvoda da ostvari uticaj na ponašanje velikog broja potencijalnih saugovornika, uključujući one s kojima još uvek ni o čemu ne pregovara odnosno one s kojima nema neposredan poslovni kontakt. U tom smislu treba napraviti razliku između (1) dužnosti trgovca da o nečemu obavesti svog sapregovarača ili saugovornika i (2) dužnosti trgovca da svoje poslovanje i proizvode oglašava u skladu s određenim standardima – jasno, razumljivo i tačno, tako da ne stvara pogrešne predstave kod drugih učesnika u pravnom prometu.

Opšta pravila potrošačkog prava zabranjuju obmanjujuće oglašavanje. To je oglašavanje koje ima potencijal da pažljivog i opreznog prosečnog potrošača kao primaoca oglasne poruke navede na ponašanje koje nije u njegovom ekonomskom interesu, odnosno da ga navede da postupi na način na koji ne bi postupio da oglasnom porukom kod njega nije stvorena pogrešna predstava o pravima ili činjenicama od značaja za procenu sopstvenih interesa u određenoj transakciji. Posebna zakonska pravila o obmanjujućem oglašavanju finansijskih usluga nisu brojna. Njima je uređena sadržina oglasnih poruka koje se odnose na bankarske usluge, usluge finansijskog lizinga i finansijske pogodbe. Takođe, zakonom je predviđeno da NBS može da propiše bliže uslove oglašavanja finansijskih usluga. NBS je to i učinila u formi odluke koja sadrži neke praktično važne odredbe. Međutim, pojedinim odredbama tog opšteg akta NBS je izašla iz okvira mandata koji joj je dao zakonodavac. Prvo, kao prosečnog potrošača odnosno korisnika finansijske usluge, koji je u zakonu definisan kao „dobro obavešten i razumno obazriv potrošač“, NBS je odredila „četrdesettrogodišnjaka sa stečenim srednjim obrazovanjem, bez posebnih znanja i iskustava u oblasti korišćenja finansijskih usluga“. Tako je od pravnog standarda napravila strogu opštu normu, što ne rade ni sudovi i što se protivi samoj ideji pravnog standarda. Drugo, NBS je propisala da pružalac finansijskih usluga odgovara za sve postupke prenosioca njegovih oglasnih poruka i predvidela da svaki ugovor između pružaoca finansijske usluge i prenosioca oglasne poruke mora da sadrži ovlašćenje za pružaoca da ga jednostrano raskine po nalogu NBS.

Posebna pravila o oglašavanju ne bi mogla da budu delotvorna kada za njihovu povredu ne bi bila propisana nikakva pravna posledica. Različiti oblici obmanjujućeg oglašavanja pre svega su prekršajno sankcionisani. Međutim, oglašavanje može da utiče i na neke privatnopravne odnose. Na primer, garancija ispravnosti robe pravno je obavezujuća pod uslovima koji su navedeni u garantnom listu i u oglasnim porukama trgovca. Takođe, kada se utvrđuje da li proizvod ima nedostatak, u obzir se uzima i oglašavanje, to jest sve ono što je trgovac saopštavao o proizvodu u svojim oglasnim porukama. Osim toga, u srpskom ugovornom pravu oglašavanje se kvalifikuje kao poziv na ponudu, a odbijanje tražene ponude bez opravdanog razloga može da dovede do predugovorne odgovornosti za tako pričinjenu štetu. Konačno, za štetu koja je izazvana pogrešnim postupanjem pri oglašavanju može da se odgovara i po opštim pravilima o vanugovornoj odgovornosti, ako se steknu uslovi za njeno zasnivanje.

LITERATURA

Knjige i članci

- Geraint Howells, André Janssen, Reiner Schulze (eds.), *Information Rights and Obligations: A Challenge for Party Autonomy and Transactional Fairness*, Routledge, London 2005.
- Hans-W. Micklitz, "Unfair Commercial Practices and Misleading Advertising", in: Norbert Reich, Hans-Wolfgang Micklitz, Peter Rott, Klaus Tonner, *European Consumer Law*, Intersentia, Cambridge–Antwerp–Portland 2014.
- Marija Karanikić Mirić, „Dužnost obaveštavanja u srpskom potrošačkom pravu”, u: Stevan Lilić (ur.), *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije*, Knjiga 2, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012.
- Marija Karanikić Mirić, „Zabrana nepoštene poslovne prakse“, u: Đorđe Ignjatović (ur.), *Kaznena reakcija u Srbiji*, VII deo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017.
- Marija Karanikić Mirić, „Zakonodavna hiperaktivnost i delotvorna zaštita potrošača”, u: Stevan Lilić (ur.), *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije*, Knjiga 11, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2021.
- Norbert Reich, Hans-Wolfgang Micklitz, "Economic Law, Consumer Interests and EU Integration", in: Norbert Reich, Hans-Wolfgang Micklitz, Peter Rott, Klaus Tonner, *European Consumer Law*, Intersentia, Cambridge–Antwerp–Portland 2014.
- Norbert Reich, Hans-Wolfgang Micklitz, Peter Rott, Klaus Tonner, *European Consumer Law*, Intersentia, Cambridge–Antwerp–Portland 2014.
- Peter Cartwright, *Consumer Protection and the Criminal Law*, C.U.P., Cambridge 2004.
- Pierre Tercier, *Le droit des obligations*, Schulthess, Zurich 2009, 138.
- Stefan Grundmann, Wolfgang Kerber, Stephen Weatherill (eds.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, De Gruyter, Berlin 2001.
- Thomas Wein, "Consumer Information Problems: Causes and Consequences", in: Stefan Grundmann, Wolfgang Kerber, Stephen Weatherill (eds.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, De Gruyter, Berlin 2001.

Propisi i izveštaji

- Council Resolution of 14 April 1975 on a preliminary program of the EEC for a consumer protection and information policy, *OJ C 92/1*, 25 April 1975.
- Directive 2005/29/EC of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market, *OJ L 149*, 11 June 2005.
- Odluka o bližim uslovima oglašavanja finansijskih usluga, *Službeni glasnik RS*, br. 15/2019.
- Sektor za zaštitu korisnika finansijskih usluga, *Izveštaj o rezultatima rada 2019–2021*, NBS, mart 2022, 53, nbs.rs/export/sites/NBS_site/documents/zastita-korisnika/izvestaji/izvestaj_2019_2021.pdf.
- UN Department of Economic and Social Affairs, *United Nations Guidelines for Consumer Protection*, New York 2003, unctad.org/system/files/official-document/UN-DESA_GCP1999_en.pdf.
- Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.
- Zakon o Narodnoj banci Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2003, 55/2004, 85/2005, 44/2010, 76/2012, 106/2012, 14/2015, 40/2015 i 44/2018.
- Zakon o obligacionim odnosima (ZOO), *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99 i 44/99, *Službeni list SCG*, br. 1/03 i *Službeni glasnik RS*, br. 18/20.

Zakon o oglašavanju, *Službeni glasnik RS*, br. 6/2016 i 52/2019.

Zakon o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između evropskih zajednica i njihovih država članica, s jedne strane, i Republike Srbije, s druge strane, *Službeni glasnik RS*, br. 83/08.

Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga (ZZKFU), *Službeni glasnik RS*, br. 36/2011 i 139/2014.

Zakon o zaštiti potrošača (ZZP), *Službeni list RS*, br. 88/2021.

Marija Karanikić Mirić

Faculty of Law University of Belgrade

ADVERTISING OF FINANCIAL SERVICES IN SERBIAN CONSUMER LAW

SUMMARY

Prior to conclusion of a contract for provision of financial services, and for the time of duration of that contract, the user of financial services has a subjective right to be informed of the rights and facts relevant for rational economic decision-making. Against this stands the obligation of the financial service provider to provide the user with the prescribed information, and various civil sanctions are legally prescribed for violating that obligation. However, irrespective of pre-contractual and contractual relationships with any particular consumer, the trader can influence the behavior of a large number of consumers through his public statements, *i.e.* by way of advertising his products and his business in general. The trader is therefore obliged to advertise in accordance with certain legal standards, that is, in clear, intelligible and accurate manner, so as not to create false impressions in others. Misleading advertising has the potential to lead the attentive and cautious average consumer to behaviors that are not in their best economic interest. Therefore, such advertising is prohibited and sanctioned as misdemeanor. In addition to the general rules on unfair and, in particular, misleading advertising, there are special statutory rules on advertising of financial services, prescribing the minimum content of advertising messages for banking services, financial leasing services and financial arrangements. Additionally, the law stipulates that the National Bank of Serbia (NBS) may determine more detailed conditions for advertising of financial services. However, in doing so the NBS went beyond its legal mandate. Namely, the NBS has turned legal standard of average consumer into a strict general norm, by imposing that “average consumer means a forty three-year old with secondary school education”. In addition, the NBS prescribed that the financial service provider, as advertiser, shall be liable for all actions of the transmitters of advertising messages, and also, that the financial service provider must ensure that all his contracts with the transmitters of advertising messages contain a provision allowing for a unilateral termination by the financial service provider, if so ordered by the NBS. Finally, there may be some limited civil-law consequences of misleading advertising and they are discussed in this paper.

Keywords: advertising, financial services, consumer protection, National Bank.

*Dorđe Đorđević**

Kriminalističko-policijski univerzitet, Beograd

NAČELO RODNE RAVNOPRAVNOSTI I NJEGOVA KRIVIČNOPRAVNA I PREKRŠAJNOPRAVNA ZAŠTITA U NAŠEM PRAVU

Apstrakt: Narodna skupština Republike Srbije usvojila je 2021. Zakon o rodnoj ravnopravnosti. Donošenje ovog zakona pokrenulo je mnoga pitanja i između ostalog ponovo aktuelizovalo problematiku kaznenopravne zaštite ovog ustavnog načela. Ovaj zakon je, kao i raniji Zakon o ravnopravnosti polova, predvideo brojne prekršaje kojima se, direktno ili indirektno, povređuje ili ugrožava dosledna primena ovog načela u praksi.

Međutim, pored ovog zakona, kaznenopravna zaštita rodne ravnopravnosti ostvaruje se u našem pravu i primenom drugih zakona, među kojima svakako najveći značaj ima Krivični zakonik i Zakon o zabrani diskriminacije. Na taj način bi krivičnoppravna zaštita, koja se ostvaruje primenom Krivičnog zakonika i prekršajnoppravna koja je sadržana u Zakonu o rodnoj ravnopravnosti, Zakonu o zabrani diskriminacije i nekim drugim zakonima trebalo da ovom načelu pruže potpunu i sveobuhvatnu kaznenopravnu zaštitu. Takva zaštita je ovim propisima i uspostavljena. Međutim, nedovoljno precizne formulacije u ovim prekršajnoppravnim propisima, velika preklapanja koja postoje između njih, kao i nedovoljno jasno postavljena granica između prekršajne i krivične odgovornosti otvaraju brojne probleme u ovoj oblasti i onemogućavaju njihovu doslednu primenu u praksi.

Ključne reči: rodna ravnopravnost, zabrana diskriminacije, Ustav Republike Srbije, Krivični zakonik, krivično zakonodavstvo, prekršajno zakonodavstvo

UVOD

Promovisanje i borba za zaštitu ljudskih prava jedna je od najznačajnijih karakteristika većine savremenih zemalja. Univerzalnost ovih prava i potreba njihovog ostvarivanja bez obzira na uslove koji postoje u pojedinim zemljama čine neophodnim njihovo proklamovanje i njihovu realizaciju ne samo na nacionalnom, već i na globalnom nivou. Pošto se ostvarivanje ljudskih prava, a naročito njihova zaštita, ostvaruju u najvećoj meri pravnim sredstvima, to se u savremenom društvu ovaj proces odvija paralelno, na dva koleseka, instrumentima nacionalnog i međunarodnog prava.

U korpusu ljudskih prava zagwarantovanih na međunarodnom i na nivou velikog broja zemalja posebno se ističe pravo na ravnopravnost polova koje predstavlja jedan od osnovnih principa na kojima počivaju sva savremena demokratska društva i kao takvo predstavlja jedan od neophodnih preduslova za ostvarivanje mnogih

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

drugih ljudskih prava. Ovo načelo proklamovano je i zagarantovano mnogim međunarodnim pravnim aktima kao i ustavima savremenih država, i to na dva načia: ili kao samostalno načelo ili u sklopu zabrane svake vrste diskriminacije.

Na međunarodnom planu od posebnog značaja je svakako Povelja Ujedinjenih nacija koja u svom članu 55 tačka c) obavezuje sve članice na „sveopšte poštovanja i uvažavanje ljudskih prava kao i osnovnih sloboda za sve bez obzira na rasu, pol, jezik ili veru“.¹ Isto tako i Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima usvojen od strane Generalne skupštine Ujedinjenih Nacija 1966. takođe u svom članu 26. proklamuje zabranu svake diskriminacije propisujući da su „Sva lica jednaka pred zakonom i imaju pravo bez ikakve diskriminacije na podjednaku zaštitu zakona. U tom smislu, zakon mora da zabranjuje svaku diskriminaciju i da obezbedi svim licima podjednaku i uspešnu zaštitu protiv svake diskriminacije, naročito u pogledu rase, boje, pola, jezika, vere, političkog ili drugog ubeđenja, nacionalnog ili socijalnog porekla, imovnog stanja, rođenja ili svakog drugog stanja“.² Pored toga, Univerzalna deklaracija o pravima čoveka, u svom članu 2. proklamuje da „svakome pripadaju sva prava i slobode proglašene u ovoj Deklaraciji bez ikakvih razlika u pogledu rase, boje, pola, jezika, veroispovesti, političkog ili drugog mišljenja, nacionalnog ili društvenog porekla, imovine, rođenja ili drugih okolnosti.“³ Na sličan način i Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u svom članu 14. koji govori o zabrani diskriminacije i ističe da se „Uživanje prava i sloboda predviđenih u ovoj Konvenciji obezbeđuje bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, veroispovest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno poreklo, veza s nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status“.⁴

Međutim, od najvećeg značaja u ovoj oblasti svakako je Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena⁵ u kojoj se detaljno razrađuju osnovni principi i mehanizmi za zaštitu žena od svake vrste diskriminacije kojoj mogu biti izložene.⁶ Ovu konvenciju usvojila je Generalna skupština Ujedinjenih nacija 18. decembra 1979. godine, a stupila je na snagu 1. septembra 1981. godine. Nešto kasnije, oktobra 1999, usvojen je i Opcioni protokol uz Konvenciju, koji je stupio na snagu 2000. godine. Naša zemlja je ratifikovala Konvenciju 1981. godine, a 2002. godine, ratifikovan je i Opcioni protokol.⁷ Prema Konvenciji, izraz „diskriminacija žena“ označava svaku razliku, isključenje ili ograničenje u pogledu pola, što ima za posledicu ili cilj da ugrozi ili onemogući priznanje, ostvarenje ili vršenje od strane

1 Povelja Ujedinjenih nacija, www.tuzilastvorz.org.rs pregledano 14.4.2022.

2 *Pravosudne multilateralne konvencije* (urednik V. Todorović), izd. Projuris, Beograd, 2005, str. 50.

3 Universal Declaration of Human Right, Zbirka međunarodnih dokumenata o ljudskim pravima, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 1997, str. 8–11.

4 *Pravosudne multilateralne konvencije* (urednik V. Todorović), izd. Projuris, Beograd, 2005, str. 6.

5 www.ljudskaprava.gov.rs pregledano 14.4.2022.

6 Mršević Z: *Ka demokratskom društvu – rodna ravnopravnost*, Beograd, 2011, Institut društvenih nauka, str. 49.

7 Zakon o ratifikaciji Konvencije o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena, „Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori“, br. 11/81; Zakon o ratifikaciji Opcionog protokola uz Konvenciju o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena, „Službeni list SRJ – međunarodni ugovori, br. 13/2002.

žena, ljudskih prava i osnovnih sloboda na političkom, ekonomskom, društvenom, kulturnom, građanskom ili drugom polju, bez obzira na njihovo bračno stanje, na osnovu ravnopravnosti muškaraca i žena.

Veliki značaj ima i Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici u kojoj se već u njenim prvim članovima (član 4. Konvencije) govori o principu jednakosti polova i nediskriminacije. Potvrđuje se princip suštinske jednakosti između žena i muškaraca i zahteva od zemalja članica (među kojima je i naša zemlja) ne samo da osude sve oblike nasilja nad ženama, već i da uključe princip jednakosti u zakonodavstvo i obezbede njegovo ostvarenje u praksi, kao i da zakonom zabrane diskriminaciju i ukinu sve diskriminatorne zakone i praksu.⁸ Naša zemlja je potpisnik svih pomenutih međunarodnih dokumenata što između ostalog stvara i obavezu na inkorporisanje principa iz ovih međunarodnih akata u naše nacionalno zakonodavstvo, što naša zemlja dosledno i čini.

1. USTAV REPUBLIKE SRBIJE I ZAŠTITA RODNE RAVNOPRAVNOSTI

Ustav Republike Srbije, prihvatajući ove osnovne principe kojima se u međunarodnom pravu utvrđuje ravnopravnost polova i zabrana svake, pa i diskriminacije po polu, takođe proklamuje ovaj princip i to na dva mesta. U okviru osnovnih načela, kada se govori o ravnopravnosti polova ističe se da država „jemči ravnopravnost žena i muškaraca i razvija politiku jednakih mogućnosti.“ (član 15. Ustava Srbije).⁹ Osim toga, članom 21. Ustava proklamuje se jednakost svih pred Ustavom i zabranjuje se „svaka diskriminacija, neposredna ili posredna, po bilo kom osnovu, a naročito po osnovu rase, pola, nacionalne pripadnosti, društvenog porekla, rođenja, veroispovesti, političkog ili drugog uverenja, imovnog stanja, kulture, jezika, starosti i psihičkog ili fizičkog invaliditeta“. Ustavom je takođe utvrđeno da se sva zajemčena ljudska i manjinska prava neposredno primenjuju, a da se, ako je to Ustavom izričito predviđeno ili ako je to neophodno za ostvarenje pojedinog prava zbog njegove prirode, zakonom može propisati način ostvarivanja ovih prava pri čemu to ni u kom slučaju ne sme da utiče na suštinu zajemčenog prava (član 18. Ustava).

I mnoge druge zemlje u svojim ustavima sadrže ovo načelo, najčešće u okviru odredaba o osnovnim ljudskim pravima. Tako, na primer, Ustav Nemačke (član 3, stav 2. i 3), Ustav Francuske (član 1), Ustav Ruske federacije (član 19, stav 2), Ustav Italije (član 3), Ustav Belgije (član 10), Ustav Španije (član 14), Ustav Poljske (član 13, stav 2), Ustav Švajcarske (član 8, stav 2. i 3),¹⁰ kao i ustavi većine savremenih država u svetu ovo pravo proklamuju već u svojim uvodnim poglavljima, najčešće u glavi o osnovnim ljudskim pravima i slobodama. Na isti način postupile su i sve

8 Gasmı G: Komentar Konvencije Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, u publikaciji „Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici“, izd. Uprava za rodnu ravnopravnost, Ministarstvo rada i socijalne politike Republike Srbije, Beograd, 2012, str. 23.

9 www.parlament.gov.rs pregledano 14.4.2022.

10 www.legislationline.org pregledano 14.4.2022.

zemlje u regionu, bivše republike SFRJ, unoseći ovo načelo već u prva poglavlja svojih ustava, pa ono postoji u Ustavu Hrvatske (član 3), Ustavu Slovenije (član 14), Ustavu Makedonije (član 9), Ustavu Crne Gore (član 8. i 18), Ustavu BiH (član II, tačka 4), Ustavu Federacije BiH (član 2, stav 1, tačka d) i Ustavu Republike Srpske (član 10).¹¹

2. KAZNENOPRAVNA ZAŠTITA RODNE RAVNOPRAVNOSTI U NAŠOJ ZEMLJI

Međunarodnopravna i ustavnopravna proklamacija ovog načela svakako ne bi bile dovoljne bez predviđanja konkretnog pravnog okvira njegove zaštite na nacionalnom nivou. Ova zaštita najdoslednije se može sprovesti sredstvima i merama kaznenopravnog karaktera s obzirom da ona obuhvataju i primenu prekršajnih i krivičnih sankcija kao najtežih mera kojima država raspolaže u zaštiti najznačajnijih društvenih vrednosti.

Sam pojam rodne ravnopravnosti određen je u našem pravu odredbom člana 3. Zakona o rodnoj ravnopravnosti¹² na sledeći način: "Rodna ravnopravnost podrazumeva jednaka prava, odgovornosti i mogućnosti, ravnomerno učešće i uravnoteženu zastupljenost žena i muškaraca u svim oblastima društvenog života, jednake mogućnosti za ostvarivanje prava i sloboda, korišćenje ličnih znanja i sposobnosti za lični razvoj i razvoj društva, jednake mogućnosti i prava u pristupu robama i uslugama, kao i ostvarivanje jednake koristi od rezultata rada, uz uvažavanje bioloških, društvenih i kulturološki formiranih razlika između muškaraca i žena i različitih interesa, potreba i prioriteta žena i muškaraca prilikom donošenja javnih i drugih politika i odlučivanja o pravima, obavezama i na zakonu zasnovanim odredbama, kao i ustavnim odredbama" (član 3. Zakona o rodnoj ravnopravnosti)

Kaznenopravna zaštita rodne ravnopravnosti ostvaruje se u našoj zemlji na dva nivoa, na nivou prekršajnopravne i na nivou krivičnopravne zaštite. Ova dva nivoa zaštite trebalo bi da se dopunjuju i da obezbede da ovo važno ljudsko pravo bude maksimalno pravno zaštićeno od različitih vrsta napada i ugrožavanja, od onih najlakših, ali i najčešćih, na koje je dovoljno reagovati prekršajnopravnim sredstvima pa sve do onih najtežih, srećom i najređih, protiv kojih je neophodno primeniti i one teže, krivičnopravne mere.

Prekršajnopravna zaštita rodne ravnopravnosti u našoj zemlji ostvaruje se pre svega primenom odredaba Zakona o rodnoj ravnopravnosti, Zakona o zabrani diskriminacije,¹³ ali i primenom pojedinih odredaba drugih zakona koji se bave regulisanjem nekih posebnih oblasti u kojima takođe dolazi do izražaja primena načela rodne ravnopravnosti, kao što su, na primer, Zakon o zdravstvenoj zaštiti (član 21),¹⁴ Zakon o visokom obrazovanju (član 4),¹⁵ Zakon o radu (član 18),¹⁶ Zakon o

11 www.legislationline.org pregledano 14.4.2022.

12 Službeni glasnik RS, broj 52/2021.

13 Službeni glasnik RS, broj 22/2009, i 52/2021.

14 Službeni glasnik RS, broj 25/2019

15 Službeni glasnik RS, broj 88/2017; 73/2018; 67/2019; 67/2021.

16 Službeni glasnik RS, broj 24/2005; 61/2005; 54/2009; 32/2013; 75/2014; 113/2017.

zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti (član 5),¹⁷ Zakon o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja (član 6),¹⁸ i dr. Svi pomenuti zakoni sadrže prekršajne odredbe koje se odnose na različite vidove kršenja načela rodne ravnopravnosti.

Kada je u pitanju problematika zaštite načela rodne ravnopravnosti svakako da je od najvećeg značaja sam Zakon o rodnoj ravnopravnosti koji se u celini bavi ovim pitanjima. U vezi sa tim treba naglasiti da pomenuti zakon, prihvatajući pojmovna i terminološka razgraničavanja iz nekih od pomenutih međunarodnih konvencija, pravi razliku između pojmova „pol“ i „rod“ određujući da pol „predstavlja biološku karakteristiku na osnovu koje se ljudi određuju kao žene ili muškarci;“, dok pojam rod „označava društveno određene uloge, mogućnosti, ponašanja, aktivnosti i attribute, koje određeno društvo smatra prikladnim za žene i muškarce uključujući i međusobne odnose muškaraca i žena i uloge u tim odnosima koje su društveno određene u zavisnosti od pola“ (član 6. Zakona o rodnoj ravnopravnosti). Istim zakonom određen je i pojam diskriminacije po osnovu pola, polnih karakteristika, odnosno roda kao „svako neopravdano razlikovanje, nejednako postupanje, odnosno propuštanje (isključivanje, ograničavanje ili davanje prvenstva), na otvoren ili prikriven način, u odnosu na lica ili grupe lica, kao i članove njihovih porodica ili njima bliska lica, zasnovano na polu, polnim karakteristikama, odnosno rodu u: političkoj, obrazovnoj, medijskoj i ekonomskoj oblasti; oblasti zapošljavanja, zanimanja i rada, samozapošljavanja, zaštite potrošača (robe i usluge); zdravstvenom osiguranju i zaštiti; socijalnom osiguranju i zaštiti, u braku i porodičnim odnosima; oblasti bezbednosti; ekologiji; oblasti kulture; sportu i rekreaciji; kao i u oblasti javnog oglašavanja i drugim oblastima društvenog života“ (član 4. Zakona o rodnoj ravnopravnosti). Na sličan način i Zakon o zabrani diskriminacije definiše pojam diskriminacije uopšte koja se može zasnivati na različitim osnovima, između ostalog i na polu i rodnom identitetu (član 2. Zakona o zabrani diskriminacije).

Kaznenopravna zaštita rodne ravnopravnosti kao najstroži vid pravne zaštite ovog principa ostvaruje se odredbama krivičnog i prekršajnog prava. Krivičnopravna zaštita rezervisana je, naravno, za najteže napade na rodnu ravnopravnost i diskriminatorno postupanje po osnovu pola i rodnog identiteta, a prekršajnopravna za sve druge, blaže slučajeve, gde ipak postoji potreba da učinilac za takvo ponašanje bude kažnjen.

3. KRIVIČNI ZAKONIK I ZAŠTITA RODNE RAVNOPRAVNOSTI

Naš Krivični zakonik propisuje više krivičnih dela kod kojih se kao zaštitni objekat pojavljuje ravnopravnost ljudi i njihova zaštita od svake vrste diskriminacije. Mada ne postoji posebno krivično delo koje se bavi zaštitom rodne ravnopravnosti ova krivična dela baveći se zaštitom ravnopravnosti u širem smislu svakako obuhvataju i štite i ovu vrstu ravnopravnosti. U pitanju su krivična dela **povrede ravnopravnosti**.

17 Službeni glasnik RS, broj 36/2009; 88/2010, 38/2015; 113/2017; 49/2021.

18 Službeni glasnik RS, broj 120/2004; 54/2007; 104/2009; 36/2010; 105/2021.

pravnosti (član 128. KZ Srbije), **povrede ugleda zbog rasne, verske, nacionalne ili druge pripadnosti** (član 174. KZ) i krivično delo **rasne i druge diskriminacije** (član 387. KZ). Kod prvog pomenutog krivičnog kao razlog za diskriminaciju izričito se navodi, pored ostalog, pol odnosno rodni identitet pasivnog subjekta, dok se kod druga dva dela izlaganje poruzi, odnosno kršenje osnovnih ljudskih prava, vezuje za neko lično svojstvo u šta svakako spada i pripadnost polu odnosno rodu.

Krivično delo **povrede ravnopravnosti** se u Krivičnom zakoniku nalazi u grupi krivičnih dela protiv sloboda i prava čoveka i građanina. Ovo delo, kao što je rečeno, ima mnogo širi značaj, jer se njime inkriminiše svaka povreda ravnopravnosti bez obzira o kakvoj ravnopravnosti je reč.¹⁹ Krivično delo se sastoji u uskraćivanju ili ograničavanju drugome nekog prava ili davanju drugome kakvih povlastica ili pogodnosti zbog nekih određenih njegovih ličnih svojstava po kojima se on razlikuje od drugih.²⁰ Radnja ovog krivičnog dela pojavljuje se u dva oblika, od kojih je prvi uskraćivanje ili ograničavanje prava drugome, a drugi davanje drugome kakvih povlastica ili pogodnosti. Prava koja se uskraćuju ili ograničavaju mogu biti prava čoveka i građanina utvrđena Ustavom, zakonima, drugim propisima, drugim opštim aktima, i potvrđenim međunarodnim ugovorima. Povlastice ili pogodnosti mogu biti različite privilegije kojima se neko stavlja u povoljniji položaj u odnosu na druge. Uskraćivanje ili ograničavanje prava ili davanje povlastica i pogodnosti u odnosu na druge treba da se vrši zbog nekog određenog svojstva lica kome se to čini. Ta svojstva mogu biti: nacionalna ili etnička pripadnost ili nepripadnost, rasna pripadnost ili nepripadnost, verska pripadnost ili nepripadnost, političko ili neko drugo uverenje, pol, jezik kojim govori, vrsta ili stepen obrazovanja, društveni položaj, socijalno poreklo, imovno stanje i neko drugo lično svojstvo.²¹ Kod ovog krivičnog dela se, dakle, kao jedno od svojstava lica zbog kojeg se povređuje ravnopravnost izričito navodi i pol i rodni identitet pa se tako polna odnosno rodna ravnopravnost pojavljuje kao jedan od zaštitnih objekata ili, ako kao zaštitni objekt shvatimo ravnopravnost u celini odnosno slobode i prava građana uopšte, kao deo zaštitnog objekta ovog krivičnog dela. Prema tome ovo krivično delo može postojati kada neko uskrati ili ograniči prava ili daje povlastice odnosno pogodnosti drugom licu samo zbog njegove pripadnosti određenom polu odnosno rodu.

Iako izvršilac ovog krivičnog dela prema zakonu može da bude svako lice, u praksi to su najčešće lica koja na osnovu svog službenog položaja ili po nekom drugom osnovu odlučuju o pravima koja se ovim krivičnim delom uskraćuju ili ograničavaju ili o povlasticama i pogodnostima koje se ovim krivičnim delom daju u različitim prilikama.²² Posledica ovog krivičnog dela je povreda ravnopravnosti lica prema kome se ovo krivično delo čini u odnosu na druge.

19 Kosanović M, Gajin S, Milenković D: *Zabrana diskriminacije u Srbiji i ranjive društvene grupe*, Beograd, 2010, izd. Program Ujedinjenih nacija za razvoj, Kancelarija u Srbiji, str. 32.

20 Đorđević Đ, Kolarić D: *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 2020, izd. Kriminalističko-policijski univerzitet, str. 43.

21 Stojanović Z, Delić N: *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 2014, izd. „Pravni fakultet“ i „Pravna knjiga“, str. 43.

22 Lazarević Lj: *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd, 2006, izd. „Savremena administracija“, str. 407.

Postoji i teži oblik ovog krivičnog dela ako krivično delo izvrši službeno lice u vršenju službene dužnosti. Oba oblika ovog krivičnog dela mogu se izvršiti samo sa umišljajem.

Krivično delo **povrede ugleda zbog rasne, verske, nacionalne ili druge pripadnosti** nalazi se u grupi krivičnih dela protiv časti i ugleda, ali se njime indirektno štiti i rodna ravnopravnost kroz zaštitu časti i ugleda nekog lica koji se povređuju zbog pripadnosti tog lica polu odnosno rodu.²³ Ovo krivično delo je pod ovim imenom i sa ovom sadržinom uneto u KZ Zakonom o izmenama i dopunama KZ iz septembra 2009. godine,²⁴ umesto do tada postojećeg krivičnog dela povrede ugleda naroda, nacionalnih i etničkih grupa SCG. Ovim izmenama to krivično delo je značajno prošireno, pa se može odnositi i na zaštitu prava o kome se govori u ovom radu. Zaštitni objekt ovog krivičnog dela jeste čast i ugled pojedinca koji mogu biti povređeni ili ugroženi na različite načine i iz različitih razloga. Radnja krivičnog dela sastoji se u javnom izlaganju poruzi nekog lica ili grupe lica zbog njihove pripadnosti određenoj rasi, boji kože, veri, nacionalnosti, zbog njihovog etničkog porekla ili nekog drugog ličnog svojstva. To drugo lično svojstvo koje se pominje kod ovog krivičnog dela može biti i pripadnost određenom polu (odnosno rodu), pa bi javno izlaganje poruzi nekog lica ili grupe lica zbog njihove pripadnosti polu odnosno rodu predstavljalo ovo krivično delo. Pod izlaganjem poruzi smatra se vređanje ili klevetanje nekog lica ili grupe lica.²⁵ To bi značilo da se u ovom slučaju izlaganje poruzi uzima kao zajednički pojam za uvredu i klevetu. Prema tome, elemente ovog krivičnog dela sačinjavaju elementi koji postoje kod krivičnih dela uvrede i klevete,²⁶ tako da se može reći da je u pitanju izjava omalovažavanja kojom se vređa nečija čast ili ugled ili iznošenje i pronošnje nečeg neistinitog što može da škodi časti i ugledu tog ili tih lica. Međutim, Zakonom o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz decembra 2012. godine ukinuto je krivično delo klevete pa se postavlja pitanje da li gore navedene radnje karakteristične za klevetu ostaju radnje ovog krivičnog dela ili ukidanjem klevete kao krivičnog dela te radnje prestaju da budu radnje i ovog krivičnog dela. Logičnijim se čini prvo stanovište jer stoji pretpostavka da bi zakonodavac, da je hteo da ovu radnju izbaci i iz ovog krivičnog dela, sigurno izmenio njegovu formulaciju, tako što bi umesto izraza „ko javno izloži poruzi lice ili grupu...“ upotrebio izraz „ko javno uvredi...“ ili „ko javno omalovaži...“ čime bi jasno bilo stavljeno do znanja da se radnja ovog krivičnog dela sastoji samo u vređanju.²⁷ Pošto to nije učinjeno, odnosno zakonski tekst kojim je određeno ovo krivično delo nije pretrpeo nikakve izmene, ovo delo će postojati, imajući u vidu teorijski pojam klevete, i ako neko javno iznosi ili pronosi nešto neistinito što može da škodi časti ili ugledu nekog lica ili grupe lica, a to čini zbog njihove pripadnosti

23 Kosanović M, Gajin S, Milenković D: *Zabrana diskriminacije u Srbiji i ranjive društvene grupe*, Beograd, 2010, izd. Program Ujedinjenih nacija za razvoj, Kancelarija u Srbiji, str. 33.

24 Službeni glasnik RS, br. 72/2009

25 Lazarević Lj: *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd, 2006, str. 503.

26 Stojanović Z: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2006, str. 428.

27 Đorđević Đ: *Kaznenopravni aspekt zaštite od diskriminacije*, u tematskoj monografiji „*Kaznena reakcija u Srbiji, III deo*“, urednik Ignjatović Đ, izd. Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, str. 105.

određenoj rasi, boji kože, veri, nacionalnosti, etničkog porekla ili nekog drugog ličnog svojstva. Izlaganje poruzi kod ovog krivičnog dela treba da je učinjeno javno,²⁸ što znači putem štampe, radija, televizije ili drugih sličnih sredstava ili na javnom skupu. U svemu ostalom kod ovog krivičnog dela stoji ono što važi kod krivičnih dela uvrede i što je važilo kod krivičnog dela klevete.²⁹

Prema članu 176. KZ ovo krivično delo neće postojati ako se izvršilac uvredljivo izrazio u okviru ozbiljne kritike u naučnom, književnom ili umetničkom delu, u izvršavanju službene dužnosti, novinarskog poziva, političke delatnosti, u odbrani nekog prava ili zaštiti opravdanih interesa ako se iz načina izražavanja ili iz drugih okolnosti vidi da učinilac to nije učinio u nameri omalovažavanja, što je isti slučaj kao i kod krivičnog dela uvrede,³⁰ ili ako dokaže istinitost svoga tvrđenja ili dokaže da je imao osnovanog razloga da veruje u istinitost onog što je iznosio ili prenosio, što znači da se nalazio u neotklonjivoj stvarnoj zabludi.³¹ Ukoliko je ovo krivično delo učinjeno putem štampe ili drugih sredstava javnog informisanja mogu se primeniti i posebne odredbe Krivičnog zakonika o odgovornosti za krivična dela učinjena putem štampe i drugih sredstava javnog informisanja.³²

Posrednu zaštitu rodne ravnopravnosti pruža i krivično delo **rasne i druge diskriminacije**. Ovim krivičnim delom zabranjuje se svaka, pa i diskriminacija izvršena po polu, odnosno rodu. Pomenutim izmenama iz Zakona o izmenama i dopunama KZ iz septembra 2009. godine ova inkriminacija je proširena tako da je njome obuhvaćen i tzv. „govor mržnje“ zasnovan na pripadnosti žrtve određenoj društvenoj grupi ili nekom njenom ličnom svojstvu, kao i pretnje izvršenjem krivičnog dela upućene pripadnicima takve grupe ili licima sa određenim ličnim svojstvima, među kojima su i pripadnost polu odnosno rodu.³³

Osnovni oblik ovog krivičnog dela postoji u slučaju kršenja osnovnih ljudskih prava i sloboda zajemčenih opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i međunarodnim ugovorima ratifikovanim od strane naše zemlje do koga dolazi na osnovu razlike u rasi, boji kože, nacionalnosti, etničkom poreklu ili nekom drugom ličnom svojstvu pasivnog subjekta, pri čemu to drugo lično svojstvo može biti i pripadnost određenom polu odnosno rodu. Ovaj oblik krivičnog dela ima sličnosti sa pomenutim krivičnim delom povrede ravnopravnosti, ali je njegov zaštitni objekt širi nego kod ovog dela.³⁴ U teoriji postoji i shvatanje da je jedna od razlika između ovih dela u tome što se kod povrede ravnopravnosti zaštita odnosi na građane

28 Lazarević Lj: *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd, 2006, str. 503.

29 Vidi: Mrvić-Petrović N: *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 2011, str. 16. i 120; Đurđić V, Jovašević D: *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 2010, str. 63. i 66; Đorđević Đ: *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 2011, str. 62. i 64.

30 Đorđević M, Đorđević Đ: *Krivično pravo sa osnovama privrednoprestupnog i prekršajnog prava*, Beograd, 2020, izd. „Projuris“, str. 146.

31 Stojanović Z, Perić O: *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 2006, str. 94.

32 Đorđević Đ, Kolarić D: *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 2020, izd. Kriminalističko-policijski univerzitet, str.70.

33 Kosanovic M, Gajin S, Milenkovic D: *Zabrana diskriminacije u Srbiji i ranjive društvene grupe*, Beograd, 2010, izd. Program Ujedinjenih nacija za razvoj, Kancelarija u Srbiji, str. 33

34 Lazarević Lj: *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd, 2006, izd. „Savremena administracija“, str. 407.

(državljanke) Srbije,³⁵ dok krivično delo rasne i druge diskriminacije sadži opštu zabranu svake diskriminacije i kršenja međunarodno priznatih ljudskih prava, mada o tome postoje i drugačija mišljenja.³⁶

I nekim drugim oblicima ovog krivičnog dela pruža se posredna zaštita rodnoj ravnopravnosti. Tako, na primer, drugi oblik ovog dela inkriminiše proganjanje organizacija i pojedinaca koji se zalažu za ravnopravnost ljudi, dakle i onih koje se bore za rodnu ravnopravnost, dok se treći, koji nas ovde manje zanima odnosi na tzv. rasističku propagandu.³⁷ Četvrti i peti oblik dela, kao što je već rečeno, uneti u ovu inkriminaciju izmenama i dopunama KZ iz 2009. godine. Četvrtim oblikom zabranjuje se širenje ili na drugi način činjenje dostupnim tekstova, slika ili teorija koje zagovaraju ili podstiču mržnju, diskriminaciju ili nasilje zasnovano na pripadnosti određenoj društvenoj grupi ili nekom ličnom svojstvu (dakle i pripadnosti određenom polu, odnosno rodu), a petim svaka javna pretnja izvršenjem krivičnog dela za koje je zaprećena kazna zatvora veća od četiri godine prema nekom licu ili grupi lica zbog njihove pripadnosti nekoj društvenoj grupi ili zbog nekog ličnog svojstva, kakvo je i pripadnost polu, odnosno rodu.

4. ZAKON O ZABRANI DISKRIMINACIJE I ZAŠTITA RODNE RAVNOPRAVNOSTI

Zakonom o zabrani diskriminacije uređuje se opšta zabrana diskriminacije, oblici i slučajevi diskriminacije, kao i postupci zaštite od diskriminacije (član 1, stav 1). Pod pojmom diskriminacije ovaj zakon podrazumeva "svako neopravdano pravljenje razlike ili nejednako postupanje, odnosno propuštanje (isključivanje, ograničavanje ili davanje prvenstva), u odnosu na lica ili grupe kao i na članove njihovih porodica, ili njima bliska lica, na otvoren ili prikriven način, a koji se zasniva na rasi, boji kože, precima, državljanstvu, nacionalnoj pripadnosti ili etničkom poreklu, jeziku, verskim ili političkim ubeđenjima, polu, rodu, rodnom identitetu, seksualnoj orijentaciji, polnim karakteristikama, nivoom prihoda, imovnom stanju, rođenju, genetskim osobenostima, zdravstvenom stanju, invaliditetu, bračnom i porodičnom statusu, osuđivanosti, starosnom dobu, izgledu, članstvu u političkim, sindikalnim i drugim organizacijama i drugim stvarnim, odnosno pretpostavljenim ličnim svojstvima" (član 2, stav 1, tačka 2). Zakonom je promovisano načelo jednakosti po kome su svi ljudi "jednaki i uživaju jednak položaj i jednaku pravnu zaštitu, bez obzira na lična svojstva" (član 4, stav 1). Iz ovoga nedvosmisleno proizlazi da je zabranjena svaka diskriminacija po polu, odnosno rodu kao jednom od ličnih svojstava svakog čoveka. Stoga se većina odredaba ovog zakona koje se odnose na zabranu diskriminacije, pa i prekršajnepravne odredbe, nalaze u funkciji zaštite rodne ravnopravnosti.

35 Stojanović Z: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2006, izd. Službeni glasnik, str. 809.

36 Lazarević Lj: *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd, 2006, izd. „Savremena administracija“, str. 406, 957.

37 Simić I, Trešnjev A: *Krivični zakonik sa kraćim komentarom*, Beograd, 2010, izd. „Ing-pro“, str. 271.

Ovaj zakon u svom poglavlju VIII pod nazivom „Kaznene odredbe“ (čl. 50–60) propisuje veći broj prekršaja koji se sastoje u različitim oblicima diskriminatorskog postupanja. Većina ovih prekršaja može se odnositi i na pojedine oblike diskriminacije prema polu, odnosno rodu, bilo tako što se ova vrsta diskriminacije izričito navodi u dispoziciji prekršaja ili tako što se u opisu prekršaja kaže da se diskriminatorska radnja preduzima zbog nekog ličnog svojstva diskriminisanog lica (što sigurno može da bude i pripadnost određenom polu, odnosno rodu). Kao učinioци ovih prekršaja pojavljuju se sve kategorije mogućih učinilaca prekršaja,³⁸ dakle pravna lica, preduzetnici, odgovorna lica u pravnom licu ili organu javne vlasti, a kod pojedinih od njih i fizička lica. Za sve prekršaje predviđene su isključivo novčane kazne u relativno visokim iznosima.

O diskriminaciji na osnovu pola odnosno roda izričito govori prekršaj iz člana 55. Radnje ovog prekršaja su uskraćivanje prava ili priznavanje pogodnosti s obzirom na pol, odnosno rod, rodni identitet ili zbog promene pola, eksploatacija lica ili grupe lica s obzirom na pol (osnovni oblik), a kod težeg oblika ovog prekršaja, fizičko i drugo nasilje, eksploatacija, izražavanje mržnje, omalovažavanje, ucenjivanje ili uznemiravanje lica ili grupe lica s obzirom na pol. Prekršaj iz člana 56. zabranjuje svako pozivanje na izjašnjavanje o seksualnoj orijentaciji ili diskriminaciju na osnovu toga, a prekršaj iz člana 56. zabranjuje diskriminaciju maloletnih lica, između ostalog, prema polu odnosno rodnom identitetu. Kod ostalih prekršaja iz ove grupe, narušavanje jednakih mogućnosti za zasnivanje radnog odnosa (član 51), odbijanje pružanja usluga (član 52), otežavanje ili onemogućavanje upisa u vaspitnu ili obrazovnu ustanovu (član 54 i odbijanje pružanja zdravstvenih usluga (član 60) do diskriminatorskog postupanja dolazi zbog nekog ličnog svojstva lica, što može biti pripadnost polu odnosno rodu, ali i neko drugo lično svojstvo.

Ovakvo umnožavanje prekršaja i njihovo deljenje prema oblasti u kojoj se mogu javiti ne čini se celishodnim i moglo se izbeći odgovarajućom opštijom formulacijom koja bi obuhvatala sve te situacije i eventualnim većim kaznenim rasporedima ako se želelo različito kažnjavanje u pojedinim oblastima. Ovome treba dodati i prekršaj iz člana 50. koji se odnosi na zabranu svakog diskriminatorskog postupanja, ali samo od strane službenog ili odgovonog lica u organu javne vlasti.

Zakonodavac se pomenutim prekršajnopravnim odredbama trudio da pokrije sve situacije u kojima može doći do pojedinih oblika diskriminacije i predvidi odgovarajuće kazne za učinioce ovakvih delikata. Međutim, na osnovu gore navedenog može se zaključiti da je u toj želji ponovo prevagnula preterana i nedosledna kazuistika koja ne doprinosi boljoj zaštiti već samo stvara dodatne probleme u primeni pojedinih odredbi. Ovo se naročito odnosi na nepotrebna preklapanja između pomenutih prekršaja i njihovo nedovoljno jasno razgraničenje kako međusobno, tako i sa nekim drugim prekršajima, pa i krivičnim delima.³⁹

Tako, na primer, prekršaj iz člana 60 (odbijanje pružanja zdravstvenih usluga) gotovo u potpunosti je sadržan u prekršaju iz člana 52 (odbijanje pružanja usluga).

38 Dorđević Đ: *Prekršajno pravo*, Beograd, 2021, izd. Kriminalističko-policijski univerzitet, str. 42.

39 Dorđević M: Odnos prekršajnog i krivičnog prava, u publikaciji „*Prekršajna odgovornost*“, Beograd, 2002, str. 25–26.

Učinioci mogu biti ista lica (pravno lice, preduzetnik, odgovorno lice i fizičko lice odnosno zdravstveni radnik), a učiniocima su zaprećene i potpuno iste kazne, pa se ne vidi ni jedan razlog za paralelno postojanje ovih prekršaja. Po takvoj logici moglo se i odbijanje pružanja usluga u drugim oblastima propisati kao poseban prekršaj što bi naravno bilo potpuno besmisleno.

Slična je situacija i kad su u pitanju prekršaji iz člana 57 (diskriminacija maloletnih lica prema polu) i iz člana 55 (diskriminacija po polu odnosno rodu). Iako se ovde pojavljuju nešto veće razlike u opisu prekršaja, činjenica da se radi o istoj vrsti diskriminacije, da se kao učinioci pojavljuju iste kategorije lica i da su i ovde zaprećene iste kazne za učinioce govori o tome da se i ovde radi o nepotrebnom dupliranju odredaba. Sledeći takvu logiku mogli bi se propisati i drugi posebni prekršaji koji bi se sastojali u polnoj diskriminaciji kod omladine, kod starih lica i sl, što ne bi imalo nikakvog smisla.

Takođe su moguća i preklapanja prekršaja iz člana 50. ovog zakona (diskriminatorско postupanje) sa nekim drugim prekršajem iz ovog zakona u slučajevima kada se kao učinilac nekog drugog prekršaja (iz čl. 51, 52, 55, 56, 57 i 60) iz ovog zakona pojavi odgovorno lice u organu javne vlasti. Tada se može postaviti pitanje koji će od prekršaja postojati, onaj opšti (član 50, diskriminatorско postupanje) ili neki od posebnih. Tako na primer, može se dogoditi da odgovorno lice u organu javne vlasti učini radnju koja odgovara prekršaju iz člana 55 (diskriminacija po polu, odnosno rodu), a koja ujedno predstavlja i diskriminatorско radnju iz člana 50. Problem bi se možda mogao rešiti primenom pravila o prividnom idealnom sticaju po osnovu specijaliteta, ali u svakom slučaju ovakvim dupliranjem ne postiže se ništa na planu bolje zaštite rodne ravnopravnosti.

Ipak daleko veći problem može se javiti kad je u pitanju razgraničenje prekršaja iz Zakona o zabrani diskriminacije od pojedinih krivičnih dela iz Krivičnog zakonika. Tu pre svega mislimo na krivično delo povrede ravnopravnosti iz člana 128. KZ o kojem je u ovom radu već bilo reči. Radnje izvršenja većine ovih prekršaja većim ili manjim delom, a negde i u celini, istovremeno predstavlja i radnju pomenutog krivičnog dela. Tako, na primer, radnja prekršaja iz člana 50. Zakona o zabrani diskriminacije (diskriminatorско postupanje) predstavlja ujedno i radnju krivičnog dela povrede ravnopravnosti jer svi oblici diskriminatorскоg postupanja u potpunosti potpadaju pod odredbu o ovom krivičnom delu. Ako bi se kao učinilac pojavilo službeno lice mogao bi postojati i teži oblik ovog krivičnog dela (član 128, stav 2. KZ).⁴⁰ Slična situacija postoji i kad su u pitanju drugi pomenuti prekršaji iz čl. 51, 52, 54, 55, 57 i 60. čije se radnje izvršenja takođe većim delom uklapaju u radnju krivičnog dela povrede ravnopravnosti ukoliko se kao učinilac pojavljuje fizičko lice. Čak i kada se kao učinilac neke od tih radnji pojavljuje pravno lice postoji mogućnost, shodno odredbama Zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična dela,⁴¹ da i ono odgovara za krivično delo povrede ravnopravnosti, ako su ispunjeni uslovi za njegovu odgovornost.⁴² Kada je u pitanju teži oblik prekršaja iz člana 55 (diskriminacija po polu

40 Đorđević M, Đorđević Đ: *Krivično pravo sa osnovama privrednoprestupnog i prekršajnog prava*, Beograd, 2020, izd. „Projuris“, str. 137

41 Službeni glasnik RS, br. 97/08, od 23.10.2008.

42 Vidi: Vrhovšek M: *Komentar Zakona o odgovornosti pravnih lica za krivična dela*, Beograd, 2008, izd. „Intermek“, str. 108–115.

odnosno rodu) koji nas u ovom kontekstu posebno interesuje, radnje ovog oblika prekršaja (vršenje fizičkog i drugog nasilja, eksploatacija, izražavanje mržnje, omalovažavanje, ucenjivanje i uznemiravanje lica ili grupe lica s obzirom na pol) mogu predstavljati i radnje mnogih drugih krivičnih dela, kao što su povreda ugleda zbog rasne, verske, nacionalne ili druge pripadnosti (član 174. KZ), rasna i druga diskriminacije (član 387. KZ), ali i nasilničko ponašanje (član 344. KZ), uvreda (član 170 KZ), ucena (član 215. KZ) i dr. Tako, na primer, neke od radnji izvršenja prekršaja iz člana 60 (odbijanje pružanja zdravstvenih usluga) mogu ujedno predstavljati i radnje krivičnog dela neukazivanja lekarske pomoći (član 253. KZ), naravno uz prisustvo dodatnog elementa koji se traži za postojanje ovog krivičnog dela (postojanje neposredne opasnosti za život ili opasnosti nastupanja teške telesne povrede ili teškog narušavanja zdravlja lica kome je potrebna lekarska pomoć).

Iz ovoga možemo da zaključimo da je zakonodavac propisujući pojedine prekršaje u Zakonu o diskriminaciji prenebregao postojanje pojedinih krivičnih dela, pre svega krivičnog dela povrede ravnopravnosti, koje je, kao što je već rečeno, u KZ dato veoma uopšteno, tako da se gotovo svi mogući oblici povrede ravnopravnosti i diskriminacije mogu podvesti pod ovu odredbu. Ovo naravno može stvoriti određene probleme u praksi oko razgraničenja pomenutih delikata, pa bi bilo veoma dobro prilikom eventualnih izmena i dopuna Zakona o diskriminaciji pojedine odredbe o prekršajima precizirati, a pojedine izostaviti kao nepotrebne.

5. ZAKON O RODNOJ RAVNOPRAVNOSTI

Zakon o rodnoj ravnopravnosti je u okviru glave IX (kaznene odredbe) predviđeo brojne prekršaje kod kojih se kao učinioци pojavljuju pravna, odgovorna, fizička lica i preduzetnici. Za razliku od prethodnog Zakona o ravnopravnosti polova ovaj zakon propisao je daleko veći broj prekršaja i razvrstao ih prema oblastima u kojima se ovi prekršaji mogu javiti. Suštinski, radi se o istim ili sličnim prekršajima koje je predviđao i raniji zakon, s tim što su oni usitnjeni i razvrstani prema različitim mogućim učinioциma i prema pojedinim radnjama kojima se mogu izvršiti (prethodni zakon je na više mesta predviđao prekršaje sa većim brojem alternativno određenih radnji izvršenja). Na taj način i ovde možemo konstatovati pojačano prisustvo nepotrebne kazuistike koja je u poslednje vreme prisutna u gotovo svim novodonetim propisima. Osim toga značajna je izmena učinjena u pogledu propisanih novčanih kazni koje su u novom zakonu daleko strožije.

Zakon o rodnoj ravnopravnosti u okviru svojih kaznenih odredbi podelio je prekršaje u četiri grupe: Prekršaji poslodavaca, osiguravajućih društava i sredstava informisanja, Prekršaji organa javne vlasti, Prekršaji političkih stranaka i Prekršaji sindikalnih organizacija.

Za **prekršaje poslodavaca, osiguravajućih društava i sredstava informisanja** (član 67) odgovara pravno lice (poslodavac koji ima svojstvo pravnog lica) i odgovorno lice u tom pravnom licu. U ovoj grupi predviđeno je sedam prekršaja od kojih su najkarakterističniji: neobezbeđivanje zaposlenom i radno angažovanom licu, bez obzira na pol, odnosno rod i porodični status jednakih mogućnosti u oblasti rada i zapošljavanja (stav 1. tačka 2), neobezbeđivanje zaposlenom i radno anga-

žovanom licu, bez obzira na pol, odnosno rod i porodični status, jednakih mogućnosti za stručno usavršavanje i dodatno obrazovanje, kao i stručno osposobljavanje pripravnika (stav 1, tačka 4) i nepoštovanje zabrane diskriminacije na osnovu pola, odnosno roda, u odnosu na uslove za zapošljavanje i izbor kandidata za obavljanje određenog posla, uslove rada i sva prava iz radnog odnosa, stručno usavršavanje i dodatno obrazovanje, napredovanje na poslu i otkaz ugovora o radu. Za ove prekršaje može da odgovara i odgovorno lice u pravnom licu.

Već na osnovu ove prve grupe prekršaja vidimo svu njihovu nepotrebnu usitnjenost i moguća značajna preklapanja između pojedinih od njih. Tako bi pomenuti prekršaj koji se sastoji u zabrani diskriminacije po polu odnosno rodu svakako bar delimično obuhvatao i dva gore pre njega pomenuta prekršaja.

U grupi **prekršaja organa javne vlasti** (član 68) nalazi se 14 prekršaja za koje mogu da odgovaraju odgovorna lica u organu javne vlasti i fizička lica kojima je povereno vršenje pojedinih javnih ovlašćenja. Neki od tih prekršaja su i sledeći: neobezbeđivanje zaposlenom i radno angažovanom licu, bez obzira na pol, odnosno rod i porodični status, jednake mogućnosti u oblasti rada i zapošljavanja (stav 1, tačka 3); neobezbeđivanje zaposlenom i radno angažovanom licu, bez obzira na pol, odnosno rod i porodični status, jednake mogućnosti za stručno usavršavanje i dodatno obrazovanje, kao i stručno osposobljavanje pripravnika (stav 1, tačka 5). Ova dva prekršaja su potpuno ista kao prva dva pomenuta prekršaja iz prethodne grupe, osim njihovog mogućeg učinioca, sa zaprećenim istim kaznama za odgovorno lice. To dupliranje je potpuno suvišno jer se mogući učinilac mogao drukčije odrediti i tako izbeći nepotrebno opterećivanje teksta. No to dupliranje ne pravi naročiti problem u praksi jer su zaprećene iste kazne. Međutim, u ovoj grupi prekršaja ima i drugačijih primera. Tako, na primer, prekršaj iz ove grupe čini odgovorno lice u organu javne vlasti ako bez odlaganja ne prijavi policijskoj upravi ili javnom tužilaštvu svako saznanje o rodno zasnovanom nasilju za koje sazna u vršenju poslova iz svoje nadležnosti, odnosno u obavljanju svoje delatnosti (stav 1, tačka 11). Veoma sličan prekršaj postoji i u Zakonu o sprečavanju nasilja u porodici (član 36, stav 2)⁴³ koji propisuje da će se kazniti odgovorno lice u državnom i drugom organu, organizaciji i ustanovi koje policiji ili javnom tužiocu neodložno ne prijavi ili ne reaguje na prijavu ili opstruira prijavljivanje ili reagovanje na svako saznanje o nasilju u porodici ili neposrednoj opasnosti od njega. Ovde je minimum propisane kazne 50.000 dinara, deset puta veći nego kod prekršaja iz Zakona o rodnoj ravnopravnosti, pa učiniocu nije nimalo svejedno po kom zakonu će biti kvalifikovana njegova kažnjiva radnja. Razlika se pojavljuje samo u tome što se pojam nasilja u porodici ne poklapa potpuno sa pojmom rodno zasnovanog nasilja, ali su veoma česti slučajevi da se istom radnjom mogu povrediti i jedan i drugi zakon. To može otvoriti brojne probleme oko pravne kvalifikacije delikta, mogućnosti postojanja sticaja i sl.

U grupi **prekršajaja političkih stranaka** (član 69) nalaze se tri prekršaja koje mogu da učine političke stranke kao pravna lica i odgovorna lica u njima. Prvi postoji ako politička stranka ne obezbedi uravnoteženu zastupljenost polova prilikom predlaganja kandidata za narodne poslanike, poslanike i odbornike na način i u

43 Službeni glasnik RS, broj 36/2016.

skladu sa propisima kojima se uređuju izbori (stav 1, tačka 1), drugi ako na svake četiri godine ne donose plan delovanja koji sadrži posebne mere za podsticanje i unapređivanje rodne ravnopravnosti i uravnotežene zastupljenosti polova u svojim organima i obezbeđivanje aktivnog učešća manje zastupljenog pola u sastavu i radu tih organa koji moraju da objave na svojoj internet stranici u roku od pet dana od dana donošenja (stav 1, tačka 2), i treći, ako ne pripremi izveštaje sa podacima o broju žena i muškaraca u organima upravljanja, organima nadzora i njihovim telima i ne dostavi ih Ministarstvu nakon svakog redovnog ili vanrednog izbora, odnosno imenovanja, kao i na zahtev Ministarstva (stav 1, tačka 3).

U grupi **prekršaja sindikalnih organizacija** (član 70) nalaze se dva prekršaja koja sadržinski u potpunosti odgovaraju gore pomenutim prekršajima političkih partija (tačka 2. i 3), s tim što se kao učinilac pojavljuje sindikalna organizacija kao pravno lice i odgovorno lice u njoj. I ovde su zaprećene iste kazne kao i u gornjoj grupi prekršaja, pa i ovde stoji ista konstatacija o nepotrebnom dupliranju prekršaja kao i kod prekršaja poslodavaca, osiguravajućih društava i sredstava informisanja, i prekršaja organa javne vlasti.

ZAKLJUČAK

Načelo rodne ravnopravnosti koje je proklamovano našim Ustavom u potpunosti je pravno zaštićeno. Najveći značaj u toj zaštiti ima kaznenopravna zaštita koja se ostvaruje odredbama krivičnog i prekršajnog prava. Iako se ova zaštita može oceniti kao sveobuhvatna i celovita pri analizi pojedinih odredaba koje se odnose na kaznenopravnu zaštitu ovog načela mogu se uočiti izvesne nelogičnosti i nepreciznosti. Ovo se naročito odnosi na prekršajnopravnu zaštitu gde se javljaju brojna preklapanja i nepotrebna dupliranja odredaba. Ovo je posledica izražene želje da se ovo načelo istakne u svim oblastima gde ono može da bude od značaja, i to ne samo na nivou njegovog proklamovanja, već i putem njegove prekršajnopravne zaštite. Kada tome dodamo i prekršajnopravnu zaštitu ovog principa u Zakonu o zabrani diskriminacije i, naravno, u samom Zakonu o rodnoj ravnopravnosti, dolazimo do zaključka o svojevrstnoj prenormiranosti u ovoj oblasti koja nema svog opravdanja i ne doprinosi boljoj zaštiti zaštićenog dobra, jer su te brojne odredbe veoma često nedovoljno međusobno usklađene. Osim toga te odredbe zbog svojih nepreciznih formulacija često imaju i elemente pojedinih krivičnih dela pa je ponekad teško povući granicu između prekršajnopravne i krivičnopravne zaštite. Tako, na primer, ako bi odgovorno lice u pravnom licu učinilo neki diskriminatorni akt pri zapošljavanju na osnovu pola odnosno rodnog identiteta lica ono bi učinilo prekršaj iz člana 274. Zakona o radu (zaprećena novčana kazna od 30000 do 150000 dinara), ali bi istovremeno učinilo i prekršaj iz člana 67. Zakona o rodnoj ravnopravnosti (zaprećena novčana kazna 5000 do 150000 dinara) i prekršaj iz člana 51. Zakona o zabrani diskriminacije (zaprećena novčana kazna 20000 do 100000 dinara), a moguće i krivično delo povrede ravnopravnosti (zaprećena kazna zatvora do tri godine).

Sve ovo govori o, u poslednje vreme, sve više prisutnom kazuističkom pristupu pri normiranju kaznenih delikata proizašlom iz želje zakonodavca da pokrije sve moguće situacije koje želi da inkriminiše određujući ih kao zaseban delikt (krivično

delo ili prekršaj), bez dovoljnog nivoa uopštenosti, ne prezajući od nepotrebnog ponavljanja.⁴⁴ Stoga bi, *de lege ferenda*, trebalo razmisliti o temeljnoj reviziji prekršajnih odredaba kojima se štiti rodna ravnopravnost u pomenutim zakonima u smislu njihovog preciziranja, što bi doprinelo njihovoj lakšoj i doslednijoj primeni u praksi.

Đorđe Đorđević

University of Criminal Investigation and Police Studies

PRINCIPLE OF GENDER EQUALITY AND ITS CRIMINAL AND MISDEMEANOR LAW PROTECTION IN OUR LAW

SUMMARY

In 2021, the National Assembly of the Republic of Serbia adopted the Law on Gender Equality. The adoption of this law raised many questions and, among other things, re-actualized the issue of criminal and misdemeanor law protection of this constitutional principle. New law, as well as the previous Law on Gender Equality, provided for numerous violations and thus, directly or indirectly, paradoxically violates or threatens the consistent application of the principle of gender equality in practice.

In addition to this law, criminal protection of gender equality is achieved through application of other laws, among which the Criminal Code and the Law on Prohibition of Discrimination are certainly of the greatest importance. In that way criminal protection within the Criminal Code and misdemeanor protection contained in the Law on Gender Equality, the Law on Prohibition of Discrimination and some other laws should provide complete and comprehensive protection to this principle. However, insufficiently precise formulations in these misdemeanor regulations, significant overlaps that exist between them, as well as insufficiently clear border between misdemeanor and criminal liability open many problems in this area and prevent their consistent application in practice.

Keywords: Gender Equality, Prohibition of Discrimination, Constitution of the Republic of Serbia, Criminal Code, Criminal Legislation, Misdemeanor Legislation.

44 Đorđević Đ: Kaznenopravni aspekt zaštite od diskriminacije, u tematskoj monografiji „Kaznena reakcija u Srbiji, III deo“, urednik Ignjatović Đ, izd. Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, str. 110.

Dragana Kolaric*

Kriminalističko-policijski univerzitet i Ustavni sud Republike Srbije

POSTUPANJE SUDOVA U SLUČAJEVIMA PREKRŠAJA PO ZAKONU O DEVIZNOM POSLOVANJU

- oduzimanje gotovog novca na graničnim prelazima -

Apstrakt: Iščekujući odluku ESLJP u predmetu *Prenča i sedam drugih protiv Srbije*, dajemo kratak pregled dosadašnjeg postupanja redovnih sudova u našoj zemlji, kao i Ustavnog suda Srbije i Evropskog suda za ljudska prava u slučajevima „deviznih“ prekršaja. Naime, u slučaju otkrivanja neprijavljenog novca (gotovine) prilikom carinske kontrole na graničnim prelazima dolazi do pokretanja prekršajnog postupka. Naše zakonodavstvo predviđa izricanje novčane kazne i zaštitne mere celokupnog oduzimanja deviza preko dozvoljenog iznosa od 10.000 evra koji se može uneti/izneti iz Republike Srbije bez prijave. Postoji i mogućnost delimičnog oduzimanja predmeta koji su upotrebljeni ili su bili namenjeni za izvršenje prekršaja ili su nastali izvršenjem prekršaja, ako pobude ili druge okolnosti pod kojima je prekršaj izvršen ukazuju da nije opravdano da se predmet oduzme u celini. Sa stanovišta ESLJP član 1. Protokola 1 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda treba tumačiti na način da mešanje u pravo imovine mora odgovarati težini povrede da bi bilo srazmerno, dok sankcija mora odgovarati težini prekršaja koji se isključivo sastoji od nepoštovanja obaveze prijavljivanja. Stoga, jedina sankcija za nepoštovanje obaveze prijavljivanja trebalo bi da bude novčana kazna, dok bi se u slučajevima protivpravnih radnji kao što su pranje novca ili finansiranja terorizma gotovina mogla zadržati do odluke nadležnih državnih organa. Jezičko tumačenje navedenih odredbi našeg zakonodavstva je dovelo do dominantne prakse prekršajnih sudova da u slučaju kada nerezidenti, a ređe i rezidenti, prenose sredstva plaćanja (gotov novac), iz inostranstva u inostranstvo, suprotno propisima Narodne banke Srbije, oduzimanje gotovog novca u celosti bude pravilo. Do primene stava 2. člana 64. Zakona o deviznom poslovanju (delimično oduzimanje gotovog novca) skoro da i ne dolazi. U ovom radu nastojimo da utvrdimo, nakon analize prakse ESLJP, da li takvim postupanjem prekršajnih sudova dolazi do mešanja države u pravo na mirno uživanje imovine u okviru zakonskih okvira u Republici Srbiji.

Ključne reči: devize, prekršaji, zakon, ESLJP, pravo na imovinu, srazmernost.

UVODNE NAPOMENE

Kada naši organi za prekršaje otkriju neprijavljeni novac (gotovinu) prilikom carinske kontrole na graničnim prelazima dolazi, najčešće, do pokretanja prekršajnog postupka. U takvoj situaciji se mogu naći i domaći i strani državljani. U postupku

* redovni profesor i sudija Ustavnog suda Republike Srbije, dragana.kolaric@ustavni.sud.rs, dragana.kolaric@kpu.edu.rs.

pred Ustavnim sudom dominiraju ustavne žalbe stranih državljana u kojima se, prvenstveno, ističe povreda prava na imovinu, ređe i povreda prava na pravično suđenje. Analizirajući praksu Evropskog suda za ljudska prava, kao nedoumica se izdvojilo pitanje srazmernosti između izrečene novčane kazne i zaštitne mere (celokupnog oduzimanja deviza preko dozvoljenog iznosa od 10.000 evra koji se može uneti/izneti iz Republike Srbije bez prijave) kao sankcija koje su izrečene u cilju zaštite javnog interesa sa pravom podnosioca na mirno uživanje imovine iz člana 58. Ustava.

Identifikacija i precizno uobličavanje problema se u ovom slučaju, u suštini, svodi na primenu odredbi Zakona o deviznom poslovanju od strane prekršajnih sudova i potonjeg utvrđivanja da li je u konkretnom slučaju došlo do povrede prava na imovinu koje je garantovano članom 58. Ustava Republike Srbije (od strane Ustavnog suda) ili člana 1 Protokola 1 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (od strane ESLJP).

Naime, prema članu 64. Zakona o deviznom poslovanju za prekršaj iz čl. 59. do 63. ovog zakona, pored novčane kazne, izreći će se i zaštitna mera oduzimanja predmeta koji su upotrebljeni ili su bili namenjeni za izvršenje prekršaja ili su nastali izvršenjem prekršaja. Prema stavu 2. izuzetno od odredbe stava 1. ovog člana, može se izvršiti delimično oduzimanje predmeta koji su upotrebljeni ili su bili namenjeni za izvršenje prekršaja ili su nastali izvršenjem prekršaja, ako pobude ili druge okolnosti pod kojima je prekršaj izvršen ukazuju da nije opravdano da se predmet oduzme u celini.

Jezičko tumačenje navedenih odredbi¹ je dovelo do dominantne prakse prekršajnih sudova da u slučaju kada nerezidenti, a ređe i rezidenti, prenose sredstva plaćanja (gotov novac), iz inostranstva u inostranstvo, suprotno propisima Narodne banke Srbije oduzimanje gotovog novca u celosti bude pravilo. Do primene stava 2. člana 64. Zakona o deviznom poslovanju (delimično oduzimanje gotovog novca) skoro da i ne dolazi. Da li takvim postupanjem prekršajnih sudova dolazi do mešanja države u pravo na mirno uživanje imovine u okviru zakonskih okvira u Republici Srbiji?

Ustavni sud je u odluci UŽ – 1202/2016 skrenuo pažnju prekršajnim sudovima da, imajući u vidu da je zakonskom odredbom za prekršaje u oblasti deviznog poslovanja (pomenuti stav 2. člana 64. Zakona o deviznom poslovanju) propisano da se izuzetno može izvršiti i delimično oduzimanje predmeta, prilikom izricanja zaštitne mere oduzimanja predmeta i odlučivanja da li će predmet prekršaja oduzeti u potpunosti ili delimično, moraju imati u vidu pobude ili druge okolnosti konkretnog slučaja pod kojima je prekršaj izvršen (da li je novac koji je predmet prekršaja zakonitog porekla, da li je dokaz o poreklu novca dostavljen sudu, gde se novac nalazio, da li je i kako bio sakriven, koji je bio način prenošenja novca i slično), te da svoju odluku u navedenom smislu dodatno obrazlože.

Pokušaj preciznog, taksativnog nabrojanja okolnosti koje sud treba da uzme u obzir prilikom primene stava 2. člana 64. Zakona o deviznom poslovanju se čini nemogućim, i kao u svakom slučaju taksativnog nabrojanja može da izazove mnogobrojne probleme. Na ovom mestu skrećemo pažnju i na stav ESLJP po kome je

1 Pri tome ističemo da se drugim vrstama tumačenja pravnih normi pribegava najčešće kada jezičko ili gramatičko tumačenje norme nije dovoljno. Da li ovde imamo taj problem i da li su redovni sudovi pogrešno tumačili ove odredbe?

povreda prava na imovinu moguća i u slučaju da zakon daje mogućnost da se devize oduzmu delimično.

Praksa redovnih sudova koji su do skoro, po automatizmu, primenjivali stav 1. i nisu razmatrali navode istaknute tokom prvostepenog postupka i u žalbi počinje, posle nekih odluka Ustavnog suda, da se menja. Međutim, opravdano se postavlja pitanje kada treba da dođe do primene stava 2. člana 64. Uglavnom se u presudama Prekršajnih apelacionih sudova odbijala kao neosnovana žalba okrivljenog, a presuda Prekršajnog suda potvrđivala. U obrazloženju se najčešće isticalo da je neuverljiva odbrana okrivljenog da nije znao da treba da prijavi sav novac, jer prema utvrđenom činjeničnom stanju okrivljeni putuje između različitih zemalja, pa s obzirom da je propisima koji važe i u drugim državama, a koji se tiču unosenja i iznošenja efektivnog stranog novca, ograničeno iznošenje i unosenje efektivnih sredstava plaćanja, okrivljeni mogao znati da je iznošenje i unosenje deviznih sredstava ograničeno. Kada je u pitanju zaštitna mera, drugostepeni sud najčešće nalazi da je prvostepeni sud pravilno primenjujući odredbu člana 64. stav 1. Zakona o deviznom poslovanju, okrivljenom izrekao zaštitnu meru oduzimanja predmeta koji su upotrebljeni za izvršenje prekršaja, jer je ova zaštitna mera propisana kao obavezna za učinjeni prekršaj, da su neosnovani žalbeni navodi branioca okrivljenog da je trebalo primeniti institut delimičnog oduzimanja predmetnog novca iz člana 64. stav 2., jer te okolnosti ne mogu dovesti do drugačije odluke u pogledu izricanja zaštitne mere oduzimanja predmeta kojima je prekršaj izvršen budući da ne ukazuju ni na kakvu posebnu okolnost koja bi bila osnov da se okrivljenom predmet kojim je prekršaj izvršen, ne oduzme u celini, zbog čega drugostepeni sud ove navode iznete u žalbi branioca okrivljenog nije prihvatio. Postoje, naravno, specifičnosti pojedinih slučajeva kada podnosioci ustavne žalbe u redovnim postupcima prilažu različite vrste dokaza o zakonitom poreklu oduzetog novca, prilažu kupoprodajne ugovore i sl. Takođe, način prenošenja deviza može da bude od značaja (neki okrivljeni su držali novac na sakrivenom mestu npr. tajnoj pregradi u automobilu, dok neki nisu krili devize već su im stajale u torbi ili vratima automobila), kao i učestalost prelaska granice. To su, međutim, sve okolnosti koje moraju da utvrđuju redovni sudovi, jer Ustavni sud nije instancioni i ne utvrđuje činjenice koje treba da budu utvrđene u redovnom sudskom postupku.

Ustavni sud može da inicira promenu zakonskih rešenja Narodnoj skupštini. Mogući pristupi za zakonodavca bi mogli biti primeri dobre prakse iz uporednog prava (npr. Hrvatska ili Mađarska). Sa druge strane, postoje predmeti koji su već u US, koje treba što urgentnije rešavati, zbog nastupanja apsolutne zastarelosti krivičnog gonjenja², posebno u slučajevima kada se US odluči da poništi presudu Prekršajnog Apelacionog suda.

2 Rok zastarelosti počinje da teče od dana kada je prekršaj učinjen i iznosi pet godina, što je poseban rok zastarelosti za prekršaje iz oblasti deviznog poslovanja. Na osnovu pravnog shvatanja zauzetog na Trećoj sednici svih sudija Prekršajnog apelacionog suda u Beogradu od 30. novembra 2017. godine, apsolutna zastarelost vođenja prekršajnog postupka nastupa istog datuma kada je prekršaj izvršen. U pravnom shvatanju je navedeno da je „odredbom člana 84. stav 7. Zakona o prekršajima je propisano da pokretanje i vođenje prekršajnog postupka zastareva u svakom slučaju kada protekne dva puta onoliko vremena koliko se po zakonu traži za zastarelost (materijalni rok), što znači da apsolutna zastarelost nastupa istog datuma (u pogledu dana i meseca) kada se okrivljenom stavlja na teret izvršenje prekršaja, a zastarelost počinje da teče onoga dana

Zbog svega izrečenog, čini se da ne treba problem „trajno“ prevazilaziti odlukama US. To je prihvatljivo samo u periodu dok se ne realizuje izmena Zakona o deviznom poslovanju. Predmete koji se nalaze u proceduri u US treba što pre rešiti, kao i one ustavne žalbe koje će biti predate do izmena i dopuna zakonodavstva u ovoj oblasti. I *Uredbom (EZ) broj 1889/2005 Evropskog Parlamenta i Saveta od 26. oktobra 2005. godine o kontroli gotovine koja se unosi u Zajednicu ili iznosi iz Zajednice* („Službeni list Evropske Unije“ L. 309) utvrđeno je da svako fizičko lice koje ulazi u Zajednicu ili je napušta, a nosi gotovinu u vrednosti od 10.000 EUR ili više, prijavljuje taj iznos nadležnim telima države članice preko koje ulazi u Zajednicu ili je napušta, saglasno ovoj Uredbi. Obaveza prijavljivanja nije ispunjena ako su dati netačni ili nepotpuni podaci (član 3.). Ista je kasnije izmenjena *Uredbom EU 2018/1672*.³ Stoga Srbija, ako želi da postane punopravna članica EU, treba da sprovede usaglašavanje svog zakonodavstva. Ona se primenjuje od juna 2021. godine. Državama se predlaže da, umesto trajnog oduzimanje novca zbog neprijavlivanja, u domaćem zakonodavstvu propišu privremeno oduzimanje novca, sve dok se ne utvrdi poreklo novca i eventualna povezanost novca sa kriminalnim aktivnostima, pranjem novca, finansiranjem terorizma. Što se tiče sankcionisanje za neprijavlivanje novca, u Uredbi se ističe da kazna mora da bude efikasna, srazmerna protivpravnoj radnji pojedinca i da odvraća učinioce od ponavljanja ovog dela. Posebno je istaknuto da se ove sankcije moraju odnositi samo na radnju neprijavlivanja gotovog novca, kao i da se moraju uvažiti stavovi ESLJP-a i Suda pravde EU.⁴

1. PRAVNI OKVIR ZA POSTUPANJE NADLEŽNIH DRŽAVNIH ORGANA U SLUČAJEVIMA „DEVIZNIH“ PREKRŠAJA

Pravni režim za postupanje nadležnih državnih organa u slučajevima deviznih prekršaja propisan je, pre svega, *Zakonom o deviznom poslovanju*,⁵ *Zakonom o sprečavanju pranja novca i finansiranja terorizma*⁶ i *Zakonom o prekršajima*,⁷ ali i *Odlu-*

kada je radnja učinjena, zbog čega se u konkretnom slučaju prilikom odlučivanja o zastarelosti ne može primeniti član 137. stav 3. Zakona o prekršajima, jer su istim propisani procesni rokovi (npr. rokovi za podnošenje zahteva za pokretanje prekršajnog postupka, žalbe, prigovora itd.). O istom pitanju vidi i Odluku Ustavnog suda UŽ – 9933/2016.

3 Regulation (EU) 2018/1672 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2018 on controls on cash entering or leaving the Union and repealing Regulation (EC) No 1889/2005, *Official Journal of the European Union*, 12.11.2018.

4 Inače, kada su u pitanju odluke Suda pravde EU, ističemo odluku u predmetu *Chmielewski* (C-255/14, iz 2015.) Sud pravde EU presudio je da se ne čini kako je novčana kazna u iznosu koji odgovara 60% iznosa neprijavljene gotovine proporcionalna (paragraf 30.). U tom smislu, primetio je da sankcija iz člana 9. Uredbe 1889/2005 ne služi za kažnjavanje mogućih nepoštenih ili nezakonitih aktivnosti, već isključivo kršenja obaveze prijavljivanja iz člana 3. Uredbe (paragraf 31.). Takođe je istaknuto da se članom 4. stavom 2. Uredbe predviđa mogućnost zadržavanja, na temelju upravne odluke, gotovine koja nije prijavljena kako bi se, među ostalim, omogućilo nadležnim telima da izvrše potrebne kontrole i provere u vezi s poreklom gotovine i namenom i odredištem (paragraf 33.).

5 *Sl. glasnik RS*, br. 62/06, 31/11, 93/12, 119/12, 139/14 i 30/18.

6 *Sl. glasnik RS*, br. 113/17, 91/19.

7 *Sl. glasnik RS*, br. 65/13, 13/16, 98/16 – odluka US, 91/19.

kom Narodne banke Srbije o uslovima za lične i fizičke prenose sredstava plaćanja u inostranstvo i iz inostranstva.⁸ Sve pravne norme i dejstvovanje nadležnih državnih organa mora biti u saglasju sa *Ustavom Republike Srbije*.⁹ Odredbom člana 58. Ustava je utvrđeno da se jemči mirno uživanje svojine i drugih imovinskih prava stečenih na osnovu zakona (stav 1.); da pravo svojine može biti oduzeto ili ograničeno samo u javnom interesu utvrđenom na osnovu zakona, uz naknadu koja ne može biti niža od tržišne (stav 2.); da se zakonom može ograničiti način korišćenja imovine (stav 3.); da je oduzimanje ili ograničenje imovine radi naplate poreza i drugih dažbina ili kazni, dozvoljeno samo u skladu sa zakonom (stav 4.).

*Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda*¹⁰ je svakako jedan od najvažnijih međunarodnih dokumenata u oblasti zaštite ljudskih prava. Standardi koje postavlja EKLJP su važni za nacionalne pravne sisteme jer postoji delotvorna kontrola ESLJP. U slučaju osude države, ESLJP ukazuje na slabosti njenog pravnog sistema. Pored toga što takve odluke mogu državu da koštaju, postoji i mogućnost da država u slučaju podnošenja novih predstavki bude osuđena zbog postupanja koje je suprotno osnovnim slobodama i pravima zajemčenim EKLJP.¹¹ Saglasno odredbama člana 1. Protokola 1 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, svako fizičko i pravno lice ima pravo na neometano uživanje svoje imovine i niko ne može biti lišen svoje imovine, osim u javnom interesu i pod uslovima predviđenim zakonom i opštim načelima međunarodnog prava (stav 1.). Prethodne odredbe, međutim, ni na koji način ne utiču na pravo države da primenjuje zakone koje smatra potrebnim da bi regulisala korišćenje imovine u skladu s opštim interesima ili da bi obezbedila naplatu poreza ili drugih dažbina ili kazni (stav 2.).

Odredbama *Zakona o prekršajima* propisano je: da je svrha propisivanja, izricanja i primene prekršajnih sankcija da građani poštuju pravni sistem i da se ubuduće ne čine prekršaji (član 5. stav 2.); da su prekršajne sankcije kazne, kazneni poeni, opomena, zaštitne mere i vaspitne mere (član 32.); da se za prekršaj mogu propisati kazna zatvora, novčana kazna i rad u javnom interesu (član 33.); da se novčana kazna može raspisati u rasponu od 5.000 do 150.000 dinara za fizičko ili odgovorno lice i da se izuzetno od odredaba stava 1. ovog člana, za prekršaje iz oblasti javnih prihoda, javnog informisanja, carinskog, spoljnotrgovinskog i deviznog poslovanja, životne sredine, prometa robe i usluga i prometa hartijama od vrednosti zakonom mogu propisati kazne u srazmeri sa visinom pričinjene štete ili neizvršene obaveze, vrednosti robe ili druge stvari koja je predmet prekršaja, ali ne više od dvadesetstrukog iznosa tih vrednosti, s tim da ne prelazi petostruki iznos najvećih novčanih kazni koje se mogu izreći po odredbi stava 1. ovog člana (član 39. stav 1. tačka 1)

8 Odluka o uslovima za lične i fizičke prenose sredstava plaćanja u inostranstvo i iz inostranstva, *Sl. glasnik RS*, br. 67/06, 52/08 i 18/09.

9 *Sl. glasnik RS*, br. 98/2006, 115/2021.

10 Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Sl. list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/2003, 5/2005, 7/2005 – ispravka i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/2010.

11 G. Ilić, *Država versus kriminalitet i standardi ljudskih prava*, u: *Kriminal i državna reakcija: fenomenologija, mogućnosti i perspektive*, Palić, 2001, str. 5–29.

i stav 4.); da je svrha primene zaštitne mere da otkloni uslove koji omogućavaju ili podstiču učinioca na izvršenje novog prekršaja (član 51. stav 1.); da se kao vrsta zaštitne mere može propisati oduzimanje predmeta (član 52. stav 1. tačka 1)); da se zaštitne mere izriču uz izrečenu kaznu, opomenu ili vaspitnu meru (član 53. stav 2.); da se predmeti koji su upotrebljeni ili su bili namenjeni za izvršenje prekršaja ili koji su nastali izvršenjem prekršaja mogu oduzeti od učinioca prekršaja, da će sud koji je doneo presudu odrediti, u skladu sa posebnim propisima, da li će se oduzeti predmeti uništiti, prodati ili predati zainteresovanom organu, odnosno organizaciji i da se propisom kojim se određuje prekršaj može predvideti obavezno izricanje zaštitne mere oduzimanje predmeta (član 54. st. 1, 2. i 4.).

Odredbama *Zakona o deviznom poslovanju* propisano je: da se ovim zakonom uređuju jednostrani prenosi sredstava plaćanja iz Republike Srbije (u daljem tekstu: Republika) i u Republiku koji nemaju obeležja izvršenja posla između rezidenata i nerezidenata (član 1. stav 1. tačka 4)); da Narodna banka Srbije propisuje bliže uslove za lične i fizičke prenose sredstava plaćanja u inostranstvu i iz inostranstva (član 31.); da carinski organ vrši kontrolu iznošenja iz Republike i unošenja u Republiku efektivnog stranog novca, dinara, čekova i hartija od vrednosti u putničkom, robnom i poštanskom saobraćaju (član 47.); da carinski organ na graničnom prelazu privremeno oduzima od rezidenata i nerezidenata uz izdavanje potvrde, dinare i efektivni strani novac, čekove i hartije od vrednosti koji glase na stranu valutu koji prelaze iznos koji propiše Narodna banka Srbije (član 48.); da će se novčanom kaznom od 5.000 do 150.000 dinara kazniti za prekršaj nerezident – fizičko lice ako ne postupi u skladu sa propisom Narodne banke Srbije koji uređuje bliže uslove za lične i fizičke prenose sredstava plaćanja u inostranstvo i iz inostranstva (član 31.) (član 63. stav 1. tačka 14)); da će se za prekršaj iz člana 59. do 63. ovog zakona, pored novčane kazne, izreći i zaštitna mera oduzimanja predmeta koji su upotrebljeni ili su bili namenjeni za izvršenje prekršaja ili su nastali izvršenjem prekršaja i da se izuzetno od odredbe stava 1. ovog člana, može izvršiti delimično oduzimanje predmeta koji su upotrebljeni ili su bili namenjeni za izvršenje prekršaja ili su nastali izvršenjem prekršaja, ako pobude ili druge okolnosti pod kojima je prekršaj izvršen ukazuju da nije opravdano da se predmet oduzme u celini (član 64. st. 1. i 2.).

Zakon o sprečavanju pranja novca i finansiranja terorizma propisuje radnje i mere koje se preduzimaju radi sprečavanja i otkrivanja pranja novca i finansiranja terorizma (član 1. stav 1.). Ovaj zakon uređuje nadležnost Uprave za sprečavanje pranja novca i nadležnost drugih organa za sprovođenje odredaba ovog Zakona (član 1. stav 2.). Pranjem novca, u smislu ovog Zakona, smatra se konverzija ili prenos imovine stečene izvršenjem krivičnog dela; prikrivanje ili netačno prikazivanje prave prirode, porekla, mesta nalaženja, kretanja, raspolaganja, vlasništva ili prava u vezi sa imovinom koja je stečena izvršenjem krivičnog dela; sticanje, držanje ili korišćenje imovine stečene izvršenjem krivičnog dela (član 2. stav 1.). Finansiranjem terorizma, u smislu ovog zakona, smatra se obezbeđivanje ili prikupljanje imovine ili pokušaj njenog obezbeđivanja ili prikupljanja, u nameri da se koristi ili sa znanjem da može biti korišćena, u celosti ili delimično: za izvršenje terorističkog akta; od strane terorista; od strane terorističkih organizacija (član 2. stav 2.). Pod finansiranjem terorizma smatra se i podstrekivanje i pomaganje u obezbeđivanju i prikupljanju imovine, bez

obzira da li je teroristički akt izvršen i da li je imovina korišćena za izvršenje terorističkog akta (član 2. stav 3.). Svako fizičko lice koje prelazi državnu granicu i pri tome nosi fizički prenosiva sredstva plaćanja u iznosu od 10.000 evra ili više u dinarima ili stranoj valuti, dužno je da to prijavi nadležnom carinskom organu (član 86.), a evidencije o prijavljenim i neprijavljenim prenosima fizički prenosivih sredstava plaćanja u iznosu od 10.000 evra ili više u dinarima ili stranoj valuti preko državne granice sadrže informacije o poreklu fizički prenosivih sredstava plaćanja i namenu za koju će ta sredstva biti upotrebljena (član 100. stav 6. i 7.). Kršenje zakonske odredbe o dužnosti prijavljivanja je propisano kao prekršaj u članu 120. stav 5. navedenog zakona, kojim je propisana kazna u iznosu od 5.000,00 do 50.000,00 dinara.

Odlukom Narodne banke Srbije o uslovima za lične i fizičke prenose sredstava plaćanja u inostranstvo i iz inostranstva je regulisan prenos sredstava plaćanja, odnosno gotovog novca. Od posebnog značaja su dve tačke navedene odluke i to tačka 11a kojom je regulisana situacija unosa efektivnog stranog novca u Republiku Srbiju, a odvojeno i sledeća tačka 12. kojom je, pak, regulisana drugačija situacija, iznošenja efektivnog stranog novca iz Republike Srbije u inostranstvo. Relevantni delovi tih odredaba glase:

„11a. Nerezident – fizičko lice može slobodno unositi u Republiku efektivni strani novac, s tim što je dužan da iznos veći od 10.000 evra, odnosno protivvrednost u drugoj stranoj valuti prijavi nadležnom carinskom organu, koji mu o tome izdaje potvrdu.

12. Nerezident – fizičko lice može iznositi u inostranstvo efektivni strani novac do iznosa od 10.000 evra, odnosno protivvrednost u drugoj stranoj valuti. Ako ovaj nerezident istovremeno u inostranstvo iznosi dinare i efektivni strani novac – ukupan iznos tih sredstava ne može preći 10.000 evra, odnosno protivvrednost u drugoj stranoj valuti.

Nerezident – fizičko lice može iznositi u inostranstvo efektivni strani novac iznad iznosa iz stava 1. ove tačke:

- koji je prijavio pri ulasku u Republiku – na osnovu potvrde o unošenju efektivnog stranog novca u Republiku, koju obezbeđuje i overava carinski organ;*
- koji je podigao s deviznog računa ili devizne štedne knjižice kod banke u Republici – na osnovu potvrde te banke;*
- koji je stekao prodajom dinara dobijenih prethodnim korišćenjem platne kartice u Republici – na osnovu potvrde menjača.*

Potvrde iz stava 2. ove tačke carinski organ poništava pri prvom izlasku iz Republike.“

Iz navedenih odredaba vidljiva je jasna distinkcija između fizičkog unosa efektivnog stranog novca u Republiku Srbiju i iznošenja istog u inostranstvo, u oba slučaja za iznose preko 10.000 evra. Unos je načelno slobodan, uz minimalnu obavezu prijave nadležnom carinskom organu i pribavljanja odgovarajuće potvrde o tome. Sa druge strane, iznošenje efektivnog stranog novca iz Republike Srbije u inostranstvo je limitirano posebnim dodatnim uslovima. Za razliku od unosa u Republiku Srbiju, koji je načelno slobodan uz pravni režim obaveštavanja nadležnog carinskog organa, iznošenje iz Republike Srbije novčanih iznosa većih od 10.000 EUR je ne samo praćeno obavezom obaveštavanja, već u pojedinim slučajevima i obavezom dokazivanja izvora sredstava.

U svim dosadašnjim odlukama Ustavnog suda, praktično, nije pravljena dovoljna ili čak nije napravljena uopšte distinkcija između radnji predmetnih deviznih prekršaja. Naime, bitno je istaći da, iako se ovaj prekršaj može posmatrati jedinstveno – generički, i sastoji u fizičkom prenosu gotovog novca preko graničnih prelaza bez postupanja u skladu sa određenim obavezama, on se ipak može i razdvojiti na dva prekršaja, sa dve radnje. Prva je unos gotovog novca u Republiku Srbiju, sa jedne strane i iznos gotovog novca iz Republike Srbije, sa druge strane.

Ustavni sud u dosadašnjoj praksi čini se nije pravio razliku od tome da li se radi o prekršajnom postupku vođenom usled unosa ili iznošenja novčanih sredstava, te su se primera radi, usvajajuće odluke odnosile kako na prekršaje unosa efektivnog stranog novca (npr. Už – 1202/2016), tako i na prekršaje iznošenja iz Republike Srbije (Už – 367/2016). Takođe, neke odbijajuće odluke Ustavnog suda su donete nakon prekršajnih postupaka u kojima je oduzet novac prilikom unosa u Republiku Srbiju (Už – 5214/2016 i Už – 8449/2017).

Na ovom mestu, iznosimo zanimljivu tezu tj. argument u korist oduzimanja novca, posebno u slučajevima unosa novca. Naime, imajući u vidu to da je u *Zakonu o prekršajima propisano da je svrha primene zaštitne mere da otkloni uslove koji omogućavaju ili podstiču učinioca na izvršenje novog prekršaja (član 51. stav. 1)*, moglo bi se argumentovati da oduzimanje celokupnog nedozvoljenog iznosa zbog neprijavlivanja prilikom unosa ima za svrhu otklanjanje uslova koji bi omogućili učinioca (posebno nerezidenta) da ponovi prekršaj (tj. da ponovo ne prijavi novac) i prilikom izlaska iz države, što bi teško moglo da se brani kao argument za oduzimanje samo prilikom iznošenja novca.

U svakom slučaju, ova distinkcija između fizičkog unosa efektivnog stranog novca u Republiku Srbiju i iznošenja istog u inostranstvo može da ima potencijalni značaj za razmatranje daljeg postupanja po ovakvim predmetima i daljeg brušenja sudske prakse bilo na bazi od slučaja do slučaja bilo za formiranje načelnih stavova.

2. STANDARDI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Presude ESLJP nisu bez značaja. Čak naprotiv, uticaj strazburške prakse je sve veći. Uloga sudije, posebno sudije Ustavnog suda,¹² dobija na značaju u svetlu metoda tumačenja i standarda koje primenjuje Evropski sud za ljudska prava.

U pogledu tematike koja predmet ove analize izdvajamo nekoliko presuda ESLJP: *Gabrić protiv Hrvatske*,¹³ *Boljević protiv Hrvatske*,¹⁴ *Imeri protiv Hrvatske*,¹⁵ *Karapetyan protiv Gruzije*.¹⁶

Posebnu pažnju zaslužuje činjenica da je ESLJP u aprilu ove godine našem zastupniku komunicirao predmet *Zivlak protiv Srbije*, po predstavi podnetoj 11. fe-

12 Po oceni ESLJP ustavna žalba se smatra delotvornim pravnim sredstvom. Vidi: *Vinčić i drugi protiv Srbije*, 1. decembar 2009. godine, § 51.

13 *Gabrić protiv Hrvatske*, 9702/04, 05.02.2009.

14 *Boljević protiv Hrvatske*, 43492/11, 31.01.2017

15 *Imeri protiv Hrvatske*, presuda od 24. juna 2021. godine, predstavka broj 77668/14.

16 *Karapetyan protiv Gruzije*, od 15. oktobra 2020. godine, predstavka broj 61233/12 .

bruara 2017. godine protiv Srbije. Predstavku je podneo Branko Zivlak a njegova ustavna žalba protiv presude Prekršajnog apelacionog suda – Odeljenje u Kragujevcu je odbačena kao očigledno neosnovana, rešenjem Už – 3900/2015 od 8. novembra 2016. godine. U predmetu *Zivlak* ESLJP je stranama postavio pitanje: da li je povređeno pravo podnosioca predstavke na mirno uživanje imovine u smislu člana 1 Protokola 1, posebno uzimajući u obzir njegov argument o podeljenoj (zajedničkoj) svojini nad oduzetim novcem (videti st. 63–93. presude *Imeri protiv Hrvatske*, od 24. juna 2021. godine, predstavka broj 77668/14, sa daljim referencama; videti takođe, u vezi nepotkrepljenih tvrdnji o podeljenoj svojini st. 24 i 38–40 presude *Karapetyan protiv Gruzije*, od 15. oktobra 2020. godine, predstavka broj 61233/12).

Takođe, u toku je rešavanje i u predmetu *Prenča i sedam drugih protiv Srbije*, predstavka broj 48725/12 (osam predstavki, koje datiraju iz 2012, 2013, 2014. i 2015. godine, koje se odnose na oduzimanje na graničnom prelazu neprijavljene gotovine ili predmeta). Pozivajući se na član 1 Protokola 1, podnosioci predstavki su se žalili da oduzimanje navodno neprijavljene gotovine ili predmeta nije bilo u javnom interesu i da je bilo krajnje nesrazmerno. ESLJP je postavio sledeća pitanja: da li je oduzimanje neprijavljenih iznosa predstavljalo mešanje u mirno uživanje imovine u smislu člana 1 Protokola 1 (ako jeste, da li je mešanje bilo opravdano na osnovu drugog stava člana 1, posebno: da li je bilo utvrđeno zakonom; da li je imalo legitiman cilj; da li je mešanje uspostavilo pravičnu ravnotežu između zahteva opšteg interesa i prava podnosilaca, s obzirom na svrhu i težinu mera).

Zbog predmeta *Gabrić protiv Hrvatske*, *Boljević protiv Hrvatske*, *Imeri protiv Hrvatske* izmenjene su odredbe pojedinih zakona u Hrvatskoj, o čemu će biti više reči kasnije.

Analizirajući predmet *Gabrić protiv Hrvatske* utvrdili smo da je podnositeljka predstavke državljanka Bosne i Hercegovine, srpskog porekla, rođena 1952. godine i živi u Nemačkoj. Hrvatski carinski organi su je pretresli na granici između Bosne i Hercegovine i Hrvatske i otkrili su neprijavljene nemačke marke. Pozivajući se na član 1 Protokola 1, podnositeljka predstavke se žalila da je novčano kažnjena i da joj je u postupku koji je usledio protiv nje oduzet najveći deo novca koji je prenosila preko granice (20.000 DM, ekvivalent 10.226 EUR). ESLJP je najpre konstatovao da je podnositeljka predstavke već novčano kažnjena na carini zbog neprijavlivanja novca i smatrao je da je ta novčana kazna bila dovoljna sankcija za sprečavanje budućih kršenja nacionalnog zakonskog zahteva da se prilikom prelaska granice prijave devize koje se prenose. ESLJP je stoga zaključio da je član 1 Protokola 1 povređen.

U predmetu *Boljević protiv Hrvatske* podnosilac predstavke je crnogorski državljanin. Prilikom ulaska u Hrvatsku nije prijavio unošenje 180.000 evra (dva puta po 90.000 evra). U prekršajnom postupku pred Visokim prekršajnim sudom i Finansijskim inspektoratom Ministarstva finansija taj novac mu je oduzet, zbog toga što, iako je bio dužan da to učini, nije prijavio njegovo unošenje. Podnosilac predstavke je objasnio da je novac bio namenjen za kupovinu stana u Crnoj Gori od hrvatskog državljanina, koji je insistirao da mu novac bude uplaćen sa hrvatskog bankarskog računa. Vlada je priznala da je oduzimanje 180.000 EUR od podno-

sitelja zahteva predstavljalo mešanje u njegovo pravo na mirno uživanje imovine. Međutim, mešanje je bilo u skladu sa zakonom i težilo je legitimnom cilju. Posebno, Vlada je tvrdila da je oduzimanje kao sankcija za dotični prekršaj bila predviđena članom 69. stavom 2. Zakona o deviznom poslovanju i članom 74. Zakona o sprečavanju pranja novca i finansiranju terorizma čije su odredbe bile dovoljno jasne, dostupne i predvidive. S obzirom na legitiman, cilj Vlada je navela da je oduzimanje bila mera usmerena na borbu protiv pranja novca na nacionalnom i međunarodnom nivou. Naglasili su da je pranje novca posebno opasan oblik krivičnog dela i da su brojni međunarodni instrumenti i instrumenti Evropske unije namenjeni borbi protiv pranja novca. Štaviše, fizičko nošenje strane valute u gotovini preko granice jedna je od glavnih metoda prenosa nedopuštenih sredstava, pranja novca i financiranja terorizma. Stoga je država imala pravo i dužnost kontrolisati unošenje velikih iznosa strane valute preko svoje granice i naknadnu upotrebu takvih iznosa.

ESLJP je utvrdio da je oduzimanje novca bilo zakonito, jer je imalo osnov u odredbama merodavnih domaćih zakona, da je imalo legitiman cilj – borbu protiv pranja novca, ali da nije bilo srazmerno, jer se prekršaj sastojao samo u neprijavlivanju novca na državnoj granici. ESLJP je konstatovao da sam prenos novca preko državne granice nije zabranjen niti postoji ograničenje iznosa koji sme da se unese, kao i da podnosilac predstave nije optužen ni za kakvo delo u vezi sa tim novcem. Stoga je zaključio da je Hrvatska povredila pravo podnosioca predstave na mirno uživanje imovine, jer je oduzimanje novca bilo nesrazmerno i predstavljalo je prekomeran teret za podnosioca.

ESLJP ističe da među strankama nije sporno da je odluka o oduzimanju 180.000 EUR od podnosioca zahteva predstavljalo mešanje u njegovo pravo na mirno uživanje vlasništva. Što se tiče zakonitosti mešanja, ESLJP primećuje da je mera oduzimanja u ovom predmetu imala pravni temelj u domaćem zakonu, tačnije u članu 69. stav 2. Zakona o deviznom poslovanju zajedno s članom 74. Zakona o sprečavanju pranja novca. ESLJP takođe smatra da je dotično zakonodavstvo ispunilo kvalitativne uslove o pristupačnosti i predvidivosti. Činjenica da vlasti mogu u određenim okolnostima odlučiti da se gotovina koja je predmet prekršaja ne oduzima ili se oduzima samo delimično ne menja tu ocenu. ESLJP se uverio da je mešanje u pravo vlasništva podnosioca zahteva bilo predviđeno zakonom, kako to zahteva član 1. Protokola br. 1. uz Konvenciju. Isto tako, ESLJP smatra da se mešanjem težilo ostvarenju legitimnog cilja u opštem interesu, i to borbi protiv pranja novca. Prema tome, jedino pitanje koje ostaje ESLJP za utvrditi jeste pitanje je li postojao razuman odnos srazmernosti između sredstava koje su primenile vlasti za postizanje tog cilja i zaštite prava podnosioca zahteva na mirno uživanje vlasništva. Sud mora posebno ispitati je li mešanje postiglo potrebnu pravičnu ravnotežu između zahteva opšteg interesa javnosti i zahteva zaštite prava vlasništva podnosioca zahteva, uzimajući u obzir slobodu procene koja je ostavljena tuženoj državi u tome području. Potrebna ravnoteža neće biti postignuta ako je podnosilac zahteva snosio pojedinačni i prekomerni teret Prekršaj za koji je podnosilac zahteva proglašen krivim sastojao se od toga da nije prijavio carinskim vlastima 180.000 EUR u gotovini koje je prenosio. Važno je napomenuti da čin unošenja gotovine u stranoj valuti u Hrvatsku nije bio nezakonit prema hrvatskom zakonu jer je izričito dopušten prema članu 36. stav

1. Zakona o deviznom poslovanju. Ne samo da je bilo zakonito uneti sredstva u stranoj valuti, nego i iznos koji se mogao zakonito preneti ili, kao što je bilo u ovom predmetu, fizički preneti preko hrvatske granice nije u načelu bio ograničen. Ovaj element razlikuje ovaj predmet od drugih predmeta u kojima se mera oduzimanja primenila na dobra čiji je uvoz bio zabranjen ili na vozila upotrebljena za prenos zabranjenih predmeta ili trgovinu ljudima. Vlada je tvrdila da iako u predmetu Gabrić zakonito poreklo novca nije bilo osporeno, u ovom predmetu podnositelj zahteva nije uspeo dokazati zakoniti izvor i odredište novca koji je nosio preko granice. ESLJP ističe da ništa ne navodi na zaključak da su oduzimanjem iznosa od 180.000 EUR od podnosioca zahteva vlasti htele sprečiti kriminalne aktivnosti, kao što je pranje novca. Jedino nezakonito (no ne i kriminalno) postupanje koje mu je pripisano s obzirom na novac sastojalo se u njegovom propustu da ga prijavi carinskim vlastima. Štaviše, podnositelj zahteva nije bio evidentiran kao učinilac kaznenog dela te nije niti pre niti nakon događaja koji su se zbili bio optužen za bilo koje kazneno delo. Sud ponavlja kako, da bi bilo srazmerno, mešanje mora odgovarati težini povrede, a sankcija težini kaznenog dela. U ovom predmetu imamo nepoštovanje obaveze prijavljivanja, te sankcije moraju biti srazmerne tome, a ne težini neke pretpostavljene povrede koja ustvari nije utvrđena, kao što je to kazneno delo pranja novca ili utaje poreza. U tim okolnostima, ESLJP zaključuje da oduzimanje celog iznosa novca koji je trebalo prijaviti, kao dodatne sankcije uz novčanu kaznu, nije bilo srazmerno zato što je nametnulo prekomeran teret podnosiocu zahteva.

Od značajnijih, novijih odluka Evropskog suda za ljudska prava od posebnog značaja je odluka u predmetu *Imeri protiv Hrvatske*, broj predstavke 77668/14, od 24. juna 2021. godine. Ono što je bitno primetiti da su odluke ESLJP, čini se, direktno motivisane ili čak oslonjene na već postojeću praksu Evropskog suda pravde Evropske unije (ESPEU), koji se očigledno s ovakvim pravnim pitanjima suočavao i pre predmeta pred ESLJP, te je ovaj drugi sud u velikoj meri koristio argumentaciju najvišeg suda Evropske unije po tom pitanju. Ukazaćemo na ključne stavove ove odluke. ESLJP je usled oduzimanja iznosa od 530.000 norveških kruna (pri čemu je aplikantu vraćeno 43.000 evra i 300.000 norveških kruna) na slovenačko-hrvatskoj granici (prilikom unosa novca i ulaska u Republiku Hrvatsku), utvrdio povredu člana 1. Protokola 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (Konvencija) i konstatovao da je samo utvrđenje povrede dovoljna satisfakcija za aplikanta. ESLJP se u ovoj odluci osvrnuo i široko oslonio na praksu ESPEU, citirajući brojne odluke tog suda Evropske unije koji je odlučivao o oduzimanju novca u vezi sa primenom Direktive (EZ) br. 1889/2005 Evropskog parlamenta i veća od 26. oktobra 2005. godine o kontrolama gotovine koja se unosi u Zajednicu ili iznosi iz Zajednice (to je materijalni propis jednak našoj Odluci Narodne banke Srbije o uslovima za lične i fizičke prenose sredstava plaćanja u inostranstvo i iz inostranstva). ESLJP je tako ukazao na presudu ESPEU *Chmielewski (C-255/14, 16 July 2015, EU:C:2015:475)* u kojoj je Sud EU smatrao da je u svetlu prirode povrede, odnosno kršenje obaveze izjašnjavanja o gotovini iz čl. 3 Direktive o kontrolama gotovine iz 2005. godine, novčana kazna u iznosu od 60% iznosa neprijavljenog gotovog novca, kada je taj iznos veći od 50.000 evra, nije izgledala proporcionalna i da član 4. stav

2. Direktive predviđa mogućnost da se administrativnim rešenjem zadrži gotovina koja nije prijavljena, kako bi se, između ostalog, omogućilo nadležnim organima da izvrše neophodne provere u vezi sa poreklo tog novca i njegovu namenu i odredište (*Imeri protiv Hrvatske*, § 44). ESLJP je u ovoj referentnoj presudi dalje ukazao i na to da je nakon presude *Chmielewski* (C-255/14, 16 July 2015, EU:C:2015:475) ESPEU morao da donese odluku u pet drugih slučajeva o srazmernosti kazne izrečene za propust da se gotovina prijavi carini. U predmetu *Lu Zheng* (C-190/17, 31 May 2018, EU:C:2018:357) ESPEU je utvrdio da se novčana kazna koja može biti izrečena do dvostrukog iznosa neprijavljenog iznosa ne može smatrati proporcionalnom. Zatim, da je ESPEU u predmetima *Pinzaru and Cirstinoiu* (C-707/17, 12 July 2018, EU:C:2018:574) i u *AK and EP* (C-335/18 and C-336/18, 30 January 2019, EU:C:2019:92) ocenio nesrazmernim oduzimanje celokupnog neprijavljenog iznosa, pored kazne zatvora do šest, odnosno pet godina zatvora i novčane kazne koja može biti do duplog odnosno petostrukog neprijavljenog iznosa. Takođe, ukazano je i na to da je u predmetu *Mitnitsa Burgas* (C-652/18, 3 October 2019, EU:C:2019:818) ESPEU utvrdio nesrazmernu konfiskaciju celokupnog neprijavljenog iznosa pored novčane kazne od oko 500 evra. Konačno, u predmetu *Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice București* (C-679/19, 19 December 2019, EU:C:2019:1109) ESPEU je utvrdio da je nesrazmerno oduzimanje neprijavljenog iznosa većeg od 10.000 evra uz kaznu od oko 630 evra (*Imeri protiv Hrvatske*, § 45). Zatim je zauzet stav da ovakve odredbe zakona (koje omogućavaju oduzimanje celokupnog iznosa) ne pružaju adekvatnu zaštitu od proizvoljnih mešanja, te može učiniti oduzimanje deviza nepredvidivim (*Imeri protiv Hrvatske*, § 74). Razmatrajući zakonitost mešanja, ESLJP je dodatno istakao da kada je zakonodavstvo propustilo da propiše gornju granicu iznosa koji podleže oduzimanju i dodelilo široko diskreciono pravo relevantnim vlastima bez utvrđivanja bilo kakvih kriterijuma i kada kriterijumi koje su te vlasti koristile prilikom izricanja mere oduzimanja nisu u skladu sa suštinom kaznog dela, mešanje u pravo svojine podnosioca ne ispunjava kvalitativan zahtev o predvidivosti zakona. Međutim, po mišljenju Suda, ti elementi i posledice sa stanovišta usaglašenosti sa članom 1. Protokola br. 1 su materijalni razlozi koje treba uzeti u obzir prilikom procene da li su nacionalne vlasti, kada primenjuju osporenu meru, postigle pravičnu ravnotežu između interesa o kojima se odlučuje (*Imeri protiv Hrvatske*, § 81).

Na kraju ovog dela analize ne možemo a da se ne osvrnemo na odluku u predmetu *Karapetyan protiv Gruzije*. Ovde je ESLJP, usled oduzimanja celokupnog iznosa od 40.000 američkih dolara na gruzijsko-turskoj granici (prilikom iznošenja novca i izlaska iz Gruzije), utvrdio da nije bilo povrede člana 1. Protokola 1. Konvencije, pri čemu je aplikantkinja tvrdila da je od tog iznosa samo 9.000 dolara njeno, a ostatak novca njenih saputnika koji su joj povereni da ih sakrivene ispod odeće iz razloga bezbednosti krišom nosi na sebi, ali o čemu nije dostavila relevantne dokaze. Bitan stav koji je često citiran a iznet upravo u ovoj odluci je da je ESLJP ponovio svoj dosledan pristup da mera oduzimanja, iako, po svojoj prirodi lišava lice imovine, ipak predstavlja kontrolu korišćenja imovine u smislu drugog stava člana 1. Protokola br. 1 Konvencije (ukazujući i na *Boljević protiv Hrvatske*, br. 43492/11,

stav 38, 31. januar 2017, sa daljim referencama) (*Karapetyan* protiv Gruzije, § 32). Bitno je primetiti da je obaveza prijave prenosa novca u Gruziji propisana Zakonom o sprečavanju pranja novca (*Karapetyan* protiv Gruzije, § 32). ESLJP dalje primećuje da države imaju legitiman interes, a takođe i dužnost na osnovu različitih međunarodnih ugovora, da sprovode mere za otkrivanje i praćenje kretanja gotovine preko svojih granica, pošto se velike količine gotovine mogu koristiti za pranje novca, trgovinu drogom, finansiranje terorizma ili organizovanog kriminala, utaju poreza ili činjenje drugih teških finansijskih prestupa. Opšti zahtev za prijavu koji se primenjuje na svakog pojedinca koji pređe državnu granicu sprečava da gotovina uđe ili izađe iz zemlje neotkrivena, a mera zaplene koja rezultira zbog propusta da se gotovina prijavi carinskim organima deo je opšte regulatorne šeme osmišljene za borbu protiv tih prekršaja (videti, između ostalog, *Gyrlyan v. Russia*, no. 35943/15, § 23, 9 October 2018, sa daljim referencama). S tim u vezi, ESLJP uzima u obzir činjenicu da je mešanje bilo usmereno na sprečavanje pranja novca i drugih finansijskih zločina i smatra da je mera oduzimanja bila u skladu sa opštim interesom zajednice (*Karapetyan* protiv Gruzije, § 34). Odbijanje ove aplikacije, za razliku od drugih, ESLJP je obrazložio time da su, u okolnostima ovog slučaja, ponašanje i argumenti podnositeljke predstavke, posmatrani u celini, posebno otežavali Sudu da izvrši analizu proporcionalnosti. Iako je ESLJP utvrdio da se može pretpostaviti da je podnositeljka predstavke posedovala bar deo sume koja joj je oduzeta, odnosno iznos koji potražuje kao sopstveni (9.000 USD), ESLJP ne može prevideti, u ocenjivanju srazmernosti mešanja, da je sankcija na koju se ona žali primenjena na celokupnu sumu iz razloga što je podnositeljka predstavke odlučila da je nosi na sebi. Ova mera je bila jedina sankcija koja je izrečena podnositeljki predstavke. Pošto je prošla kroz relevantni kontrolni punkt dvadeset i šest puta pre spornih događaja, podnositeljka predstavke je morala biti svesna činjenice da svaki iznos koji prelazi zakonski limit predviđen relevantnim propisima mora biti prijavljen carinskim organima. U ovom kontekstu, dok je iznos koji je prenosila kao sopstveni bio u okvirima zakonskih granica, podnositeljka predstavke je, prema sopstvenom iskazu, odabrala da ponese dodatne iznose i preuzela je rizik da budu zaplenjeni namerno zaobilazeći carinsku inspekciju (*Karapetyan* protiv Gruzije, § 38). Stoga, ESLJP je našao da u svetlu prethodnog, i s obzirom na posebne okolnosti ovog slučaja, Sud nije u mogućnosti da presudi da je gubitak od 9.000 USD od ukupno 40.000 USD bio *a priori* nesrazmeran ili da je podnositeljka predstavke, u datim okolnosti, pretrpela preveliki individualni teret kao rezultat mere oduzimanja, pri čemu se takva nemogućnost utvrđivanja od strane ESLJP u potpunosti može pripisati podnositeljki predstavke i njenom propustu da Sudu pruži pouzdane činjenične elemente neophodne za sprovođenje analize srazmernosti prema članu 1. Protokola br. 1. Konvencije (*Karapetyan* protiv Gruzije, § 40).

Specifično je da je u ovom predmetu ESLJP istakao da podnositeljka predstavke nije pružila pouzdane činjenice, dokazuje da je pretrpela prekomerni teret i da zbog toga Sud nije mogao da utvrdi da li postoji nesrazmernost. Podnositeljka predstavke je tvrdila da je 9000 USD njeno od ukupno oduzetih 40.000 USD. Stoga je ESLJP posebno uzeo u obzir dve okolnosti: prvo, da su pare samo delom njene i drugo, da je prelazila 26 puta taj granični prelaz.

Na kraju ovog dela analize, zaključujemo da ESLJP prvo proverava da li je mera oduzimanja neprijavljenog novca bila *zasnovana na domaćem pravu*, koje je bilo jasno, dostupno i dovoljno predvidljivo prilikom primene. U pogledu *opšteg interesa zajednice* koji je mešanje štitilo, ESLJP primećuje da države imaju opšti interes, a i obavezu koja proizlazi iz različitih međunarodnih sporazuma, da primenjuju mere kojima bi otkrili i nadgledali kretanje gotovog novca preko svojih granica, budući da velike količine novca mogu da budu korišćene za pranje novca, trgovinu drogom, finansiranje terorizma ili organizovanog kriminala, izbegavanje plaćanja poreza ili izvršenje drugih ozbiljnih finansijskih krivičnih dela. Mera oduzimanja neprijavljenog novca, kao deo opšte svrhe zakonske regulative koja je osmišljena za borbu protiv krivičnih dela, po shvatanju Suda je u skladu sa opštim interesom zajednice.

Najkompleksniji zadatak je pitanje da li primenjena mera predstavlja *ravnotežu između zaštite javnog interesa i zaštite prava pojedinca na imovinu*, odnosno da li je primenjena mera srazmerna težini delikta. ESLJP često naglašava da kako bi se mešanje smatralo srazmernim, ono treba da odgovara težini delikta, u ovim slučajevima nepoštovanju obaveze prijavljivanja novca.

Prilikom razmatranja srazmernosti primenjene mere, ESLJP se najčešće posebno osvrće na to da li je tokom postupka dokazano *zakonito poreklo novca*, kao i da li je podnosilac evidentiran u krivičnoj evidenciji, odnosno da li osumnjičen ili optužen za bilo koje krivično delo. Ipak, i u situaciji kada su redovni sudovi utvrdili da podnosilac nije dokazao zakonito poreklo novca (*Boljević*), sud rezonuje da ništa ne navodi na zaključak da su oduzimanjem navedenog iznosa vlasti htele sprečiti kriminalne aktivnosti.

U skoro svim slučajevima, ESLJP konstatuje da po domaćoj regulativi, fizičko prenošenje novca u zemlju i iz zemlje nije nezakonito, nego da je čak i dozvoljeno bez ograničenja, ali uz neophodnu prijavu iznosa preko određenog limita, te da je jedino nezakonito (ali ne i kriminalno) ponašanje koje se podnosiocu može pripisati u vezi sa novcem bilo njegovo *propuštanje da novac prijavi*. Na sličan način sud postupa i u činjenicama kada su podnosioci prilikom carinske kontrole negativno odgovarali na pitanje da li imaju novac da prijave i u situaciji kada su odmah prilikom pitanja na sigurnosnoj proveri novac prijavili, naglašavajući da države protiv podnosilaca nisu vodile neke druge postupke.

ESLJP često utvrđuje da ništa ne ukazuje na to da su organi vlasti izricanjem mere trajnog oduzimanja novca podnosiocu predstavke želeli da preduprede neke druge nezakonite aktivnosti, kao što su pranje novca, nezakonita trgovina drogom, finansiranje terorizma ili izbegavanje plaćanja poreza. Konstatujući da svrha mere trajnog oduzimanja nije bila materijalna nadoknada na ime pretrpljene štete – budući da država nije pretrpela bilo kakav gubitak usled toga što podnosilac predstavke nije prijavio novac, on zaključuje da je njena svrha bila da odvrati i kazni. Ukoliko je ona izrečena uz drugu meru, Sud procenjuje da li je država dokazala da sama kazna nije dovoljna kako bi se ostvario željeni efekat kažnjavanja, već da je potrebno izricanje mere trajnog oduzimanja, kao dodatne sankcije. U nekoliko slučajeva Sud utvrđuje da je sama činjenica da je podnosiocu *kumulativno izrečena novčana kazna i konfiskacija neprijavljene imovine* bilo nesrazmerno prekršaju koji je počinio, te da države nisu ubedile sud da postoji razlog za drugačije odlučivanje (*Gabrić, Boljević*).

3. POSTUPANJE USTAVNOG SUDA SRBIJE U PREDMETIMA ODUZIMANJA DEVIZA NA GRANIČNIM PRELAZIMA

U dosadašnjem radu Ustavnog suda na predmetima „deviznih prekršaja“ uočavaju se tri perioda. Prvi period, od 30. januara 2012. godine, kada je doneto rešenje Už – 1535/2009 do 7. juna 2018. godine, kada je doneta usvajajuća Odluka Už – 367/2016, čini period kada se Ustavni sud nije upuštao u ocenu postojanja/nepostojanja srazmernosti, odnosno da li je prilikom oduzimanja prava svojine podnosiocu uspostavljena pravična ravnoteža između javnog interesa i interesa pojedinca čija se svojina oduzima. Test da li je došlo do povrede prava na imovinu u tim predmetima se sastojao od tri pitanja – da li je u konkretnom slučaju reč o imovini u smislu člana 58. Ustava, da li je bilo mešanja države u pravo na imovinu i o kakvom mešanju je reč (ograničavanje, oduzimanje) i da li je mešanje države bilo u skladu sa načelom vladavine prava i da li je ono na zakonu zasnovano. Za primer navedenog videti, između ostalih, rešenje Už – 5608/2013 od 16. juna 2014. godine. Ustavne žalbe u ovakvim predmetima su okončavane odbačajima.

Drugi period obuhvata vreme, nakon donošenja Odluke Už – 367/2016 u koji-ma Ustavni sud počinje da usvaja ustavne žalbe. U tom periodu postoji jasno izražena tendencija da se sve ustavne žalbe u predmetima „deviznih prekršaja“ usvajaju, a uvažavajući relevantnu praksu Evropskog suda za ljudska prava. U Odluci US donetoj po ustavnoj žalbi Už – 367/2016 utvrđena je povreda prava na obrazloženu sudsku odluku i prava na imovinu. U Odluci Už – 1202/2016 od 8. novembra 2018. godine, Ustavni sud je usvojio ustavnu žalbu i utvrdio povredu prava na imovinu, dok je ustavnu žalbu odbacio u odnosu na istaknutu povredu prava na pravično suđenje iz člana 32. stav 2. Ustava.

Treći period karakteriše kratkoročna faza odbijanja ustavnih žalbi (Už – 5214/2016, Už – 1932/2017, Už – 8449/2017, Už – 7327/2017, Už – 10438/2018). Prilikom ispitivanja pitanja srazmernosti, primenjujući test da li je došlo do povrede prava na imovinu iz člana 58. Ustava, Ustavni sud je sagledavao i ponašanja podnosilaca prilikom otkrivanja prekršaja, odnosno da li je novac bio sakriven, na koliko mesta je bio sakriven, da li je podnosilac odmah prijavio svotu novca carinskom službeniku ili je slagao službenika itd. Ističemo da se radi o kratkoročnoj fazi, zato što je Ustavni sud, većinom glasova prisutnih sudija, nakon detaljne analize prakse ESLJP ponovo napravio zaokret ka meritornim odlukama, ali ovoga puta usvajajućim (Už – 3875/2016).

U radu, u Ustavnom sudu, se trenutno nalazi određeni broj predmeta za koje očekujemo da će nastaviti u pravcu utvrđivanja povrede prava na imovinu.

3.1. U slučaju kada oduzeti novac ne pripada podnosiocu predstavke

Ustavni sud je odbacivao ustavne žalbe u onim situacijama u kojima je od podnosioca ustavne žalbe oduzeta tuđa imovina. U obrazloženjima takvih rešenja o odbačaju Ustavni sud je isticao da se zaštita prava iz člana 58. Ustava garantuje za sopstvenu imovinu, pa kada podnosilac ustavne žalbe u toku postupka, kao i u samoj

ustavnoj žalbi, ističe da oduzeti novac ne pripada njemu, po oceni US podnosilac nije aktivno legitimisan da izjavi ustavnu žalbu zbog povrede prava na imovinu iz člana 58. Ustava. Pri tome, Ustavni sud je naročito napominjao da povredu prava na imovinu može isticati samo imalac tog prava, a ne neko drugo lice koje nije nosilac prava iz člana 58. Ustava, odnosno lice koje nije vlasnik oduzete stvari.¹⁷

U tim situacijama postoji nesporna praksa ESLJP. Tako, u slučaju *Dagostin protiv Hrvatske*¹⁸ podnosilac predstavke je bio Damir Dagostin, hrvatski državljanin. On je pokušao da pređe hrvatsko-slovenačku granicu noseći 3.350 evra i 11.120 američkih dolara, koje nije prijavio carinskim organima. Carinski organi su ga zadržali i, u toku rutinskih provera, pronašli su predmetni novac. Novac je zaplenjen i Carinska uprava je pokrenula prekršajni postupak protiv podnosioca predstavke pred Ministarstvom finansija zbog neprijavlivanja gotovine koja prelazi iznose propisane zakonom koji reguliše devizno poslovanje i onim koji se odnosi na sprečavanje pranja novca. Podnosilac predstavke je izjavio da je 3.000 evra bilo njegova ušteđevina, dok je ostatak oduzetog novca pripadao njegovoj majci. Izrečena mu je novčana kazna, u iznosu od 5.000 kuna i zaštitna mera oduzimanja, u potpunosti, novca koji je podnosilac nosio. Podnosilac predstavke i još dva pojedinca¹⁹ podneli su žalbu Visokom prekršajnom sudu, osporavajući njihovu osudu i meru oduzimanja. Visoki prekršajni sud ukinuo je odluku Ministarstva i vratio je predmet na ponovno odlučivanje. U ponovljenom postupku pred Ministarstvom finansija podnosilac predstavke je izjavio da je od iznosa koji mu je oduzet nekih 6.000–7.000 evra bilo ušteđevina njegove majke, dok je preostali deo novca pripadao njemu. On je objasnio da je njegova majka živela i radila u Italiji kao čistačica, da je štedela od svoje zarade i donosila tu ušteđevinu u Hrvatsku, gde ju je on konvertovao u dolare i čuvao novac u svom stanu. Ministarstvo finansija je oglasilo podnosioca predstavke krivim zbog neprijavlivanja gotovine u iznosu koji prelazi 10.000 evra, izreklo mu je novčanu kaznu u iznosu od 5.000 kuna i zaštitnu meru kojom su od podnosioca oduzeti 350 evra i 11.120 dolara. Podnosilac predstavke se žalio, ali je Visoki prekršajni sud potvrdio odluku Ministarstva. Podnosilac predstavke je nakon toga podneo ustavnu tužbu Ustavnom sudu, žaleći se zbog povrede ustavnog prava na imovinu. Ustavni sud je proglasio ustavnu tužbu nedopuštenom zbog očigledne neosnovanosti, jer predmet ne pokreće nikakva ustavnopravna pitanja. Njemu je vraćen iznos od 3.000 evra (zajedno sa pripadajućom/obračunatom zakonskom zateznom kamatom od 203,44 evra). Taj iznos je predstavljao razliku između 350 evra oduzetih odlukom suda i 3.350 evra koje su carinski organi oduzeli. Pozivajući se na član 1 Protokola 1, podnosilac predstavke se žalio da je oduzimanje novca povredilo njegovo pravo na imovinu. Hrvatska je tvrdila, između ostalog, da podnosilac predstavke nije imao „imovinu“ u smislu člana 1 Protokola 1, jer je on sam tvrdio da je nekih 6.000–7.000 evra od iznosa koji su mu oduzeti pripadao njegovoj majci, kao i da on „nikada nije tvrdio da je novac koji prelazi 3.000 evra bio njegov“; pored toga, odlukom Ministarstva finansija mu je vraćeno 3.000 evra; stoga podnosilac predstavke ne može da bude smatran žrtvom povrede na koju se žalio.

17 Vidi: UŽ – 6697/2017 od 1. oktobra 2020. godine, UŽ – 11290/2017 od 29. oktobra 2020. godine, rešenje UŽ – 7420/2017 od 29. oktobra 2020. godine...

18 *Dagostin protiv Hrvatske*, br. predstavke 67644/12 od 23. maja 2017. godine

19 Nejasno je koja su to još dva pojedinca.

ESLJP je istakao da bi podnosilac predstavke mogao da se osloni na član 34 Konvencije, mora da ispuni dva uslova: on/ona mora da spada u jednu od kategorija podnosilaca pomenutih u tom članu i mora da bude u stanju da pokaže da je on ili ona žrtva povrede Konvencije (videti stav 47 presude Velikog veća *Vallianatos and Others v. Greece*, od 7. novembra 2013. godine, predstavke br. 29381/09 i 32684/09). Reč „žrtva“, u kontekstu člana 34 Konvencije, označava osobu ili osobe neposredno ili posredno pogođene navodnom povredom (videti stav 20 presude *SARL du Parc d'Activités de Blotzheim v. France*, od 11. jula 2006. godine, predstavka broj 72377/01). ESLJP dalje ponavlja da podnosilac predstavke može da tvrdi da je žrtva povrede člana 1 Protokola 1 samo ukoliko su se osporene odluke odnosile na njegovu „imovinu“ u smislu ove odredbe (videti stav 74(c) odluke Velikog veća *Von Maltzan and Others v. Germany*, od 2. marta 2005. godine, predstavke br. 71916/01, 71917/01 i 10260/02). U vezi sa ovim, ESLJP najpre konstatuje da, prema sopstvenom priznanju podnosioca predstavke pred domaćim organima, veliki deo oduzete sume nije pripadao njemu. Konkretno, na ročištu održanom 1. oktobra 2009. godine podnosilac predstavke je izjavio da je 3.000 evra bilo njegova ušteđevina, dok je ostatak oduzetog novca pripadao njegovoj majci. Pored toga, na ročištu održanom 23. septembra 2010. godine podnosilac predstavke je izjavio da je nekih 6.000–7.000 evra bilo ušteđevina njegove majke (koju je on konvertovao u američke dolare), dok je ostatak bio njegov. S obzirom na to da je iznos od „nekih 6.000–7.000 evra“ približno odgovarao iznosu od 11.120 američkih dolara, proizlazi da se, u delu u kome se odnosi na oduzimanje iznosa u američkim dolarima, osporena odluka nije odnosila na imovinu podnosioca predstavke, već na imovinu njegove majke. Posledično, u pogledu oduzimanja tog iznosa podnosilac predstavke ne može da tvrdi da je bio žrtva navodne povrede člana 1 Protokola 1. U stavu 26 ove odluke navodi se da je stoga ovaj deo pritužbe podnosioca predstavke nedopušten zbog nedostatka statusa žrtve i mora da bude odbačen. Takođe, ESLJP konstatuje da je 24. novembra 2014. godine iznos od 3.000 evra zajedno sa pripadajućom zakonskom zateznom kamatom vraćen podnosiocu predstavke, pa sledi da je zapravo od podnosioca predstavke oduzeto 350 evra što, u svetlu njegove sudske prakse (videti, obratno implicitno, st. 10 i 39 presude *Gabrić protiv Hrvatske*, od 5. februara 2009. godine, predstavka broj 9702/04) ESLJP ne smatra preteranim, pa posledično, mera na koju se žalio nije nametnula prekomeran pojedinačni teret podnosiocu predstavke. Shodno tome, i ovaj deo pritužbe podnosioca predstavke je nedopušten.

Slični stavovi istaknuti su i u odluci ESLJP *Eliseev i Ruski elitni klub protiv Srbije* br. predstavke 8144/07 od 10. jula 2018. godine.

4. PRIMERI DOBRE PRAKSE U UPOREDNOM PRAVU

Osvrnućemo se na dve zemlje, Hrvatsku i Mađarsku.

Imajući u vidu sprovedene izmene hrvatskog zakonodavstva, čini se da je, kao primarni razlog opsežnih izmena deviznih propisa, bilo pre svega usklađivanje sa novom *Direktivom Evropske unije (EU) 2018/1672 Evropskog parlamenta i Veća od 23. oktobra 2018. godine o kontrolama gotovine koja se unosi u Uniju ili iznosi iz*

Unije,²⁰ ali i implementacija stavova Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Imeri protiv Hrvatske*. Osnovni propis kojim su uređena pitanja prenosa novca iz i u Republiku Hrvatsku je Zakon o deviznom poslovanju.²¹ Nakon poslednjih izmena ovog zakona relevantni članovi glase:

„Kontrole gotovine – pojmovnik

Članak 40.

Pojmovi iz ovoga Zakona koji se odnose na kontrole prekograničnog prijenosa gotovine imaju jednako značenje kao pojmovi određeni u članku 2. stavku 1. Uredbe (EU) 2018/1672, koji se odnose na definicije: »gotovina«, »koji se unosi u Uniju ili iznosi iz Unije« ili »koji ulazi u Uniju ili izlazi iz Unije«, »gotov novac«, »prenosivi instrumenti na donositelja«, »roba koja se upotrebljava kao izrazito likvidna pričuva vrijednosti«, »kartica s unaprijed uplaćenim sredstvima«, »nadležna tijela«, »nositelj«, »gotovina bez pratnje«, »kriminalna aktivnost«, »financijsko-obavještajna jedinica (FOJ).

Kontrole gotovine koja se unosi u Republiku Hrvatsku i iznosi iz Republike Hrvatske u drugu državu članicu

Članak 40.a

(1) Fizičke osobe koje u Republiku Hrvatsku ulaze iz druge države članice ili iz Republike Hrvatske izlaze u drugu državu članicu, ili su u Republiku Hrvatsku ušle iz druge države članice, dužne su na zahtjev ovlaštenog carinskog službenika ili službenika granične policije prijaviti gotovinu koju nose u vrijednosti od 10.000,00 eura ili više u pisanom obliku na obrascu za prijavu koji sadržava podatke iz članka 3. stavka 2. Uredbe (EU) 2018/1672.

(2) Obveza prijave iz stavka 1. ovoga članka neće se smatrati ispunjenom ako su dani podaci netočni ili nepotpuni ili ako gotovina nije stavljena na raspolaganje za kontrolu.

Privremeno zadržavanje gotovine

Članak 40.b

(1) Carinska uprava će privremeno zadržati gotovinu ako:

1. nije ispunjena obveza prijave gotovine u pratnji iz članka 3. Uredbe (EU) 2018/1672,
2. nije ispunjena obveza objavljivanja gotovine bez pratnje iz članka 4. Uredbe (EU) 2018/1672,
3. nije ispunjena obveza prijave gotovine iz članka 40.a ovoga Zakona,
4. postoje naznake da je gotovina, neovisno o iznosu, povezana s kriminalnom aktivnošću.

(2) O privremenom zadržavanju gotovine iz stavka 1. ovoga članka Carinska uprava donosi rješenje sukladno odredbama zakona kojim se uređuje prekršajni postupak na razdoblje privremenog zadržavanja koje ne smije biti duže od 30 dana.

(3) Nakon što provede temeljitu procjenu nužnosti i proporcionalnosti mjere dodatnog privremenog zadržavanja Carinska uprava može rješenjem produljiti razdoblje privremenog zadržavanja iz stavka 2. ovoga članka na ukupno 90 dana.

20 Direktive Evropske unije se, za razliku od Uredaba, ne primenjuju direktno, već je obaveza svake države članice da ih implementiraju samostalno u svoje zakonodavstvo.

21 *Narodne novine*, br. 96/03, 140/05, 132/06, 150/08, 92/09, 133/09 – Zakon o platnom prometu, 153/09, 145/10, 76/13 i 52/21.

(4) Protiv rješenja iz stavaka 2. i 3. ovoga članka žalba se izjavljuje u roku od tri dana od dana dostave rješenja.

(5) Žalba izjavljena protiv rješenja iz stavaka 2. i 3. ovoga članka ne odgađa njegovo izvršenje.

(6) Po žalbi na rješenje iz stavaka 2. i 3. ovoga članka u drugom stupnju odlučuje Visoki prekršajni sud Republike Hrvatske.

(7) Kada povrat privremeno zadržane gotovine nije moguć, istekom roka od tri godine od dana pravomoćnosti odluke o povratu gotovine, privremeno zadržana gotovina postaje prihod državnog proračuna.“

Prekršaji

Članak 69.a

Novčanom kaznom u iznosu od 5.000,00 do 100.000,00 kuna kaznit će se za prekršaj fizička osoba ako pri ulasku u Europsku uniju ili pri izlasku iz Europske unije preko Republike Hrvatske ne ispuni obvezu prijave Carinskoj upravi odnosno graničnoj policiji gotovine koju nosi u vrijednosti od 10.000,00 eura ili više, u pisanom obliku ili elektronički putem obrasca za prijavu, ili ako da netočne ili nepotpune podatke ili ne stavi na raspolaganje gotovinu za kontrolu (članak 3. Uredbe (EU) 2018/1672 i članak 59. stavak 4. ovoga Zakona).

Članak 69.b

Novčanom kaznom u iznosu od 5.000,00 do 100.000,00 kuna kaznit će se za prekršaj fizička osoba ako pri ulasku ili nakon ulaska u Republiku Hrvatsku iz druge države članice ili pri izlasku iz Republike Hrvatske u drugu državu članicu, na zahtjev ovlaštenog carinskog službenika odnosno službenika granične policije ne ispuni obvezu prijave gotovine koju nosi u vrijednosti od 10.000,00 eura ili više, u pisanom obliku putem obrasca koji sadržava podatke iz članka 3. stavka 2. Uredbe (EU) 2018/1672, ili ako da netočne ili nepotpune podatke ili ne stavi na raspolaganje gotovinu za kontrolu (članak 40.a ovoga Zakona).

Članak 69.c

(1) Ako je vrijednost gotovine koja je predmet prekršaja 100.000,00 eura ili više ili ako je gotovina koja je predmet prekršaja bila skrivena ili ako je prekršaj počinjen na drugi osobito drzak način, kaznit će se:

1. novčanom kaznom u iznosu do 2.000.000,00 kuna pravna osoba ako počini prekršaj iz članka 69. stavka 1. ovoga Zakona,

2. novčanom kaznom u iznosu do 1.000.000,00 kuna obrtnik, fizička osoba koja obavlja drugu samostalnu djelatnost i fizička osoba ako počini prekršaj iz članka 69. stavka 1. ovoga Zakona,

3. novčanom kaznom u iznosu do 1.000.000,00 kuna fizička osoba ako počini prekršaj iz članka 69.a ili 69.b ovoga Zakona.

Članak 69.d

(1) Izrečena novčana kazna za prekršaje iz članaka 69. do 69.c ovoga Zakona mora biti niža od 60 % iznosa neprijavljene gotovine.

(2) Iznos novčane kazne i troškova prekršajnog postupka za prekršaje iz članaka 69. do 69.c ovoga Zakona naplatit će se prisilno iz privremeno zadržane gotovine ako ne bude plaćen u roku koji je određen u odluci o prekršaju.

Članak 70.

(1) *Financijski inspektorat i Carinska uprava, kada obavljaju deviznu kontrolu, privremeno će, uz potvrdu, oduzeti gotovinu u kunama i stranu gotovinu te gotovinu*

iz članka 40.b ovoga Zakona, kao i dokumentaciju i druge predmete kojima je izvršen prekršaj, koji su rezultat prekršaja ili koji mogu poslužiti kao dokaz u prekršajnom postupku, prema propisima koji vrijede za prekršajni postupak.

(2) Privremeno oduzetu gotovinu nadzorna tijela iz stavka 1. ovoga članka dužna su odmah uplatiti na posebne račune Ministarstva financija – Financijskog inspektorata i Carinske uprave.“

Dakle, raniji režim sankcionisanja prekograničnih prenosa gotovine propisivao je novčanu kaznu od 5.000,00 do 50.000,00 kuna za prekršaj fizičkog lica, ako bez pisane prijave, na obrascu za prijavu Ministarstvu finansija – Carinskoj upravi pri ulasku u Evropsku uniju ili izlasku iz Evropske unije preko Republike Hrvatske, prenese ili pokuša preneti gotovinu u vrednosti od 10.000,00 eura ili većoj. Stavom 2. navedenog člana bilo je propisano da će se gotovina koja je predmet prekršaja oduzeti rešenjem o prekršaju u korist proračuna Republike Hrvatske, a stavom 4. navedenog člana da izuzetno, u posebno opravdanim slučajevima u kojima postoje posebno olakšavajuće okolnosti, prekršajno telo može odlučiti da se gotovina koja je predmet prekršaja, ne oduzme ili da se oduzme samo delimično. Praksa ESLJP je više puta opomenula da se člana 1. Protokola uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda treba tumačiti na način da mešanje u pravo vlasništva mora odgovarati težini povrede da bi bilo srazmerno, dok sankcija mora odgovarati težini prekršaja koji se isključivo sastoji od nepoštovanja obaveze prijavljivanja. Izmjena su uklonjene razlike između ranijeg zakonodavnog okvira Zakona o deviznom poslovanju i presuda ESLJP u pogledu sankcionisanja nepoštovanja obaveze prijavljivanja ili lažnog prijavljivanja prekograničnih prenosa gotovine iznad propisanog praga. Stoga su pomenuti članovi izmenjeni na način da se kao jedina sankcija za nepoštovanje obaveze prijavljivanja, propiše novčana kazna, a da se u slučajevima sa naznakom nezakonitih aktivnosti povezanih s kretanjem gotovine, gotovina može zadržati do odluke nadležnih tela.

Sankcionisanje neprijavlivanja prenosa gotovog novca u Mađarskoj uređeno je Zakonom broj 48 iz 2007. godine o primeni Uredbe EZ br. 1889 iz 2005. godine.²² u

22 2007. évi XLVIII. törvény a Közösség területére belépő, illetve a Közösség területét elhagyó készpénz ellenőrzéséről szóló, 2005. október 26-i 1889/2005/EK európai parlamenti és tanácsi rendelet végrehajtásáról (Zakon broj 48. o izvršenju Uredbe broj 1889/2005/EZ Evropskog parlamenta i Saveta od 26. oktobra 2005. godine o kontroli gotovog novca koji ulazi ili koji napušta teritoriju Zajednice), menjan i dopunjen Zakonom broj 31 iz 2002. godine, Zakonom broj 125 iz 2016. godine, Zakonom broj 50 iz 2017. godine, Zakonom broj 77 iz 2017. godine, Zakonom broj 184 iz 2017. godine i Zakonom broj 82 iz 2018. godine. Prekršajne sankcije za fizička lica koja bez prijave prenesu ili pokušaju da prenesu gotov novac preko granice propisane su u članu 5A navedenog zakona. Zaprećena je novčana kazna, koja je proporcionalna veličini neprijavljenog gotovog novca. Ako je vrednost neprijavljenog gotovog novca do 10.000 evra, kazna iznosi 10% neprijavljenog novca, ako neprijavljeni novac iznosi više od 10.000 evra ali manje od 50.000 evra kazna iznosi 30% od neprijavljene sume, dok u slučaju ako je neprijavljeni novac 50.000 evra ili veći, kazna iznosi 50% od neprijavljene sume. Član 5B Zakona omogućuje da se, u roku od 15 dana, fizičko lice obrati nadležnom carinskom organu s molbom da mu ublaži visinu kazne. Uz molbu, prilažu se dokazi, isprave o zakonitom poreklu novca. Organ uprave može ublažiti novčanu kaznu do 50% iznosa kazne. Citirano prema: T. Korhec, Pravo na mirno uživanje imovine i zaštitna mera oduzimanja gotovog novca u praksi Ustavnog suda Srbije: izvesna neizvesnost, *Pravni zapisi*, br. 2/2020, str. 626–627.

Mađarskoj jedina sankcija novčana kazna, koja se povećava u zavisnosti od veličine neprijavljenog novca. Mogućnost ublažavanja kazne do 50% na osnovu molbe osuđenog predstavlja ograničeno, diskreciono ovlašćenje organa uprave da, na osnovu obrazložene molbe, diskrecionim odlučivanjem ublaži kaznu. Prekršajne sankcije za fizička lica koja bez prijave prenesu ili pokušaju da prenesu gotov novac preko granice propisane su u članu 5A navedenog zakona. Zaprećena je novčana kazna, koja je proporcionalna veličini neprijavljenog gotovog novca.²³ Ako je vrednost neprijavljenog gotovog novca do 10.000 evra, kazna iznosi 10% neprijavljenog novca, ako neprijavljeni novac iznosi više od 10.000 evra ali manje od 50.000 evra kazna iznosi 30% od neprijavljene sume, dok u slučaju ako je neprijavljeni novac 50.000 evra ili veći, kazna iznosi 50% od neprijavljene sume. Član 5B Zakona omogućuje da se, u roku od 15 dana, fizičko lice obrati nadležnom carinskom organu s molbom da mu ublaži visinu kazne. Uz molbu, prilažu se dokazi, isprave o zakonitom poreklu novca. Organ uprave može ublažiti novčanu kaznu do 50% iznosa kazne.²⁴

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Pitanje postupanja sudova (redovnih i Ustavnog suda) u predmetima „deviznih prekršaja“ još uvek nije usaglašeno. Za Ustavni sud će u budućem postupanju posebno biti od značaja odluka ESLJP u predmetu *Prenča i drugi protiv Srbije*. Međutim, napominjemo da praksa ESLJP već sada ukazuje da postoji jasno trasiran put ka utvrđivanju povrede. Stoga, čekati ovu odluku koja će predstavljati „nedvosmišlen“ putokaz za postupanje Ustavnog suda nije potrebno.

Smatramo da Ustavni sud, pored ažurnog rešavanja predmeta ustavnih žalbi koji se nalaze u postupku, treba da inicira izmenu postojećeg zakonskog okvira. Promena zakonskog rešenja bi omogućila približavanje stavovima istaknutim u Strazburu, posebno imajući u vidu njihovo neprihvatanje razlikovanja u svrsi izrečenih sankcija. ESLJP sankcije za neprijavljivanje deviza posmatra jedinstveno, odnosno srazmernost između javnog interesa i tereta sankcije posmatra u svetlu svih sankcija koje su izrečene za kazneno delo, bez obzira na zakonom definisanu svrhu tih sankcija. Isto tako, mogućnost delimičnog oduzimanja je irelevantna za ESLJP, što najviše dokazuje više puta ponovljen stav ovog Suda, da je povreda prava moguća i u slučaju da zakon daje mogućnost da se devize oduzmu delimično. Takođe, analiza dosadašnje prakse ESLJP pokazuje da je za njih sasvim dovoljno da je podnosilac predstavke isticao da oduzimanje novca predstavlja prevelik teret za njega i da je tražio povraćaj oduzetog novca.

Odredbe Zakona o prekršajima, Zakona o deviznom poslovanju i Zakona o sprečavanju pranja novca i finansiranja terorizma u vezi sankcionisanja neprijavljenog unosa ili iznosa gotovog novca iz Republike Srbije moraju biti usaglašene. Trenutna zakonska rešenja u ovoj oblasti vrlo lako dovode do povrede prava na mirno uživanje imovine (član 58. Ustava).

23 *Ibidem.*

24 *Ibidem.*

LITERATURA

- Ilić G., *Država versus kriminalitet i standardi ljudskih prava*, u: *Kriminal i državna reakcija: fenomenologija, mogućnosti i perspektive*, Palić, 2001.
- Korhec T., *Pravo na mirno uživanje imovine i zaštitna mera oduzimanja gotovog novca u praksi Ustavnog suda Srbije: izvesna neizvesnost*, *Pravni zapisi*, br. 2/2020.

SUDSKE ODLUKE

- Odluke ESLJP: *Boljević protiv Hrvatske, Dagostin protiv Hrvatske, Eliseev i Ruski elitni klub protiv Srbije, Gabrić protiv Hrvatske, Gyrlyan v. Russia, Imeri protiv Hrvatske, Karapetyan protiv Gruzije, Prenča i sedam drugih protiv Srbije, SARL du Parc d'Activités de Blotzheim v. France, Vallianatos and Others v. Greece, Vinčić i drugi protiv Srbije, Von Maltzan and Others v. Germany, Zivlak protiv Srbije.*
- Odluke ESPEU: *AK and EP, Chmielewski, Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice București, Lu Zheng, Mitnitsa Burgas, Pinzaru and Cirstinoiu.*
- Odluke Ustavnog suda: UŽ – 1535/2009, UŽ – 5608/2013, UŽ – 3900/2015, UŽ – 367/2016, UŽ – 1202/2016, UŽ – 3875/2016, UŽ – 5214/2016, UŽ – 9933/2016, UŽ – 1932/2017, UŽ – 6697/2017, UŽ – 7327/2017, UŽ – 7420/2017, UŽ – 8449/2017, UŽ – 11290/2017, UŽ – 10438/2018.

Dragana Kolaric

University of Criminal Investigation and Police Studies and the
Constitutional Court of the Republic of Serbia

COURT PRACTICE IN CASES OF VIOLATION OF LAW
ON FOREIGN EXCHANGE OPERATIONS
– seizure of cash at border crossings –

SUMMARY

In anticipation of the judgement by the European Court of Human Rights in the case of *Prenča and Others v. Serbia*, we offer a short review of the practice of regular courts in Serbia so far, as well as of the Constitutional Court of Serbia and the European Court of Human rights in case of foreign currency related offences. Namely, in case when unreported money (cash) is found during customs control at border crossings the infringement procedure is initiated. Domestic legislation envisages the fine and the protective measure of complete seizure of foreign currency exceeding the amount of 10,000 EUR which is allowed to be brought into or out of the Republic of Serbia without reporting. There is also a possibility of partial seizure of items used in, intended for or resulting from the perpetration of an offence, when the motives or other circumstances under which the offence was committed indicate that the seizure of items in their entirety is not justified. From the point of view of the ECHR, Article 1 of Protocol 1 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms should be interpreted in such a way that interference with property rights must be proportionate to the gravity of violation, while the sanction

must correspond to the gravity of violation which consists exclusively of non-compliance with the obligation to report. Therefore, the only sanction for non-compliance of the obligation to report should be a fine, while in cases of illegal acts such as money laundering or financing of terrorism the cash could be seized and kept until the decision of state bodies has been made. Linguistic interpretation of these provisions of our legislation has resulted in the dominant practice of misdemeanour courts that in case when non-residents, and in rare cases residents, transfer means of payment (cash) from one foreign country to another, contrary to the regulations of the National Bank of Serbia, the confiscation of cash in its entirety is a rule. Paragraph 2 of Article 64 of the Law on Foreign Exchange Operations (partial seizure of cash) is almost never implemented. In this paper, after the analysis of the ECHR practice, we attempt to determine if such actions of misdemeanour courts lead to state interference in the right to peaceful enjoyment of property within the legal framework in the Republic of Serbia.

Keywords: foreign currency, misdemeanours, law, ECHR, right to property, proportionality.

EVOLUCIONA PERSPEKTIVA U KRIMINOLOGIJI I NJEN AKTUELNI ZNAČAJ ZA OBJAŠNJENJE I KONTROLU KRIMINALITETA

Apstrakt: Rad se bavi razmatranjem intelektualnog nasleđa i aktuelnog statusa evolucione perspektive u kriminologiji, kao i njene heurističke vrednosti za oblast kriminalne politike. Evolucionistički pristup u društvenim naukama, pa i kriminologiji, tradicionalno nailazi na otpor koji se makar donekle može smatrati posledicom više ili manje opravdanog strahovanja od biološkog redukcionizma ili oživljavanja opasnih ideja utemeljenih na socijal-darvinizmu. No, kao što je izvesno da su fatalističke poruke genetskog determinizma ostale zauvek u prošlosti i da danas nema spora oko toga da geni odražavaju samo potencijal za određeno ponašanje, ne i nečiju sudbinu, sigurno je i to da preteran otpor prema biološkoj perspektivi, ukoliko je saznanjano kontraproduktivan, može dovesti do toga da kriminologija u budućnosti bude potisnuta na akademsku marginu. Ključno pitanje koje se može postaviti jeste postoji li specifična dodata vrednost evolucionističkih pristupa razumevanju antisocijalnog ponašanja ljudi, odnosno, imaju li ova saznanja ikakvu kriminalnopolitičku težinu? Zaključuje se da evolucionarna perspektiva ima potencijal da doprinese razumevanju kriminalnog ponašanja, ali i individualnim i društvenim strategijama prevencije, uprkos tome što ona u današnje vreme kriminologiji ne donosi spektakularna nova saznanja. Ona, naime, sama po sebi predstavlja respektabilan deo kriminološkog saznanjano korpusa, čija je najvažnija funkcija da dešifruje i dekonstruiše evolucionističko poreklo razlika i specifičnosti interakcije ljudi sa okruženjem, da produbi razumevanje odnosa gena i kulture, kao i da svedoči o važnosti kulturne evolucije i osvetli njene mehanizme i rizik od relativizacije moralnih normi i društvenih zabrana, odnosno od regresije zajednice u tzv. „prirodno stanje“.

Ključne reči: evolucionarna perspektiva, adaptacija, kriminalno ponašanje, agresivnost, kulturna evolucija.

UVOD

O tome da li je i u kojoj meri ljudsko ponašanje urođeno ili stečeno debatuje se već hiljadama godina, a više od stoleća predmet akademskog spora je i pitanje da li čovek nasleđuje specifične mentalne mehanizme koji su, poput fizičkih karakteristika, rezultat prirodne selekcije. Slično kao u psihologiji, evolucionistički pristup¹ nailazi na podozrivost i u kriminologiji, gde je mahom ignorisan to-

* redovni profesor, biljana.sp@kpu.edu.rs

1 Teorija evolucije Čarlsa Darvina (1859) ključ je razumevanja nastanka i menjanja vrsta prirodnom selekcijom, evolucionim mehanizmom čije su glavne komponente: *varijacija* (jedinke unutar vrste se razlikuju); *nasleđivanje* (osobine se prenose s jedne na drugu generaciju); *selekcija* (rađa se više potomaka nego što će opstati; reprodukujuće se oni koji prežive borbu za resurse); *adaptacija* (navikavanje na sredinu radi boljih izgleda za preživljavanje) i *vreme* (menjanje to-

kom poslednjih decenija koje su obeležili disciplinarni parohijalizam uz svojevrsnu hegemoniju socioloških objašnjenja kriminalnog ponašanja i zazor prema biološkom diskursu. Mada je rana, lombrozijanska kriminologija imala ekstremnu biološku orijentaciju, njen glavni tok je u XX veku preusmeren na environmentalizam utemeljen na ideji da se sve individue u sličnom okruženju ponašaju na sličan način. Biološka perspektiva kriminalnog ponašanja praktično je marginalizovana kao irelevantna, beznačajna za objašnjenje kriminaliteta ili kao opasna po ljudske slobode, pa je tako u kriminologiji druge polovine prošlog veka naveliko ignorisan impresivan razvoj u biologiji i biohemiji, te pojava interdisciplinarnih naučnih oblasti poput biopsihologije, bihevioralne genetike i sociobiologije, kao i biološka istraživanja koja su ukazivala na ulogu neuroloških i neurohemijskih faktora delinkvencije (Jeffery, 1980).

Neprimereno je, čak neracionalno ignorisati i olako deplasirati ono od čega polaze i na šta ukazuju evolucionisti – da je adaptacija, kao biološki mehanizam koji je evoluirao da bi odgovorio na specifični problem opstanka ili reprodukcije, važna evolucionarna karakteristika svih živih organizama, pa i hominida čija evolucija traje preko šest miliona godina, te da su psihološka i biološka obeležja prestupnika za kojima se poseže u pokušaju objašnjenja kriminalnog ponašanja tek deo, površinski sloj kompleksnog nasleđa oblikovanog tokom duge evolucije ljudske vrste. Premda se adaptivne osobine (karakteristike koje povećavaju šansu jedinke za preživljavanje i reprodukciju) prenose genetski, znanje o genima, prema evolucionistima, nije dovoljno za celovito razumevanje ponašanja koje, bilo da je prosocijalno ili antisocijalno, ima evolucionarne korene. Evolucionistička analiza može, kako ukazuju Volš i Jorgensen, doneti sasvim novo razumevanje onoga što već dugo znamo i superiornija je od genetičkog objašnjenja: nasuprot genetikici koja se usredsređuje na razlike između ljudi koje nastoji da objasni tražeći neposredne odgovore na pitanje *kako*, evolucionisti pažnju usmeravaju na sličnosti između ljudi i pokušavaju da odgovore na ključno pitanje: *zašto* (Walsh, Jorgensen, 2018: 518).

S druge strane, evolucionistički pristup u kriminologiji trpi doslednu i oštru kritiku koja varira od deplasiranja i upozorenja na moguće opasne kriminalnopolitičke konsekvence pristupa koji operiše netestabilnim hipotezama, pa do ukazivanja na kulturnu evoluciju koja je prevazišla po značaju i uzela primat nad prirodnom selekcijom kod ljudi.

U nastavku rada biće razmotreni aktuelni dometi i naučni status evolucionističkog pristupa objašnjenju kriminalnog ponašanja, odnosno njegova eventualna upotrebljivost i potencijalni značaj za savremenu kriminalnu politiku.

kom vremena). Osnovna tvrdnja teorije je da organizmi koji su bolje adaptirani, tj. prilagođeni okruženju imaju više šansi da opstanu. Nakon otkrića gena (aktivnih segmenata DNK molekula) kao jedinica nasleđivanja koje prenose nasledne poruke iz generacije u generaciju i razvoja genetike, dolazi do tzv. moderne sinteze u razvoju evolucionarne teorije (sintetička teorija evolucije ili neodarvinizam) tokom prve polovine XX veka i celovitog objašnjenja porekla i transformacije brojnih vrsta.

1. EVOLUCIONISTIČKI POGLED NA POREKLO AGRESIVNOSTI I KRIMINALNOG PONAŠANJA

Prvi ozbiljniji pokušaj formulisanja etiološkog objašnjenja kriminalnog ponašanja učinio je italijanski lekar Čezare Lombrozo u drugoj polovini XIX veka, koji je svojim nastojanjem da utemelji pozitivističku nauku o zločincu i razvijanjem teorije o atavizmu zavredio epitet „oca“ kriminalne antropologije i kriminologije uopšte. Presudan uticaj na njegovo promišljanje ostvario je upravo Čarls Darwin svojom teorijom biološke evolucije, za koju je postulirao da se odvija posredstvom promena u frekvenciji varijanti unutar vrste i postepene promene genetske strukture određene populacije kroz prirodnu selekciju, a koja podrazumeva da se, od gena nastalih mutacijama, reprodukuju oni koji dovode do najuspešnijeg potomstva. Darwinova tvrdnja da *homo sapiens* vodi poreklo od ranijih, primitivnijih vrsta primata navela je Lombroza na ideju da postoji poseban kriminalni tip čoveka koji je otelotvorenje regresije na raniji stadijum ljudske evolucije, a koji po svojim biološkim obeležjima, socijalnim veštinama, senzibilitetu i moralnom razvoju daleko zaostaje za čovekom moderne ere. Tu evolucionu regresiju nazvao je *atavizam* (od lat. *atavus* – predak). Atavist je nalik divljaku, bez kapaciteta za moralnost i prilagođavanje, a može se prepoznati po paleti urođenih fizičkih i fizioloških karakteristika koje ukazuju na njegovu primitivnu konstituciju (Lombroso, 1911).² Nakon kraćeg zanosa odvažnom i šokantnom Lombrozovom teorijom koji je obuzeo dobar deo evropske akademske i stručne javnosti, ona je naišla na brojne kritike kao biodeterministička, nemoćna da objasni individualne razlike i inspirišuća za razvoj rasističke teorije i eugenike, dok je njegov istraživački rad kritikovan zbog metodoloških manjkavosti (Caglioti, 2017; Wolfgang, 1961). Lombrozovo objašnjenje je posle njegove smrti sasvim odbačeno kao pogrešno, premda je ostalo nesporno da je upravo on dao presudan doprinos utemeljenju kriminologije kao naučne discipline i izučavanju individualnih obeležja prestupnika. Čarls Elvud je još 1912. godine ocenio da je Lombrozovo delo više nego ijedno drugo doprinelo razvijanju individualizacije kažnjavanja te da je, uprkos mnogim greškama u njegovoj teoriji zločina, on krenuo da ruši mnogo apsurdniju teoriju „klasične škole“ koja tvrdi da je zločin proizvod slobodne volje (Ellwood, 1912: 723).

Objašnjenja različitih oblika antisocijalnog ponašanja u kontekstu ljudske evolucije razvijala su se tokom poslednjeg veka uglavnom sporadično, neupadljivo i na margini kriminološke nauke. Savremeni istraživači evolucionih osnova antisocijalnog ponašanja najčešće dolaze iz polja sociobiologije, evolucione psihologije ili biosocijalnog pravca u kriminologiji, a najviše istraživačke pažnje poklanjaju razmatranju porekla i funkcija ljudske agresivnosti, kao i polnim razlikama u reproduktivnim strategijama i s njima povezanom ispoljavanju agresije.

Utemeljivač sociobiologije, Edvard Vilson, koji je tim pojmom 70-ih godina XX veka označio disciplinu baziranu na principima darvinizma koja sistematski

2 Neadekvatne moći prirodne selekcije, kako je smatrao Lombrozo, trebalo bi da budu dopunjene ciljanom društvenom selekcijom kako bi se eliminisali izrazito asocijalni pojedinci (Wolfgang, 1961).

proučava biološke osnove društvenog ponašanja (Wilson, 1975: 4), tvrdi da postoje genetski usađene bihevioralne tendencije poput agresivnosti prema strancima, odbrane teritorije, želje za dominacijom i obmanjivačkih praksi. Psiholog evolucionističke orijentacije Dejvid Bas smatra da je agresivnost evoluirala kao odgovor na adaptivne probleme socijalnog života s ciljem otimanja tuđih resursa, odbrane od napada, povećanja troškova istopolnim rivalima, borbe za status u hijerarhiji moći, odvratanja rivala od buduće agresije, odvratanja partnera od seksualnog neverstva i uštede resursa koji se troše na potomstvo s kojim ne postoji genetska povezanost (Buss, 2012).

Sve ljudske grupe imaju statusne hijerarhije, a položaj unutar njih određuje pristup resursima koji su važni za reprodukciju. Nije potreban poseban istraživački napor, kako navodi Bas, da bi se utvrdilo da su zločini uglavnom usmereni na vršenje nasilja radi očuvanja vlastitog društvenog statusa, oduzimanje tuđih resursa, seksualno zlostavljanje žena u reproduktivnom periodu ili eliminaciju ključnih rivala (Buss, 2012). S obzirom na to da su muškarci sa niskim statusom suočeni sa rizikom da ne privuku žene i ostanu sasvim bez potomstva, za njih je u evolutivnom smislu korisno da preuzimaju veliki rizik i primenjuju agresiju kako bi povećali status i reproduktivni uspeh što bi, iz evolucionere perspektive, moglo da objasni zašto muškarci imaju veću stopu kriminaliteta od žena i zašto je nizak status povezan sa kriminalnim ponašanjem, te zašto je stepen ekonomske nejednakosti bolji prediktor stope ubistava između muškaraca nego apsolutni nivo prihoda. Borba za pristup ženama je naročito intenzivna u kasnoj adolescenciji i mlađem odraslom dobu, što objašnjava zašto su stope kriminaliteta visoke u tim starosnim grupama. Dejli i Wilson su u nizu svojih studija o ubistvu ukazali na presudnu važnost statusne kompeticije za muški reproduktivni uspeh: muškarci se upuštaju u opasne sukobe i druge oblike rizičnog ponašanja čija je nagrada viši status u zajednici (Wilson, Daly, 1985). Slučajevi u kojima je naizgled trivijalna svađa između mladića rezultovala lišenjem života, uglavnom su incidenti u okviru koji je branjena muška „čast“ na izazov drugog muškarca. Fokus Dejlija i Wilson nije toliko na objašnjavanju nasilja samog po sebi, već otkrivanje suštinskih sukoba evolucionih interesa koji se javljaju između jedinki kada žive u grupama. Srodnici, koji obično imaju više zajedničkih interesa u poređenju sa nepovezanim individuama, pokazuju mnogo manje nasilja jedni prema drugima, uprkos činjenici da češće komuniciraju. U intimnim partnerskim vezama sukobi interesa koji mogu da dovedu do nasilja uključujući i ubilačko proizilaze iz nekoliko izvora – zbog pitanja očinstva, postojanja zavisnih potomaka iz prethodnih veza, iskušenja razmene (nejednaka partnerska ulaganja), prestanak odnosa, kanalisanje udruženih resursa ka jednom skupu srodnika na račun drugog i težnja jednog od partnera ka poligamnim odnosima (Daly, 2016: 677). U skladu sa tvrdnjama evolucionere teorije su i nalazi nekih (ne svih) studija u vezi sa tzv. *efektom Pepeljuge*, tj. da deci preti znatno veći rizik homicidne viktimizacije od strane očuha nego od bioloških roditelja (Daly, Wilson, 2007). Dalje, budući da je iz evolucionere perspektive za muškarce nesvrishodno podizanje tuđeg biološkog potomstva i da je kontrola seksualnog ponašanja partnerke jedini način da osiguraju odgajanje biološkog potomstva, konzistentni nalazi da su mnoga partnerska ubistva koje vrše

muškarci pokrenuta seksualnom ljubomorom podržavaju evolucionističke teze o nasilju (Daly, 2016).

Vršenje zločina radi pribavljanja resursa, poput krađe ili razbojništva, aktivnost je u kojoj u svim kulturama dominiraju muškarci (Buss, 2012). Uopšteno uzev, ljudi imaju tri osnovne strategije za sticanje resursa potrebnih za opstanak i reprodukciju: 1) individualno pribavljanje resursa (npr. lov, sakupljanje plodova i dr.); 2) saradnja radi sticanja resursa (pojedinci formiraju saradničke grupe ili saveze da bi kolektivno pribavili više nego što bi mogli pojedinačno), i 3) iskorišćavanje ili otimanje tuđih resursa kroz taktike obmane, manipulacije ili primenom nasilja (Buss, Duntley, 2008, prema Buss, 2012: 94). Većina kriminalnog ponašanja spada u domen otimačke strategije sticanja resursa koju primenjuju pojedinci ili saradničke grupe. Rasil Darant posmatra organizovanu kriminalnu grupu kao saradničku grupu formiranu radi iskorišćavanja ili otimanja tuđih resursa kroz koju se osnažuje inkluzivni fitnes (adaptivna vrednost) na račun drugih, a koja zapravo jeste oblik muške koalicione agresije koja je postojala u našoj evolucionoj prošlosti i odraz ojačane tendencije kod muškaraca da formiraju grupe u kontekstu lova i međugrupnih sukoba (Durrant, 2021: 310).

Evoluciona teorija je naročito primenjivana za objašnjenje polnih razlika u seksualnoj aktivnosti i agresivnosti. Robert Trivers (Trivers, 1972, prema Gottschalk, Ellis, 2010: 64–65) je svojevremeno ukazao na pravilnost da je pol koji više ulaže u potomstvo (obično ženski) probirljiviji u izboru partnera, dok pol koji investira manje (obično muški) favorizuje kvantitet u odnosu na kvalitet reprodukcije i oštrije se takmiči sa rivalima.³ Ljudi spadaju u vrste kod kojih postoji znatan disbalans roditeljskog ulaganja, gde je pol sa visokim ulaganjima resurs oko kojeg se suprotni pol nadmeće. Žene imaju veće roditeljsko ulaganje nego muškarci, te su i njihove reproduktivne strategije drugačije. Reproductivna strategija žena može se opisati kao favorizovanje kvaliteta nad kvantitetom: za razliku od muškaraca čiji je reproduktivni uspeh ograničen brojem seksualnih partnerki, reproduktivni uspeh žena je ograničen dugim periodom gestacije i laktacije kod svakog potomstva (Campbell, 1999: 203–204). Muškarci u principu slede nekoliko reproduktivnih strategija uobličениh tokom evolucije: kontrolu nad resursima kojima će privući žene; isticanje fenotipskih obeležja (npr. naglašavanje snažnog fizičkog izgleda, razmetljivo ponašanje itd.) koji odražavaju manje vidljive genetske kvalitete; sprečavanje drugih muškaraca da pristupe ženama i potragu za pristupačnim ženama (Flinn, Low, 1986, prema Daly, Wilson, 1988). Evolucionisti su svojevremeno ukazali da se ljudi, pogotovo muškarci, razlikuju u pogledu spremnosti da investiraju vreme i energiju u podizanje potomstva, pri čemu su te varijacije delimično rezultat genetskih faktora. Muškarci spremni da ulažu u roditeljstvo („tate”, e. *dads*), su tip koji velika većina žena bira za očeve svoje dece dok izbegava one druge (“hulje”, e. *cads*) nezainteresovane da u potomstvo ulože nešto više od seksualnog kontakta (Dawkins, 1976, prema Draper, Harpending, 1988). Da bi preneli svoje gene oba tipa muškaraca moraju pronaći

3 Za razliku od žena koje mogu imati manji broj potomaka uz veliki napor, muškarci imaju potencijal za brojno potomstvo s malo napora, ali se suočavaju sa većom unutarrodnom reproduktivnom kompeticijom i spremniji su na rizik i agresiju.

partnerke za stvaranje potomstva. I dok "tate", kako ukazuju Martin Gotšelk i Li Elis (2010), uglavnom ne nailaze na prepreke, "hulje" moraju primeniti posebne taktike poput: obmanjivanja žene tokom udvaranja i davanja lažnog obećanja da će ostati uz nju; zastrašivanja i napada na rivale; preduzimanja različitih (uključujući nelegalne) aktivnosti radi pribavljanja resursa da bi naglasili svoje sposobnosti, i prinude žene na seksualni čin kad zakažu metodi za obezbeđivanje dobrovoljnosti. U prilog tezi da reproduktivna taktika ima veze sa sklonošću kriminalnom ponašanju i da su upravo "hulje" upletenije u nasilnički kriminalitet govore nalazi da je antisocijalni poremećaj ličnosti (psihopatija) skoro ekskluzivno vezan za muškarce i da ima genetsku osnovu (Gottschalk, Ellis, 2010: 65–66).

Kada je, inače, o psihopatiji reč, evolucionistički orijentisani psiholozi su pružili objašnjenje za ovaj specifičan sklop ličnosti koji karakteriše snižena emocionalnost i izraženo neprijateljstvo prema okruženju od detinjstva. Psihopatija se, naime, posmatra kao adaptivna (evolucionna) strategija, pri čemu se razlikuju „uspešna“ i „neuspešna“ psihopatija (Lilienfeld, Watts, Smith, 2015; Međedović i dr, 2017). „Uspešne“ psihopate koje karakterišu izrazita šarmantnost i samopouzdanje koriste manipulativne i obmanjivačke taktike da bi stekle najviše resursa i najviši status uz minimalan trud, dok se „neuspešna“ psihopatija vezuje za izraženiju tendenciju ka kriminalnom ponašanju. Psihopatija je parazitska strategija koja može biti korisna psihopatama, ali samo dok je malo drugih psihopata u zajednici, jer tamo gde ih je više postoji povišen rizik od konflikta sa drugim psihopatom, dok u isto vreme u zajednici ima više razvijenih mera protiv antisocijalno nastrojenih pojedinaca (Glenn, Kurzban, Raine, 2011).

Iz evolucionere perspektive, nasilnost se razvila kao muška reproduktivna strategija jer može da eliminiše ili odvraća genetsku konkurenciju (tj. spreči suparnike da dobiju priliku da se sparuju), služi kao način za iskazivanje fizičke snage (genetske superiornosti) i privlačenje žena, i odvraća žene od napuštanja i ukrštanja sa drugim muškarcima. U čovekovoj dalekoj prošlosti muška agresija je često vodila reproduktivnom uspehu, pa je bilo verovatnije da se na muško potomstvo prenesu agresivne nego pasivne osobine: zbog takvog evolucionog nasleđa, muškarci su i dan danas, u modernom društvu, nasilniji od žena (Ellis, Walsh, 1997). En Kemberl upućuje na to da se osobe muškog pola češće ponašaju agresivno već od dvogodišnjeg uzrasta pa na dalje; što je agresija ozbiljnija, to su polne razlike u njenom ispoljavanju veće. Uzrast je, međutim, snažan prediktor agresivnog ispoljavanja kod oba pola: tinejdžerske godine koje označavaju vreme ulaska u reproduktivnu arenu istovremeno su godine kada raste agresivnost, što se reflektuje i u kriminalnoj statistici. Ipak, činjenica je da je svuda i u svakom istorijskom periodu fizička agresija između žena bila manje učestala i manje ozbiljna u odnosu na agresiju između mladih muškaraca (Campbell, 2013: 3–4).

Adaptivni mehanizam kojim je cena agresije (i drugih oblika rizičnog ponašanja) postala viša za žene podrazumeva izraženiju plašljivost i izbegavanje situacija u kojima postoji neposredna opasnost od telesne povrede. Kemberl ukazuje da su kroskulturalne studije pokazale da je kod žena naglašenija crta neuroticizma, te da su žene sklonije fobičnim strahovima i anksioznosti (Campbell, 2013: 5). Briga žena za

zaštitu vlastitog života poboljšala je njihov reproduktivni uspeh, jer je opstanak novorođenčadi zavisio više od majčine nego od očeve nege i odbrane. Iako žene ispoljavaju unutarrodnu agresiju i mogu se međusobno boriti za oskudne resurse,⁴ ženska hijerarhija dominacije ne uvećava reproduktivni uspeh žena, te je verovatnije da će ženski sukob (za razliku od muškog) imati oblik indirektna agresije ili direktne borbe niskog intenziteta. Selekcioni pritisak se psihološki ostvaruje kroz niži prag straha kod žena, pri čemu neki preliminarne neuropsihološki dokazi, kako ukazuje Kembel (Campbell, 2013), sugerišu da žene pokazuju veću reaktivnost amigdale na preteće stimulse, bolju sposobnost za prefrontalnu kortikalnu kontrolu emocionalnog ponašanja i svesno registrovanje straha posredstvom prednje cingularne kore. Pokazuje se da je upravo izraženiji strah (a ne slabiji intenzitet besa) medijator nižeg agresivnog ispoljavanja žena, a polne razlike u bojažljivosti objašnjavaju i manju uključenost žena u niz rizičnih aktivnosti poput opasne vožnje, ekstremnih sportova i kriminaliteta. Konkurencija žena u principu je manje nasilna, ali može biti žestoka. Žene se, recimo, takmiče za najboljeg partnera, pri čemu su izgled (znak plodnosti) i vernost (znak sigurnosti očinstva) ključno oružje kojim se žene takmiče međusobno, uz taktike koje uključuju stigmatizaciju, derogaciju i izopštavanje rivalki. Kada taktike eskaliraju do stvarnog nasilja, one se javljaju u predvidljivim socijalnim kontekstima kao što su nedostatak resursa i premalo muškaraca kao potencijalnih partnera (Campbell, 2016).

Sociobiološke teorije silovanja usmerene na ispitivanje povezanosti evolucionih adaptacija i psihičkih svojstava silovatelja, veoma su kontroverzne jer tradicionalni pristupi ne tretiraju silovanje kao adaptivno ponašanje: jedni ih odbacuju iz etičkih, drugi iz verskih ili političkih, treći iz naučnih razloga. Evolucionisti pak ukazuju da je potrebno celovito poznavanje uzroka silovanja da bi se mogle razviti efikasne preventivne mere. Rendi Thornhil i Krejg Palmer su u svojoj knjizi *Prirodna istorija silovanja: biološke osnove seksualne prisile* (Thornhill, Palmer, 2000) koristili evolucionu teoriju da objasne uzroke silovanja i sugerišu nov pristup njegovoj prevenciji. Oni smatraju da je potrebno srušiti nenaučne mitove o silovanju stvorene u okrilju društvenih nauka krajem XX veka, među kojima je „netačna tvrdnja“ da silovatelji nisu motivisani seksualnom željom: silovanje je, kako tvrde, evoluirana adaptacija, preciznije, uslovna reproduktivna strategija koja će se aktivirati u nekim situacijama. Premda ga posmatraju kao biološki uzrokovano, Thornhil i Palmer ne smatraju silovanje neiskorenjivim ponašanjem – ono se može sprečavati učenjem mladih

4 Kembel primećuje da je duga istorija ljudske biroditejske brige o potomstvu snizila seksualni dimorfizam i učinila da većina svetske populacije danas živi monogamno. Monogamija podrazumeva dvostruku seksualnu selekciju: i muškarci i žene se takmiče za najbolje partnere. Dok sklonost prema pametnim i ljubaznim partnerima dele oba pola, postoje i osobine koje preferiraju jedni ili drugi. Žene visoko vrednuju resurse, ambiciju i širokogrudost, što odražava potrebu za materijalnom i emocionalnom podrškom u podizanju dece, dok muškarci cene mladost, atraktivnost i vernost. Kada se žene takmiče za muškarce s resursima nastoje da istaknu kvalitete koje muškarci cene, a unutarrodna konkurencija će podsticati diskreditovanje tih osobina kod rivalki. Iz te perspektive shvatljiva je preokupacija devojaka fizičkim izgledom i odbranom svoje seksualne reputacije, kao i diskvalifikacija rivalki ocenom da su neprivlačne ili seksualno dostupne („lake“). Mnogo je faktora, pak, koji deluju kao moderatori unutarrodne konkurencije, poput gustine populacije, brojčanog odnosa polova itd. (Campbell, 2013: 3).

muškaraca da ne primenjuju seksualnu agresiju, strožim kažnjavanjem za silovanje i različitim oblicima tzv. hemijske kastracije. Evolucionisti upozoravaju da neuspeh da različitim pravnim sredstvima koje imamo na raspolaganju eliminišemo silovanje snažno sugerije da je naše razumevanje seksualne agresije i dalje nedovoljno (Jones, 2016: 1191). Evolucionistička analiza upotpunjuje znanje bez kojeg ne može biti delotvorne prevencije: iako uzroci seksualne agresije svakog pojedinca variraju, nije logično efekte evolucionih procesa na biologiju seksualne želje smatrati irelevantnim za ljudsku seksualnu agresiju.

EVOLUCIJA, DRUŠTVENO UČENJE I KULTURA

Ljudska kultura podrazumeva ideje, ponašanja i artefakte koji se mogu naučiti i preneti s jednog pojedinca na drugog i koji se tokom vremena mogu menjati (Cavalli-Sforza, Feldman, 1981, prema Creanza, Kolodny, Feldman, 2017: 7782). Kultura i transmisija kulturnih vrednosti utemeljene su na društvenom učenju, odnosno na genetski evoluiranim psihičkim adaptacijama za usvajanje uverenja, ideja, praksi i strategija od drugih individua, posredstvom posmatranja, oponašanjem i na drugi način.

Ljudska biologija je omogućila je razvoj kulture i ona je emanacija čovekove prirode. U borbi za opstanak ljudska vrsta je morala u velikoj meri da se oslanja na društveno učenje koje omogućava usvajanje adaptivnih osobina koje jedinki obezbeđuju snalaženje u nepoznatom i složenom okruženju. Neko ponašanje može da se prenosi i širi u populaciji putem društvenog učenja i kulturno posredovanih procesa koji su slični prirodnoj selekciji, u smislu da je izvesnije da će se uspešne strategije oponašati i razmnožavati unutar populacije. Dejvid Vilson smatra da misao može da utiče na ponašanje baš kao i geni, a proisteklo ponašanje može da utiče na opstanak i reprodukciju u realnom svetu. Religija je, primera radi, „obmana“ koja je iz dobrih razloga uobičajena u ljudskom društvu: to je adaptacija na grupnom nivou koja se širi kulturnom evolucijom i podstiče ponašanje za dobrobit grupe i sprečava sebično ponašanje na štetu ostalih njenih članova (Wilson, 2015).

Ljudska kultura značajno utiče na reproduktivne obrasce. Primera radi, počev od kasnog XIX veka delovi Evrope i Azije, Sjedinjene Države i Australija započeli su proces prolaska kroz demografsku tranziciju sa režima visokog nataliteta i mortaliteta u režim nižeg nataliteta i niskog mortaliteta mladih. Ove promene su omogućene širenjem praksi koje smanjuju fertilitet i povećavaju preživljavanje, a koje su postale deo kultura razvijenih zemalja (Creanza i dr, 2017: 7786). Demografska tranzicija u postindustrijskim društvima posmatra se kao paradoks jer, iz darvinističke perspektive adaptivne vrednosti, individue bi trebalo da teže tome da imaju veće potomstvo, a ne manje. No, kada je prevladala kulturna norma koja favorizuje manju porodicu stopa fertiliteta je počela da opada, što je rezultovalo (kulturnom izazvanom) demografskom tranzicijom. Nadalje, asortativno (neslučajno) ukrštanje dovodi do većih korelacija između partnera u pogledu genetskih i kulturnih osobina, što može dovesti do povećanja genotipske i fenotipske varijanse u populaciji (Creanza i dr, 2017: 7784; 86).

Kulturna obeležja poput ponašanja i ideja koje se uče mogu imati složene obrasce prenošenja i evolucije, a istraživači danas razvijaju razne teorijske verbalne i matematičke modele da olakšaju njihovo razumevanje. Kulturna evolucija ima mnogo paralela sa genetskom (mada kulturna transmisija ne prati striktno pravila genetske transmisije), ali i jasne razlike u odnosu na nju. Kulturna i genetska evolucija mogu biti u interakciji i stvoriti dvojno nasleđe. Kulturalne osobine, recimo, mogu promeniti selekcionu genetski pritisak, pa genetske osobine koje su adaptabilne u jednom kulturnom ambijentu možda neće to biti u nekom drugom (Creanza i dr, 2017: 7782–3).

Iz evolucione perspektive razvoj je izuzetno bitan, iako se deca ne rađaju kao „neispisane table“. Evolucija ih je pripremila da očekuju određeni tip okruženja i da neke informacije obrađuju lakše od drugih. Ali „pripremljeno“ nije isto što i „predodređeno“, a okruženje interreaguje sa genetskim sklonostima da bi se proizvelo adaptivno ponašanje (Bjorklund, 2003). Sve evoluirane karakteristike se razvijaju kroz kontinuirane i dvosmerne interakcije gen-sredina. Odojčad i deca pokazuju visok stepen razvojne plastičnosti i adaptivne osetljivosti na kontekst, ali je potrebno produženo detinjstvo u kojem se uči o složenosti društvenih zajednica (Bjorklund, Ellis, 2014). Dete preuzima kulturne osobine ne samo od svojih roditelja, već i od drugih odraslih, kao i od vršnjaka. U većini slučajeva, što je zastupljenije neka kulturna karakteristika u populaciji, to je veća verovatnoća da će je pojedinac usvojiti kroz proces društvenog učenja (Creanza i dr, 2017: 7783).⁵

Brajan Vila formuliše svoju ekološku opštu paradigmu za razumevanje kriminalnog ponašanja pošavši od teze da je kultura medij koji omogućava prenošenje s generacije na generaciju naučenog ponašanja, stavova, mišljenja i praksi, posebno onih važnih za opstanak. Posledično, određena (uspešna u smislu preživljavanja) ponašanja i strategije su raširene i učestalije u socijalnom okruženju dok su druge (manje uspešne) ređe ili nestaju. Učestalost prenošenja određenog ponašanja u populaciji zavisi od njegovog prethodnog uspeha i rasprostranjenosti (Vila, 1994). Međusobna interakcija bioloških, sociokulturnih i razvojnih faktora utiče ne samo na sposobnost pojedinca da stekne resurse, već i na vrednost i značaj koji im pridaje.

Zastupnici evolucione psihološke perspektive su posebnu pažnju poklonili razmatranju kulturalnih implikacija patrijarhata. En Kembel ukazuje da su u patrijarhatu muškarci dugo imali moć i mogućnost da propagiraju kao poželjne one osobine koje pogoduju njihovoj kontroli nad ponašanjem žena. U kulturološkom smislu, agresivnost je posmatrana kao „neprirodna“ za ženski rod ili dokaz ženske iracionalnosti, a takva tumačenja su pojačavala evolutivne polne razlike kroz proces stigmatizacije ženskog ispoljavanja agresije (Campbell, 1999). Dejvid Bas je predložio *koevolucionu* teoriju o poreklu patrijarhata prema kojoj su afinitet žena prema muškarcima s resursima i muške kompetitivne strategije koevoluirale, što je dovelo

5 Za kulturno učenje vezuje se nekoliko uobičajenih pristrasnosti. U slučaju pristrasnosti prestiža, pojedinci pokušavaju da steknu kulturalne osobine za koje se smatra da su kvalitetne, selektivno učeći od pojedinaca sa visokim društvenim rangom. Na primer, u jednoj eksperimentalnoj studiji, deca uzrasta od 3–4 godine su značajno češće birala odraslog kulturnog uzora ako su opažala druge odrasle da mu poklanjaju pažnju (Chudek i dr, 2012), što implicira da čak i u vrlo ranoj dobi ljudi mogu proceniti društveni prestiž (Creanza, Kolodny, Feldman, 2017: 7784).

do toga da muškarci širom sveta imaju više moći i resursa u svojim rukama (Buss, 1996). Bas ukazuje na nalaze multikulturalnih studija da su ženama kao dugoročni partneri poželjniji kako oni sa ekonomskim resursima, tako i oni sa karakteristikama koje će vremenom verovatno dovesti do sticanja resursa poput ambicije, marljivosti i društvenog statusa (Buss, 1989, prema Buss, Duntley, 1999). Favorizujući u dugom periodu kao partnere muškarce koji poseduju status i resurse, ženske preferencije su uspostavile skup osnovnih pravila za muško unutarrodno takmičenje. Savremeni muškarci nasledili su od predaka psihološke mehanizme koji favorizuju sticanje resursa i statusa, ali i spremnost na rizik da bi ih dosegli (Buss, Duntley, 1999).

Pojedinci koji se češće odlučuju da rizikuju i viktimizuju druge su oni koji su u nepovoljnom položaju u borbi za resurse, moć i status, što je u skladu sa tvrdnjama mnogih tradicionalnih kriminoloških teorija (Walsh, Jorgensen, 2018: 536). Prema koncepciji o „psihosocijalnom ubrzanju“ koju su razvili Belski i saradnici, grubo, neosetljivo roditeljstvo, konfliktni porodični odnosi i nesigurne veze deluju kao ekološki stres i podstiču razvoj strategija brzog života koje karakterišu raniji pubertet i seksualno sazrevanje, raniji seksualni debi, primena kratkoročnih taktika reprodukcije, nestabilni partnerski odnosi, impulsivnost, nemogućnost odlaganja zadovoljstva i oportunističko-eksploatatorska interpersonalna orijentacija (Belsky, Steinberg, Draper, 1991). Nasuprot brzim, visokorizičnim strategijama, spore životne strategije (sporo sazrevanje i kasna reprodukcija) koreliraju sa dugim životnim vekom, manjim brojem dece uz veliko roditeljsko ulaganje i niski mortalitet mladih.

U koevolucionim modelima gena i kulture kulturno učenje dovodi do selekcije i umnožavanja *altruizma*, odnosno saradnje kao forme kolektivnog ponašanja (Bowles, Gintis, 2011). Individua se može nazvati altruističnom u evolucijskom smislu ako pomaže drugoj jedinki i plaća cenu toga u vidu smanjenja vlastite adaptivne vrednosti, odnosno sopstvenih šansi za opstanak i reprodukciju. Postavlja se pitanje kako je opstalo altruistično ponašanje, naizgled kontraproduktivno u svetlu teorije prirodne selekcije, odnosno, zašto altruizam nije eliminisan iz populacije budući da smanjuje verovatnoću opstanka i reprodukcije altruistične jedinke. Ljudi su evoluirali da ostvaruju međusobnu saradnju na bazi uzajamnosti i reciprociteta i da budu „recipročni altruisti“ (Trivers, 1971) koji najbolje mogu ostvariti svoje interese tako što će slediti pravila zajednice, umesto da ih krše. Štaviše, ljudi su evoluirali da postupaju prema principu „snažnog reciprociteta“, na koji upućuju Fehr i saradnici, osporavajući pretpostavku o apsolutizovanom ličnom sebičnom interesu ljudi (Fehr, Fischbacher, Gächter, 2002). Ovi autori tvrde da mnogi ljudi imaju urođenu tendenciju da nagrađuju pošteno ponašanje, kao i da kažnjavaju sebične pojedince (e. *free riders*), tj. one koji ne saraduju i ne postupaju pošteno. Princip snažnog reciprociteta znači da će osoba, čak i u uslovima kad joj se to neposredno ne „isplati“, biti voljna da žrtvuje resurse da bi uzvratila dobrim prema onima koji su dobri (snažan pozitivan reciprocitet) ili kaznila one koji to nisu (snažan negativan reciprocitet) (Fehr i dr, 2002: 2). Fehr i saradnici empirijski pokazuju da snažni reciprocitet može dovesti do skoro univerzalne saradnje, kao i to da su ljudi voljni da kazne one koji su se nepravedno ponašali prema trećoj osobi, što implicira da je snažan reciprocitet

moćno sredstvo za sprovođenje društvenih normi (Fehr i dr, 2002: 21). Čovekov impuls za kažnjavanjem je posebna adaptacija čiji je cilj umanjeno adaptivne vrednosti odnosno dobiti sebičnih pojedinaca koji su je ostvarili nepoštenjem (Price, Cosmides, Tooby, 2002).

Čovek je neprevaziđen primer evolucionog uspeha zahvaljujući izvanrednoj mogućnosti adaptacije i menjanja okruženja, ali i sposobnosti da stvara društvene vrednosti, norme i sankcije kako bi osigurao najbolji mogući ishod za svoju vrstu. Kažnjavanje ponašanja koje je štetno za grupu bilo je važno pitanje već u ranim zajednicama. Stiven Pinker ukazuje da je u predržavnim društvima bilo vrlo važno pouzdano odvracati druge od potencijalne agresije, odnosno imati reputaciju nekog ko je kadar da sprovede odmazdu, što je dovelo do toga da ljudi razviju instinkt za osvetom i zaštitom časti. Razvoj države i policije drastično je smanjio nivo nasilja u odnosu na onaj koji je postojao u zajednicama naših dalekih predaka, ali, kad god negde dođe do značajnog opadanja efikasnosti policije, ljudi se organizuju u grupe za zaštitu, a retribucija i „odbrana časti“ ponovo postaju izuzetno važni. Zanimljivo je pak da neke kulture stavljaju veći naglasak na zaštitu časti nego druge: jedno od objašnjenja je da je u prošlosti ona bila važnija u stočarskim nego u agrarnim zajednicama, budući da je stoka mogla biti lako i brzo pokradena, pa je bilo važno stalno pokazivati čvrstinu radi odvracanja (Pinker, 2003).

Pravni sistemi podstiču ljude da deluju na načine koji doprinose ostvarivanju javnih ciljeva koji se, kako ukazuje Owen Džouns, kreću od kontrole zagađenja do obezbeđivanja minimalnog prihoda za najsiromašnije, od omogućavanja napredne ekonomije do zaštite imovine od krađe, i od bezbednosti hrane i lekova do osiguravanja da se sporovi rešavaju bez nasilja na pravičan način. Ako unapređeno objašnjenje ponašanja može dati efikasnija pravna sredstva, i ako je ljudsko ponašanje pod uticajem evolucionih procesa, onda više znanja o tome kako evolucionari procesi utiču na ljudsko ponašanje može poboljšati izgled zakonodavstva da ga regulišu. Štaviše, fundamentalni odnos između zakona i ponašanja ostaje konstantan: *društvo koristi zakon kao oruđe za usmeravanje ljudskog ponašanja u pravcima u kojima inače ne bi išlo samo* (Jones, 2016: 1196).

DISKUSIJA I ZAKLJUČCI

Svojevremeno je Rej Džefri izrekao da će kriminologija biti osuđena na nepotpuno izučavanje i znanje o kriminalitetu sve dok biologiju čoveka ne budemo posmatrali kao značajnu dimenziju ponašanja (Jeffery, 1980). Biološki diskurs u kriminologiji je, kako primećuju Švarc i Biver, prešao dug put i uglavnom su iza nas diskusije o atavističkoj regresiji, frenologiji i suprotstavljenosti prirode i vaspitanja čiji je najveći doprinos bilo uvođenje poglavlja o biološkim teorijama u udžbenike kriminologije; njih u današnje vreme zamenjuju razmatranja o neurološkim obeležjima, endokrinološkoj i genetičkoj osnovi ponašanja i interakciji gena i okruženja (Schwartz, Beaver, 2019: 4). Danas, kada je kriminologija daleko od početničkog zamaha sa tendencijom ka oštrim zaokretima u preambiciozne i isključive koncepcije, čini se nespornim da biološka perspektiva ima šta da ponudi kriminologiji, te

da neurobiološka, endokrinološka, pa i evolucionna osnova ljudskog ponašanja nose dragocen potencijal da upotpune i unaprede razumevanje i kontrolu kriminalnog ponašanja.

Za nauke koje izučavaju ljudsko ponašanje relevantni su nalazi koji govore u prilog tvrdnje da čovekov um nije „neispisana tabla“ već dolazi opremljen zadivljujućim nizom razvojnih programa za psihološke mehanizme, oblikovanih selekcijom tokom dugog vremena da bi rešavali ponavljajuće adaptivne probleme s kojima su se suočavali naši preci (Buss, 2016). Objasnjavati ljudsko ponašanje bez evolucionog okvira nalikovao bi, kako smatraju Volš i Jorgensen, pokušaju savremene hemije da ignoriše atome i osnovne sile koje upravljaju ponašanjem materije (Walsh, Jorgensen, 2018: 535). To ipak ne znači, smatraju oni, da treba zagovarati nekakvu evolucionističku „kolonizaciju kriminologije“ – kriminolozi mogu razvijati svoje ideje bez pozivanja na evoluciju (baš kao što to mogu činiti i biolozi u brojnim oblastima svojih istraživanja), ali bi trebalo da razumeju načine na koje evolucionistički pristup može pomoći kriminologiji. On, pored ostalog, može pomiriti napetost između dve glavne kriminološke tradicije čije su pretpostavke o kriminalnom ponašanju radikalno suprotne – teorija *društvenog učenja* i *socijalne kontrole*. Dok prve posmatraju ljude kao prirodno dobre (ili kao „neispisanu tablu“) sve dok ih ne iskvari loše susedstvo, vršnjaci, porodica i društvo, druge vide pojedince kao prirodno sebične i smatraju neophodnom socijalnu kontrolu da bi ih naterali da poštuju prava drugih. Za tradiciju društvenog učenja zločin je odstupanje, dok je za tradiciju kontrole on podrazumevana opcija u odsustvu kontrole. Problem sa ovom tenzijom Volš i Jorgensen vide u striktno dihotomizovanim pretpostavkama o ljudskoj prirodi: ili je prirodno dobra ili je sebična, što je, posmatrano iz ugla evolucije, lažna dihotomija. Evolucionistička analiza kriminalnog ponašanja ukazuje da je ono „normalno“ ponašanje i da se može očekivati u velikim razmerama kada se društvena kohezija raspadne. Ona takođe ukazuje da je želja za mirnim suživotom, u skladu sa društvenim normama, takođe normalna. Koje od ovih lica ljudske prirode preovladava – na individualnom ili na društvenom nivou, zavisi od konstelacije velikog broja faktora (Walsh, Jorgensen, 2018: 535–536).

Iz perspektive evolucionne psihologije, svako ljudsko ponašanje – bilo kriminalno ili nekriminalno – proizvod je sadejstva psiholoških mehanizama instanciranih u mozgu i uticaja okoline koji ih aktivira ili inhibira (Buss, 2012: 91). Iako su evolucionisti psiholozi fokusirani na psihološke adaptacije, a interakcionisti na interakciju, interakcionistička logika je u osnovi ista: svako ljudsko ponašanje, na nekom fundamentalnom nivou, zahteva psihološke mehanizme i uticaj iz okoline da bi se oni aktivirali. Bez psiholoških mehanizama ne bi se moglo proizvesti ponašanje, a svi funkcionalni psihološki mehanizmi, ma kakvi oni bili, duguju svoje postojanje evoluciji selekcijom (Buss, 2012: 92).

Kriminalna ponašanja poput krađe, nanošenja telesne povrede, silovanja i ubistva čine podskup ljudskih ponašanja koja se javljaju u svim kulturama po predvidljivim obrascima – na primer, u svakoj kulturi nasilnički delikti i ubistva pokazuju predvidljivu starosnu i polnu distribuciju (Daly, Wilson, 1988). Kriminalno ponašanje je višestruko učestalije među muškarcima, pa iako su žene u većem obimu

izložene siromaštvu, siromašni muškarci mnogo češće od siromašnih žena vrše zločine poput krađe ili razbojništva da bi došli do resursa. Stope kriminaliteta su dramatično visoke na uzrastu u kome osobe muškog pola ulaze u reproduktivnu konkurenciju, dok kasnije s godinama opadaju, te se u starijoj dobi stope kriminalnog ponašanja muškaraca približavaju stopama kriminaliteta žena. Uz to, kriminalno ponašanje se javlja u predvidljivo višim stopama među siromašnim muškarcima nego među ženama sličnog ekonomskog statusa (Buss, 2012: 92). Agresija, posebno mladičko nasilje, deo je ljudskog evolucionog nasleđa i zadržana je u ljudskoj prirodi procesom prirodne selekcije zbog njene uloge koju je u prošlosti imala za prenošenje gena na buduće generacije, ali je oblikovana dejstvom različitih evolucionih i socijalnih sila. Iz evolucionarne perspektive nasilje je najčešće sredstvo u borbi muškaraca za resurse bitne za održanje i bolji reproduktivni status – dobar deo interpersonalnog nasilja koje vrše muškarci može se objasniti u svetlu taktika borbe za partnerke i reprodukciju.

Evolucionistička analiza je, poput zaključaka mnogih feministički orijentisanih autorki i autora, pokazala da u srži patrijarhata leže seksualna kontrola i prinuda prema ženama. Ona sugerise da je muška ekonomska, politička i društvena moć nad ženama, iznad svega, sredstvo za kontrolu ženske seksualnosti i reprodukcije. Muškarci prisiljavaju, sputavaju i dominiraju nad ženama kako bi zadržali kontrolu nad ženskom seksualnošću i potomstvom koje žene donose na svet (Smuts, 1995).

Evolucionarna perspektiva, kao i biosocijalne teorije generalno, trpe brojne i oštre kritike. Najčešći prigovori se odnose na metodološke manjkavosti istraživanja, uključujući korišćenje malih, nereprezentativnih uzoraka i neadekvatnu kontrolu uticaja socijalnih varijabli. Evolucionističkim pristupima se prebacuje to što operišu hipotezama koje je teško ili nemoguće testirati, čime im je osporen empirijski, odnosno naučni status. Mnoge teze koje se iznose da objasne adaptivnu prirodu ljudskih osobina i ponašanja, kako ukazuju kritičari, imaju formu „pričam ti priču“ i zgodna su objašnjenja koja ne počivaju ni na kakvim dokazima izvan njihove vlastite unutrašnje logike (Plotkin, 2004: 118). Ove teorije ne uspevaju da objasne regionalne i vremenske razlike u stopama nasilničkog kriminaliteta, niti mogu u potpunosti da objasne promene u nasilnom ponašanju tokom vremena, ali s druge strane doprinose rasnim, etničkim i klasnim predrasudama i opravdavanju socijalne nejednakosti, isključenost i siromaštvo (Roberts, Gabor, 1990). Jer, ako biologija može da objasni nasilne zločine, a siromašni, rasne i etničke manjine vrše nesrazmeran broj nasilničkih krivičnih dela, onda zaključci mogu ići u pravcu tvrdnji da su ove kategorije ljudi inherentno prokriminalne.

Zastupnici evolucionističke perspektive naročito su kritikovani zbog genetskog determinizma i redukcionizma. Na ove kritike psiholozi Lens Vorkmen i Vil Rider odgovaraju ukazujući na to da geni po pravilu ne uzrokuju neumitno neko ponašanje, već stvaraju bihevioralne predispozicije koje se ospoljavaju samo i tek pod uticajem drugih faktora, poput kulturnih uticaja ili pojedinačne životne istorije. Redukcionizam, koji je za neke „prljava reč“, za druge je važan naučni princip koji je u korenu ključnih saznanja poput otkrića da su atomi u osnovi materije: važno je sagledati sve nivoe objašnjenja i različite aspekte fenomena koji posmatramo (Workman, Reader, 2021: 24–25).

Stanoviše Tornhila i Palmera o adaptivnoj prirodi silovanja izloženo je oštroj kritici i osporavanju, što važi i za njihove preporuke upućene mladim ženama da imaju u vidu biološke uzroke seksualnog nasilja kada odlučuju o tome šta će obući, kako će izgledati i u kojim društvenim aktivnostima će učestvovati (Thornhill, Palmer, 2000). Erik Smit i saradnici (Smith, Borgerhoff Mulder, Hill, 2001) su kritikovali Tornhilovu i Palmerovu tezu da je predispozicija za silovanje evoluirana adaptacija razvijajući model kojim su pokazali da je „cena“ silovanja za prosečnog 25-godišnjaka neprihvatljivo visoka. Hrit Vandermasen karakteriše Tornhilovo i Palmerovo gledište kao „ekstremno“ jer negira uticaj neseksualnih motiva kod silovanja (Vandermassen, 2010: 736). Ričard Hamilton kritikuje Tornhilovu i Palmerovu definiciju silovanja koja isključuje silovanja muškaraca, kao i žena izvan reproduktivnog perioda, silovanja sa lišenjem života žrtve i nevaginalne oblike silovanja i koja kao takva praktično garantuje potvrđivanje njihove hipoteze da je silovanje razvijena reproduktivna strategija, a ne nasilni zločin. Silovanje ne može biti uspešno objašnjeno iz evolucione perspektive zato što bi silovanje dece, muškaraca i nevaginalno silovanje bili eliminisani tokom evolucije jer nisu davali reproduktivnu prednost (Hamilton, 2008). Dejvid Bas smatra da bi silovanje moglo biti neadaptabilni nusproizvod drugih evoluiranih mehanizama, poput želje za seksualnom raznolikošću i seksa bez ulaganja, te opšte sposobnost za fizičku agresiju (Buss, 2019).

Kritika je usmerena i na nepovoljne etičke implikacije evolucionističkih pristupa koji, kako se ukazuje, služe za opravdavanje socijalne hijerarhije i reakcionarnih politika. Evolucionisti psiholozi na nju odgovaraju upozorenjem na dve logičke zablude – naturalističku i moralističku, koje bi trebalo izbeći, kao i predubeđenje da biološko objašnjenje „legitimizuje“ određeno ponašanje. Naturalistička zabluda je, kako ukazuje Pinker, ideja da ono što je „prirodno“ ujedno mora biti „dobro“, što je bila osnova za socijaldarvinizam, odnosno uverenje da će pomoć siromašnima i bolesnima kompromitovati evoluciju ljudske vrste koja, navodno, zavisi od opstanka najспособnijih. Moralistička zabluda je, pak, uverenje da ono što smatramo „dobrim“ mora kao takvo postojati u prirodi. Od ljudske prirode tako očekujemo samo vrline, bez poriva za ubistvom, otimanjem i iskorišćavanjem, jer je alternativa previše užasna da bismo je prihvatili. Zato se naturalističke i moralističke zablude tako često povezuju sa idejom o „plemenitom divljaku“ i „neispisanoj tabli“ (Pinker, 2003: 162). Priroda je, podsećaju Vilijam von Hipel i Dejvid Bas, puna nepoželjnih stvari: bolesti su „prirodne“, ali to ne smeta da ih smatramo nepoželjnim i trošimo ogromna sredstva da bismo ih iskorenili; nasilna borba za reprodukciju i resurse je takođe „prirodna“ za životinjstvu svet i čoveka, ali smo stvorili profesionalnu policiju i krivičnopravni sistem da bismo suzbili nasilje. Ljudi imaju i evoluirane adaptacije koje su osjetljive na kontekst i koje im omogućavaju da se uzdrže od agresije onda kada je konflikt moguće rešiti manje rizičnim strategijama, kad je cena po reputaciju suviše visoka itd. (Von Hippel, Buss, 2017: 14).

Moglo bi se zaključiti da evolucionna perspektiva nije dovoljna da sama celovito objasni čovekov razvoj i ponašanje i da mora biti integrisana u šira objašnjenja koja uključuju kontekstualne uticaje i različite faktore u dijapazonu od gena do savremene kulture (Bjorklund i dr, 2016). Može se reći i to da ona u današnje vreme krimi-

nologiji ne donosi ingeniozna dostignuća, ali da ipak ona, sama po sebi, predstavlja repsektabilan deo korpusa kriminoloških saznanja. Možda najvažnija njena funkcija jeste da dešifruje evoluciono poreklo (i anahronizam) razlika u nekim aspektima interakcije ljudi sa okruženjem, brižljivo se čuvajući zamki pogrešne logike ili rasnih predrasuda vezanih za „uzroke“ ljudskih razlika (Creanza i dr, 2017: 7787), kao i da svedoči o važnosti kulturne evolucije i višeslojnih rizika koji prete zajednici u kojoj se moralne norme i društvene zabrane relativizuju, odnosno podstiče ili toleriše regresija na tzv. „prirodno stanje“. Ako su adaptacije za iskorišćavanje drugih ljudi evoluirale, evolucionarna perspektiva ima potencijal da doprinese razumevanju kriminalnog ponašanja, ali i individualnim i društvenim preventivnim strategijama (Buss, 2012). Kako ukazuju Von Hippel i Bas, evolucionistički pristup upravo doprinosi razumevanju moći socijalnog konteksta i kontekstualno zavisnih adaptacija: *Baš kao što možemo stvoriti fizička okruženja sa malim trenjem da bismo sprečili aktivaciju naših adaptacija koje proizvode kalus, možemo stvoriti i neiritabilno socijalno okruženje da sprečimo aktiviranje naših adaptacija za diskriminaciju i nasilje* (Von Hippel, Buss, 2017: 21).

Pored nekih loših, evolucionarna perspektiva je donela i mnogo dobrih vesti: ljudi imaju evoluirane tendencije kako da budu sebični, hostilni, prevrtljivi, puni predrasuda i nasilni, tako i da budu kooperativni, prijateljski nastrojeni i altruistični (Von Hippel, Buss, 2017: 21). Hiljadama generacija ljudi su uređivali svoju egzistenciju kulturnim alatima koji su postali sastavni deo njihovog života – osećanje pripadnosti kolektivu, moralnost, empatija, saradljivost, tolerancija i harmoničan socijalni život takođe su rezultat evolucije. Evolucionarna perspektiva je korisna i da osvetli strategije saradnje i kažnjavanja „sebičnih igrača“ koji se služe nepoštenjem i iskorišćavanjem drugih, kao i konformiranje pri moralnom opredeljivanju ljudi.⁶ Posmatrajući društvenu saradnju kao adaptivnu strategiju, ona pomaže da se sagledaju faktori njene stabilnosti i osvetli krucijalni značaj delotvornih institucija i institucionalnih mehanizama koji omogućavaju efikasno i neselektivno sankcionisanje prestupnika.

LITERATURA

- Belsky, J, Steinberg, L, Draper, P. (1991). Childhood experience, interpersonal development, and reproductive strategy: An evolutionary theory of socialization. *Child Development*, 62(4): 647–670.
- Bjorklund, D. F. (2003). Evolutionary Psychology From a Developmental Systems Perspective: Comment on Lickliter and Honeycutt, *Psychological Bulletin*, 129(6): 836–841.
- Bjorklund, D. F, Ellis, B. J. (2014). Children, childhood, and development in evolutionary perspective, *Developmental Review*, 34: 225–264.

6 Naime, kako se pokazuje, kad treba da se opredeli i svrsta u moralnom smislu, individua to čini u zavisnosti od toga kako drugi ljudi biraju stranu. To može objasniti zašto je moral nizak u onim grupama koje prioritizuju hijerarhiju ili lojalnost. U ekstremno hijerarhijskim društvima ljudi rutinski krše moralna pravila kada im se s pozicija vlasti naloži da izvrše kakav nemoralan čin. U etničkim sukobima ljudi se relativno lako upuštaju u ponašanja kao što su ubistvo ili silovanje oslanjajući se na podršku svojih etničkih grupa (Kyrzban, Descioli, 2016: 778).

- Bjorklund, D. F, Hernández Blasi, C, Ellis, B. J. (2016). Evolutionary Developmental Psychology, In Buss, D. M. (ed.) *The Handbook of Evolutionary Psychology, Volume 2* (pp. 904–924). Wiley.
- Bowles, S, Gintis, H. (2011). *A Cooperative Species. Human Reciprocity and Its Evolution*. Princeton University Press.
- Buss, D. M. (1996). Sexual conflict: Evolutionary insights into feminism and the “battle of the sexes”, In Buss, D. M, Malamuth, N. M. (eds.) *Sex, power, conflict: Evolutionary and feminist perspectives* (pp. 296–318). Oxford University Press.
- Buss, D. M. (2012). The Evolutionary Psychology of Crime, *Journal of Theoretical and Philosophical criminology*, Commentary, Special edition, 1(1): 90–98.
- Buss, D. (2019). Conflict Between the Sexes, *Evolutionary Psychology: The New Science of the Mind*. Routledge.
- Buss, D, Duntley, J. (1999). The evolutionary psychology of patriarchy: Women are not passive pawns in men’s game, *Behavioral and Brain Sciences*, 22(2): 219–220.
- Caglioti, A. M. (2017). Race, Statistics and Italian Eugenics: Alfredo Niceforo’s Trajectory from Lombroso to Fascism (1876–1960), *European History Quarterly*, 47(3): 461–489.
- Campbell, A. (1999). Staying alive: Evolution, culture, and women’s intrasexual aggression. *Behavioral and Brain Sciences*, 22: 203–214.
- Campbell, A. (2013). The evolutionary psychology of women’s aggression, *Philosophical Transactions of The Royal Society*, 368: 20130078. <http://dx.doi.org/10.1098/rstb.2013.0078> [pristupljeno 15.4.022].
- Campbell, A. (2016). Women’s Competition and Aggression, In Buss, D. M. (ed.) *The Handbook of Evolutionary Psychology, Volume 2* (pp. 684–703). Wiley.
- Chudek, M, Heller, S, Birch, S, Henrich, J. (2012). Prestige-biased cultural learning: Bystander’s differential attention to potential models influences children’s learning, *Evolution and Human Behavior*, 33(1): 46–56.
- Creanza, N, Kolodny, O, Feldman, M.W. (2017). Cultural evolutionary theory: How culture evolves and why it matters, *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 114(30): 7782–7789.
- Daly, M, Wilson, M. (1988). *Homicide*. Aldine de Gruyter.
- Daly M, Wilson M (2007). Is the “Cinderella effect” controversial? A case study of evolution-minded research and critiques thereof. In Crawford, C, Krebs, D. (eds.) *Foundations of evolutionary psychology*. Erlbaum.
- Daly, M. (2016). Interpersonal Conflict and Violence, In Buss, D. M. (ed.) *The Handbook of Evolutionary Psychology, Volume 2* (pp. 669–683). Wiley.
- Darwin, C. (1859). *The Origin of Species*. London: John Murray. *Darwin Online*: <http://darwin-online.org.uk/content/frameset?itemID=F373&viewtype=text&pageseq=1> (25. 4. 2022).
- Draper, P, Harpending, H. (1988). A Sociobiological Perspective on the Development of Human Reproductive Strategies, In MacDonald, B. K. (ed.) *Sociobiological Perspectives on Human Development* (pp. 340–372). Springer Verlag.
- Durrant, R. (2021). Evolutionary psychology and organized crime, In Shackelford, T. K. (ed.) *The SAGE handbook of evolutionary psychology: Applications of evolutionary psychology* (pp. 296–315). Sage Reference.
- Ellis, L, Walsh, A. (1997). Gene based evolutionary theories in criminology, *Criminology*, 35: 229–276.

- Ellwood, C. A. (1912). Lombroso's Theory of Crime, *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, 2(5): 716–723.
- Fehr, E, Fischbacher, U, Gächter, S. (2002). Strong reciprocity, human cooperation, and the enforcement of social norms, *Human Nature*, 13(1): 1–25.
- Glenn, A. L, Kurzban, R, Raine, A. (2011). Evolutionary theory and psychopathy, *Aggression and Violent Behavior*, 16(5): 371–380.
- Gottschalk, M, Ellis, I. (2010). Evolutionary and Genetic Explanations of Violent Crime, In Ferguson, C. J. (ed.) *Violent Crime: Clinical and Social Implications* (pp. 57–74). Sage Publications, Inc.
- Hamilton, R. (2008). The Darwinian cage: Evolutionary psychology as moral science, *Theory, Culture & Society*, 25(2): 105–125.
- Jeffery, C. R. (1980). Sociobiology and Criminology: The Long Lean Years of the Unthinkable and the Unmentionable, In Sagarin, E. (ed.) *Taboos in Criminology* (pp. 115–124). Sage Publications, Inc.
- Jones, O. D. (2016). Evolutionary Psychology and the Law, In Buss, D. M. (ed.) *The Handbook of Evolutionary Psychology, Volume 2* (pp. 1180–1198). Wiley.
- Kyrzban, R, Descioli, P. (2016). Morality, In In Buss, D. M. (ed.) *The Handbook of Evolutionary Psychology, Volume 2* (pp. 770–787). Wiley.
- Lilienfeld, S. O, Watts, A. L, Smith, S. F. (2015). Successful Psychopathy: A Scientific Status Report, *Current Directions in Psychological Science*, 24(4): 298–303.
- Lombroso, G. (1911). *Criminal Man According to the Classification of Cesare Lombroso*, briefly summarised by his daughter Gina Lombroso Ferrero, with an introduction by Cesare Lombroso, New York: Putnam. <https://wellcomecollection.org/works/xs639uwk> (1.5. 2022).
- Mededović, J, Petrović, B, Želeskov-Đorić, J, Savić, M. (2017). Interpersonal and Affective Psychopathy Traits Can Enhance Human Fitness, *Evolutionary Psychological Science*, 3: 306–315.
- Pinker, S. (2003). *The Blank Slate: The Modern Denial of Human Nature*. Penguin Books.
- Plotkin, H. (2004). *Evolutionary thought in psychology: A brief history*. Blackwell.
- Price, M. E, Cosmides, L, Tooby, J. (2002). Punitive sentiment as an anti-free rider psychological device, *Evolution and Human Behavior*, 23(3): 203–231.
- Roberts, J. V, Gabor, T. (1990). Lombrosian Wine in a New Bottle: Research on Crime and Race, *Canadian Journal of Criminology*, 32(2): 291–313.
- Schwartz, J. A, Beaver, K. M. (2019). We've Come a Long Way: Introduction to the Special Issue on Modern Developments in Biosocial Criminology, *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 35(1): 4–6.
- Smith, A. E, Borgerhoff Mulder, M, Hill, K. (2001). Controversies in the evolutionary social sciences: a guide for the perplexed, *Trends in Ecology & Evolution*, 16(3): 128–135.
- Smuts, B. (1995). The evolutionary origins of patriarchy, *Human Nature*, 6(1): 1–32.
- Thornhill, R, Palmer, C. T. (2000). *A natural history of rape: Biological bases of sexual coercion*. The MIT Press.
- Trivers, R. (1971). The evolution of reciprocal altruism, *The Quarterly Review of Biology*, 46(1): 35–57.
- Vandermassen, G. (2010). Evolution and Rape: A Feminist Darwinian Perspective, *Sex Roles*, 64(9–10): 732–747.
- Vila, B. (1994). A General Paradigm for Understanding Criminal Behavior: Extending Evolutionary Ecological Theory, *Criminology*, 32(3): 311–360.

- Von Hippel, W, Buss, D. M. (2017). Do ideological driven scientific agendas impede understanding and acceptance of evolutionary principles in social psychology? In Crawford, J. T, Jussim, L. (eds.) *The politics of social psychology* (pp. 7–25). Psychology Press. https://www.researchgate.net/publication/333961974_Do_Ideologically_Driven_Scientific_AgendasImpede_the_Understanding_and_Acceptance_of_Evolutionary_Principles_in_Social_Psychology (15. 5. 2022).
- Walsh, A, Jorgensen, C. (2018). Evolutionary Theory and Criminology. In R. L. Hopcroft (ed.) *The Oxford Handbook of Evolution, Biology, and Society* (pp. 517–542). Oxford University Press.
- Wilson, D. S. (2015). *Does Altruism Exist?: Culture, Genes, and the Welfare of Others*. Yale University Press / Templeton Press.
- Wilson, E. O. (1975). *Sociobiology: The New Synthesis*, Belknap Press of Harvard University Press.
- Wilson, M, Daly, M. (1985). Competitiveness, risk-taking and violence: The young male syndrome, *Ethology and Sociobiology*, 6: 59–73.
- Wolfgang, E. M. (1961). Pioneers in Criminology: Cesare Lombroso (1825–1909), *Journal of Criminal Law, Criminology & Police Science*, 52(4): 361–391.
- Workman, L, Reader, W. (2021). *Evolutionary psychology: an introduction*. Cambridge University Press.

Biljana Simeunović Patić

University of Criminal Investigation and Police Studies in Belgrade

EVOLUTIONARY PERSPECTIVE IN CRIMINOLOGY AND ITS CURRENT SIGNIFICANCE FOR THE EXPLANATION AND CONTROL OF CRIME

SUMMARY

The paper deals with the consideration of intellectual heritage and the current status of the evolutionary perspective in criminology, as well as its heuristic values for the field of criminal policy. The evolutionary approach in the social sciences, including criminology, has traditionally met with resistance that can be considered, at least to some extent, the result of more or less justified fear of biological reductionism or revival of dangerous ideas based on social darwinism.

But just as it is certain that the fatalistic messages of genetic determinism have remained forever in the past and that there is no dispute today that genes may reflect only the potential for a particular behavior, not one's destiny, it is certain that excessive resistance to the biological perspective, if cognitively counterproductive, can lead to criminology being pushed to the academic margin in the future. The key question that can be asked is whether there is a specific added value of evolutionary approaches to understanding antisocial behavior of people, that is, does this knowledge have any criminal-political weight?

It is concluded that the evolutionary perspective has the potential to contribute to the understanding of criminal behavior, but also to individual and social prevention strategies, despite the fact that it does not bring spectacular new knowledge to criminology nowadays. Namely, it in itself represents a respectable part of the corpus of criminological knowledge,

whose most important function is to decipher and deconstruct the contribution of the evolution to differences and specifics of human interaction with the environment, to deepen understanding of gene-culture interactions, and to testify to the importance of cultural evolution, its mechanisms and the risk of relativization of moral norms and social prohibitions, ie regression of the communities to the so-called natural state.

Keywords: evolutionary perspective; adaptation; criminal behavior; aggressiveness; cultural evolution.

JEDAN VEK INSPEKCIJE RADA U SRBIJI: RAZVOJ I AKTUELNI IZAZOVI

Apstrakt: Inspekcija rada je garant pravilne i dosledne primene radnog zakonodavstva, jer posredstvom specijalizovanog upravnog nadzora, obezbeđuje poštovanje merodavnih pravnih propisa, odnosno sprečava ili otklanja štetne posledice po zaštićena prava i interese u oblasti rada. Iako je u Srbiji, inspekcija rada formalno uspostavljena donošenjem Zakona o radnjama od 1910. godine, razvoj domaće inspekcije rada suštinski je otpočeo tek stupanjem na snagu Zakona o inspekciji rada od 1921. godine. Nakon toga, drastično su se menjale i organizacija i ovlašćenja inspekcije rada, uključujući periode poveravanja većine inspeksijskih poslova organima decentralizovanih jedinica, ali i preispitivanja opravdanosti postojanja inspekcije rada, zbog neusaglašenosti njenih funkcija s osnovnim postavkama samoupravnog socijalizma. Ipak, inspekcija rada se i danas suočava s brojnim izazovima, budući da mnogi poslodavci u Srbiji nastoje da snize troškove rada zaobilaženjem primene radnopravnih, socijalnopravnih i poreskoprnih propisa, dok se nemali broj radnika nalazi izvan personalnog područja primene radnog zakonodavstva. Takođe, nemali broj radnika radi `na crno`, dok je tzv. eksternalizacija rada zamaglila tradicionalnu (unitarnu) koncepciju poslodavca, jer njegova ovlašćenja sada vrši više subjekata. Na to se nadovezuje i izostanak dovoljno strogih, raznovrsnih i odvraćajućih sankcija za povrede radnopravnih propisa. Naime, osnovne mere koje inspektor rada može da preduzme u slučaju povrede odredaba Zakona o radu sastoje se u nalaganju otklanjanja utvrđenih povreda, kao i u podnošenju zahteva za pokretanje prekršajnog postupka, u kom se mogu izreći novčane kazne.

Ozbiljnost navedenih izazova postaje veća, ako se ima u vidu problem nedovoljnog broja i neodgovarajuće obučenosti i opremljenosti inspektorâ rada, što redovno ima za posledicu sprovođenje nadzora samo nad neprihvatljivo skromnim delom poslodavaca. Mala verovatnoća da će kod njih stvarno biti realizovana inspeksijska poseta, dalje, ohrabruje poslodavce da nastave sa zaobilaženjem primene propisa. Za tim sledi i rizik da rad inspektorâ rada bude obesmišljen neažurnošću prekršajnih sudova, budući da oni pokreću prekršajni postupak za prekršaje utvrđene radnopravnim propisima na osnovu zahtevâ inspektorâ rada. Stoga se može dogoditi da, i pored blagovremene reakcije inspektorâ, nastupi zastarelost pokretanja prekršajnog postupka.

U svetlu ovih činjenica, u radu je razmotren razvoj inspekcije rada u našoj državi, kao i njene funkcije, uz detaljno preispitivanje preventivnih mera, korektivnih mera (nalog za otklanjanje utvrđenih povreda propisa, nalog za zaključenje ugovora o radu s licem koje radi `na crno`) i represivnih mera koje inspekciji rada stoje na raspolaganju (podnošenje zahteva za pokretanje prekršajnog ili drugog postupka, zabrana rada zaposlenog na određenom radnom mestu, mandatne kazne/prekršajni nalozi), s predlozima *de lege ferenda* za unapređenje pozitivnopravnog okvira. Takođe, razmotrena je i privremena mera vraćanja zaposlenog na rad zbog odlaganja izvršenja rešenja o otkazu ugovora o radu. Njena primena skopčana je, naime, s brojnim izazovima, od kojih se kao posebno važni pojavljuju određivanje sadržine standarda `očigledna povreda prava zaposlenog` i mogućnost primene ove mere samo u

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

slučaju povreda otkaznog postupka, ne i u slučaju neopravdanog otkaza. Konačno, problem predstavlja i odstupanje od pravila o suspenzivnom dejstvu žalbe, ali i nemogućnost zaposlenog kom je odbijen zahtev za odlaganjem izvršenja rešenja o otkazu da ostvari upravno-sudsku zaštitu.

Ključne reči: primena radnog zakonodavstva, inspekcija rada, specijalizovani upravni nadzor, Republika Srbija.

UVOD

U domaćem pravnom sistemu, inspekcija rada predstavlja unutrašnju organizacionu jedinicu u sastavu državne uprave. Ona je, preciznije, ustanovljena kao *Inspektorat za rad*, tj. kao poseban organ u sastavu ministarstva nadležnog za poslove rada, zadužen za državni nadzor nad primenom radnog zakonodavstva.¹ Reč je, preciznije, o organu koji upravnim aktima i upravnim radnjama sprovodi poseban oblik *spoljnog specijalizovanog upravnog nadzora*, koji obuhvata nadgledanje, proveravanje pravilnosti i intervenisanje u aktivnosti poslodavaca.² To naročito podrazumeva neposredni uvid u odgovarajuće pravne i faktičke situacije, uz mogućnost da se, primenom preventivnih, korektivnih i represivnih mera, obezbedi pridržavanje zakonâ, drugih propisa i opštih akata autonomnog porekla u različitim radnim sredinama, odnosno da se spreče ili otklone štetne posledice po zaštićena prava i interese.³ Inspekcija rada se, u tom smislu, pojavljuje kao garant pravilne i dosledne primene radnog zakonodavstva, što je posebno važno u radnim sredinama u kojima radnici nisu sindikalno organizovani, kao i u malim i srednjim preduzećima.⁴ Ovo tim pre što, za razliku od sudske zaštite radnih prava, koja obezbeđuje samo individualnu zaštitu zaposlenog čije je pravo povređeno, inspekcijski nadzor omogućava prevazilaženje nedostojanstvenih uslova rada i onda kada nijedan pojedinac ne pokrene postupak protiv poslodavca.⁵ Uspostavljanje pravičnih uslova rada je, pritom, olakšano činjenicom da inspekcijski nadzor nema obeležja adverzijalnog postupka, kao i činjenicom da postupanje inspektorâ rada nije uvek vezano samo za kažnjavanje poslodavca (odnosno za zaštitu konkretnog zaposlenog), već je usmereno na zaštitu kogentnih normi koje čine socijalni javni poredak.⁶ Inspekcija, pritom, „nije samo tehničko `sredstvo`, već može biti i reformska snaga i moćan instrument za iniciranje promena“.⁷ U tom smislu, inspekciju rada treba smatrati

1 Teofilo Popović, *Radno pravo*, Službeni list SFRJ, Beograd, 1980, 265.

2 Zoran R. Tomić, *Opšte upravno pravo. Organizaciono – materijalno – procesno*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021¹⁴, 248–249.

3 Cf. Branislav Marković, „Inspekcijski nadzor u teoriji i praksi u jugoslovenskom pravnom sistemu“, *Radno i socijalno pravo*, br. 3–6/1998, 139.

4 „Ni od najboljih zakona nema nikakve koristi, ako se ne sprovede“. Ivo Politeo, *Radno pravo*, Tipografija, Zagreb, 1934, 198.

5 Linda Dickens, *Fairer workplaces: Making employment rights effective*, u: Linda Dickens (ed.), „Making employment rights effective. Issues of enforcement and compliance“, Hart Publishing, Oxford – Portland, Oregon, 2021, 215–216.

6 *Ibid.*, 216.

7 Jim Baker, „Editorial“, *Labour Education* br. 3–4/2005, viii.

čuvarom i moćnim garantom dostojanstvenog rada.⁸ Osim toga, ona je i važan činilac očuvanja stabilnosti tržišta rada, jer određeni broj poslodavaca ne želi da dobrovoljno obezbedi svojim zaposlenima čak ni minimum radnopravne zaštite, a što ima za posledicu ne samo povredu pravâ zaposlenih, već i konkurentski pritisak na ostale poslodavce da snižavaju troškove rada zaobilaznjem primene merodavnih pravnih propisa.⁹ Zbog ovih svojih funkcija, inspekcija rada može da značajno doprinese unapređenju uslovâ rada, jer od njene efikasnosti zavisi delotvornost radnog zakonodavstva.¹⁰

U aktuelnom trenutku, inspekcija rada u Republici Srbiji suočava se s brojnim izazovima i preprekama. Njih bi trebalo posmatrati, između ostalog, i u svetlu činjenice da proliferacija radnopravnih propisa i pojava novih profesionalnih rizika i novih formi rada nisu praćene odgovarajućim mehanizmima za obezbeđivanje delotvorne zaštite radnih prava. Ovo tim pre što, zbog ekonomskih i finansijskih kriza i pritisaka koji su intenzivirani s intenziviranjem procesa globalizacije, mnogi poslodavci nastoje da snize svoje troškove rada zaobilaznjem primene radnopravnih, socijalnopravnih i poreskoprnih propisa. Ne treba gubiti iz vida ni to da u savremenom svetu rada, ozbiljnu prepreku za delotvoran inspekcijski nadzor predstavlja i činjenica da se nemali broj radnika nalazi izvan personalnog područja primene radnog zakonodavstva. Takođe, nemali broj radnika radi „na crno“, dok je tzv. eksternalizacija rada (npr. rad posredstvom privremenih agencija za zapošljavanje, rad posredstvom digitalnih platformi, *outsourcing*) zamaglila tradicionalno razlikovanje radnog odnosa i nezavisnog rada za drugog, ali i tradicionalnu (unitarnu) koncepciju poslodavca, jer njegova ovlašćenja sada vrši više subjekata. Ozbiljnost navedenih izazova postaje veća ako se ima u vidu problem nedovoljnog broja i neodgovarajuće obučenosti inspektorâ rada, što redovno ima za posledicu sprovođenje nadzora samo nad skromnim delom (registrovanih i neregistrovanih) subjekata podložnih inspekcijskom nadzoru. Mala verovatnoća da će kod njih stvarno biti realizovana inspekcijska poseta, dalje, ohrabruje poslodavce da nastave sa zaobilaznjem primene merodavnih propisa. Na to se nedovoljno raznovrsne i delotvorne kazne koje inspektori rada imaju na raspolaganju, kao i rizik da njihov rad bude obesmišljen neažurnošću prekršajnih sudova. Konačno, poseban problem predstavlja i izostanak specijalizacije inspektorâ rada za pojedina radnopravna pitanja, odnosno za zaštitu određenih posebno osetljivih kategorija radnika. Naznačeni i drugi izazovi opredelili su nas za istraživanje stogodišnjeg razvoja inspekcije rada u našoj državi: iako je ona formalno uspostavljena donošenjem Zakona o radnjama od 1910. godine, razvoj domaće inspekcije rada suštinski je otpočeo tek stupanjem na snagu Zakona o inspekciji rada od 1921. godine. Nakon toga, drastično su se menjale i organizacija i ovlašćenja inspekcije rada, uključujući periode poveravanja većine inspekcijskih poslova organima decentralizovanih jedinica, ali i preispitivanja opravdanosti postojanja inspekcije

8 Giuseppe Casale, Mario Fasani, *International labour standards and guiding principles on labour administration and labour inspection*, International Labour Office, Geneva, 2012, ix.

9 Paul Teague, „Reforming the Anglo-Saxon model of labour inspection: The case of the Republic of Ireland“, *European Journal of Industrial Relations*, vol. 15, br. 2/2009, 207.

10 Alain Cœuret, Bernard Gauriau, Michel Miné, *Droit du travail*, Sirey/Dalloz, Paris, 2006, 30.

rada, zbog neusaglašenosti njenih funkcija s osnovnim postavkama samoupravnog socijalizma. Osim toga, u radu su razmotrene i osnovne funkcije ovog organa u pozitivnom pravu Republike Srbije, a u cilju sagledavanja njegovih izgleda za budućnost i potrebe za unapređenjem delotvornosti inspeksijskog nadzora.

1. RAZVOJ INSPEKCIJE RADA U NAŠOJ DRŽAVI

1.1. Nagoveštaji i prvi oblici inspeksijskog nadzora

Prvi oblici inspeksijskog nadzora pojavili su se paralelno s razvojem industrijalizacije, budući da radnici, kao ekonomski zavisna i pravno podređena strana radnog odnosa, po pravilu, nisu mogli da zaštite svoja prava pred sudom, barem ne bez straha od poslodavčeve odmazde.¹¹ U tom smislu je nastala potreba za sprovođenjem nadzora nad primenom zaštitnog zakonodavstva. Ona je, isprva, bila zadovoljavana poveravanjem nadzornih ovlašćenja policijskim službenicima i sudijama za prekršaje. Ipak, takav pristup nije mogao biti uspešan, jer su ova lica neretko propuštala da vrše nadzor nad radom preduzeća, kao i da kažnjavaju poslodavce za uočene povrede merodavnih propisa. Ovo stoga što su policajci i sudije za prekršaje pripadali istom društvenom sloju kao i vlasnici preduzeća, te su neretko delili istu averziju prema „neobrazovanim proleterima“, odnosno iste simpatije za industrijalizaciju i postavke liberalne ideologije. Zato je postojala potreba za uvođenjem nezavisne javne institucije, koja će se starati o poštovanju radnog zakonodavstva u preduzećima, uz angažovanje državnih službenika za obavljanje poslova iz te institucije.¹² Nadzor je, pritom, bio ustanovljen u cilju zaštite bezbednosti i zdravlja na radu, i to *in primis* samo u pogledu maloletnikâ i drugih osetljivih grupa radnika. Pionirskim aktom, u tom smislu, treba smatrati britanski Zakon o očuvanju zdravlja i morala šegrtâ i drugih lica zaposlenih u fabrikama za preradu pamuka i drugim fabrikama (1802), kojim je bilo predviđeno da se svake godine, za svako područje na kom se nalaze fabrike, mogu imenovati za „posetioce“ (engl. *visitors*) dva lica koja ni na koji način nisu povezana s tim fabrikama, a koja su imala ovlašćenje i dužnost da ulaze u fabrike u bilo koje vreme, kako bi ih pregledala i sačinila izveštaj o usklađenosti rada fabrike s važećim pravnim propisima.¹³ Osim toga, posetioci su imali i ovlašćenje da fabrikama nalože usvajanje potrebnih propisa o higijeni na radu, kao i da ih savetuju. Ove odredbe nisu, međutim, zaživele u praksi, zbog čega su u narednim fazama razvoja britanskog prava imenovani državni službenici koji su bili dužni da svojim aktivnostima obezbeđuju poštovanje radnog zakonodavstva, iako su sindikati imali zadržku povodom tog pristupa zaštiti radnih prava, pre svega, zbog nepoverenja u objektivnost inspektorâ rada.

11 Jean Pélissier, Gilles Auzero, Emmanuel Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 2013²⁷, 102.

12 U tom smislu, interesantno je uočiti da neki pisci shvataju inspekciju rada kao „specijalizovanu policiju“, budući da je ona, zajedno sa sličnim službama i organima, odgovorna za nadzor i kontrolu „specijalne kaznene materije“ u oblasti radnih odnosa i bezbednosti i zdravlja na radu. Paul Ponsaers, Roer De Cuyper, „L’inspection du travail: mission de l’autorité ou affaire privée?“, *Déviance et société*, vol. 5, br. 4/1981, 349–350.

13 „Appendix IV: Documents“, u: Bob Hepple (ed.), *The making of labour law in Europe: A comparative study of nine countries up to 1945*, Mansell, London/New York, 1986, 372.

Britanski primer sledile su druge evropske države, uključujući i našu državu. S tim u vezi, valja imati u vidu da je u nas, početni korak ka uspostavljanju elementarne socijalne pravde učinjen s priličnim zakašnjenjem u poređenju s ostalim evropskim državama, budući da su najizrazitiji oblici eksploatacije radnikâ ograničeni tek posredstvom Zakona o radnjama, koji je usvojen 28. juna 1910. godine, dakle, u vreme kada se u Francuskoj već pristupa kodifikaciji radnog zakonodavstva. Premda je ovaj zakon imao za cilj zaštitu zanatlija koji su počeli da osiromašuju u konkurenciji s prvim kapitalističkim preduzećima, u njemu su bile sadržane i imperativne norme o ograničavanju radnog vremena, zaštiti žena i dece za vreme noćnog rada, porodiljskom odsustvu, pravu na nedeljni odmor, bezbednost i zdravlje na radu i sindikalno udruživanje.¹⁴ Odgovarajuće odredbe su, pritom, imale obeležje modernog radničkog zakonodavstva, ali nisu postojali uslovi za njihovu doslednu primenu. Ovo najviše zbog snažnog protivljenja poslodavaca, ali i zbog učešća države u balkanskim ratovima i Prvom svetskom ratu.¹⁵ Ipak, ovaj zakon ostaće zapamćen i po tome što je njegovim odredbama prvi put uređen inspeksijski nadzor, jer je „između stare prakse podržavane tradicijom i predrasudama, te novih socijalnih zakona, bila tolika razlika, da je, upravo, bilo potrebno da posebni državni organi nadziru i tako osiguraju njihovo sprovođenje“.¹⁶ Inspeksijski nadzor je, pritom, bio poveren inspektorima zaposlenim u ministarstvima nadležnim za poslove privrede. Ipak, *privredna inspekcija*, koja je trebalo da nadzire primenu Zakona o radnjama u svim radnim sredinama na koja se njegove odredbe primenjuju – nikada nije bila formirana, pre svega, zbog nedostatka sredstava za angažovanje inspektorâ.¹⁷

Od 1918. godine, srpsko radno pravo nastavlja svoj život kao deo jugoslovenskog prava, budući da je tada osnovana Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca. Nova država stvorena je spajanjem više država ili delova drugih država, te je Kraljevina bila unitarna država, ali je pravo, u svom znatnom delu, bilo nasledeno iz ranijih država – dakle, različito.¹⁸ U tom smislu je i pitanje inspekcije rada bilo različito uređeno, budući da su prve inspekcije rada u Sloveniji i Dalmaciji osnovane još 1883. godine; u Hrvatskoj, Slavoniji, Bačkoj, Banatu i Baranji inspekcije rada su osnovane deset godina kasnije; prve inspekcije rada u Bosni i Hercegovini uspostavljene su 1907. godine, dok u Crnoj Gori inspekcija rada nije postojala sve do 1921. godine.¹⁹ Centralna vlada se kasnije upustila u uređivanje radnih odnosa, pri čemu je

14 Dimitrije Tucović, *Izabrani spisi*, knjiga I, Prosveta, Beograd, 1949, 164–205.

15 Triša Kaclerović, *Radničko zakonodavstvo u Srbiji: pre Prvog svetskog rata*, Narodna knjiga, Beograd, 1952, 39–66; Aleksandar Baltić, Milan Despotović, *Osnovi radnog prava Jugoslavije*, Savremena administracija, Beograd, 1971³, 104–105.

16 I. Politeo, 198.

17 T. Popović, 267.

18 Proces stvaranja jedinstvenog prava bio je vrlo mučan, zbog otpora koji su postojali, poglavito, zbog političkih razlika i interesâ pojedinih manjinskih grupa, a zatim i zbog različitih pravnih metoda i pristupa, kao i zbog suprotstavljenih pogleda na vrednosti pojedinih zapadnih modela (austrijsko-nemački, na jednoj, i francuski, na drugoj strani). Giannantonio Benacchio, „Nehomogenost doktrine u Jugoslaviji između dva svetska rata“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3–4/2002, 338–353.

19 Nav. prema: Aleksandar Baltić, *Osnovi radnog prava FNRI. Priručnik za studente prava*, Naučna knjiga, Beograd, 1955, 243.

proces unifikacije zakonâ započeo, upravo, usvajanjem Zakona o inspekciji rada, od 30. decembra 1921. godine²⁰ (prethodno je bila usvojena Uredba o inspekciji rada, od 21. maja 1921. godine)²¹, kao i Zakona o zaštiti radnikâ, od 28. februara 1922. godine.²² Usvajanje ovih zakona označilo je suštinski početak razvoja domaćeg sistema inspekcije rada, budući da je njihova primena dovela do formiranja inspekcijske službe na području čitave države.²³ Njen osnovni zadatak podrazumevao je „neposredni nadzor nad izvršenjem zakona, uredaba, pravilnika i ministarskih naredaba, koje se odnose na socijalnu i životnu zaštitu radnika u radnjama i preduzećima industrijskim, zanatskim, trgovačkim i saobraćajnim, bilo da su privatna ili da pripadaju državi, okruzima, opštinama itd, u kojima su zaposleni civilni radnici“.²⁴ Inspekcije su, u tom smislu, pregledale radionice i naprave za zaštitu zdravlja na radu, nadzirale primenu propisâ o radnom vremenu i zapošljavanju učenikâ, posredovale u rešavanju radnih sporova i kontrolisale i štatile radničke poverenike (koji su se, inače, starali o primeni propisâ o radnom vremenu, zaštiti zdravlja na radu i socijalnom osiguranju i u tu svrhu obaveštavali i pomagali nadležnim organima u svim stvarima koje se na to odnose).²⁵ Inspekcija rada je, pritom, obuhvatala Središnjju inspekciju rada, na čelu s glavnim inspektorom rada, i oblasne inspekcije, dok je primenu merodavnih propisa u pojedinim granama, poput saobraćaja i rudarstva, nadzirala specijalna inspekcija rada.²⁶ Središnjoj inspekciji rada je, pritom, bila poverena savetodavna funkcija prilikom izrade pravnih propisa, kao i ovlašćenje za podnošenje predloga za optužbu protiv subjekata koji su sprečavali i otežavali rad ili uskraćivali pomoć inspekciji rada.²⁷ Ovlašćenja inspektora rada, koje je postavljao ministar nadležan za poslove socijalne politike i narodnog zdravlja, bila su pretežno represivna, budući da su se ticala utvrđivanja povreda pravnih propisa i izricanja novčanih kazni, pri čemu je poslodavac koji ponovi istu povredu pravnih propisa

20 Zakon o inspekciji rada, od 30. decembra 1921. godine (*Službene novine*, broj 69/IX).

21 Stojan Bajič, „Dvajset let jugoslovenskega delovnega prava“, *Slovenski pravnik*, br. 11–12/1938, 320.

22 Zakon o zaštiti radnika, od 28. februara 1922. godine (*Službene novine*, br. 128/HHI, 75/XIV, 72/XXII i 135/LXII). Osnov za donošenje ovih zakona predstavljale su odredbe Vidovdanskog ustava, od 28. juna 1921. godine, kojima je, po uzoru na Vajmarski ustav, potvrđeno da su radnici pod zaštitom države, da se njihova sigurnost i zaštita imaju urediti zakonom i da „država ima pravo i dužnost da intervniše u privrednim odnosima u duhu pravde, a u cilju otklanjanja društvenih suprotnosti“ (čl. 23, 25–27. i 31–33).

23 Ljiljana Stojšić, *Inspekcijiski nadzor u oblasti rada*, doktorska disertacija (neobjavljena), Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2013, 146.

24 Zakon o inspekciji rada, od 30. decembra 1921. godine (*Službene novine*, broj 69/IX), član 1.

25 Stojan Bajič, *Osnovi radnog prava. Opšti deo*, Beograd, 1937, 159. Pravilnikom o uposlenju stranih radnika (*Službene novine*, broj 274-LXX) ovlašćenja inspekcije rada proširena su ovlašćenjem za izdavanje dozvola za zapošljavanje stranih radnika i vođenje evidencije o njihovom zapošljavanju. Nav. prema Lj. Stojšić, 147–148.

26 Inspekcije su isprva bile ustanovljene za 21 oblast (na osnovu Uredbe od 7. septembra 1921. godine, *Službene novine*, broj 248), dok je Uredbom od 25. avgusta 1922. godine (*Službene novine*, broj 276/XXXIX) broj oblasti smanjen na 10. Četiri godine kasnije, organizacija inspekcije rada je izmenjena na način da obuhvata 10 inspekcija rada, osam inspekcija za parne kotlove i dve plovidbene inspekcije (Uredba od 16. marta 1926. godine, s kasnijim izmenama od 13. jula 1926. i 29. marta 1927. godine /*Službene novine*, br. 64/XVII, 163/XLIV i 77/XVII/). Nav. prema: S. Bajič, „Dvajset let jugoslovenskega delovnega prava“, 320.

27 Nav. prema: I. Politeo, 198.

mogao biti kažnjen zatvorskom kaznom.²⁸ Kada je, pak, reč o propisima o bezbednosti i zdravlju na radu, inspektori su, pored represivnih, mogli da primenjuju i korektivne mere, u vidu naloga za otklanjanje uočenih nepravilnosti, dok su se njihove preventivne mere ticale davanja odobrenja za uvođenje prekovremenog rada. Savetodavna uloga inspekcije rada odnosila se i na potvrđivanje pravila radnog reda i određivanje cena ishrane i smeštaja koje su poslodavci obezbeđivali radnicima. To, konačno, znači da je Zakonom o inspekciji rada i drugim merodavnim propisima, inspekcija rada bila ustanovljena kao dobro postavljeni mehanizam za obezbeđivanje delotvorne primene radnog zakonodavstva, s visokim stepenom samostalnosti i sa širokim ovlašćenjima.²⁹ Ovaj zakon bio je na snazi do 1941. godine, s tim što je period njegove primene obeležilo i poveravanje inspekcijskih poslova organima decentralizovanih teritorijalnih jedinica. Naime, 1929. godine inspekcija rada je izgubila samostalnost (tj. postala je Odsjek Ministarstva socijalne politike), dok su oblasni inspektori rada postali stručni referenti bana.³⁰ Takođe, broj inspektora rada je gotovo prepolovljen, dok je nadležno ministarstvo preporučivalo malobrojnim inspektorima rada da nadziranim subjektima daju samo savete i opomene, ne i da im izriču novčane kazne i zabranjuju njihov rad, iako su na to imali pravo.³¹ Osim toga, Zakonom o radnjama (1931)³² deo nadležnosti inspekcije rada je ukinut, dok je deo prenet ministarstvu nadležnom za poslove trgovine i industrije. Takođe, specijalizovana inspekcija parnih kotlova prešla je u nadležnost ministarstva nadležnog za poslove građevine. Stoga se opravdanim čini Baltičev zaključak da je „u takvim uslovima, primena propisa o zaštiti rada zavisila praktično od volje poslodavaca, a to je značilo skoro potpunu likvidaciju zaštite radnika u radnom odnosu“.³³

1.2. Mesto inspekcije rada u sistemu jugoslovenskog samoupravnog prava

Razvoj jugoslovenskog radnog prava prekinut je otpočinjanjem Drugog svet-skog rata, dok je period po okončanju ratnih zbivanja obeležilo uspostavljanje revolucionarne komunističke vlasti. Tada nastaju krupne promene i u oblasti radnih odnosa. Od januara 1946. do juna 1948. godine, jugoslovensko radno pravo je, poput drugih socijalističkih država, razvijano po ugledu na sovjetsko zakonodavstvo i praksu, tj. u skladu s ideološkim postulatima zasnovanim na marksističkom učenju. Taj uticaj je, isprva, bio uticaj „primera“, da bi posle sukoba političkog rukovodstva Jugoslavije s politikom SSSR, otpočelo traganje za sopstvenim pravcima izgradnje socijalističkog uređenja. U tom periodu dolazi do uspostavljanja samoupravnog političkog sistema, koji je podrazumevao utvrđivanje samoupravnih prava radnikâ, uključujući i njihovo pravo da samostalno upravljaju radom preduzeća (neposredno ili preko organâ koje sami biraju i opozivaju), bez vlasnikâ ili postavljenih upravljača i rukovodilaca.

28 Zakon o banskoj upravi (*Službene novine*, broj 261/CV).

29 Lj. Stojšić, 147.

30 T. Popović, 267.

31 Lj. Stojšić, 149.

32 Zakon o radnjama, od 5. novembra 1931. godine (*Službene novine*, broj 262/LXXXI).

33 A. Baltić, *Osnovi radnog prava FNRJ*, 244.

Na osnovu Zakona o inspekciji rada (1946),³⁴ ustanovljena je centralizovana inspekcija rada, koja nadziru primenu propisâ o uređivanju radnih odnosa i uslovima rada u svim granama i delatnostima. Pri okružnim i sreskim nadzornim odborima je, pritom, bila uspostavljena opšta inspekcija rada: okružni odobri su vršili nadzor u industriji, dok su sreski odbori nadzirali primenu propisâ u zanatskim, trgovačkim i ostalim radnjama koje nisu koristile motornu snagu, uređaje i materije koje ugrožavaju život i zdravlje radnikâ. Pored opšte inspekcije rada, postojali su i manji specijalizovani, pridruženi inspektorati, koji su nadzirali primenu radnopravnih propisa u određenim granama i delatnostima (železnička, pomorska, rečna i vazдушna inspekcija, i poseban inspektorat za rudnike i topionice). U oba slučaja, ovlašćenja inspektorâ rada bila su vrlo široka obuhvativši nadzor nad primenom svih merodavnih propisa o zasnivanju radnog odnosa i uslovima rada, uključujući ovlašćenje za poništaj nezakonitog otkaza,³⁵ dok je zakonskom novelom od 1948. godine, inspekciji rada vraćeno i ovlašćenje za pregled parnih kotlova, parnih sudova i sudova pod pritiskom.³⁶ Inspeksijski nadzor je, pritom, vršen u saradnji sa sindikatima.³⁷ Dve godine kasnije uvedena je složenija organizacija in-

34 Zakon o inspekciji rada (*Službeni list FNRJ*, br. 110/46 i 108/48). Do stupanja ovog zakona na snagu, na osnovu Odluke Predsedništva Antifašističkog veća narodnog oslobođenja Jugoslavije, od 3. februara 1945. godine, primenjivan je Zakon o inspekciji rada (1921).

35 T. Popović, 268.

36 A. Baltić, *Osnovi radnog prava FNRJ*, 244.

37 Aleksandar Baltić, *Osnovi radnog prava Jugoslavije – Sistem radnih odnosa Jugoslavije*, Savremena administracija, Beograd, 1965, 307. Ovaj period obeležio je i rad *podruštvljenih ili narodnih institucija društvene zaštite*, koje su funkcionisale kao „nedržavni oblici organizovanog učešća radnih ljudi i građana u ostvarivanju društvene sigurnosti, kojima se zaštitna delatnost državnih organa istovremeno dopunjava, pomaže i kontroliše“. Reč je, preciznije, o „stvaranju neposredne vlasti u izrastajućim socijalističkim društvenim odnosima“, a što je uključilo, između ostalog, i instituciju *radničkih inspektora*, koja je funkcionisala do predaje privrednih preduzeća na neposredno upravljanje radnim kolektivima 1950. godine. Saglasno odredbama Pravilnika o izboru i radu radničkih inspektora, od 28. januara 1948. godine, radnički inspektori su, naime, bili izabrani predstavnici radnikâ u preduzeću, radnji, ustanovi ili organizaciji, koji su vršili funkciju *pomoćnog organa inspekcije rada* u sprovođenju njenih zadataka. U to smislu, radnički inspektor je bio dužan da radi po uputstvima inspektorâ rada, ali i da saraduje s upravom preduzeća, radnicima, upravnim odborom sindikalne podružnice, kao i s komisijama za zaštitu na radu, ne bi li se i na taj način obezbedila delotvornost radnog zakonodavstva. Radničkog inspektora su, pritom, birali radnici, a njihov izbor potvrđivao je nadležni poverenik za radne odnose okružnog ili kotarskog izvršnog odbora ili nadležni inspektor rada. Svako od njih ko je smatra da radnički inspektor ne ispunjava svoje dužnosti, mogao je da predloži njegovo opozivanje upravnom odboru sindikalne podružnice. Po predaji privrednih preduzeća na neposredno upravljanje radnim kolektivima, funkcije radničkih inspektora prešle su na organe neposrednog radničkog upravljanja, koji su, u saradnji s radničkim sindikatima, sproveli kontrolu nad merama zaštite na radu (nav. prema: Ivan Puhek, „Socijalni oblici društvene zaštite“, *Politička misao*, god. 19, br. 1–2/1982, 71–72). Pored radničkih inspektora, Uredbom o narodnoj inspekciji (*Službeni list FNRJ*, broj 28/49) bila je obrazovana i *narodna inspekcija*, kao „naročito inspeksijsko kontrolno telo radnih masa, preko kojeg oni saraduju sa sreskim, gradskim i rejonskim kontrolnim komisijama, u prvom redu za poboljšanje rada aparata narodne vlasti i za pravilno ostvarivanje zakonskih prava građana“. U tom duhu, narodni inspektori su pomagali inspektorima rada u delu koji se tiče nadzora nad ostvarivanjem radnih prava. Štaviše, radnici koji su smatrali da su njihova prava povređena mogli su da podnesu žabu narodnim inspektorima, koji su, takođe, mogli da iniciraju postupak inspeksijskog nadzora od strane inspekcije rada. Nav. prema Lj. Stojić, 151.

spekcije rada, kojom su bile obuhvaćene novoustanovljena Savezna inspekcija rada i republičke i sreske inspekcije rada. *Savezna inspekcija rada* se starala o pravilnom funkcionisanju inspekcijske službe u čitavoj državi, i vršila i nadzor u oblasti vazduhoplovstva, vojnim ustanovama i preduzećima od saveznog značaja; *republička inspekcija rada* je nadzirala primenu merodavnih propisa u oblasti železničkog, rečnog i pomorskog saobraćaja, dok su *sreske inspekcije* vršile nadzor u svim ostalim radnim sredinama.³⁸

Novi pristup inspekcijском nadzoru uveden je Osnovnim zakonom o upravljanju državnim privrednim preduzećima i višim privrednim udruženjima od strane radnih kolektiva.³⁹ Njegovim odredbama nadzor nad primenom merodavnih radnopravnih propisa prenet je s inspekcije rada na organe samoupravljanja u privrednim organizacijama, dok su u Crnoj Gori i Makedoniji, službe inspekcije rada bile privremeno ukinute. Period administrativnog socijalizma obeležilo je i izmeštanje nadležnosti za inspekcijски nadzor (s ministarstva nadležnog za poslove rada) na Sovjet za narodno zdravlje i socijalnu politiku. Međutim, i potonji organ je ukinut Ustavnim zakonom o osnovama društvenog i političkog uređenja FNRJ i saveznim organima vlasti (1953).⁴⁰ Istim aktom ukinuta je i Savezna inspekcija rada, dok su novelom Zakona o nadležnosti opštinskih i sreskih narodnih odbora i njihovih organa (1957)⁴¹ ustanovljene opštinske inspekcije rada, koje su vršile nadzor nad primenom propisâ narodnih odbora. Inspekcijска ovlašćenja su, pritom, bila izuzetno široka, te su, pored nadzora nad primenom propisâ o uređenju radnih odnosa i uslovâ rada, uključivala i nadzor nad primenom tehničkih i zaštitnih mera, obezbeđenjem smeštaja i ishrane radnikâ, kao i zapošljavanjem učenikâ u privredi.⁴² Osim toga, inspekcije su bile ovlašćene i za posredovanje u rešavanju radnih sporova, ispitivanje uzrokâ nepredviđenih prekida rada, nezgoda na radu i profesionalnih oboljenja, kao i za propagandu u oblasti inspekcijсkog nadzora.⁴³ Ipak, u ovom periodu, inspekcije rada su postupale isključivo po službenoj dužnosti, dok su eventualna neposredna obraćanja radnikâ inspekciji predstavljala informaciju zbog koje je inspekcija mogla organizovati nadzor po službenoj dužnosti.⁴⁴ Znatnu promenu, u tom smislu, donosi Zakon o radnim odnosima (1957), kojim je radnicima omogućeno obraćanje inspekciji rada zahtevom za zaštitu prava, na osnovu kog je inspektor rada mogao poslodavcu izdati privremenu naredbu, a u slučaju nepostupanja po toj naredbi – i da protiv poslodavca pokrene kazneni postupak.⁴⁵

38 Lj. Stojšić, 152.

39 Osnovni zakon o upravljanju državnim privrednim preduzećima i višim privrednim udruženjima od strane radnih kolektiva (*Službeni list FNRJ*, broj 43/50).

40 Ustavni zakon o osnovama društvenog i političkog uređenja FNRJ i saveznim organima vlasti (*Službeni list FNRJ*, broj 3/53).

41 Zakon o izmenama i dopunama Zakona o nadležnosti opštinskih i sreskih narodnih odbora i njihovih organa (*Službeni list FNRJ*, broj 52/57), čl. 11–18.

42 A. Baltić, *Osnovi radnog prava FNRJ*, 245.

43 *Ibid.*

44 Lj. Stojšić, 153.

45 Zakon o radnim odnosima (*Službeni list FNRJ*, br. 53/57, 26/58, 1/59, 8/61 i 17/61 – prečišćeni tekst).

Uvođenje radničkog samoupravljanja, novo komunalno uređenje i decentralizacija državne uprave uticali su na noveliranje pravnog okvira inspeksijskog nadzora. Tako je, u skladu s odredbama Zakona o inspekciji rada (1959),⁴⁶ nadzor vršilo više organa: a) *organ uprave opštinskog, odnosno sreskog narodnog odbora nadležan za poslove rada* vršio je inspeksijski nadzor u opštini i srezu, s tim što je u srezu mogao biti osnovan *sreski inspektorat rada*; b) inspeksijski nadzor u autonomnoj oblasti i pokrajini vršio je *oblasni ili pokrajinski inspektorat rada*; v) *republičkom inspektoratu rada* bilo je povereno vršenje inspeksijskog nadzora na nivou narodnih republika (deo njegovih nadležnosti mogao je biti poveren pokrajinskoj ili oblasnoj inspekciji); g) *Sekretarijat Saveznog izvršnog veća za rad* vršio je inspeksijski nadzor u federaciji. Navedeni organi obavljali su poslove iz svoje nadležnosti preko inspektorâ rada, s tim što je najveći broj tih poslova, zapravo, obavljao opštinski organ inspekcije rada.⁴⁷ Opštinske inspekcije su, pritom, imale isključivu nadležnost u oblasti radnih odnosa, dok su pojedini inspeksijski poslovi u oblasti zaštite na radu bili povereni višestepenim inspekcijama.⁴⁸ Inspekcija rada je, pritom, zadržala obeležja latinskog modela inspekcije rada, budući da je njen osnovni zadatak bio vezan za nadzor nad primenom pravnih propisa o radnim odnosima i zaštiti na radu u svim privrednim i društvenim organizacijama i državnim organima, ustanovama, kao i od strane privatnih poslodavaca, te zaposlenih koji su po posebnim propisima bili dužni da neposredno primenjuju ili obezbeđuju primenu naznačenih pravnih propisa. Organi inspekcije rada su, u tom smislu, bili dužni da najmanje jednom godišnje izvrše pregled u svim privrednim organizacijama, dok su pregledi u drugim radnim sredinama vršeni po potrebi. Ipak, iz nadležnosti inspekcije rada bili su izuzeti nadzor u organima i ustanovama javne službe, koji je vršila administrativna inspekcija, kao i nadzor u oblasti rudarstva, za koji je bila nadležna rudarska inspekcija.⁴⁹

Ovlašćenja inspekcije rada značajno su sužena Osnovnim zakonom o radnim odnosima (1965),⁵⁰ kojim je označen prekid s tradicionalnom implementacijom latinskog modela inspekcije rada. Ovo stoga što su u nadležnosti inspekcije rada (Saveznog inspektorata rada i republičkih inspekcija rada) bili samo pravni propisi o zaštiti na radu, dok je zaštita svih ostalih radnih prava bila poverena sudovima, a u manjoj meri i opštinskim organima uprave.⁵¹

46 Zakon o inspekciji rada (*Službeni list FNRJ*, br. 53/59 i 3/60).

47 U slučaju da opštinski narodni odbor nije imao inspektora rada, inspeksijski nadzor je vršio službenik organa uprave opštinskog narodnog odbora nadležnog za poslove rada, koga je za to ovlastio opštinski narodni odbor. Nav. prema Aleksandar Baltić, *Osnovi radnog prava Jugoslavije*, Savremena administracija, Beograd, 1961, 245.

48 Nadzor nad primenom propisa u oblasti proizvodnje eksploziva, mostogradnji, podzemnim radovima, metalurgiji i železničkom, pomorskom, unutrašnjem i PTT saobraćaju bio je poveren republičkom inspektoratu, dok je Sekretarijat SIV za rad vršio nadzor u vazduhoplovstvu i nad izvorima jonizujućeg zračenja. Lj. Stojić, 155.

49 *Ibid.*, 155.

50 Osnovni zakon o radnim odnosima (*Službeni list SFRJ*, br. 17/65, 43/66, 52/66, 26/68, 20/69 i 12/70 – prečišćeni tekst).

51 Ratko Pešić, *Sistem radnih odnosa u Jugoslaviji*, Progres, Novi Sad, 1966, 126–128.

Narednu fazu u razvoju domaće inspekcije rada obeležilo je stavljanje inspekcijuskog nadzora u nadležnost republika i pokrajina, uz vaspostavljanje opsežnih ovlašćenja inspektorâ rada, uključujući ovlašćenje za nadzor nad primenom propisâ o uslovima rada. Ipak, treba imati u vidu da je u periodu samoupravnog socijalizma, preispitivana i opravdanost postojanja inspekcije rada, u smislu neusaglašenosti njenih funkcija s osnovnim postavkama samoupravljanja. To pre svega vredi za postavku o predaji preduzeća na upravljanje radnicima, što je rezultiralo čak i predlozima za ukidanje inspekcije rada.⁵² No i pored takvih shvatanja, bilo je neophodno očuvati sistem inspekcije rada, ali i proširiti njenu nadležnost, jer je prethodno sužavanje inspekcijuskog nadzora samo na primenu zakonodavstva o zaštiti na radu imalo za posledicu da su radnici koji su smatrali da su in povređena prava iz radnog odnosa – mogli da ostvare zaštitu samo na nivou organizacije ili pred sudom. Sudska zaštita je, pritom, u najvećem broju slučajeva bila „aktivirana“ zbog nezakonitog prestanka radnog odnosa i neisplaćivanja zarada (ličnog dohotka), a daleko ređe i u pogledu povreda drugih prava.⁵³ Veliki broj slučajeva kršenja merodavnih propisa je, tako, nametnuo proširenje (tj. vaspostavljanje multifunkcionalnih) nadležnosti inspekcije rada. Ova izmena učinjena je, preciznije, na osnovu Zakona o inspekciji rada SR Srbije (1975),⁵⁴ po kom inspekcija rada vrši nadzor nad primenom pravnih propisa o zaštiti na radu i međusobnim odnosima radnika u udruženom radu i radnim odnosima, kao i nad primenom tehničkih mera od značaja za zaštitu na radu. Taj pristup funkcijama inspekcije rada zadržan je i u novom republičkom Zakonu o inspekciji rada (1985),⁵⁵ koji, takođe, afirmiše i decentralizaciju inspekcijske službe.

Zakonom o osnovnim pravima iz radnog odnosa (1989)⁵⁶ označen je raskid sa samoupravnom koncepcijom radnog odnosa, dok je period nakon stvaranja Savezne Republike Jugoslavije obeležila centralizacija inspekcijuskih službi. Ovo stoga što su na nivou republika, sve poslove inspekcijuskog nadzora obavljala ministarstva nadležna za poslove rada i njihovi dislocirani organi na nivou okruga, osim ako pojedini poslovi inspekcijuskog nadzora nisu bili povereni drugim subjektima.⁵⁷ Odnosni period je, u tom smislu, obeležilo ukidanje pokrajinskih inspektorata za rad, kao i uređivanje inspekcijuskih poslova Zakonom o državnoj upravi (1992),⁵⁸ dok su specifičnosti inspekcijuskog nadzora u svetu rada uvažene Zakonom o radnim odnosima (1996)⁵⁹ i Zakonom o radu (2001),⁶⁰ kojima je bila uvedeno i ovlašćenje inspektorâ rada za izricanje zabrane rada poslodavca, odnosno zabrane obavljanja delatnosti.

52 T. Popović, 270. i 276.

53 Nav. prema: Dragoljub Drašković, „Inspekcija rada i njeni akti i radnje u vršenju inspekcijuskog nadzora“, *Radno i socijalno pravo*, br. 3–6/1998, 170.

54 Zakon o inspekciji rada (*Službeni glasnik SRS*, broj 49/74).

55 Zakon o inspekciji rada (*Službeni glasnik SRS*, broj 22/85).

56 Zakon o osnovnim pravima iz radnog odnosa (*Službeni list SFRJ*, br. 60/89 i 42/90).

57 B. Marković, 143.

58 Zakon o državnoj upravi (*Službeni glasnik RS*, broj 20/92).

59 Zakon o radnim odnosima (*Službeni glasnik RS*, broj 55/96).

60 Zakon o radu (*Službeni glasnik RS*, broj 70/01).

1.3. Institucionalni i pravni okvir inspeksijskog nadzora u oblasti rada u pozitivnom pravu Republike Srbije

U pozitivnom pravu Republike Srbije, inspeksijski nadzor u oblasti radnih odnosa i bezbednosti i zdravlja na radu, shodno Zakonu o ministarstvima, vrši ministarstvo nadležno za poslove rada.⁶¹ Poslovi inspeksijskog nadzora su, pritom, povereni Inspektoratu za rad, kao organu uprave u okviru ovog ministarstva, koji ima svoje jedinice u Beogradu i u svim upravnim okruzima.⁶² U okviru područnih jedinica poslove inspeksijskog nadzora obavljaju inspektori rada, dok se kao drugostepeni organ koji odlučuje o žalbama protiv rešenja inspektorâ rada pojavljuje ministar nadležan za poslove rada. Takođe, pojedini poslovi inspeksijskog nadzora mogu biti povereni organima teritorijalne autonomije i lokalne samouprave.

Inspeksijski nadzor u svetu rada uređen je Zakonom o inspeksijskom nadzoru.⁶³ Iako su donošenjem ovog zakona uspostavljena procesna pravila od značaja za veliki broj inspekcija, uključujući inspekciju rada, izostalo je usvajanje pravila kojima bi bile uređene specifičnosti delovanja inspekcije rada. Ipak, određene specifičnosti inspeksijskog nadzora u oblasti rada uvažene su u Zakonu o radu i drugim radnopravnim propisima. Među tim propisima treba istaći Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, kojim su propisani pravo i dužnost inspektorâ rada da kontrolišu bezbednost i zdravlje na radu, posebno higijenu i uslove rada, proizvodnju, stavljanje u promet, korišćenje i održavanje sredstava i opreme za ličnu zaštitu na radu, opasne materije i drugo.⁶⁴ To, konačno, znači da su matičnim zakonom za oblast radnih odnosa i nizom posebnih zakona uređeni neki aspekti inspeksijskog nadzora u svetu rada, ali to nije dovoljno za potpuno uređivanje nadzornog postupka. Ovo tim pre što su pojedine odredbe glomaznog Zakona o inspeksijskom nadzoru ostale neusklađene s merodavnim radnopravnim propisima, a što u praksi dovodi do niza nedoumica i, posledično, do rizika po pravnu sigurnost.⁶⁵

Konačno, kao važni izvori prava u ovoj oblasti pojavljuju se Konvencija MOR broj 81 o inspekciji rada, kojom su uređena pitanja organizacije i funkcionisanja inspekcije rada u industriji i trgovini,⁶⁶ i Konvencija MOR broj 129 o inspekciji rada u poljoprivredi.⁶⁷ Naša država je ratifikovala ove konvencije, zbog čega one čine

61 Zakon o ministarstvima (*Službeni glasnik RS*, broj 128/20), član 19, stav 1.

62 Vid. Pravilnik o unutrašnjem uređenju i sistematizaciji radnih mesta u Ministarstvu za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja (2020), član 52, <https://www.minrzs.gov.rs/sites/default/files/2021-02/Pravilnik%2023.12.2020.docx>, 1. mart 2022. Premda predstavlja posebnu organizacionu jedinicu u okviru ministarstva, Inspektorat za rad ne uživa finansijsku i funkcionalnu samostalnost. Time se onemogućava planiranje i realizovanje reformskih procesa, a otežana je i primena načela nepristrasnosti i političke neutralnosti inspeksijske službe (Lj. Stojić, 456).

63 Zakon o inspeksijskom nadzoru (*Službeni glasnik RS*, br. 36/15, 44/18 i 95/18).

64 Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu (*Službeni glasnik RS*, br. 101/05, 91/15 i 113/17), čl. 61–68.

65 Ana Lazarević, *Radni sporovi u vezi sa kolektivnim otpuštanjem zaposlenih i metodi za njihovo rešavanje*, doktorska disertacija (neobjavljena), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2019, 575.

66 Konvencija MOR broj 81 o inspekciji rada (*Službeni list FNRJ – Međunarodni ugovori*, broj 5/56).

67 Konvencija MOR broj 129 o inspekciji u poljoprivredi (*Službeni list SFRJ*, broj 22/75).

sastavni deo pravnog sistema Republike Srbije. Njima su potvrđena osnovna načelâ funkcionisanja inspekcije rada,⁶⁸ počevši od načela da inspekcijski nadzor predstavlja *javnu funkciju*, koja je usmerena na usklađivanje uslovâ rada i odgovarajućih radnji i akata poslodavaca s merodavnim pravnim propisima. U tom smislu, inspektori rada uživaju položaj službenih lica i nezavisnost u radu, ali imaju i niz dužnosti od kojih se neke prostiru i na period po prestanku radnog odnosa. Sledeće načelo tiče se *saradnje inspekcije rada s poslodavcima i radnicima*, a zbog nastojanja da se najveći mogući broj problema vezanih za zaštitu radnikâ reši na nivou preduzeća ili druge radne sredine, i to kroz dijalog poslodavca i radnikâ i uz savete inspektorâ rada. Treće načelo na kom počiva rad inspekcije rada tiče se njene *saradnje s drugim subjektima (javnog i privatnog prava)*, ne bi li se na odgovarajući način rešili svi složeni tehnički i pravni problemi o kojima inspektori rada, i pored sve obučenosti, ne mogu imati dovoljno znanja. Nadalje, rad inspekcije rada počiva na *načelu usmerenosti inspekcijskog nadzora ka prevenciji*, kao i na *načelu univerzalnosti*, koje podrazumeva širenje inspekcijskih ovlašćenja ka što je moguće većem broju radnika u svim aktivnostima, jer se, u duhu koncepcije dostojanstvenog rada, ne može tolerisati postojanje sveta rada u kom je nekim radnicima priuštена zaštita, koja drugim radnicima ostaje nedostupna.

2. FUNKCIJE I OVLAŠĆENJA INSPEKCIJE RADA U REPUBLICI SRBIJI

2.1. Opštost (multifunkcionalnost) inspekcije rada i problem određivanja njene stvarne nadležnosti

U našoj državi, primenjen je *latinski model inspekcije rada*, koji je implementiran i u Belgiji, Bugarskoj, Grčkoj, Francuskoj, Španiji, velikom broju država Latinske Amerike, kao i frankofonim afričkim državama.⁶⁹ Reč je, preciznije, o modelu u kom je inspekcija rada organizovana kao jedinstveni organ koji nadzire primenu celokupnog radnog zakonodavstva. U delu literature, sistemi inspekcije rada koji su izgrađeni po latinskom modelu označavaju se i izrazom *multifunkcionalni sistemi inspekcije rada*, budući da je inspekciji poveren nadzor nad primenom zakonodavstva o bezbednosti i zdravlju na radu, uslovima rada, kolektivnim radnim odnosima i zapošljavanju.⁷⁰ Osobenost ovog modela, pritom, predstavlja obaveza poslodavca kod kog je utvrđena

68 Wolfgang von Richthofen, *Labour inspection: A guide to the profession*, International Labour Office, Geneva, 2002, 12–13.

69 *Ibid.*, 29; P. Teague, 214.

70 David Walters, „Labour inspection and health and safety in the EU“, *HesaMag*, vol. 14, autumn-winter 2016, 14. Drugi tradicionalni model je *anglo-saksonski model inspekcije rada*, koji odražava osnovne postavke liberalne države, odnosno bojazan od mešanja države u prava i slobode pojedinaca i nastojanje države da obezbedi ravnotežu između aktivnosti vlade i drugih subjekata. Iz tih razloga dolazi do disperzije ovlašćenja i odgovornosti među više različitih nadzornih tela, koja se staraju o primeni propisa kojima su uređena pojedina radna prava. Vid. Ljubinka Kovačević, „Delotvornost radnog zakonodavstva i uloga inspekcije rada u svetlu standarda Međunarodne organizacije rada“, *Strani pravni život*, br. 1/2022 (u štampi).

povreda merodavnih propisa – da uskladi svoje radnje i akte s ovim propisima, čak i kada mu je izrečena kazna: iako mu je izrečena određena kazna, poslodavac se ne može osloboditi obaveze dosledne primene merodavnih propisa.⁷¹

Po odredbama Zakona o ministarstvima, ministarstvo nadležno za poslove rada „obavlja poslove državne uprave koji se odnose na: sistem u oblasti radnih odnosa i prava iz rada u svim oblicima rada izuzev u državnim organima i organima jedinica lokalne samouprave i autonomne pokrajine, javnim agencijama i javnim službama; bezbednost i zdravlje na radu; inspeksijski nadzor u oblasti radnih odnosa i bezbednosti i zdravlja na radu; sindikalno organizovanje“, dok Inspektorat za rad „obavlja inspeksijske poslove i s njima povezane stručne poslove u oblasti radnih odnosa i bezbednosti i zdravlja na radu koji se odnose na: redovni i kontrolni nadzor; uviđaj smrtnih, teških i kolektivnih povreda na radu; utvrđivanje ispunjenosti propisanih uslova u oblasti bezbednosti i zdravlja na radu, pre početka obavljanja delatnosti poslodavca, kao i druge poslove određene zakonom“.⁷² Citirane odredbe, u delu koji se tiče ministarstva, pritom, izričito isključuju njegovu nadležnost u pogledu tzv. javnog sektora samo u vezi sa sistemom u oblasti radnih odnosa i prava iz rada, ne i u vezi s bezbednosti i zdravljem na radu i inspeksijskim nadzorom u oblasti radnih odnosa i bezbednosti i zdravlja na radu. Takvo zakonsko rešenje skopčano je s nedoumicom da li se izuzetak koji se tiče tzv. javnog sektora odnosi i na ostale aspekte nadležnosti ministarstva ili to nije slučaj. Sistemsko tumačenje Zakona o ministarstvima, posebno imajući u vidu njegove odredbe o nadležnosti drugih inspeksijskih organa, daje sledeći odgovor na ovo pitanje: „inspekcija rada u oblasti bezbednosti i zdravlja na radu vrši nadzor kod svih poslodavaca, pa i u državnim organima (jer nema drugog organa u Republici Srbiji koji bi ove poslove obavljao)“.⁷³ Izuzetak predstavlja nadzor nad primenom propisa o bezbednosti i zdravlju na radu u oblasti eksploatacije mineralnih sirovina, koji je poveren rudarskoj inspekciji formiranoj pod okriljem ministarstva nadležnog za poslove rudarstva i energetike.

Osnovna funkcija inspekcije rada tiče se obezbeđivanja primene svih propisa kojima se uređuju prava, obaveze i odgovornosti iz radnog odnosa, osim ako pojedinim propisima nije drukčije predviđeno. To, preciznije, znači da inspekcija rada u našoj državi nadzire primenu Zakona o radu, Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu, Zakona o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom, Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu, Zakona o štrajku, Zakona o uslovima za upućivanje zaposlenih na privremeni rad u inostranstvo i njihovoj zaštiti i Zakona o evidencijama u oblasti rada. Osim toga, inspekcija rada nadzire i primenu Zakona o zaštiti stanovništva od izloženosti duvanskom dimu (u delu koji se odnosi na zabranu pušenja u zatvorenom radnom prostoru), Zakona o privrednim društvima (u delu koji se tiče obaveze poslodavca da pre početka rada od inspekcije rada pribavi rešenje o ispunjenosti uslova vezanih za bezbednost i zaštitu zdravlja na radu), Zakona o volontiranju, Zakona o zabrani diskriminacije (u delu koji se odnosi na zabranu diskriminacije u oblasti rada), Zakona o rodnoj ravnopravnosti

71 Michael J. Piore, Andrew Schrank, „Toward managed flexibility: The revival of labour inspection in the Latin world“, *International Labour Review*, vol. 147, br. 1/2008, 5.

72 Zakon o ministarstvima, član 19, st. 1 i 3.

73 Lj. Stojšić, 175.

(u delu koji se tiče sprečavanja i zaštite od rodno zasnovane diskriminacije u oblasti rada), Zakona o zaštiti uzbunjivača, Zakona o agencijskom zapošljavanju, Zakona o inspeksijskom nadzoru i drugih zakona,⁷⁴ kao i kolektivnih ugovora, jednostranih opštih akata poslodavaca i ugovorâ o radu. Pored toga, inspekcija rada vrši i nadzor nad primenom drugih propisa o merama i normativima bezbednosti i zdravlja na radu, tehničkim merama koje se odnose na bezbednost i zdravlje na radu, te standarda i opšte priznatih mera u delu kojim se uređuju pitanja iz oblasti bezbednosti i zdravlja na radu.⁷⁵ To, dalje, znači da inspekcija rada u Republici Srbiji nadzire primenu merodavnih propisa kod svih (domaćih i stranih) poslodavaca, uz izuzetak države, kao poslodavca, budući da u posebnom režimu radnih odnosa, *upravna inspekcija* vrši nadzor nad primenom pravnih propisa od značaja za prava, dužnosti i odgovornosti iz radnog (službeničkog) odnosa, istina, uz gore pomenuti izuzetak koji se tiče nadzora nad primenom propisâ o bezbednosti i zdravlju na radu i u ovim radnim sredinama. To, pritom, vredi kako za državne organe, tako i za organe autonomnih pokrajina i jedinica lokalne samouprave, budući da u nadležnost ministarstva nadležnog za poslove državne uprave i lokalne samouprave ulazi i sistem lokalne samouprave i teritorijalne autonomije.⁷⁶ Zakon o inspeksijskom nadzoru je, pritom, proširio ovlašćenja inspekcije rada i na *nadzor neregistrovanih subjekata*. Do stupanja ovog zakona na snagu, nadzor nad neregistrovanim subjektima koji nemaju svojstvo trgovca, vršile su tržišna i poreska inspekcija, bez jasnog razgraničenja nadležnosti.⁷⁷ Kada je, pak, reč o važećem pravu, može se uočiti potreba za uređivanjem odnosa inspekcije rada i drugih subjekata koji učestvuju u nadzoru nad primenom merodavnih propisa. To naročito vredi za druge inspekcije, jer *dvostruki i višestruki inspeksijski nadzor* vode rasipanju i onako skromnih kapaciteta i sredstava inspekcija (npr. između inspekcije rada i lokalnih odeljenja za higijenu ministarstva nadležnog za poslove zdravlja, koja su zadužena za zdravlje na radu),⁷⁸ pre svega zbog izostanka jasnog razgraničenja nadležnosti između različitih upravnih organa i inspeksijskih službi koje imaju ovlašćenja u istim sektorima. Nadzorna funkcija inspekcije rada neretko se preklapa i s funkcijama nezavisnih kontrolnih tela, budući da ona nadziru primenu propisâ čije sprovođenje nadzire i inspekcija rada, kada je reč o obezbeđivanju delotvorne zaštite tražilaca zaposlenja i zaposlenih od diskriminacije, zaštite njihove privatnosti, kao i njihovih drugih prava.⁷⁹

74 To uključuje i primenu zakonâ o pojedinim granama obaveznog socijalnog osiguranja, budući da inspekcija rada nadzire i primenu propisa koji potvrđuju obavezu poslodavaca da nadležnim subjektima podnesu prijave na obavezno zdravstveno, penzijsko, invalidsko i osiguranje za slučaj nezaposlenosti za lica koja za njih rade. Takođe, inspekcija rada nadzire i primenu Zakona o finansijskoj podršci porodici sa decom, u delu koji se tiče ostvarivanja prava na naknadu zarade za vreme odsustva s rada zbog trudnoće i porođaja.

75 Goran Marković, *Ovlašćenje i rezultati Inspektorata za rad u primeni noveliranih radnopravnih propisa*, u: Zoran Ivošević (ur.), „Najznačajnije novine u propisima o radu i po osnovu rada“, Glosarijum, Beograd, 2016, 211.

76 Lj. Stojić, 176.

77 Radoje Brković, Bojan Urdarević, *Radno pravo sa elementima socijalnog prava*, Službeni glasnik, Beograd, 2020, 258.

78 Živka Đurić, „Integracija inspekcije rada u Srbiji – novi pristup u vršenju nadzora. Dva sistemska pitanja“, *Radno i socijalno pravo*, br. 1–6/2005, 118.

79 Cf. Mario Reljanović, *Alternativno radno zakonodavstvo*, Rosa Luxemburg Stiftung Southeast Europe/Centar za dostojanstven rad, Beograd, 2019, 193–194.

Inspekcijski nadzor, pritom, može biti redovan, vanredan, kontrolni i dopunski. *Redovan nadzor* se, tako, vrši prema godišnjem planu inspekcijskog nadzora, dok se *vanrednom nadzoru* pribegava onda kada je to hitno potrebno za sprečavanje ili otklanjanje neposredne opasnosti po život ili zdravlje ljudi i prava i interese radnikâ. Takođe, vanrednom nadzoru ima mesta i kada se posle donošenja godišnjeg plana nadzora, proceni da postoji visok rizik povrede merodavnih propisa, kada takav nadzor zahteva nadzirani subjekt, javni tužilac ili pravno ili fizičko lice – podnosilac predstavke, kada je to potrebno radi sprečavanja obavljanja delatnosti neregistrovanih subjekata, kao i kada drugostepeni organ preko inspekcije dopunjava ili ponavlja postupak (a nisu ispunjeni uslovi za dopunski inspekcijski nadzor). S druge strane, *kontrolni nadzor* se vrši i radi utvrđivanja izvršenja mera koje su predložene ili naložene nadziranom subjektu, tokom redovnog ili vanrednog inspekcijskog nadzora. Konačno, *dopunski nadzor* se vrši radi utvrđivanja činjenica od značaja za inspekcijski nadzor, a koje nisu utvrđene na jedan od prethodna tri načina, i to u roku kraćem od 30 dana od okončanja redovnog, vanrednog ili kontrolnog nadzora.

Postupak inspekcijskog nadzora se pokreće se *po službenoj dužnosti* ili *na zahtev nadziranog subjekta ili drugog lica kome je posebnim zakonom priznato svojstvo stranke u postupku*. U svakom slučaju, prilikom ocene o postojanju razloga za pokretanje postupka po službenoj dužnosti, inspektor uzima u obzir predstavke, kao i upozorenja nadležnih organa. Predstavke, pritom, imaju dejstvo inicijative za pokretanje postupka inspekcijskog nadzora, s tim što njihovi podnosioci nemaju svojstvo stranke u postupku.⁸⁰ Inspekcija rada je dužna da uzme u obzir sve uredne predstavke, dok po anonimnim prijavama postupa, ako je njihov predmet vezan za nadzor nad primenom opšteg pravnog akta ili za rad “na crno”.⁸¹

2.2. Preventivne mere

Inspektorima rada moraju biti obezbeđeni efikasni instrumenti za vršenje uticaja na delotvornu primenu radnopravnih propisa. U tom smislu, inspekcija rada može preduzimati tri vrste mera: preventivne, korektivne i represivne mere. Svaka od ovih triju vrsta mera, dalje, uključuje veći broj konkretnih mera, koje inspektorima treba da omoguće dovoljno širok katalog instrumenata za delovanje.⁸²

Kada je reč o preventivnim merama, najpre treba imati u vidu da se prevencija nalazi u samom srcu delovanja inspekcije rada. Inspektori rada, otud, preduzimaju i predlažu potrebne preventivne mere, u cilju sprečavanja povrede merodavnih propisa. Ovo ovlašćenje nije, međutim, vezano za pojedine slučajeve, već inspektori treba da ga upotrebe kad god se nađu u prilici da spreče povredu zakonâ ili drugih pro-

80 U tom smislu se kao jedno od osnovnih načela inspekcijskog nadzora pojavljuje *načelo oficijelnosti*, koje podrazumeva da predstavke zaposlenih i drugih zainteresovanih lica za inspekciju rada predstavljaju samo „izvor informacija na osnovu kog ona može organizovati inspekcijski nadzor po službenoj dužnosti“, uz izuzetak slučajeva u kojima se inspekcijski nadzor preduzima samo na zahtev ovlašćenog lica (npr. u pogledu utvrđivanja ispunjenosti uslova vezanih za bezbednost i zaštitu zdravlja na radu i odlučivanja o zahtevu zaposlenog za odlaganje izvršenja poslodavčevog rešenja o otkazu ugovora o radu). Lj. Stojić, 192.

81 Predrag Jovanović, *Radno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2015⁷, 363.

82 Lj. Stojić, 193.

pisa.⁸³ To, preciznije, znači da inspekcija rada pruža poslodavcima i radnicima tehničke podatke i savete koji se tiču najdelotvornijeg načina primene zakonskih odredaba.⁸⁴ Reč je o delovanju, koje je usredsređeno na sprečavanje nastanka verovatnih štetnih posledica, i to kroz upozoravanje nadziranih subjekata na njihove zakonske i druge obaveze i upoznavanje s mogućnosti nastupanja štetnih posledica njihovog postupanja, kao i kroz nalaganje preduzimanja ili uzdržavanja od određenih radnji. U tom smislu, treba imati u vidu da Zakon o radu ne imenuje pojedine preventivne mere, dok su Zakonom o inspekcijskom nadzoru propisane mera upozoravanja nadziranog subjekta o njegovim obavezama iz zakona i drugih propisa, mera ukazivanja nadziranom subjektu na mogućnost nastupanja štetnih posledica njegovog postupanja, te mera nalaganja preduzimanja ili uzdržavanja od određenih radnji.⁸⁵ Takođe, inspekcija rada ima i ovlašćenje da sačini i da na svojoj internet stranici objavi *akt o primeni propisa*, i to bilo na sopstvenu inicijativu, bilo na zahtev fizičkih i pravnih lica.⁸⁶ Time se nadziranim subjektima olakšava primena propisa, ali se i utiče na ujednačavanje prakse inspektorâ rada. Ovo stoga što mišljenje Inspektorata za rad ima obavezujuće dejstvo za inspekciju rada, zbog čega nadzirani subjekt koji je postupio na način predviđen aktom o primeni propisa ne može trpeti štetne posledice u inspekcijskom nadzoru, izuzev u zakonom striktno propisanim slučajevima.

Nadalje, preventivno delovanje obuhvata i *savetodavne posete*. Ako u službenoj savetodavnoj poseti uoči propust, nedostatak ili nepravilnost u poslovanju i postupanju poslodavca, inspekcija u roku od osam dana nakon posete dostavlja poslodavcu dopis koji sadrži preporuke o poželjnom načinu ispravljanja tih propusta, koje imaju pravnu prirodu akta o primeni propisa. Poslodavac je, pritom, dužan da obavesti inspekciju rada kako je postupio po ovim preporukama, dok nepostupanje po preporukama, kao i neobaveštavanje inspekcije može predstavljati razlog za pokretanje inspekcijskog nadzora.⁸⁷ Takođe, preventivno delovanje inspekcije rada uključuje i objavljivanje *kontrolnih lista*, koje nadziranim subjektima omogućavaju samoprocenu rizika,⁸⁸ obaveštavanje javnosti o promenama propisa i pravima i obavezama koji iz njih proizlaze za

83 *Ibid.*, 219.

84 Konvencija MOR broj 81, član 3, stav 1, tačka b).

85 Zakon o inspekcijskom nadzoru, član 26.

86 *Ibid.*, član 31.

87 U 2018. godini, inspektori rada su, na zahtev poslodavaca (uglavnom u oblastima ugostiteljstva, zdravstva, proizvodnje, trgovine i špedicije), realizovali 60 službenih savetodavnih poseta. One su mahom bile inicirane u cilju pojašnjenja primene zakonskih pravila o prekovremenom radu, godišnjem odmoru, naknadi putnih troškova, skraćenom radnom vremenu, usklađivanju pravilnika, kao i osposobljavanju zaposlenih za bezbedan i zdrav rad i periodičnoj proveru njihove osposobljenosti. Naredne godine, realizovano je 97 savetodavnih poseta, dok je 121 poslodavac inspekciji rada poslao izveštaje o samoproceni. Konačno, u 2020. godini, broj savetodavnih poseta iznosio je 66, dok je 110 poslodavaca poslalo izveštaje o samoproceni. Nav. prema: Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja – Inspektorat za rad, Izveštaj o radu Inspektorata za rad za 2018. godinu, Beograd, 2019, 30; Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja – Inspektorat za rad, Izveštaj o radu Inspektorata za rad za 2019. godinu, Beograd, 2020, 30; Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja – Inspektorat za rad, Izveštaj o radu Inspektorata za rad za 2020. godinu, Beograd, 2021, 32.

88 Poslednjih par decenija, poslodavci postaju osnovni subjekti u kontroli rizika, zbog čega se važna uloga inspektorâ rada ogleda u tome da im pomognu da uspostave efikasan sistem kontrole rizika i da ih motivišu da, uz učešće zaposlenih, ovaj sistem istrajno unapređuju. Lj. Stojić, 364.

nadzirane subjekte, promovisanje kulture pravilne i potpune primene i poštovanja me-rodavnih propisa među socijalnim partnerima, npr. organizovanjem seminara i obuka za poslodavce i zaposlene, osmišljavanjem preventivnih i promotivnih kampanja, objavljivanjem vodiča za procenu rizikâ po bezbednost i zdravlje radnikâ u malim i srednjim preduzećima, ili objavljivanjem publikacija o merama za sprečavanje rada „na crno“.⁸⁹ Ove mere mogu uticati i na unapređenje uslovâ rada, budući da su inspektori rada jedini javnopravni subjekti koji imaju pristup svim mestima rada. Upravo to je od presudnog značaja za ostvarivanje „prosvetiteljske“ uloge inspekcije rada, u smislu efikasnog prenošenja potrebnih informacija poslodavcima i radnicima.⁹⁰ Unapređenju uslovâ rada doprinose i prikupljanje i analiza podataka dobijenih pomoću kontrolnih lista. Inspekcija rada je, naime, dužna da sačini, objavi i primenjuje kontrolne liste iz svoje oblasti.⁹¹ Inspektor preduzima sve provere i druge radnje sadržane u kontrolnoj listi, dok, u slučaju da u toku nadzora utvrdi da je to neophodno za potpuno utvrđivanje činjeničnog stanja i zakonitog i bezbednog poslovanja i postupanja, može da preduzme i druge provere i radnje koje su u bliskoj vezi s pitanjima iz kontrolne liste. S druge strane, poslodavci mogu dostaviti inspekciji rada svoj izveštaj o samoproveri ispunjenosti zahteva iz kontrolne liste i o samoproceni rizikâ.

Nadalje, unapređenju uslovâ rada doprinose i ankete i istraživanja javnog mnjenja, pribavljanje podataka od drugih državnih organa, kao i analize inspekcijske, upravne, sudske i poslovne prakse u odgovarajućima oblastima inspekcijskog nadzora. Sve ove aktivnosti čine se izuzetno značajnim, ako se ima u vidu da se kao jedan od razloga za nepoštovanje radnog prava može prepoznati i nedovoljna zastupljenost radnopravnih tema u sredstvima javnog informisanja i u nastavnim i studijskim programima, zbog čega inspekcija rada svojim aktivnostima doprinosi, između ostalog, i promovisanju radnog prava.⁹² S druge strane, preventivne mere imaju veliki značaj za sprečavanje nastanka štete i rizikâ, posebno u kontekstu tehnoloških promena i modernizacije sistema proizvodnje (robotika, nuklearna energija, obrada podataka, novi proizvodi i tehnike u hemijskoj industriji i dr.), koje prati pojava novih rizika.⁹³ U tom smislu se kao važan činilac veće produktivnosti pojavljuju ne samo stručna obuka zaposlenih, već i prevencija rizika, u kojoj anticipatorski pristup inspekcije rada ima posebnu težinu.⁹⁴ Konačno, ne treba gubiti iz vida ni to da se efekti preventivnog delovanja inspekcije rada ogledaju i u činjenici da nadzirani subjekti dodatno paze na zakonitost svog delovanja, kada su svesni da njihove aktivnosti jesu ili mogu biti predmet nadzora.⁹⁵

89 G. Casale, M. Fasani, 3–4.

90 Gerd Albracht, „Globalization, workplace and health“, *Labour Education* br. 3–4/2005, 7.

91 To je do sada učinjeno u pogledu sledećih sedam oblasti: oblast radnih odnosa; oblast bezbednosti i zdravlja na radu; oblast bezbednosti i zdravlja na radu u šumarstvu; gradilišta; oblast dečjeg rada; upućivanje zaposlenih na privremeni rad u inostranstvo i njihova zaštita, i integrisani inspekcijski nadzor.

92 Jean Bessière, *L'inspection du travail. Rapport à Monsieur le Ministre délégué aux relations du travail*, Paris, 2005, 5.

93 W. von Richthofen, 54–55.

94 Vera Jatobá, *Labour inspection within a modernized labour administration*, International Labour Office, Lima, 2002, 14.

95 Ivo Rozić, Emir Mehmedović, „Specifičnosti vršenja inspekcijских funkcija u oblasti rada, radnih odnosa i sigurnosti na radu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 40, 2/2019,

2.3. Korektivne mere

2.3.1. Nalog za otklanjanje utvrđenih povreda pravnih propisa

Korektivne mere se preduzimaju u cilju otklanjanja nezakonitosti u radu poslodavaca, a podrazumevaju ukazivanje na povredu merodavnih propisa, odnosno na nedostatke i nepravilnosti u primeni propisa, uz ostavljanje primerenog roka za njihovo otklanjanje, kao i za otklanjanje njihovih štetnih posledica. Ove mere se mogu koristiti samo ako je inspektor rada nesporno utvrdio činjenice vezane za povredu propisa za čiji je nadzor nadležan, kada pisanim aktom utvrđuje nedostatke ili nepravilnosti i nalaže poslodavcu da ih otkloni. Poslodavac je, pritom, dužan da u roku čiju dužinu određuje sâm inspektor – obavesti inspekciju rada o izvršenju naložene obaveze.⁹⁶ Takođe, poslodavac može podneti žalbu protiv rešenja kojim se nalaže otklanjanje utvrđene povrede, i to zbog nepotpuno ili nepravilno utvrđenog činjeničnog stanja, bitne povrede upravnog postupka, ili pogrešne primene materijalnog prava. O žalbi odlučuje ministar nadležan za poslove rada, dok se protiv drugostepenog rešenja može voditi upravni spor. Kako žalba, po pravilu, ima suspenzivno dejstvo, postupak primene korektivne mere može se odužiti, zbog čega se kao njen najveći nedostatak pojavljuje čest izostanak neophodne ekspeditivnosti.⁹⁷

Inspektor rada ima obavezu da obezbedi izvršenje svog rešenja kojim se nalaže otklanjanje utvrđenih povreda, ako je ono doneto po službenoj dužnosti. Ukoliko je reč o nenovčanim obavezama, izvršenje rešenja se sprovodi upravnim putem, tj. posrednom prinudom, odnosno putem novčanih kazni, koje se uplaćuju u korist budžeta iz kog se finansira inspekcija rada, a koje izvršavaju organi nadležni za izvršavanje novčanih kazni izrečenih za prekršaje.⁹⁸ Suprotno, novčane obaveze se izvršavaju sudskim putem, u izvršnom postupku, a na zahtev inspektora rada, kao službenog lica koje je donelo predmetno rešenje.⁹⁹

Rešenjem kojim inspektor rada nalaže otklanjanje utvrđene povrede merodavnog propisa ne može se, međutim, meritorno odlučivati o radnopravnom položaju zaposlenog, nezavisno od toga da li je on povredom propisa stavljen u (ne)povoljniji položaj ili je povređeno neko njegovo pravo ili mu je, pak, dato više prava nego što mu po zakonu pripada.¹⁰⁰ To, dalje, znači da je inspektor rada ovlašćen da po-

849. U tom smislu se kao najvažniji činioci dobrovoljnog usklađivanja aktivnosti poslodavaca s merodavnim propisima pojavljuju pravilno i potpuno poznavanje propisa, poštovanje autoriteta, i odnos troškova i koristi, dok su bitni činioci prinudnog usklađivanja aktivnosti poslodavaca s merodavnim propisima – rizik prijavljivanja, rizik inspekcijskog nadzora, rizik otkrivanja kršenja propisa, rizik sankcionisanja i strogost zaprečenih sankcija (Milan Stefanović, Dušan Radovanović, Danica Jolović, *Vodič za primenu Zakona o inspekcijskom nadzoru*, Predstavništvo Cardno Emerging Markets USA Ltd. Beograd, Beograd, 2017², 136).

96 Lj. Stojić, 207.

97 *Ibid.*, 403.

98 Zakon o upravnom postupku (*Službeni glasnik RS*, br. 18/16 i 95/18), član 191, stav 2, i član 199.

99 *Ibid.*, član 191, stav 3.

100 Goran Marković, *Novine u propisima o nadzoru nad primenom propisa o radu*, u: Zoran Ivošević (ur.), „Novine u Zakonu o radu“, Glosarijum, Beograd, 2015, 197–198. Cf. D. Drašković, 177–18; Ljubodrag Pljakić, „Pravne posledice inspekcijskog nadzora i kontrole u oblasti radnih odnosa“, *Radno i socijalno pravo*, br. 3–6/98, 202–203.

slodavcu naloži otklanjanje utvrđenih povreda propisâ u određenom roku, dok je poslodavac dužan da postupi po rešenju inspektora rada, a što, dalje, podrazumeva da poslodavac, postupajući po rešenju inspektora rada, meritorno odlučuje u skladu s nalogom iz ovog rešenja.¹⁰¹ U tome se inspeksijski nadzor i razlikuje od sudske zaštite radnih prava, budući da inspektor rada štiti, pre svega, interes države da se obezbedi dosledno poštovanje i delotvorna primena merodavnih propisa od strane svih poslodavaca koje ti propisi obavezuju.¹⁰² Naravno, i zaposleni ima interes da se poštovanjem merodavnih propisa stvaraju uslovi za delotvorno ostvarivanje njegovih prava, te se u tom delu interesi zaposlenog poklapaju s interesima države, a što stvara utisak o angažovanosti inspektorâ rada na zaštiti pojedinačnih prava i interesa zaposlenih.¹⁰³

Domaća sudska praksa svedoči da primenu korektivnih mera u nekim slučajevima prati dilema o postojanju ovlašćenja inspektorâ rada da postupaju u određenoj stvari, budući da se ona nalazi u nadležnosti suda, zbog čega se u tužbi u upravnom sporu ističe da inspektor rada nije bio ovlašćen na određeno postupanje, npr. u slučaju umanjenja zarade zaposlenom, inspektor rada, bez upuštanja u ocenu osnovanosti umanjenja zarade, naredi poslodavcu da donese rešenje o umanjenju zarade, s poukom o pravnom leku; ili u slučaju da je utvrdio da je poslodavac zaposlenom isplaćivao zaradu u visini najjednostavnijeg rada bez množenja s koeficijentom njenog radnog mesta visoke stručne spreme prema posebnom kolektivnom ugovoru, inspektor rada naloži poslodavcu da izvrši takvu isplatu. U ovim i sličnim slučajevima, naš najviši sud je redovno zaključivao da su inspektori rada postupali u skladu sa svojim zakonskim ovlašćenjima, jer činjenica da se zainteresovano lice radi ostvarenja svog zahteva moglo obratiti i redovnom sudu, ne isključuje primenu zakonskih ovlašćenja inspektora rada u ovim inspeksijskim stvarima. Tako je u prvom slučaju, Vrhovni sud Srbije poništio rešenje drugostepenog organa koji je oglosio ništavim rešenje inspektora rada, našavši da se inspektor rada nije upuštao u osnovanost umanjenja zarade, što je inače stvar iz nadležnosti suda, već je na osnovu zakonskog ovlašćenja naložio poslodavcu da otkloni utvrđenu povredu zakonske odredbe koja se odnosi na donošenje rešenja o umanjenju zarade. U drugom slučaju, Vrhovni sud Srbije je našao da je inspektor imao ovlašćenje za postupanje jer se njegovom odlukom ne vrši isplata, već se nalaže otklanjanje povrede posebnog kolektivnog ugovora nalaganjem da se postupi u skladu s tim ugovorom.¹⁰⁴ Naznačenu dilemu je iznova bila aktuelizovala praksa Upravnog suda koja se tiče faktičkog rada, budući da je Upravni sud, istina, uz par odstupanja, u većini svojih presuda stao na stanovište da u slučaju da kod poslodavca zatekne lice s kojim nije zaključen ugovor o radu, iako su ispunjeni svi zakonski uslovi za zasnivanje radnog odnosa – inspektor rada nije ovlašćen da naloži poslodavcu da sa zatečenim licem zaključi ugovor o radu i da ga prijavi na obavezo socijalno osiguranje. Ovo stoga što u slučaju faktičkog rada, inspektor rada može da naloži poslodavcu da u određenom roku otkloni utvrđenu povredu zakona i opšteg akta autonomnog porekla, ali nije ovlašćen da naloži zaključenje ugovora o radu na neodređeno vreme, budući

101 G. Marković, *Novine u propisima o nadzoru nad primenom propisa o radu*, 197–198.

102 *Ibid.*, 198.

103 *Ibid.*

104 Nav. prema: Lj. Pljakić, 202–203.

se o tom pitanju može odlučivati samo u sudskom postupku.¹⁰⁵ Dilema je definitivno razrešena novelom Zakona o radu od 2014. godine kojom je izričito potvrđeno ovlašćenje inspektora rada da rešenjem naloži poslodavcu da s licem koje je za njega radilo bez pravnog osnova i na koje se primenjuje zakonska fikcija o zasnivanju radnog odnosa na neodređeno vreme – zaključi ugovor o radu u pismenom obliku.

2.3.2. Nalog za zaključenje ugovora o radu s licem koje radi bez pravnovaljanog akta zasnivanja radnog odnosa

Zakon o radu ovlašćuje inspektora rada i da naloži poslodavcu da sa zaposlenim kojem je omogućio da stupi na rad bez zaključenog ugovora o radu – zaključi pismeni ugovor o radu.¹⁰⁶ Ako je, naime, radnik stupio na rad i faktički obavlja posao za poslodavca, iako pre toga ili u međuvremenu nije s njim zaključio ugovor o radu u pismenoj formi, pri čemu je poslodavac spreman da mu omogući da radi¹⁰⁷ – postoji faktički rad, koji se može razumeti kao jedan od oblika rada „na crno“. U tom slučaju, inspektor rada utvrđuje faktički rad (tj. utvrđuje na kom poslu i od kada je radnik angažovan kod poslodavca, kakva je priroda njegovih radnih zadataka, da li postoje smetnje za zasnivanje radnog odnosa, da li postoji volja zaposlenog da nastavi s radom za poslodavca i dr.) i, ako nedvosmisleno zaključi da su ispunjeni svi uslovi za zaključivanje ugovora o radu, donosi rešenje kojim se poslodavcu nalaže da sa zatečenim licem zaključi ugovor o radu na neodređeno vreme.¹⁰⁸

Faktičko izvršavanje prestacije rada za poslodavca je suprotno kogentnim pravnim normama koje potvrđuju pravilo o zasnivanju radnog odnosa zaključivanjem ugovora o radu u propisanoj formi. Posledice tako shvaćenog faktičkog rada se moraju sagledavati u svetlu pretpostavki za zasnivanje radnog odnosa i postupka zasnivanja radnog odnosa, s jedne strane, i razlogâ pravednosti, humanosti i potrebe jednakog postupanja prema radnicima koji obavljaju isti rad ili rad iste vrednosti, s druge strane.¹⁰⁹ S tim u vezi, najpre, treba uočiti da radnici koji obavljaju faktički

105 G. Marković, *Novine u propisima o nadzoru nad primenom propisa o radu*, 202–203.

106 Zakon o radu (*Službeni glasnik RS*, br. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17, 113/17 i 95/18), član 269, stav 2.

107 Imajući u vidu zaštitnu funkciju pismene forme, Zakonom o radu potvrđeno je pravilo da se ugovor o radu zaključuje, upravo, u ovoj formi, pre stupanja zaposlenog na rad, i to u najmanje tri primerka, od kojih se jedan obavezno predaje zaposlenom. Poslodavac je, pritom, dužan da ugovor ili njegovu kopiju drži u svom sedištu ili drugoj poslovnoj prostoriji ili na drugom mestu, u zavisnosti od toga gde zaposleni radi.

108 G. Marković, *Ovlašćenja i rezultati Inspektorata za rad u primeni noveliranih radnopravnih propisa*, 219. U 2018. godini, inspektori rada su zatekli 17.026 lica na faktičkom radu, dok su poslodavci, nakon preduzetih mera inspektorâ rada, zasnovali radni odnos s 13.869 lica. Naredne godine, broj lica zatečenih na faktičkom radu iznosio je 12.938 lica, a 79% njih je, nakon mera inspekcije rada, zasnovalo radni odnos. Konačno, 2020. godine zatečeno je 5.951 lice koje radi „na crno“, dok je njih 4.072 zasnovalo radni odnos po sprovedenom inspeksijskom nadzoru. Nav. prema: Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja – Inspektorat za rad, *Izveštaj o radu Inspektorata za rad za 2018. godinu*, Beograd, 2019, 7; Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja – Inspektorat za rad, *Izveštaj o radu Inspektorata za rad za 2019. godinu*, Beograd, 2020, 7; Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja – Inspektorat za rad, *Izveštaj o radu Inspektorata za rad za 2020. godinu*, Beograd, 2021, 6–7.

109 Nikola Tintić, *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: radni odnosi (I)*, Narodne novine, Zagreb, 1969, 676–677. Iako je skopčan s nižim troškovima rada, rad „na crno“ je i neproduktivan i rizičan za poslodavce koji ga koriste, dok se poslodavci koji savesno i uredno ispunjavaju svoje (rad-

rad redovno ostvaruju naknadu za rad, a ako im je poslodavac uskraćuje mogu je ostvariti primenom instituta pravno neosnovanog obogaćenja ili odgovarajućih radnopravnih instituta, zavisno od ponašanja radnika (savesnost, postupanje u dobroj veri i dr.). Osim toga, iz same činjenice da je radnik obavljao rad za poslodavca mogu proisteći i neka druga prava radnika, ali ne i redovne obaveze koje inače nastaju iz radnog odnosa. U tom smislu se otvara pitanje da li radnici koji obavljaju faktički rad ostvaruju prava iz radnog odnosa, odnosno preuzimaju obaveze/dužnosti i odgovornosti iz radnog odnosa, jer ova prava, obaveze/dužnosti i odgovornosti nisu propisani, već se zasnivaju na faktičkom ponašanju radnika i poslodavca. Radnik koji obavlja faktički rad nema obavezu da i ubuduće vrši rad za poslodavca, jer to pretpostavlja postojanje radnog odnosa, a radni odnos podrazumeva postojanje valjanog pravnog osnova angažovanja radnika. Stoga se u slučaju faktičkog rada, lično izvršavanje rada verifikuje *a posteriori*, tj. tek pošto je rad izvršen, dok radnik jedino treba da se uzdržava od prestanka rada u nevreme, u skladu s dužnosti uzdržavanja od radnji koje bi mogle da nanesu štetu drugoj strani.¹¹⁰ S tim u vezi, valja imati u vidu da naš zakonodavac kao pravnu posledicu nedostatka forme propisuje zakonsku fikciju o zasnivanju radnog odnosa na neodređeno vreme s radnikom koji je stupio na rad iako s poslodavcem prethodno nije zaključio ugovor u propisanoj formi, posebno imajući u vidu da je pismena forma propisana u cilju zaštite radnika, kao slabije strane radnog odnosa.¹¹¹

Iako povreda propisane forme kod formalnih ugovora može dovesti do njihove pravne nevaljanosti, u našem zakonodavstvu ovo pravilo je, naime, relativizovano. Ovo stoga što se obavezna forma ugovora o radu propisuje, pre svega, radi veće zaštite radnika, kao slabije strane radnog odnosa i što do povrede pravila o formi redovno dolazi na inicijativu poslodavca, a zbog njegovog nastojanja da se izbegnu troškovi skupčani s primenom merodavnih radnopravnih, socijalnopravnih i poreskoprnih propisa.¹¹² U tom smislu, nije prihvatljivo da poslodavac kao opravdanje za neispunjavanje obaveza koristi to što radni odnos nije nastao zato što ugovor o radu nije zaključen u pismenoj formi. Ni poslodavac, ni radnik ne mogu se, naime, koristiti svojom nesavesnošću, odnosno svojim propustima, zbog čega se ovaj slučaj delimične ništavosti uređuje na način da faktičko obavljanje rada, kao ispunjenje ugovora zaključenog bez propisane forme – znači i konvalidaciju ugovora.¹¹³ *Konvalidacija* je, pritom, uređena kroz pravilo da se faktički rad na osnovu ugovora koji nije zaključen u pismenoj formi smatra prećutno zasnovanim radnim odnosom na

nopravne, socijalnopravne i poreskoprnne) obaveze suočavaju s nelojalnom konkurencijom poslodavaca koji, zahvaljujući radu „na crno“, snižavaju troškove rada. Time se doprinosi i očuvanju aktivnosti koje, bez rada „na crno“, verovatno ne bi opstale na tržištu, tim pre što se odgovarajuća preduzeća i ne razvijaju, kako bi rad „na crno“ koji koriste – ostao neprijavljen. To se, dalje, prenosi na državu i društvo, u smislu visokih ekonomskih i socijalnih troškova rada „na crno“, zbog neuplaćenih doprinosa za socijalno osiguranje i smanjenja poreskih prihoda, odnosno zbog narušavanja finansijske ravnoteže sistema socijalne sigurnosti, nepoštene raspodele troškova javnih usluga i socijalne države, i osujećivanja ciljeva socijalne i ekonomske politike. Ljubinka Kovačević, *Zasnivanje radnog odnosa*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021, 808.

110 N. Tintić, 679.

111 Zakon o radu, član 32, stav 2.

112 N. Tintić, 689.

113 *Ibid.*, 689. i 691.

neodređeno vreme. To, dalje, znači da povreda propisane pismene forme ugovora o radu ne dovodi do ništavosti radnog odnosa, već do zakonske fikcije o zasnivanju radnog odnosa. Time se faktički rad u svemu pravno izjednačava s obavljanjem rada u radnom odnosu koji je valjano zasnovan, tj. tretira se kao poseban oblik pravnog odnosa koji uključuje saglasnosti volja, koja, međutim, nije izražena u propisanoj formi, već konkludentnim radnjama.¹¹⁴ Takvo zakonsko rešenje posebno uvažava činjenicu da je radnik slabija strana i da se faktički rad redovno organizuje na štetu radnika, odnosno u cilju izigravanja merodavnog zakonodavstva, ne bi li se izbegli neposredni i posredni troškovi s kojima je skopčana njihova primena. Inspektor rada koji prilikom inspekcijskog nadzora zatekne na radu kod poslodavca radnika s kojim nije zaključen ugovor u pismenoj formi ima, otud, ovlašćenje da naloži poslodavcu da s radnikom zaključi ugovor o radu. Osim toga, radnik koji faktički obavlja rad za poslodavca može da pokrene sudski postupak za utvrđenje radnog odnosa na neodređeno vreme. Domaći sudovi su, pritom, dugo smatrali da je za primenu pravne fikcije o zasnivanju radnog odnosa na neodređeno vreme dovoljno da je radnik stupio na rad kod poslodavca, a zbog uverenja da spremnost poslodavca da radniku omogući rad (tj. činjenica da je primio radnika na rad) i spremnost radnika da za njega obavlja rad za naknadu – pokazuju da postoji volja ovih subjekata da zasnuju radni odnos.¹¹⁵ U poslednjih desetak godina, sudije, međutim, u ovim predmetima sve češće ispituju i da li faktički rad ima sve elemente radnog odnosa, kao i da li su ostvarivana prava, odnosno preuzimane obaveze/dužnosti koje inače proizlaze iz radnog odnosa.¹¹⁶ Ove okolnosti redovno nije lako dokazati, budući da se u slučaju faktičkog rada, naknada za rad, po pravilu, isplaćuje radniku „na ruke“, bez uplaćivanja poreza i doprinosa za obavezno socijalno osiguranje, da se radom radnika upravlja na osnovu usmenih naloga i uputstava, da je radnik i tokom fak-

114 *Ibid.*, 678.

115 „Ako neko lice stupa na rad bez zaključenog ugovora o radu ili radnom angažovanju van radnog odnosa, nastupila je pravna fikcija da je to lice zasnovalo radni odnos na neodređeno vreme“ (presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev. 761/12, od 23. januara 2013. godine, nav. prema: Milan Ivošević, *Problemi u primeni propisa o zasnivanju radnog odnosa, vrstama radnog odnosa, zaključenju i izmeni ugovora o radu, radnom odnosu na neodređeno i određeno vreme i pravnom položaju direktora*, u: Zoran Ivošević /red./, „Problemi u sadržini radnopravnih propisa i njihovoj primeni“, Glosarijum, Beograd, 2019, 19–20). U tom smislu je interesantan za razmatranje predmet koji se ticao šalterske službenice za prodaju avionskih karata koja je radila bez ugovora o radu, s tim što joj generalni direktor preduzeća, kao jedino lice ovlašćeno da odlučuje o otpočinjanju rada u preduzeću, nije bio odobrio da stupa na rad. Umesto toga, radnica je stupila na rad po odobrenju šefa poslovnice koji je obavljao funkciju komercijalnog direktora i koji ju je angažovao ne bi li se prevazišli problemi nastali povećanjem obima posla. Vrhovni kasacioni sud je zaključio da „u konkretnom slučaju, nije postojala saglasnost tuženog kao poslodavca za uspostavljanje radnog odnosa sa tužiljom po bilo kom osnovu. [...] stupanje tužilje na rad kod tuženog po osnovu usmenog dogovora sa šefom poslovnice tuženog nema karakteristike, niti sadrži elemente radnog odnosa, koji se regulišu ugovorom o radu. Samim tim sudovi su pravilno odbili tužbeni zahtev za utvrđenje postojanja radnog odnosa, restituciju, uplatu doprinosa i zaključenje ugovora o radu sa tuženim na neodređeno vreme“ (presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2 2123/2015, od 10. marta 2016. godine, <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/rev2-21232015-zasnivanje-radnog-odnosa>, 1. mart 2022.).

116 Mirjana Popović, *Utvrđenje postojanja radnog odnosa od strane suda*, u: Jelena S. Perović Vujačić (ur.), „Unifikacija prava i pravna sigurnost. Zbornik radova Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović. II tom“, Kopaonička škola prirodnog prava – Slobodan Perović, Beograd, 2020, 576.

tičkog rada za poslodavca neretko upisan u evidenciju nezaposlenih lica, a da poslodavac tvrdi da je radniku stavio do znanja da nema nameru da s njim zasnuje radni odnos i da je u pitanju prijateljska saradnja ili privremeno angažovanje za obavljanje posla van delatnosti poslodavca.¹¹⁷ U tom smislu se kao važni dokazi za uspeh u sporu pojavljuju iskazi zaposlenih kod poslodavca i poslodavčevih klijenata, s tim što bi položaj radnika, kao procesne strane, mogao biti unapređen ukoliko bi teret dokazivanja bio prebačen na poslodavca, koji bi u sporu trebalo da dokaže da je radnik bio angažovan za rad van radnog odnosa.¹¹⁸

2.4. Represivne mere

2.4.1. Podnošenje zahteva za pokretanje prekršajnog ili drugog postupka

U literaturi se neretko razlikuju dva stila inspeksijskog nadzora: *punitivni stil* je posvećen prevashodno otkrivanju i kažnjavanju povreda merodavnih propisa, dok *didaktički stil* podrazumeva izraženu savetodavnu ulogu inspektorâ rada, čak i njihovo učešće u rešavanju radnih sporova.¹¹⁹ Najpoželjnijim se, međutim, smatra *srednji pristup*, koji omogućava ravnotežu između dvaju stilova, budući da savetodavna funkcija ne može da zameni funkciju vezanu za kažnjavanje poslodavaca za povrede primene merodavnih propisa. Ovo, između ostalog, i stoga što primena represivnih mera ima za cilj i generalnu prevenciju i, posledično, obezbeđivanje delotvorne primene merodavnih propisa.¹²⁰ Sistem represivnih mera, pritom, može biti efikasan samo ako su one ozbiljne, što znači da je njihova priroda takva da odvrća poslodavce od nedozvoljenih radnji.¹²¹ Osim toga, represivne mere moraju biti i izvesne, tako da njihova primena bude obezbeđena bez mogućnosti odugovlačenja ili izbegavanja odgovornosti.¹²² Konačno, represivne mere moraju biti i prilagođene nadziranom subjektu.¹²³

Kako su Zakonom o radu napuštena ranija rešenja po kojima je inspektor rada mogao da poslodavcu zabrani obavljanje delatnosti do otklanjanja nepravilnosti, u važećem sistemu inspeksijskog nadzora inspektor rada ima na raspolaganju samo jednu represivnu meru – ako otkrije da je povredom merodavnih propisa izvršen prekršaj, podneće prekršajnom sudu zahtev za pokretanje prekršajnog postupka.¹²⁴ Zakonom o radu su, naime, određene radnje koje predstavljaju prekršaj (npr. radno angažovanje drugog bez zaključenja ugovora o radu ili drugog ugovora, neisplaći-

117 *Ibid.*, 575–576.

118 *Ibid.*, 577–578.

119 V. Jatobá, 14.

120 *Ibid.*

121 Lj. Stojšić, 404.

122 *Ibid.*

123 *Ibid.*

124 Profesor Lubarda kvalifikuje ovo ovlašćenje kao „akcesorni akt inspekcije rada“, koji ima „posredno represivni karakter, ali i elemente akata kojima se izriču mere korektivne prirode“. B. Lubarda, 55.

vanje zarade i naknade zarade, nedonošenje programa rešavanja viška zaposlenih u slučaju smanjenja obima posla zbog ekonomskih, tehnoloških i srodnih promena u preduzeću, nezakoniti otkaz ugovora o radu, kršenje zabrane diskriminacije na radu, povreda pravila o posebno zaštititi maloletnikâ, zahtevanje nezakonitog prekovremenog rada, nezakonita preraspodela radnog vremena, uskraćivanje prava na godišnji odmor). Odredba Zakona o radu koja se tiče podnošenja zahteva za pokretanje prekršajnog postupka („Inspektor rada podneće zahtev za pokretanje prekršajnog postupka [...]“)¹²⁵ se, međutim, različito tumači u literaturi: prema jednom mišljenju, koje se čini prihvatljivijim, inspektor rada ima dužnost da podnese ovaj zahtev,¹²⁶ dok je prema drugom shvatanju u pitanju samo mogućnost pokretanja prekršajnog postupka.¹²⁷ Stanovište da merodavne propise treba tumačiti na način da je inspektor rada dužan da pokrene prekršajni postupak zasnivamo na jezičkom tumačenju predmetne norme, ali i na činjenici da je inspektor rada jedini javno-pravni subjekt koji ima pristup svim mestima rada.¹²⁸ No, postoji i potreba da se predmetna odredba sagleda i u svetlu standarda MOR. Ovo stoga što Konvencija MOR broj 81 ostavlja inspektorima rada ovlašćenje da slobodno odluče da li će dati opomenu ili savete, umesto da započnu ili predlože gonjenje.¹²⁹ „naglašenoj ulozi i značaju, ali i odgovornosti koju ima inspekcija rada, više odgovara koncept diskrecione ocene inspektora rada u izboru odgovarajućih (najprimerenijih) mera, nego obavezivanje inspektora rada da, u Zakonom o radu predviđenim slučajevima, preduzima jednu određenu meru“.¹³⁰ U tom smislu, verujemo da bi narednom novelom Zakona o radu trebalo uskladiti Zakon s Konvencijom MOR broj 81 i predvideti mogućnost (ne i dužnost) inspektora rada da podnosi zahtev za pokretanje prekršajnog postupka.

125 Zakon o radu, član 270.

126 Zoran Ivošević, *Radno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta „Union“/Službeni glasnik, Beograd, 2015⁸, 342 („Podnošenje zahteva je obaveza koja se ne može relativizovati“); Lj. Stojišić, 214.

127 Tako: P. Jovanović, 364; Borislav Čolić, „Zaštita prava zaposlenih pred sudovima i pred inspekcijским organima“, *Radno i socijalno pravo*, br. 1–3/2002, 154. U 2018. godini, inspektori rada su podneli 6.538 zahteva za pokretanje prekršajnog postupka, što je za 80% više zahteva nego u prethodnoj godini. Nadalje, 2019. godine, broj tih zahteva iznosio je 6.807, od čega su 5.363 zahteva podneta u oblasti radnih odnosa, a 1.444 zahteva u oblasti bezbednosti i zdravlja na radu. Konačno, 2020. godine broj podnetih zahteva opao je na 3.773, s tim što je zaključeno 11 sporazuma o priznanju prekršaja u oblasti radnih odnosa i bezbednosti i zdravlja na radu. Nav. prema: Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja – Inspektorat za rad, Izveštaj o radu Inspektorata za rad za 2018. godinu, Beograd, 2019, 7; Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja – Inspektorat za rad, Izveštaj o radu Inspektorata za rad za 2019. godinu, Beograd, 2020, 7; Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja – Inspektorat za rad, Izveštaj o radu Inspektorata za rad za 2020. godinu, Beograd, 2021, 7.

128 Za razliku od inspektora rada koji vrše neposredan nadzor nad primenom merodavnih propisa, javni tužilac dolazi do saznanja o prekršaju iz različitih priloga koji se dostavljaju uz prekršajne prijave. To je i razlog što u praksi, javni tužilac retko podnosi zahtev za pokretanje prekršajnog postupka. Igor Vuković, *Prekršajno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021⁴, 154.

129 Konvencija MOR broj 81, član 17, stav 2.

130 B. Lubarda, 50. Tako i Lj. Stojišić, 214–215.

Pokretanje prekršajnog postupka se, pritom, može kvalifikovati kao represivna mera, budući da može imati za posledicu izricanje odgovarajuće novčane kazne u prekršajnom postupku. Iako, naime, inspektor rada ne odlučuje o primeni represivne mere, on posreduje kod nadležnog organa da takva mera, prema potrebi, bude preduzeta prema nadziranom subjektu.¹³¹ Osim toga, povodom određenih prekršaja propisanih Zakonom o radu, nadziranom subjektu se, uz prekršajnu kaznu, može izreći i zabrana vršenja delatnosti, kao zaštitna mera.¹³²

S druge strane, Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu propisuje prekršaje za koje mogu odgovarati ne samo poslodavci, već i druga lica (npr. odgovorna lica u zdravstvenoj ustanovi koja ima organizovanu službu medicine rada, ako zaposlenom ne dostave propisani izveštaj o lekarskom pregledu, ili lice s licencom u oblasti bezbednosti i zdravlja na radu, ako ne vrši svoju delatnost u skladu s merodavnim propisom).¹³³ Štaviše, po ovom zakonu, i zaposleni može biti odgovoran za prekršaj, ako ne primenjuje propisane mere za bezbedan i zdrav rad, ako nenamenski koristi sredstva za rad i opasne materije ili ako odmah ne obavesti poslodavca o opasnosti ili drugoj pojavi koja bi mogla da ugrozi bezbednost i zdravlje ovog i/ili drugih zaposlenih.¹³⁴

Kada se za to steknu uslovi, inspektor rada pokreće i druge vrste postupaka pred nadležnim državnim organima, uključujući podnošenje prijave za učinjeno krivično delo ili privredni prestup. Ovo stoga što, prilikom inspeksijskog nadzora, inspektor rada može saznati za činjenice koje ukazuju na to da je neko lice učinilo krivično delo, zbog čega, dalje, ima dužnost da podnese krivičnu prijavu, npr. za povredu prava po osnovu rada i prava iz socijalnog osiguranja, za povredu prava pri zapošljavanju i za vreme nezaposlenosti, za povredu, ali i za zloupotrebu prava na štrajk, za nepreduzimanje mera za bezbednost i zaštitu zdravlja na radu, za izazivanje opasnosti neobezbeđivanjem potonjih mera ili za nepropisno i nepravilno izvođenje građevinskih radova.¹³⁵ Krivične prijave se, pritom, najčešće podnose u vezi s inspeksijskim posetama koje se preduzimaju povodom teških povreda na radu i fatalnih povreda na radu, a koje mogu omogućiti utvrđivanje ozbiljnih propusta u primeni merodavnih propisa usled kojih je došlo do ovih posledica.¹³⁶ Kada je, pak, reč o privrednim prestupima, iako Zakon o radu i Zakon o bezbednosti i zdravlju na

131 D. Drašković, 180. „Pojam represije obuhvata ne samo primenu kazne [...], već i pretnju kaznom“ (Zoran Stojanović, „Preventivna funkcija krivičnog prava“, *Crimen*, vol. II, br. 1/2011, 4.

132 P. Jovanović, 364.

133 Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu (*Službeni glasnik RS*, br. 101/05, 91/15 i 113/17), čl. 72–74.

134 *Ibid.*, član 75.

135 Krivični zakonik (*Službeni glasnik RS*, br. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 i 35/19), čl. 163–164, 166–167, 169 i 280–281. U 2018. godini, inspektori rada podneli su 40 krivičnih prijava protiv odgovornih lica, zbog osnovane sumnje da su učinili krivično delo izazivanja opasnosti neobezbeđenjem mera bezbednosti i zdravlja na radu; naredne godine, podnete su 32 krivične prijave protiv odgovornih lica, zbog osnovane sumnje da su počinili isto krivično delo, dok je 2020. godine, podneto 40 krivičnih prijava. Nav. prema: Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja – Inspektorat za rad, Izveštaj o radu Inspektorata za rad za 2018. godinu, Beograd, 2019, 7; Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja – Inspektorat za rad, Izveštaj o radu Inspektorata za rad za 2019. godinu, Beograd, 2020, 7; Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja – Inspektorat za rad, Izveštaj o radu Inspektorata za rad za 2020. godinu, Beograd, 2021, 7.

136 Lj. Stojić, 209–210.

radu ne utvrđuju privredne presteupe, inspektor rada može biti u prilici da prilikom nadzora nad primenom Zakona o privrednim društvima i drugih propisa iz svoje nadležnosti, utvrdi i činjenice koje ukazuju na izvršenje privrednog prestupa.¹³⁷

Konačno, u skladu sa Zakonom o inspekcijskom nadzoru, inspektor rada može podneti Ustavnom sudu inicijativu za ocenu ustavnosti i zakonitosti opšteg akta poslodavca i za njegovo obustavljanje od izvršenja, što je takođe važna represivna mera.¹³⁸

2.4.2. Zabrana rada zaposlenog na određenom radnom mestu

Pored dužnosti pokretanja prekršajnog postupka, inspekcijski nadzor u oblasti bezbednosti i zdravlja na radu skopčan je i s dužnošću inspektorâ rada da, u slučaju da postoje okolnosti koje ugrožavaju bezbednost i zdravlje zaposlenog, zabrane rad tog zaposlenog na određenom radnom mestu, za vreme trajanja odgovarajućih okolnosti.¹³⁹ To naročito vredi za slučaj da su neposredno ugroženi bezbednost i zdravlje zaposlenog ili da on koristi nebezbedna sredstva za rad, ne koristi opremu za zaštitu na radu ili nije osposobljen za bezbedan rad na svom radnom mestu. Isto važi i ako zaposleni, koji za to ne ispunjava propisane uslove, radi na radnom mestu s povećanim rizikom ili se nije podvrgao lekarskom pregledu u propisanom roku, kao i ako poslodavac nije sproveo mere koje mu je naložio inspektor rada. U navedenim slučajevima, poslodavac ne izriče zabranu rada poslodavcu, jer za to nije ovlašćen, već zabranjuje rad zaposlenog na određenom (njegovom) radnom mestu (što znači da zaposleni u pitanju može raditi na nekom drugom radnom mestu, ako za to ima sposobnosti i ako su mu na njemu obezbeđeni bezbedni i zdravi uslovi rada).

Predmetna mera može biti izuzetno delotvorna, budući da je u navedenim okolnostima, inspektor rada odmah saopštava prisutnim licima, koja su, dalje, dužna da po njoj postupe bez odlaganja.¹⁴⁰ Ovo tim pre što mera traje do otklanjanja okolnosti zbog kojih je izrečena i što se najčešće primenjuje u granama s povećanim rizicima po bezbednost i zdravlje na radu (pre svega, u građevinarstvu i industriji).¹⁴¹ U tom smislu, ova represivna mera je važna za sprečavanje neodgovornog i za uspostavljanje odgovornog rada i odgovornosti svih u oblasti bezbednosti i zaštite zdravlja na radu: „ako su propisi stvar struke i stručnog rada, a provera osposobljenosti za siguran rad svakom razumljiva i jasna, tada su kažnjive radnje i kazne učinkovito sredstvo sprečavanja neodgovornosti svih i uslov sigurnog rada u zaštiti na radu“.¹⁴²

137 *Ibid.*, 210.

138 Zakon o inspekcijskom nadzoru, član 42, stav 7.

139 Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, član 66.

140 Lj. Stojić, 217.

141 *Ibid.* U 2018. godini, inspektori rada su doneli 823 rešenja o zabrani rada na radnom mestu; naredne godine, broj tih rešenja iznosio je 846, dok je 2020. godine doneto 540 rešenja o zabrani rada, a što je za 36% manje nego prethodne godine. Nav. prema: Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja – Inspektorat za rad, Izveštaj o radu Inspektorata za rad za 2018. godinu, Beograd, 2019, 7; Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja – Inspektorat za rad, Izveštaj o radu Inspektorata za rad za 2019. godinu, Beograd, 2020, 7; Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja – Inspektorat za rad, Izveštaj o radu Inspektorata za rad za 2020. godinu, Beograd, 2021, 7.

142 Nikola Muslim, „Kažnjive radnje i kazne u zaštiti na radu“, *Sigurnost*, vol. 50, br. 2/2008, 152.

2.4.3. Mandatne kazne

Inspektor rada može da kazni novčanom kaznom na licu mesta fizičko lice koje zatekne da puši u zatvorenoj radnoj prostoriji u kojoj je pušenje zabranjeno. Reč je o mandatnoj kazni propisanoj Zakonom o zaštiti stanovništva od izloženosti duvanskom dimu.¹⁴³ Za razliku od ovog zakona, inspektor rada po Zakonu o radu nema ovlašćenje za izricanje mandatnih kazni, dok je Zakonom o prekršajima propisano *ovlašćenje inspektora rada za izdavanje prekršajnog naloga*.¹⁴⁴ U smislu odredaba Zakona o inspekcijском nadzoru potonje ovlašćenje podrazumeva izdavanje prekršajnog naloga za nepostupanja po nalogu inspektora rada za sprovođenje korektivne mere poslodavcu koji onemogućava ili otežava sprovođenje upravnog izvršenja.¹⁴⁵ Zakonom o inspekcijском nadzoru je, naime, za predmetni prekršaj propisana novčana kazna u fiksnom iznosu, koja se naplaćuje izdavanjem prekršajnog naloga. Prekršajni nalog, pritom, predstavlja vid mandatne kazne, te za razliku od ostalih prekršaja, za ovaj prekršaj inspektor rada može na licu mesta izreći nadziranom subjektu novčanu kaznu.¹⁴⁶

U poređenju sa standardima MOR, navedene represivne mere čine se nedovoljnim za obezbeđivanje delotvornosti domaćeg radnog zakonodavstva, posebno ako se posmatraju u svetlu univerzalnih međunarodnih radnih standarda.¹⁴⁷ U duhu ovih standarda, inspektori rada mogu da izriču mandatne kazne, kao i da pred nadležnim organima iniciraju (privremeno ili trajno) oduzimanje dozvola i obustavljanje od izvršenja, te da preduzimaju druge mere koje omogućavaju postizanje željenih ciljeva vezanih za doslednu primenu merodavnih propisa, budući da primena represivnih mera ima za cilj i generalnu prevenciju. Ovo tim pre što se u praksi neretko dešava da rad inspektorá rada usmeren na otkrivanje i kažnjavanje poslodavaca za povrede merodavnih propisa bude obesmišljen neažurnošću prekršajnih sudova.¹⁴⁸ To, preciznije, znači da primena jedine Zakonom o radu propisane represivne mere – mere koja se tiče podnošenja zahteva za pokretanje prekršajnog postupka, ne mora dovesti do kažnjavanja poslodavca. Ovo zbog činjenice da za prekršaje utvrđene radnopravnim propisima, prekršajni postupak pokreće prekršajni sud, na osnovu zahteva inspektora rada za pokretanje prekršajnog postupka, pri čemu ne postoji rok u kom bi sud bio dužan da pokrene ovaj postupak.¹⁴⁹ Stoga se može do-

143 Zakon o zaštiti stanovništva od izloženosti duvanskom dimu (*Službeni glasnik RS*, broj 30/10), član 27, tačka 1.

144 Zakon o prekršajima (*Službeni glasnik RS*, br. 65/13, 13/16, 98/16, 91/19 i 91/19), član 169.

145 Zakon o inspekcijском nadzoru, član 61a).

146 A. Lazarević, 589.

147 Tako: P. Jovanović, 364; B. Lubarda, 214–215; Radoje Brković, *Usluge inspekcije rada, upravne inspekcije i žalbenih komisija u cilju zaštite prava zaposlenih*, u: Miodrag Mićović (ur.), „Usluge i odgovornost“, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2017, 735.

148 Sanja Lipovčić, „Inspekcijски nadzor kao instrument borbe protiv faktičkog rada u domaćem i međunarodnom pravu“, *Strani pravni život*, god. 63, br. 3/2019, 112. Kao problem u primeni Zakona o radu i Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu, kada je reč o utvrđivanju prekršajne odgovornosti, pojavljuje se i neujednačenost u postupanju sudija za prekršaje pri odmeravanju visine novčanih kazni. Pojedine sudije za prekršaje pribegavaju, naime, u značajnom ublažavanju kazni daleko ispod najmanje mere kazne, ukoliko postoje bilo koje olakšavajuće okolnosti, dok druge sudije u sličnoj situaciji izriču kazne u propisanom rasponu. Lj. Stojić, 213.

149 Lj. Stojić, 216.

goditi da, i pored blagovremene reakcije inspektora rada, nastupi zastarelost pokretanja prekršajnog postupka.¹⁵⁰ Na taj način, sporost pravosudnog sistema dovodi i do narušavanja autoriteta inspekcije rada i izostanka generalne prevencije.¹⁵¹ U tom smislu se čini potrebnim proširivanje kataloga represivnih mera inspekcije rada, posebno značajno imajući u vidu delotvornost izricanja novčanih kazni na licu mesta. Ovo stoga što se mandatna kazna sprovodi tokom samog inspeksijskog postupka prema licu zatečenom u vršenju prekršaja i što nije toliko visoka kao kazna za prekršaje za koje nije predviđena naplata na licu mesta.¹⁵²

2.5. Odlaganje izvršenja poslodavčevog rešenja o otkazu ugovora o radu

2.5.1. Pravna priroda rešenja inspektora rada o odlaganju poslodavčevog rešenja o otkazu

Jedno od najvažnijih pravila pozitivnog radnog prava Republike Srbije glasi: poslodavac ne može zaposlenom otkazati ugovor o radu, ako za to ne postoji vaļjani razlog koji se odnosi na sposobnosti ili ponašanje zaposlenog ili na potrebe poslodavca. Ipak, u rukama svakog poslodavca nalazi se ovlašćenje da procenjuje ispunjenost uslovâ za otkaz i da okonča radni odnos izjavom volje, pri čemu je rizik od zloupotreba ovih ovlašćenja intenziviran zbog postojanja nedovoljno preciznih zakonskih odredaba kojima se uređuju pojedini otkazni razlozi.¹⁵³ To zakonsku zaštitu od neopravdanog otkaza može lišiti pravne sadržine, ali i udaljiti od svrhe zbog koje je ustanovljena. Takođe, treba imati u vidu da otkaz ugovora o radu može biti nezakonit i onda kada je opravdan. Reč je, naime, o situacijama u kojima postoji opravdani razlog za otkaz ugovora o radu, ali su povređena pravila otkaznog postupka, koja doprinose ostvarivanju trojakih ciljeva: stvaranju uslovâ za delotvorno ostvarivanje prava zaposlenog na odbranu; sprečavanju neopravdanog otkaza ugovora o radu; stvaranju mogućnosti za dodatno promišljanje odluke o otkazu.¹⁵⁴

150 U 2018. godini, u oblasti radnih odnosa, zastarelo je 398 pokrenutih prekršajnih postupaka. Kada je, pak, reč o zahtevima za pokretanje prekršajnog postupka podnetim prema Zakonu o bezbednosti i zdravlju radu, zastarelo je 190 postupaka. U narednoj godini, inspektori rada podneli su 1.869 zahteva za pokretanje prekršajnog postupka prema Zakonu o radu, pri čemu je zastarelo 270 pokrenutih prekršajnih postupaka, dok je u oblasti bezbednosti i zdravlja na radu, podneto 635 zahteva za pokretanje prekršajnog postupka, a zastarela su 93 postupka. U 2020. godini, podneta su 2.172 zahteva za pokretanje prekršajnog postupka u oblasti radnih odnosa, a zastarela su 452 pokrenuta prekršajna postupka. S druge strane, u oblasti bezbednosti i zdravlja na radu podneto je 512 zahteva, a 143 pokrenuta prekršajna postupka su zastarela. Nav. prema: Ministarstvo za rad, zapošļavanje, boračka i socijalna pitanja – Inspektorat za rad, *Izveštaj o radu Inspektorata za rad za 2018. godinu*, Beograd, 2019, 13–14; Ministarstvo za rad, zapošļavanje, boračka i socijalna pitanja – Inspektorat za rad, *Izveštaj o radu Inspektorata za rad za 2019. godinu*, Beograd, 2020, 13–14; Ministarstvo za rad, zapošļavanje, boračka i socijalna pitanja – Inspektorat za rad, *Izveštaj o radu Inspektorata za rad za 2020. godinu*, Beograd, 2021, 13–147.

151 Ovaj argument relativizuje mogućnost inspektora rada da podnese novi zahtev za pokretanje prekršajnog postupka. I. Vuković, 165.

152 Lj. Stojšić, 218.

153 Ljubinka Kovačević, *Valjani razlozi za otkaz ugovora o radu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016, 580.

154 Arnaud Martinon, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Dalloz, Paris, 2005, 134.

Ostvarivanje navedenih ciljeva pretpostavlja utvrđivanje više obaveza poslodavca, koje, zajedno s materijalnopравnim pravilima o zaštiti od neopravdanog otkaza, doprinose zaštiti sigurnosti zaposlenja. Iako je, dakle, reč o pravilima koja potvrđuju, uslovno rečeno, sporedne ili dopunske obaveze poslodavca (sporedne, odnosno dopunske u odnosu na obavezu uzdržavanja od neopravdanog otkaza), njihov značaj se ni u kom smislu ne sme umanjiti ili prevideti, posebno imajući u vidu ciljeve zbog kojih su ova pravila i uvedena u sistem radnog prava. Predmetna pravila se, pritom, razlikuju zavisno od vrste otkaznih razloga, premda postoje i određena pravila koja su zajednička svim otkaznim razlozima. Tako je, primera radi, u slučaju otkaza zbog povrede radne obaveze i nepoštovanja radne discipline, poslodavac dužan da upozori zaposlenog na postojanje razloga za otkaz i da ga upozna s dokazima koji ukazuju da su se stekli uslovi za otkaz, kako bi mu omogućio pravo na odbranu, dok u slučaju otkaza zbog neostvarivanja rezultata rada, poslodavac ima obavezu da prethodno obavesti zaposlenog o nedostacima u njegovom radu i da mu da uputstvo i ostavi primereni rok za poboljšanje rada. Poslodavčeva pravna moć za davanje otkaza je, pritom, vezana za rok zastarelosti, koji poslodavcu omogućava dovoljno vremena za utvrđivanje činjenica koje se kvalifikuju kao otkazni razlozi, ali i uvažavanje potrebe zaposlenog da vreme za davanje otkaza bude unapred ograničeno.¹⁵⁵ Konačno, otkazni postupak nužno podrazumeva davanje otkaza u pismenoj formi, kao i isplatu otpremnine u slučajevima kada zaposleni ima to zakonsko pravo, i to do dana prestanka radnog odnosa.

U smislu skiciranih zakonskih pravila o otkazu ugovora o radu, poseban značaj za zaštitu prava zaposlenih ima ovlašćenje inspektora rada da svojim rešenjem odloži izvršenje poslodavčevog rešenja o otkazu. Predmetno rešenje predstavlja svojevrsnu *privremenu meru*, koja se donosi u upravnom postupku, radi zaštite prava zaposlenog do pravnosnažnog okončanja sudskog postupka, a sastoji se u privremenoj reintegraciji, odnosno u privremenom vraćanju zaposlenog na rad.¹⁵⁶ Potonjoj kvalifikaciji, pritom, ima mesta jer se rešenjem inspektora rada ne odlučuje o zakonitosti otkaza. Rešenje inspektora je, naime, usmereno na zaštitu prava stranke u postupku (do pravnosnažnog okončanja postupka), jer je izvršno momentom dostavljanja i jer je ograničen broj pravnih lekova koji se protiv ovog rešenja mogu izjaviti.¹⁵⁷ Inspektorat za rad, kao predstavnik javne uprave, primenjuje, dakle, ovu

155 P. Jovanović, 321.

156 „Donošenje ovakvih rešenja (rešenja o odlaganju izvršenja rešenja o otkazu ugovora o radu – Lj. K.), bez obzira na ocenu inspektora rada i ministra rada o postojanju povrede prava zaposlenog, predstavlja vrstu privremene mere, jer o zakonitosti otkaza ugovora o radu odlučuje nadležni sud u radnom sporu, utvrđujući postojanje svih bitnih činjenica koje otkaz ugovora o radu čine zakonitim ili nezakonitim“. Odluka Ustavnog suda Srbije UŽ-14/2008, od 3. decembra 2009. godine, www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/222/?NOLAYOUT=1, 7. mart 2022.

157 A. Lazarević, 591. Profesor Jovanović kvalifikuje ovlašćenje za odlaganje izvršenja poslodavčevog rešenja o otkazu – kao „korektivnu meru na zahtev zaposlenog“ (P. Jovanović, 364). Isto rezonuje i profesor Lubarda (Branko A. Lubarda, „Inspekcijски nadzor prema Zakonu o radu“, *Radno i socijalno pravo*, br. 1–3/2002, 52). Ova kvalifikacija čini se prihvatljivom u delu koji se tiče mogućnosti inspektorâ rada da doprinese, makar i samo privremeno, otklanjanju uočene nezakonitosti. No, imajući u vidu činjenicu da inspektor rada u ovom slučaju, zapravo, izriče jednu privremenu meru, čini se da bi ovlašćenje za odlaganje izvršenja poslodavčevog rešenja o otkazu trebalo smatrati *sui generis* merom, tj. merom koja se ne može (makar ne bez ostatka) svrstati u

meru umesto suda, pred kojim je pokrenut radni spor za zaštitu prava na zaštitu od nezakonitog otkaza. To, naravno, ne isključuje ovlašćenje suda da, u skladu sa Zakonom o izvršenju i obezbeđenju, u toku radnog spora, donese privremenu meru kojom se zaposleni vraća na rad.¹⁵⁸ Takva odluka suda može se, naime, poklapati s odlukom inspektora rada, ali se može desiti i da sudsko rešenje o privremenoj meri bude u suprotnosti s rešenjem kojim je inspektor rada odlučivao o zahtevu zaposlenog za odlaganje izvršenja rešenja o otkazu.¹⁵⁹

Naši raniji propisi omogućavali su odlaganje izvršenja konačne poslodavčeve odluke, i to ne samo rešenja o otkazu, već i rešenja o prestanku radnog odnosa po drugom osnovu, ali i svake druge poslodavčeve odluke kojom je povređeno neko pravo iz radnog odnosa. U ovim slučajevima, inspektor rada je bio dužan da, pošto nađe da je konačnom odlukom poslodavca očigledno povređeno određeno pravo zaposlenog, svojim rešenjem odloži izvršenje poslodavčeve odluke, i to do donošenja pravnosnažne sudske odluke o spornom pravu iz radnog odnosa. S tim u vezi, otvaralo se i pitanje pravnog položaja zaposlenog u slučaju da inspektor rada ne nađe da je njegovo pravo očigledno povređeno, tj. pitanje da li je inspektor rada bio dužan i da donese rešenje da nije našao da ima mesta zahtevu zaposlenog za odlaganje izvršenja poslodavčevog rešenja i da li je to rešenje inspektora imalo karakter upravnog akta, protiv kog se može uložiti žalba drugostepenom organu nadležnom za inspekcijske poslove. Tako je, primera radi, Zakonom o radnim odnosima (1957) bila propisana dužnost inspektora rada da, na zahtev radnika koji smatra da mu je neko zakonsko pravo povređeno postupkom privredne organizacije, državnog organa ili ustanove – interveniše kod ovih subjekata da se vaspostavi povređeno pravo. U slučaju da naznačeni subjekti ne postupe po njegovom zahtevu, odnosno po njegovom privremenom naređenju, inspektor rada je imao pravo da obustavi izvršenje odluke organizacije, organa ili ustanove, sve do konačnog rešenja spora.¹⁶⁰ U tim slučajevima, inspektor rada nije mogao donositi odluke kojima bi bilo meritorno odlučivano o pravima radnikâ. To je i razlog što se ni privremeno naređenje inspektorata rada, niti rešenje kojim se privremeno obustavlja izvršenje odluke poslodavca, nisu mogli kvalifikovati kao upravni akti, te protiv njih, posledično, nije mogla biti podneta žalba.¹⁶¹ Suprotno, Zakonom o radnim odnosima (1996) izričito je bila potvrđena obaveza inspektora rada da, u slučaju da ne nađe da je povređeno pravo zaposlenog očigledno povređeno povodom prestanka radnog odnosa ili raspoređivanja zaposlenog na određeno radno mesto, po zahtevu zaposlenog, donese pismeno rešenje, protiv kog se može uložiti žalba, koja zadržava izvršenje poslodavčeve odluke o prestanku radnog odnosa, odnosno o raspoređivanju radnika.¹⁶²

tradicionalnu trihotomiju preventivnih, korektivnih i represivnih mera. Iz toga razloga je u ovom članku razmatramo kao posebnu meru inspekcije rada.

158 Zakon o izvršenju i obezbeđenju (*Službeni glasnik RS*, br. 106/15, 106/16, 113/17 i 54/19), čl. 381–385.

159 G. Marković, *Novine u propisima o nadzoru nad primenom propisa o radu*, 208.

160 Zakon o radnim odnosima (*Službeni list FNRJ*), br. 53/57, 26/58, 1/59, 8/61 i 17/61 – prečišćeni tekst), član 122.

161 A. Baltić, *Osnovi radnog prava Jugoslavije*, 246.

162 Zakon o radnim odnosima (*Službeni glasnik RS*, br. 55/96 i 28/01), član 141, stav 2.

U svim ostalim slučajevima, inspektor nije bio dužan da donosi pismeno rešenje o odbijanju zahteva zaposlenog, već je bilo dovoljno da ga o tome pismeno obavesti. Takvo pismeno obaveštenje nije, međutim, predstavljalo upravni akt, zbog čega je poslodavčeva odluka bila izvršiva, nezavisno od ishoda sudskog postupka koji je zaposleni pokrenuo protiv poslodavca.¹⁶³

2.5.2. Pravni režim odlaganja izvršenja rešenja o otkazu i standard „očigledna povreda prava zaposlenog“

U pozitivnom pravu Republike Srbije, inspektor rada, koji nađe da je „rešenjem poslodavca o otkazu ugovora o radu očigledno povređeno pravo zaposlenog“, dužan je da, na zahtev zaposlenog koji je pokrenuo radni spor, odloži svojim rešenjem izvršenje rešenja o otkazu – do donošenja pravnosnažne sudske odluke.¹⁶⁴ Ako nađe da pravo zaposlenog nije očigledno povređeno, inspektor će odbiti zahtev zaposlenog.¹⁶⁵ Time se otvara delikatno pitanje *kada se ima smatrati da je pravo zaposlenog očigledno povređeno*. U praksi, predmetni zakonski standard se redovno tumači na način da je pravo zaposlenog očigledno povređeno u slučaju grubljih povreda prava, tj. onda „kada je vidljivo da je došlo do povrede prava, odnosno kada se do zaključka o povredi prava može doći i bez izvođenja obimnijeg dokazivanja, a gotovo je izvesno da će i sud, zbog povrede prava zaposlenog, poništiti odluku poslodavca“.¹⁶⁶ To će, primera radi, biti slučaj ako je poslodavac doneo rešenje o otkazu iako je prethodno istekao zakonski (objektivni ili subjektivni) rok u kom se zaposlenom može dati otkaz, kao i u slučaju da je zaposleni dobio otkaz zbog smanjenja obima posla usled tehnoloških promena u preduzeću, ali mu poslodavac nije isplatio otpremninu pre dana prestanka radnog odnosa.¹⁶⁷ Takođe, smatra se da je pravo zaposlenog očigledno povređeno i ako je dobio otkaz iz disciplinskih razloga, a poslodavac u rešenju o otkazu nije konkretizovao povredu radne obaveze zbog koje je zaposlenom dao otkaz, tj. nije naveo način, vreme i mesto izvršenja protivpravnih radnji.¹⁶⁸

Zaposleni se može obratiti pismenim zahtevom inspektoru rada u roku od 15 dana od pokretanja parničnog postupka protiv poslodavca, zbog čega bi trebalo da mu uz zahtev za donošenje rešenja o odlaganju izvršenja rešenja o otkazu, dostavi i primerak svoje tužbe. Inspektor rada proučava dokumentaciju priloženu uz zahtev zaposlenog, kao i sva akta poslodavca iz kojih se, zajedno s izjavama poslodavca

163 Dragoslav R. Živković, *Zakon o radnim odnosima s komentarom i registrom pojmova*, Službeni list SRJ, Beograd, 1997², 227.

164 Zakon o radu, član 271, stav 1.

165 *Ibid.*, član 271, stav 2.

166 G. Marković, *Novine u propisima o nadzoru nad primenom propisa o radu*, 208–209. Slično i Radovan Bezbradica, „Dopuštenost upravnog spora protiv konačnog rešenja inspektora rada“, *Radno i socijalno pravo*, br. 2/2014, 71 („pojam ‘očigledno povređeno pravo’ predstavlja svojevrsan pravni standard koji je, istovremeno, objektivna okolnost, ali i subjektivno uverenje inspektora rada da je, u skladu s objektivnim pravom, učinjena očigledna, gruba povreda prava zaposlenog“).

167 Mirko Jarić, Goran Marković, *Odlaganje izvršenja rešenja o otkazu ugovora o radu*, u: Zoran Ivošević (ur.), „Zaštita prava u oblasti rada“, Glosarijum, Beograd, 2013, 215–216.

168 *Ibid.*, 216.

i zaposlenih, mogu utvrditi odlučne činjenice.¹⁶⁹ Pošto utvrdi činjenice, inspektor treba da proceni da li je u otkaznom postupku, pravo zaposlenog očigledno povređeno. To, preciznije, znači da se prilikom inspeksijskog nadzora, inspektor ograničava na *otkazni postupak*, a ne procenjuje i opravdanost razloga za otkaz.¹⁷⁰ U tom smislu, u ovom slučaju, inspektor rada ne izvodi dokaze, niti ocenjuje istinitost činjenica, već na osnovu utvrđenog činjeničnog stanja ocenjuje da li je pravo zaposlenog očigledno povređeno ili ne.¹⁷¹ „Kada će i u kom slučaju inspekcija rada doneti ovakvo rešenje pri postojanju formalnopravnih uslova, stvar je ocene u svakom konkretnom slučaju, a u okviru položaja kojim se ogledaju samostalnost i nezavisnost inspekcije rada, ona ipak mora steći uverenje da se radi o očiglednoj povredi prava radnika i da bi neodlaganje izvršenja konačne odluke moglo narušiti brzu restauraciju povređenih prava, kao i imati u vidu elemente radno-socijalne sigurnosti radnika i pri tome biti uveren o postojanju povrede prava radnika, a na temelju utvrđenih činjenica.“¹⁷² To, dalje, znači da se kao *ratio legis* ovog zakonskog rešenja može navesti potreba „sprečavanja štetnih posledica koje bi mogle proisteći iz konačne odluke poslodavca, a čiji bi se negativni efekat teško mogao neutralisati nakon donošenja sudske odluke“.¹⁷³ Ovdje se posebno misli na obezbeđivanje profesionalnog položaja i ekonomske sigurnosti zaposlenog do okončanja radnog spora i na izbegavanje problema reintegracije u slučaju poništaja rešenja o otkazu.¹⁷⁴ Ovi ili drugi razlozi za propisivanje predmetne mere nisu, međutim, navedeni u Zakonu o radu, za razliku od sudske privremene mere vraćanja zaposlenog na rad do pravnosnažnog okončanja radnog spora, za čiju je primenu potrebno da će izostankom privremene mere nastupiti znatna materijalna šteta za zaposlenog ili da poslodavac neće pretrpeti štetu.

Inspektor rada je dužan da donese rešenje kojim se usvaja ili odbija zahtev zaposlenog u roku od 30 dana od dana podnošenja zahteva.¹⁷⁵ Poslodavac je dužan da postupi po rešenju kojim je inspektor odložio izvršenje poslodavčeve odluke o

169 *Ibid.*, 212.

170 *Ibid.*, 212–213.

171 *Ibid.*, 213.

172 Čedomir Bogičević, „Pravni nadzor inspekcije rada“, *Radno i socijalno pravo*, br. 3–6/1998, 160. Slično i D. Drašković, 181: „Odlaganjem izvršenja odluke od strane inspekcije rada zaposlenom se najefikasnije pomaže u zaštiti prava, jer, s obzirom na relativno dugo trajanje postupka pred sudom, to praktično znači da on, naročito u slučaju prestanka radnog odnosa suprotno zakonu, na osnovu rešenja inspekcije rada, ostvaruje svoja prava iz radnog odnosa do donošenja pravno-snažne odluke“.

173 Rešenje Ministarstva rada i socijalnog staranja Crne Gore, br. 07–80, od 12. marta 1992. godine, nav. prema Č. Bogičević, 160.

174 A. Lazarević, 598.

175 Zakon o radu, član 271, stav 4. U 2017. godini doneto je 310 rešenja o odlaganju izvršenja rešenja o otkazu, naredne godine taj broj je iznosio 298 rešenja, u 2019. godini doneto je 221 rešenje, dok je u 2020. godini doneto 31 rešenje o odlaganju izvršenja rešenja o otkazu ugovora o radu. Nav. prema: Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja – Inspektorat za rad, Izveštaj o radu Inspektorata za rad za 2018. godinu, Beograd, 2019, 10–11; Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja – Inspektorat za rad, Izveštaj o radu Inspektorata za rad za 2019. godinu, Beograd, 2020, 10–11; Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja – Inspektorat za rad, Izveštaj o radu Inspektorata za rad za 2020. godinu, Beograd, 2021, 10–11.

otkazu, tj. da zaposlenom omogući da se vrati na rad i da ga prijavi na obavezno socijalno osiguranje.¹⁷⁶ Propuštanje poslodavca da postupi na ovaj način kvalifikovano je kao prekršaj, zbog čega inspektor, na zahtev zaposlenog, podnosi zahtev za pokretanje prekršajnog postupka i pristupa izvršenju rešenja po odredbama Zakona o opštem upravnom postupku.¹⁷⁷

Protiv rešenja inspektora rada, može se podneti žalbu ministru nadležnom za poslove rada, koja, međutim, ne odlaže izvršenje rešenja inspektora rada. Ovaj izuzetak od pravila o suspenzivnom dejstvu žalbe u upravnom postupku ublažava okolnost da je ministar dužan da odluči o žalbi u roku od 30 dana od njenog prijema, čime se udovoljava hitnosti, kao jednom od osnovnih obeležja ovog postupka.¹⁷⁸ Po odredbama Zakona o radu, protiv konačnog rešenja se ne može pokrenuti upravni spor,¹⁷⁹ i to zbog privremenog karaktera ovog rešenja, budući da se ono primenjuje do donošenja pravnosnažne sudske odluke. To vredi kako za rešenje kojim se usvaja, tako i za rešenje kojim se odbija zahtev zaposlenog, čime je otklonjen rizik uskov jezičkog tumačenja zakonskih odredaba, koje je do stupanja na snagu novele Zakona o radu od 2014. godine davalo povoda za drugačije tumačenje.

Naime, izvornim tekstom Zakona o radu (2005) bilo je izričito propisano samo ovlašćenje inspektora rada da svojim rešenjem odloži izvršenje rešenja o otkazu, ne i ovlašćenje za odbijanje zahteva zaposlenog rešenjem inspektora (iako su u praksi, inspektori rada, u skladu sa Zakonom o opštem upravnom postupku, takvo rešenje i donosili u slučajevima u kojima nisu mogli da utvrde očiglednu povredu prava zaposlenog). Upravni sud je, u tom smislu, smatrao da je u jednom izuzetnom slučaju sudska kontrola konačnog rešenja ipak dopuštena. Reč je, preciznije, o stavu da zaposleni može pokrenuti upravni spor protiv drugostepenog konačnog rešenja kojim je odbijena žalba zaposlenog izjavljena protiv rešenja inspektora rada kojim je odbijen zahtev za odlaganje izvršenja rešenja o otkazu. Suprotno, poslodavac nije imao pravo da pokrene upravni spor protiv drugostepenog rešenja o odlaganju izvršenja rešenja o otkazu. To je, dalje, značilo da su odredbe Zakona o radu tumačene na način da „protiv konačnog rešenja inspektora rada, kojim je na zahtev zaposlenog odloženo izvršenje rešenja o prestanku radnog odnosa, poslodavac ne može pokrenuti upravni spor“, dok je „dozvoljeno vođenje upravnog spora protiv rešenja drugostepenog organa kojim je odbijena žalba zaposlenog izjavljena protiv rešenja inspektora rada, a kojim je odbijen zahtev zaposlenog za odlaganje izvršenja rešenja o otkazu ugovora o radu“.¹⁸⁰ U delu literature, ovaj stav Upravnog suda bio je, s pravom, izložen kritici, pre svega u svetlu potrebe da se obezbedi ravnopravnost stranaka u postupku, u pogledu pristupa upravnosudskoj zaštiti.¹⁸¹ S druge strane, neki autori su smatrali

176 U literaturi ostaje, međutim, sporan pravni osnov rada zaposlenog. Jedna grupa autora smatra da se u slučaju primene ove privremene mere radni odnos nastavlja kao da otkaza nije ni bilo, dok je druga grupa autora bliža mišljenju, koje je afirmisano i u nekoliko odluka Vrhovnog kasacionog suda, da poslodavac sa zaposlenim zasniva novi radni odnos i to zaključenjem ugovora o radu na određeno vreme. Vid. A. Lazarević, 600–601.

177 M. Jarić, G. Marković, 217.

178 G. Marković, *Novine u propisima o nadzoru nad primenom propisa o radu*, 209.

179 Zakon o radu, član 272, stav 4.

180 Presuda Upravnog suda 23 U 9174/12, od 14. decembra 2014. godine, nav. prema: G. Marković, *Novine u propisima o nadzoru nad primenom propisa o radu*, 211–212.

181 G. Marković, *Novine u propisima o nadzoru nad primenom propisa o radu*, 212.

da vođenje upravnog spora nije dopušteno ne samo protiv konačnog rešenja kojim se usvaja zahtev zaposlenog, već ni protiv konačnog rešenja kojim se taj zahtev odbija, što je, inače, bio i dugogodišnji stav ministarstva nadležnog za poslove rada.¹⁸² Ipak, argumentovanim se čine i kritike zakonskih rešenja po kojima žalba nema suspenzivno dejstvo, budući da se poslodavac dovodi u nepovoljan položaj uvek kada vrati zaposlenog na rad, a onda nakon kraćeg vremena prvostepeno rešenje o odlaganju izvršenja rešenja o otkazu bude ukinuto, budući da to može biti skopčano s nizom organizacionih i administrativnih teškoća.¹⁸³ S druge strane, uskraćivanje zaposlenom prava na pokretanje upravnog spora nije usklađeno s ciljem propisivanja predmetne privremene mere.¹⁸⁴ Konačno, treba pomenuti i praksu Ustavnog suda, koji je, povodom više ustavnih žalbi – povodom kojih se, istina, nije neposredno bavio pitanjem dopuštenosti upravnog spora protiv rešenja inspektora – posredno stao na stanovište da se protiv konačnog rešenja kojim se odbija zahtev zaposlenog za odlaganje izvršenja rešenja o otkazu ne može pokrenuti upravni spor. Kažemo posredno, zato što je u predmetnim slučajevima, Ustavni sud meritorno odlučivao o spornom pitanju, iako podnosilac ustavne žalbe prethodno nije zatražio zaštitu svojih prava pred Upravnim sudom.¹⁸⁵ S druge strane, Ustavni sud je našao da je dopušteno vođenje upravnog spora u slučaju da je zahtev zaposlenog usvojen, budući da je smatrao da poslodavac može da pokrene upravni spor protiv drugostepenog rešenja kojim je odbijena žalba poslodavca izjavljena protiv rešenja inspektora rada kojim je usvojen zahtev za odlaganje izvršenja rešenja o otkazu.¹⁸⁶

Može se zaključiti da je primena predmetne privremene mere skopčana s brojnim izazovima, od kojih se kao posebno važni pojavljuju određivanje sadržine standarda „očigledna povreda prava zaposlenog“ i mogućnost primene ove mere samo u slučaju povreda otkaznog postupka, ne i u slučaju neopravdanog otkaza. To je, kako s pravom ističe Lazarevićeva, svojevrstan paradoks, budući da se u sudskom postupku, reintegracija kao pravna posledica nezakonitog otkaza pojavljuje samo u slučaju neopravdanog otkaza ugovora o radu, dok će u slučaju da otkaz nezakonitim čini povreda pravila otkaznog postupka, sud odbiti zahtev zaposlenog za vraćanje na rad, uz isplatu naknade štete.¹⁸⁷ Konačno, problem predstavlja i odstupanje od pravila o suspenzivnom dejstvu žalbe, ali i nemogućnost zaposlenog kom je odbijen zahtev za odlaganje izvršenja rešenja o otkazu – da ostvari i upravnosudsku zaštitu.

3. PRAVNI POLOŽAJ INSPEKTORÂ RADA

Inspeksijske poslove neposredno obavljaju inspektori rada. Ovi državni službenici posvećeni su obezbeđivanju pravilne primene radnog zakonodavstva, zbog čega imaju pravo pristupa preduzećima i drugim radnim sredinama, kao i pravo da neposredno nalože otklanjanje povreda merodavnih propisa. Inspektori rada se, otud,

182 R. Bezbradica, 89–106.

183 A. Lazarević, 591.

184 *Ibid.*

185 R. Bezbradica, 83–84.

186 *Ibid.*, 77–78. Vid. Rešenje Ustavnog suda UŽ-868/2012, od 17. maja 2012. godine (*Službeni glasnik RS*, broj 58/12).

187 A. Lazarević, 592–593.

pojavljuju kao „predstavnicu države u svetu rada“,¹⁸⁸ u kojima i leži snaga inspekcije rada. Ovo stoga što se angažovanjem dovoljnog broja inspektora rada obezbeđuje delotvornost, ali i vidljivost i sigurnost inspektorâ rada.¹⁸⁹

Ovlašćenja i dužnosti inspektora rada regulisani su Zakonom o inspeksijskom nadzoru, Zakonom o državnoj upravi,¹⁹⁰ Zakonom o državnim službenicima,¹⁹¹ Zakonom o radu i Zakonom o bezbednosti i zdravlju na radu. Inspektori rada su, pritom, samostalni u radu, u granicama ovlašćenja utvrđenih zakonom, i za svoj rad su lično (disciplinski, materijalno, prekršajno i krivično) odgovorni. Pravni položaj inspektorâ rada počiva na načelima *stabilnosti zaposlenja, nepristrasnosti i nezavisnosti od promene vlasti i drugih spoljašnjih uticaja*.¹⁹²

Poslodavac inspektora rada je Republika Srbija, u čije ime prava i dužnosti poslodavca vrši ministar nadležan za poslove rada. Zapošljavanje inspektorâ rada vezuje se, pritom, za *merit system*, što doprinosi depolitizaciji i profesionalizaciji ovog organa, budući da njihovo zapošljavanje ne sme biti zasnovano na političkim, već isključivo na profesionalnim zaslugama, tj. na sposobnostima i kompetencijama radnikâ, kako bi obavljanje poslova iz delokruga inspekcije rada bilo povereno najboljim kandidatima. Tome doprinosi i raspisivanje javnog konkursa, kao instrumenta koji povećava mogućnost da u izboru kandidata za inspektore rada učestvuje veliki broj kvalitetnih radnikâ, koji ispunjavaju uslove za zasnivanje radnog odnosa, uz stvaranje uslovâ za ostvarivanje ustavom zajemčenog prava građana da pod jednakim uslovima stupaju u državne organe.¹⁹³

Pravni položaj inspektorâ rada određuje i njihovo pravo na obuku za obavljanje radnih dužnosti, što podrazumeva kako prethodnu, tako i redovne dodatne obuke ovih lica,¹⁹⁴ što postaje posebno značajno ako se imaju u vidu brojne složene promene koje se dešavaju u savremenom svetu rada.

Konačno, pravni položaj inspektorâ rada presudno određuju i njihova *ovlašćenja*.¹⁹⁵ Ona se ne mogu smatrati ličnim pravima inspektorâ rada, jer su im poverena radi obezbeđivanja delotvornog funkcionisanja inspekcije rada.¹⁹⁶ Po odredbama Zakona o radu, inspektor rada: „1) vrši uvid u opšte i pojedinačne akte, evidencije i drugu dokumentaciju radi utvrđivanja relevantnih činjenica; 2) utvrđuje identitet lica i uzima izjave od poslodavca, odgovornih lica, zaposlenih i drugih lica koja se

188 W. von Richthofen, 11.

189 G. Casale, M. Fasani, 7.

190 Zakon o državnoj upravi (*Službeni glasnik RS*, br. 79/05, 101/07, 95/10, 99/14, 47/18 i 30/18).

191 Zakon o državnim službenicima (*Službeni glasnik RS*, br. 79/05, 81/05, 83/05, 64/07, 67/07, 116/08, 104/09, 99/14, 94/17, 95/18 i 157/20).

192 Konvencija MOR broj 81, član 6.

193 U skladu sa Zakonom o državnim službenicima, inspektori rada mogu zasnovati radni odnos i na osnovu internog konkursa i preuzimanja državnih službenika. U svakom od ovih slučajeva, radni odnos se zasniva upravnim aktom.

194 Konvencija MOR broj 81, član 7, stav 3.

195 *Ibid.*, član 12.

196 Siska Dubbert, Franz Christian Ebert, *ILO Convention 81 – Labour Inspection Convention, 1947 (No. 81)*, 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, 1084.

zateknu na radu kod poslodavca; 3) vrši kontrolu da li je izvršena prijava na obavezno socijalno osiguranje, na osnovu podataka iz Centralnog registra obaveznog socijalnog osiguranja; 4) pregleda poslovne prostorije, objekte, postrojenja, uređaje i drugo; 5) nalaže preduzimanje preventivnih i drugih mera za koje je ovlašćen u skladu sa zakonom radi sprečavanja povreda zakona.¹⁹⁷ Uspešnom radu inspekcije rada bitno doprinose i posebna ovlašćenja koja inspektori rada imaju u oblasti zaštite zdravlja i bezbednosti na radu, budući da se nastojanje poslodavaca da snize troškove rada, nažalost, redovno ostvaruje kroz zaobilazjenje primene propisa o bezbednosti i zdravlju na radu. S druge strane, ne treba zanemariti ni pojavu novih formi rada i novih oblika organizacije rada koji podrazumevaju pojavu stresa na radu i niza drugih psihosocijalnih rizika. U tom smislu, valja imati u vidu da je cilj ukupne politike nadzora u oblasti bezbednosti i zdravlja na radu vezan prevashodno za sprečavanje povreda na radu i profesionalnih oboljenja. To posebno uključuje procenu i upravljanje rizika na svim mestima rada, osposobljavanje zaposlenih za bezbedan i zdrav rad, praćenje njihovog zdravstvenog stanja, te praćenje uslova radne sredine.

Iz navedenih odredaba jasno proizlazi da se najvažnije ovlašćenje inspekcije rada tiče slobodnog ulaska na bilo koje mesto rada koje je podložno nadzoru (poslovni i drugi nestambeni prostor, zemljište ili objekat u kome poslodavac obavlja delatnost, odnosno u kome se obavljaju radni zadaci za poslodavca). Reč je, preciznije, o posetama koje inspektorima omogućavaju da verifikuju pristigle i prikupljene informacije sučeljavanjem poslodavčeve perspektive s perspektivom iz koje određeno pitanje sagledavaju zaposleni i njihovi predstavnici.¹⁹⁸ Predmetne posete mogu biti realizovane i bez prethodne najave, jer bi u slučaju da su dopuštene samo najavljene inspeksijske posete, postojala opasnost da se poslodavci pripreme za posetu i da „blagovremeno“ izmene stvarne uslove rada, zbog čega bi oni ostali nepoznati inspektorima rada, a što je posebno značajno u pogledu otkrivanja i kažnjavanja radne eksploatacije, prinudnog rada, dečijeg rada i rada „na crno“.¹⁹⁹ To, naravno, ne znači da sve inspeksijske posete treba da budu iznenadne i nenajavljene, već će u slučajevima u kojima je, po oceni inspektorâ rada, to opravdano – poseta biti najavljena.

Inspektori rada, pritom, diskreciono odlučuju o realizaciji poseta, što znači da mogu da ih preduzimaju i na sopstvenu inicijativu, posebno ako imaju razloga da veruju da poslodavac krši merodavne propise.²⁰⁰ Posete nadziranim subjektima se, pritom, mogu vršiti onoliko često koliko je to neophodno, a što neizbežno zavisi i od broja inspektora rada i sredstava koja su im dostupna, jer to presudno određuje broj poseta, vreme koje će inspektori posvetiti svakoj pojedinačnoj poseti, te planovi poseta.²⁰¹ Konačno, ne treba zaboraviti ni utvrđivanje radnih ciljeva inspektorâ rada, koje podrazumeva ovlašćenje rukovodioca unutrašnje organizacione jedinice inspekcije rada da, nakon razgovora s inspektorom, utvrdi njegove radne ciljeve,

197 Zakon o radu, član 268a).

198 V. Jatobá, 15.

199 G. Casale, M. Fasani, 8.

200 *Ibid.*

201 V. Jatobá, 15.

koji se, između ostalog, odnose i na vrstu i broj inspekcijskih nadzora koje inspektor treba da izvrši u određenom roku.²⁰² To, konačno, znači da su inspektori rada samostalni u radu u granicama zakonskih ovlašćenja, tako da mogu da nadziru mesta rada onoliko često i opsežno koliko je to neophodno da se obezbedi delotvorna primena radnopravnih propisa. Po standardima MOR, njihovoj diskrecionoj proceni je prepušteno da preduzimaju mere koje su srazmerne procenjenom riziku i otkrivenim, odnosno verovatnim nezakonitostima i štetnim posledicama (tj. mere koje su srazmerne prirodi i ozbiljnosti povreda merodavnih propisa), i kojima se cilj inspekcijskog nadzora postiže na najpovoljniji način (najpovoljniji po nadziranog subjekta). To uključuje i staranje o srazmernosti mera inspekcije rada ekonomskoj snazi poslodavca, kako bi štetne posledice primene mera bile svedene na najmanji obim, uz mogućnost očuvanja poslodavčevog kontinuiteta poslovanja.

4. ČINIOCI DELOTOVORNOG FUNKCIONISANJA INSPEKCIJE RADA

4.1. *Saradnja inspekcije rada s drugim subjektima*

Konvencijom MOR broj 81 precizirani su najvažniji činioци delotvornog funkcionisanja sistema inspekcijskog nadzora. Prvi od njih je *nadzor nad radom inspekcije rada od strane organa centralne vlasti*,²⁰³ kojim se obezbeđuje i kontroliše zakonitost u vršenju poslova inspekcijskog nadzora. Ovaj činilac, pritom, treba posmatrati u svetlu *načela celovitosti sistema inspekcije rada*, budući da inspekcija rada u Republici Srbiji obezbeđuje delotvornu primenu merodavnih propisa na području čitave države. Osim toga, javna vlast treba da obezbedi *saradnju inspekcije rada s drugim subjektima* – drugim inspekcijama, organima autonomnih pokrajina i jedinica lokalne samouprave, pravosudnim i drugim državnim organima i svim zainteresovanim subjektima s javnim ovlašćenjima (npr. s nosiocima obaveznog socijalnog osiguranja, poreskom upravom, nezavisnim kontrolnim telima, naučnoistraživačkim ustanovama, univerzitetima) – po pitanjima iz zajedničkih, odnosno povezanih delokruga rada.²⁰⁴ Zakonom o radu su, u tom smislu, ministarstva nadležna za poslove rada, državnu upravu i poslove finansija ovlašćena da preuzimaju podatke iz jedinstvene baze Centralnog registra obaveznog socijalnog osiguranja potrebne za poslove iz njihove nadležnosti.²⁰⁵ Osim toga, inspekcija rada ima pravo i obavezu da uspostavi saradnju s drugim inspekcijskim službama, ne bi li se postigla sveobuhvatnost i veća delotvornost inspekcijskog nadzora, uz izbegavanje preklapanja i nepotrebnog ponavljanja inspekcijskog nadzora, ali i usklađivanje aktivnosti inspekcije rada i drugih subjekata kroz međusobno obaveštavanje, razmenu podataka, pružanje pomoći, saradnju u utvrđivanju programa rada i postupku vršenja samostalnog ili zajedničkog inspekcijskog nadzora, uvođenje jedinstvenog softverskog rešenja za sve inspekcije i slično. Osim toga, inspekcija rada u oblasti bezbednosti i

202 Lj. Stojić, 186–187. Vid. Uredba o ocenjivanju službenika (*Službeni glasnik RS*, broj 2/2019).

203 Konvencija MOR broj 81, član 4.

204 *Ibid.*, član 5.

205 Zakon o radu, član 272a.

zdravlja na radu ostvaruje saradnju sa stručnjacima iz oblasti medicine, mašinstva, hemije, elektrotehnike i drugih oblasti od značaja za utvrđivanje izvora i uzroka povreda na radu i profesionalnih bolesti.²⁰⁶ Nadalje, inspekcija rada može da sarađuje sa sindikatima, udruženjima poslodavaca, naučnim i stručnim ustanovama i drugim subjektima u Republici Srbiji, ne bi li se omogućilo bolje sagledavanje i rešavanje problema koji je opterećuju.²⁰⁷ Kada je reč o saradnji sa sindikatima, poslodavcima, udruženjima poslodavaca i drugim subjektima privatnog prava, ovi ciljevi se posebno tiču mogućnosti preventivnog delovanja, kao i unapređenja uzajamne odgovornosti ovih lica i inspekcije rada u procesu primene i nadzora nad primenom merodavnih propisa. To naročito podrazumeva organizovanje informativnih i obrazovnih tribina i drugih događaja, kao i konsultativne sastanke s predstavnicima privatnog sektora i drugim zainteresovanim licima. Time se poslodavci, odnosno udruženja poslodavaca i sindikati podstiču na socijalni dijalog i sporazumno rešavanje eventualnih sporova, budući da iskustvo pokazuje da se najveći mogući broj problema vezanih za zaštitu radnikâ može rešiti na nivou preduzeća ili druge radne sredine, i to kroz dijalog poslodavca i radnikâ, uz savete inspektora rada.²⁰⁸ Ipak, aktivnosti inspekcije rada *ne* mogu biti supstituisane kontrolnim aktivnostima predstavnikâ zaposlenih, posebno imajući u vidu neravnopravnost subjekata radnog odnosa, koja je najvidljivija u radnim sredinama u kojima nije osnovan sindikat ili je stopa sindikalizacije niska.²⁰⁹

4.2. Dovoljni kapaciteti inspekcije rada

Posebno važan činilac delotvornosti inspeksijskog nadzora predstavljaju dovoljni kapaciteti inspekcije rada. U tom smislu se od država ugovornica Konvencije MOR broj 81 zahteva da „broj inspektora rada bude dovoljan da se obezbedi delotvorno obavljanje dužnosti inspektorata i da se određuje s obzirom na: a) značaj dužnosti koje inspektori obavljaju, posebno – i) broj, prirodu, veličinu i položaj mesta rada podvrgnutih nadzoru; ii) broj i kategorije zaposlenih na takvim mestima rada; i iii) broj i složenost pravnih propisa koje treba primenjivati; b) materijalna sredstva koja su inspektorima stavljena na raspolaganje; i v) praktične uslove u kojima se inspeksijske posete moraju obavljati da bi bile delotvorne“.²¹⁰ U praksi ugovornih tela je, pritom, kao poželjan broj inspektora rada u industrijalizovanim državama s tržišnom ekonomijom preporučeni standard od jednog inspektora rada na svakih 10.000 radnika, u tranzicionim ekonomijama taj standard podrazumeva jednog inspektora na svakih 20.000 radnika, dok se za manje razvijene države vezuje standard od jednog inspektora na 40.000 radnika.²¹¹

206 Lj. Stojić, 193.

207 *Ibid.*

208 *Ibid.*, 389–390; W. von Richthofen, 12–13.

209 S. Dubbert, F. Ch. Ebert, 1080. Vid.: Laurent Willemez, „Une pédagogie du droit sous contrainte. Les syndicalistes et les inspecteurs du travail dans l'activité de consultation juridique“, *Politix*, br. 2/2017, 103–130.

210 Konvencija MOR broj 81, član 10.

211 Nav. prema: David Weil, „A strategic approach to labour inspection“, *International Labour Review*, vol. 147, br. 4/2008, 351.

U Republici Srbiji je, u skladu sa Zakonom o određivanju maksimalnog broja zaposlenih u republičkoj administraciji (2010), broj inspektora rada smanjen za oko 13 posto.²¹² U 2018. godini, Republika Srbija je imala 240 inspektora rada;²¹³ u 2019. godini, taj broj je smanjen na 236 inspektora rada,²¹⁴ dok je u 2020. godini, Inspektorat za rad zapošljavao 218 inspektora rada.²¹⁵ U sve tri posmatrane godine, broj inspektora rada odgovarao je ili je bio vrlo blizu standardu MOR koji se tiče preporučenog minimalnog broja inspektora rada na 10.000 zaposlenih.²¹⁶ Ipak, ne sme se gubiti iz vida ni ukupan broj poslodavaca u Republici Srbiji, budući da se privredna aktivnost najčešće obavlja kroz organizacione forme s malim brojem zaposlenih (u proseku sa šest zaposlenih po jednom poslodavcu), zbog čega inspekcijskim kontrolama ne mogu biti obuhvaćeni svi poslodavci na godišnjem, pa čak ni na petogodišnjem nivou: prema relevantnim parametrima, svaki poslodavac bi mogao biti obuhvaćen inspekcijskom kontrolom tek jedan put u svakih osam godina!²¹⁷ Dodatno zabrinjava i nepovoljna starosna struktura inspektora rada, kao i izostanak sistema njihovog kontinuiranog stručnog usavršavanja.²¹⁸

4.3. Dostupnost podataka o nadziranim subjektima

Važnu pretpostavku delotvornog funkcionisanja inspekcije rada predstavlja uspostavljanje i stalno ažuriranje baza podataka o nadziranim subjektima. Ugovornice Konvencije MOR broj 81 su, naime, dužne da obezbeđuju tačne i blagovremene in-

212 Nav. prema Lj. Stojić, 172. S tim u vezi, treba imati u vidu da ugovorna nadzorna tela MOR smatraju da primenu univerzalnih međunarodnih standarda o inspekciji rada ugrožava znatno snižavanje broja inspektora rada i/ili suštinska redukcija resursa koje oni koriste, propisivanje maksimalnog broja ili učestalosti inspekcijskih poseta u referentnom periodu, kao i izuzimanje znatnog broja poslodavaca iz inspekcijskog nadzora, posebno novoosnovanih poslodavaca. Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, *Labour Inspection Convention, 1947 (No. 81), and Labour Inspection (Agriculture) Convention, 1969 (No. 129) – General observation*, International Labour Office, Geneva, 2020, 3–4.

213 Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja – Inspektorat za rad, Izveštaj o radu Inspektorata za rad za 2018. godinu, Beograd, 2019, 2.

214 Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja – Inspektorat za rad, Izveštaj o radu Inspektorata za rad za 2019. godinu, Beograd, 2020, 3.

215 Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja – Inspektorat za rad, Izveštaj o radu Inspektorata za rad za 2020. godinu, Beograd, 2021, 3.

216 U četvrtom kvartalu 2021. godine, bilo je zaposleno 2.288.308 lica (Republički zavod za statistiku, Registrovana zaposlenost, 2021, <https://www.stat.gov.rs/sr-latn/oblasti/trziste-rada/registrovana-zaposlenost/>, 6. mart 2022.).

217 Nav. prema Lj. Stojić, 451. U 2018. godini, izvršeno je 42.688 inspekcijskih nadzora u oblasti radnih odnosa, kojima je bilo obuhvaćeno 325.578 zaposlenih i radno angažovanih lica; naredne godine, izvršeno je 41.106 nadzora u oblasti radnih radnih odnosa, kojima je bilo obuhvaćeno 531.306 zaposlenih i radno angažovanih lica, dok je u 2020. godini izvršeno 30.897 nadzora u oblasti radnih odnosa, kojima je bilo obuhvaćeno 281.877 zaposlenih i radno angažovanih lica. Nav. prema: Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja – Inspektorat za rad, Izveštaj o radu Inspektorata za rad za 2018. godinu, Beograd, 2019, 8; Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja – Inspektorat za rad, Izveštaj o radu Inspektorata za rad za 2019. godinu, Beograd, 2020, 8; Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja – Inspektorat za rad, Izveštaj o radu Inspektorata za rad za 2020. godinu, Beograd, 2021, 8.

218 Lj. Stojić, 452.

formacije o broju i raspoređenosti subjekata čiji se rad nadzire, kao i radnika koji su zaštićeni nadzorom, jer u suprotnom nema mogućnosti za pravilnu procenu visine sredstava potrebnih za rad inspekcije rada.²¹⁹ Ovi podaci omogućavaju inspekciji da pravilno odredi svoje prioritete i ciljeve, da planira svoje aktivnosti i da na najbolji način raspodeljuje dostupna materijalna i finansijska sredstva. Planiranje aktivnosti inspekcije rada, otud, pretpostavlja određivanje nadziranih subjekata i dinamike posete ovim poslodavcima, kao i određivanje prioriteta u nadzoru, posebno imajući u vidu razlike između velikih, srednjih i malih poslodavaca. Na osnovu predmetnih informacija, inspekcija rada može da locira poslodavce podložne nadzoru, da sačini listu prioriteta, da odredi dužinu inspekcijских poseta, da precizira realan broj mesečnih poseta po inspektoratu rada, da identifikuje i zadovolji potrebu za radom inspektorâ u timu, i tsl.²²⁰ Odgovarajući podaci, takođe, omogućavaju i uočavanje pravilnosti u ispoljavanju povreda merodavnih propisa i osmišljavanje korisnih preventivnih mera.²²¹ Načelna sloboda koju države imaju u pogledu organizacije inspekcije rada ograničena je, nadalje, i zahtevom da se u aktivnosti inspekcije rada uključe medicinski stručnjaci, inženjeri, kao i stručnjaci za električnu energiju i hemiju, a u cilju obezbeđivanja kvalitetnog nadzora nad primenom pravnih propisa o zaštiti zdravlja i bezbednosti na radu, kao i pravilne i potpune procene rizikâ, u smislu ispitivanja posledica koje proces, sredstva i načini rada proizvode po zdravlje i bezbednost radnikâ.²²²

4.4. Obezbeđivanje odgovarajućih uslova za rad inspektorâ rada

Važan činilac delotvornosti funkcionisanja inspekcije rada predstavlja i obezbeđivanje odgovarajućih prostorno-tehničkih uslova za rad inspektorâ rada, u smislu dobro opremljenih (nameštajem, sredstvima za komunikaciju, opremom za merenje temperature, buke i drugih agenasa) kancelarija inspekcije rada, a u nedostatku odgovarajućeg javnog prevoza – i prevoznih sredstava neophodnih za izvršavanje radnih zadataka.²²³ Uslovi koji se tiču prevoza se, pritom, pojavljuju kao posebno važni, budući da je mobilnost inspektorâ preduslov njihove učinkovitosti, naročito u pogledu geografski udaljenih mesta rada.²²⁴ To, dalje, znači da je država dužna da obezbedi potrebne tehničke uslove za rad inspektorâ rada, kao i njihovo stručno osposobljavanje i usavršavanje, jer bez toga nema i ne može biti efikasnog delovanja inspekcije rada.²²⁵ S tim u vezi, treba imati u vidu da se poslednjih nekoliko decenija, inspektori rada u Republici Srbiji, nažalost, susreću s nedostatkom kancelarijskog materijala, tehničke opreme, stručne literature, vozila i kancelarijskog prostora, kao i s problemom neodgovarajućeg održavanja postojeće opreme, vozila i prostorija.²²⁶

219 *Ibid.*, 172.

220 Ž. Đurić, 122–123.

221 G. Casale, M. Fasani, 7.

222 Konvencija MOR broj 81, član 9.

223 *Ibid.*, član 11.

224 S. Dubbert, F. Ch. Ebert, 1084.

225 Lj. Stojić, 194.

226 *Ibid.*, 174.

Takođe, poseban problem predstavlja izostanak odgovarajućeg informacionog sistema u koji bi bili uključeni svi inspektori, zbog čega bi razvoj dela državne uprave koji se tiče inspekcije rada morao biti postavljen kao prioritet.

LITERATURA

- Stojan Bajić, *Osnovi radnog prava. Opšti deo*, Beograd, 1937.
- Stojan Bajić, „Dvajset let jugoslovenskega delovnega prava“, *Slovenski pravnik*, br. 11-12/1938, 306-322.
- Aleksandar Baltić, *Osnovi radnog prava FNRJ. Priručnik za studente prava*, Naučna knjiga, Beograd, 1955.
- Aleksandar Baltić, *Osnovi radnog prava Jugoslavije*, Savremena administracija, Beograd, 1961.
- Aleksandar Baltić, *Osnovi radnog prava Jugoslavije – Sistem radnih odnosa Jugoslavije*, Savremena administracija, Beograd, 1965.
- Aleksandar Baltić, Milan Despotović, *Osnovi radnog prava Jugoslavije*, Savremena administracija, Beograd, 1971³.
- Giannantonio Benacchio, „Nehomogenost doktrine u Jugoslaviji između dva svetska rata“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3-4/2002, 338-353.
- Radovan Bezbradica, „Dopuštenost upravnog spora protiv konačnog rešenja inspektora rada“, *Radno i socijalno pravo*, broj 2/2014, 89-106.
- Čedomir Bogičević, „Pravni nadzor inspekcije rada“, *Radno i socijalno pravo*, br. 3-6/1998, 155-166.
- Radoje Brković, Usluge inspekcije rada, upravne inspekcije i žalbenih komisija u cilju zaštite prava zaposlenih, u: Miodrag Mićović (ur.), „Usluge i odgovornost“, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2017, 727-741.
- Radoje Brković, Bojan Urdarević, *Radno pravo sa elementima socijalnog prava*, Službeni glasnik, Beograd, 2020.
- Borislav Čolić, „Zaštita prava zaposlenih pred sudovima i pred inspekcijским organima“, *Radno i socijalno pravo*, br. 1-3/2002, 135-154.
- Dragoljub Drašković, „Inspekcija rada i njeni akti i radnje u vršenju inspekcijskog nadzora“, *Radno i socijalno pravo*, br. 3-6/1998, 167-184.
- Živka Đurić, „Integracija inspekcije rada u Srbiji – novi pristup u vršenju nadzora. Dva sistemska pitanja“, *Radno i socijalno pravo*, br. 1-6/2005, 115-124.
- Zoran Ivošević, *Radno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta „Union“/Službeni glasnik, Beograd, 2015⁸.
- Milan Ivošević, Problemi u primeni propisa o zasnivanju radnog odnosa, vrstama radnog odnosa, zaključenju i izmeni ugovora o radu, radnom odnosu na neodređeno i određeno vreme i pravnom položaju direktora, u: Zoran Ivošević /red./, „Problemi u sadržini radnopravnih propisa i njihovoj primeni“, Glosarijum, Beograd, 2019, 13-28.
- Mirko Jarić, Goran Marković, Odlaganje izvršenja rešenja o otkazu ugovora o radu, u: Zoran Ivošević (ur.), „Zaštita prava u oblasti rada“, Glosarijum, Beograd, 2013, 209-217.
- Predrag Jovanović, *Radno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2015⁷.
- Triša Kaclerović, *Radničko zakonodavstvo u Srbiji: pre Prvog svetskog rata*, Narodna knjiga, Beograd, 1952.
- Ljubinka Kovačević, *Valjani razlozi za otkaz ugovora o radu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016.

- Ljubinka Kovačević, *Zasnivanje radnog odnosa*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021.
- Ljubinka Kovačević, „Delotvornost radnog zakonodavstva i uloga inspekcije rada u svetlu standarda Međunarodne organizacije rada“, *Strani pravni život*, broj 1/2022 (u štampi).
- Ana Lazarević, *Radni sporovi u vezi sa kolektivnim otpuštanjem zaposlenih i metodi za njihovo rešavanje*, doktorska disertacija (neobjavljena), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2019.
- Sanja Lipovčić, „Inspeksijski nadzor kao instrument borbe protiv faktičkog rada u domaćem i međunarodnom pravu“, *Strani pravni život*, god. 63, broj 3/2019, 107-117.
- Branko A. Lubarda, „Inspeksijski nadzor prema Zakonu o radu“, *Radno i socijalno pravo*, br. 1-3/2002, 48-55.
- Branislav Marković, „Inspeksijski nadzor u teoriji i praksi u jugoslovenskom pravnom sistemu“, *Radno i socijalno pravo*, br. 3-6/1998, 134-154.
- Goran Marković, Novine u propisima o nadzoru nad primenom propisa o radu, u: Zoran Ivošević (ur.), „*Novine u Zakonu o radu*“, Glosarijum, Beograd, 2015, 191-213.
- Goran Marković, Ovlašćenje i rezultati Inspektorata za rad u primeni noveliranih radno-pravnih propisa, u: Zoran Ivošević (ur.), „*Najznačajnije novine u propisima o radu i po osnovu rada*“, Glosarijum, Beograd, 2016, 210-225.
- Nikola Muslim, „Kažnjive radnje i kazne u zaštiti na radu“, *Sigurnost*, vol. 50, broj 2/2008, 149-152.
- Ratko Pešić, *Sistem radnih odnosa u Jugoslaviji*, Progres, Novi Sad, 1966.
- Ljubodrag Pljakić, „Pravne posledice inspeksijskog nadzora i kontrole u oblasti radnih odnosa“, *Radno i socijalno pravo*, br. 3-6/98, 198-205.
- Ivo Politeo, *Radno pravo*, Tipografija, Zagreb, 1934.
- Mirjana Popović, Utvrđenje postojanja radnog odnosa od strane suda, u: Jelena S. Perović Vujačić (ur.), „*Unifikacija prava i pravna sigurnost*. Zbornik radova Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović. II tom“, Kopaonička škola prirodnog prava – Slobodan Perović, Beograd, 2020, 571-585.
- Teofilo Popović, *Radno pravo*, Službeni list SFRJ, Beograd, 1980.
- Ivan Puhek, „Socijalni oblici društvene zaštite“, *Politička misao*, god. 19, br. 1-2/1982, 61-75.
- Mario Reljanović, *Alternativno radno zakonodavstvo*, Rosa Luxemburg Stiftung Southeast Europe/Centar za dostojanstven rad, Beograd, 2019.
- Ivo Rozić, Emir Mehmedović, „Specifičnosti vršenja inspeksijskih funkcija u oblasti rada, radnih odnosa i sigurnosti na radu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 40, 2/2019, 847-867.
- Milan Stefanović, Dušan Radovanović, Danica Jolović, *Vodič za primenu Zakona o inspeksijskom nadzoru*, Predstavništvo Cardno Emerging Markets USA Ltd. Beograd, Beograd, 2017².
- Zoran Stojanović, „Preventivna funkcija krivičnog prava“, *Crimen*, vol. II, br. 1/2011, 3-25.
- Ljiljana Stojišić, *Inspeksijski nadzor u oblasti rada*, doktorska disertacija (neobjavljena), Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2013.
- Nikola Tintić, *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: radni odnosi (I)*, Narodne novine, Zagreb, 1969.
- Zoran R. Tomić, *Opšte upravno pravo. Organizaciono – materijalno – procesno*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021⁴.
- Dimitrije Tucović, *Izabrani spisi*, knjiga I, Prosveta, Beograd, 1949.
- Igor Vuković, *Prekršajno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2021⁴.
- Dragoslav R. Živković, *Zakon o radnim odnosima s komentarom i registrom pojmova*, Službeni list SRJ, Beograd, 1997².

* * *

- Gerd Albracht, „Globalization, workplace and health“, *Labour Education* br. 3-4/2005, 1-8.
- Jim Baker, „Editorial“, *Labour Education* br. 3-4/2005, v-viii.
- Jean Bessière, *L'inspection du travail. Rapport à Monsieur le Ministre délégué aux relations du travail*, Paris, 2005.
- Giuseppe Casale, Mario Fasani, *International Labour Standards and Guiding Principles on Labour Administration and Labour Inspection*, International Labour Office, Geneva, 2012.
- Alain Coëuret, Bernard Gauriau, Michel Miné, *Droit du travail*, Sirey/Dalloz, Paris, 2006.
- Linda Dickens, Fairer workplaces: Making employment rights effective, u: Linda Dickens (ed.), „*Making employment rights effective. Issues of enforcement and compliance*“, Hart Publishing, Oxford – Portland, Oregon, 2021, 204-228.
- Siska Dubbert, Franz Christian Ebert, ILO Convention 81 – Labour Inspection Convention, 1947 (No. 81), 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, 1073-1093.
- Vera Jatobá, *Labour inspection within a modernized labour administration*, International Labour Office, Lima, 2002.
- Arnaud Martinon, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Dalloz, Paris, 2005.
- Jean Péliissier, Gilles Auzero, Emmanuel Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 2013²⁷.
- Michael J. Piore, Andrew Schrank, „Toward managed flexibility: The revival of labour inspection in the Latin world“, *International Labour Review*, vol. 147, broj 1/2008, 1-23.
- Paul Ponsaers, Roer De Cuyper, „L'inspection du travail: mission de l'autorité ou affaire privée?“, *Déviance et société*, vol. 5, broj 4/1981, 347-367.
- Paul Teague, „Reforming the Anglo-Saxon model of labour inspection: The case of the Republic of Ireland“, *European Journal of Industrial Relations*, vol. 15, br. 2/2009, 207-225.
- Wolfgang von Richthofen, *Labour inspection: A guide to the profession*, International Labour Office, Geneva, 2002.
- David Walters, „Labour inspection and health and safety in the EU“, *HesaMag*, vol. 14, autumn-winter 2016, 12-17.
- David Weil, „A strategic approach to labour inspection“, *International Labour Review*, vol. 147, br. 4/2008, 349-375.
- Laurent Willemez, „Une pédagogie du droit sous contrainte. Les syndicalistes et les inspecteurs du travail dans l'activité de consultation juridique“, *Politix*, br. 2/2017, 103-130.

* * *

- *** „Appendix IV: Documents“, u: Bob Hepple (ed.), *The making of labour law in Europe: A comparative study of nine countries up to 1945*, Mansell, London/New York, 1986, 367-386.
- *** Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, *Labour Inspection Convention, 1947 (No. 81), and Labour Inspection (Agriculture) Convention, 1969 (No. 129) – General observation*, International Labour Office, Geneva, 2020.
- *** Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja – Inspektorat za rad, Izveštaj o radu Inspektorata za rad za 2018. godinu, Beograd, 2019.

- *** Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja – Inspektorat za rad, Izveštaj o radu Inspektorata za rad za 2019. godinu, Beograd, 2020.
- *** Ministarstvo za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja – Inspektorat za rad, Izveštaj o radu Inspektorata za rad za 2020. godinu, Beograd, 2021.
- *** Republički zavod za statistiku, Registrovana zaposlenost, 2021, <https://www.stat.gov.rs/sr-latn/oblasti/trziste-rada/registrovana-zaposlenost/>, 6. mart 2022.

Spisak izvora prava

- Zakon o inspekciji rada, od 30. decembra 1921. godine (*Službene novine*, broj 69/IX).
- Zakon o zaštiti radnika, od 28. februara 1922. godine (*Službene novine*, br. 128/XXI, 75/XIV, 72/XXII i 135/LXII).
- Zakon o radnjama, od 5. novembra 1931. godine (*Službene novine*, broj 262/LXXXI).
- Zakon o banskoj upravi (*Službene novine*, broj 261/CV).
- Zakon o inspekciji rada (*Službeni list FNRJ*, br. 110/46 i 108/48).
- Osnovni zakon o upravljanju državnim privrednim preduzećima i višim privrednim udruženjima od strane radnih kolektiva (*Službeni list FNRJ*, broj 43/50).
- Ustavni zakon o osnovama društvenog i političkog uređenja FNRJ i saveznim organima vlasti (*Službeni list FNRJ*, broj 3/53).
- Zakon o izmenama i dopunama Zakona o nadležnosti opštinskih i sreskih narodnih odbora i njihovih organa (*Službeni list FNRJ*, broj 52/57).
- Zakon o radnim odnosima (*Službeni list FNRJ*, br. 53/57, 26/58, 1/59, 8/61 i 17/61 – prečišćeni tekst).
- Zakon o inspekciji rada (*Službeni list FNRJ*, br. 53/59 i 3/60).
- Osnovni zakon o radnim odnosima (*Službeni list SFRJ*, br. 17/65, 43/66, 52/66, 26/68, 20/69 i 12/70 – prečišćeni tekst).
- Zakon o inspekciji rada (*Službeni glasnik SRS*, broj 49/74).
- Zakon o inspekciji rada (*Službeni glasnik SRS*, broj 22/85).
- Zakon o osnovnim pravima iz radnog odnosa (*Službeni list SFRJ*, br. 60/89 i 42/90).
- Zakon o državnoj upravi (*Službeni glasnik RS*, broj 20/92).
- Zakon o radnim odnosima (*Službeni glasnik RS*, broj 55/96).
- Zakon o radu (*Službeni glasnik RS*, broj 70/01).
- Zakon o radu (*Službeni glasnik RS*, br. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17, 113/17 i 95/18).
- Zakon o državnim službenicima (*Službeni glasnik RS*, br. 79/05, 81/05, 83/05, 64/07, 67/07, 116/08, 104/09, 99/14, 94/17, 95/18 i 157/20).
- Zakon o državnoj upravi (*Službeni glasnik RS*, br. 79/05, 101/07, 95/10, 99/14, 47/18 i 30/18).
- Krivični zakonik (*Službeni glasnik RS*, br. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 i 35/19).
- Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu (*Službeni glasnik RS*, br. 101/05, 91/15 i 113/17).
- Zakon o zaštiti stanovništva od izloženosti duvanskom dimu (*Službeni glasnik RS*, broj 30/10).
- Zakon o prekršajima (*Službeni glasnik RS*, br. 65/13, 13/16, 98/16, 91/19 i 91/19).
- Zakon o inspeksijskom nadzoru (*Službeni glasnik RS*, br. 36/15, 44/18 i 95/18).
- Zakon o izvršenju i obezbeđenju (*Službeni glasnik RS*, br. 106/15, 106/16, 113/17 i 54/19).

- Zakon o upravnom postupku (*Službeni glasnik RS*, br. 18/16 i 95/18).
- Zakon o ministarstvima (*Službeni glasnik RS*, broj 128/20).
- Uredba, od 7. septembra 1921. godine (*Službene novine*, broj 248).
- Uredba, od 25. avgusta 1922. godine (*Službene novine*, broj 276/XXXIX).
- Uredba, od 16. marta 1926. godine, s kasnijim izmenama od 13. jula 1926. i 29. marta 1927. godine (*Službene novine*, br. 64/XVII, 163/XLIV i 77/XVII).
- Uredba o narodnoj inspekciji (*Službeni list FNRJ*, broj 28/49).
- Uredba o ocenjivanju službenika (*Službeni glasnik RS*, broj 2/2019).
- Pravilnik o uposlenju stranih radnika (*Službene novine*, broj 274-LXX).
- Pravilnik o unutrašnjem uređenju i sistematizaciji radnih mesta u Ministarstvu za rad, zapošljavanje, boračka i socijalna pitanja (2020), <https://www.minrzs.gov.rs/sites/default/files/2021-02/Pravilnik%2023.12.2020.docx>, 1. mart 2022.
- Konvencija MOR broj 81 o inspekciji rada (*Službeni list FNRJ – Međunarodni ugovori*, broj 5/56).
- Konvencija MOR broj 129 o inspekciji u poljoprivredi (*Službeni list SFRJ*, broj 22/75).

Ljubinka Kovačević

Faculty of Law University of Belgrade

A CENTURY OF LABOUR INSPECTION IN SERBIA: DEVELOPMENT AND CONTEMPORARY CHALLENGES

SUMMARY

Labour inspection is a guarantor of a consistent implementation of labour legislation, ensuring compliance with labour regulations through specialized administrative supervision and preventing or eliminating harmful effects on protected rights and interests in the world of work. Even though the labour inspection was formally established in Serbia with the enactment of the Law on Shops in 1910, the development of the national labour inspection essentially began with the entry into force of the Law on Labour Inspection in 1921. After that, both the organization of the labour inspection and its prerogatives started changing drastically, including periods when the bulk of the inspection duties were entrusted to decentralized units, as well as periods when the need for labour inspection was questioned, as its functions were at odds with the basic principles of socialist self-management.

The labour inspectorate is still facing numerous challenges, as many employers in Serbia seek to reduce labour costs by bypassing the labour, social and tax legislation, while many workers are still outside of the personal scope of labour law. In addition, a large number of workers work illegally, and the so-called externalization of work has blurred the legal position of workers, calling into question the traditional (uniform) concept of an employer, as its prerogatives are now exercised by two or more entities. The lack of strict, diverse and dissuasive sanctions for violations of labour legislation add to the problem. The basic measures that a labour inspector can take in case of violations consist of mandating that the established violations be eliminated, as well as requesting the initiation of misdemeanour proceedings, where fines can be imposed. The seriousness of these challenges become even

greater if we take into account the insufficient number of labour inspectors and their inadequate training and equipment, which often results in the unacceptably modest number of inspections of employers. The low probability of inspection actually taking place will further encourage employers to continue to circumvent the applicable regulations. Furthermore, there is a risk that the work of the labour inspectors can be rendered meaningless by the delays in the misdemeanour courts, since they initiate the misdemeanour proceedings based on the requests of labour inspectors. Therefore, the statute of limitations on initiating the misdemeanour proceedings can expire, despite the timely reaction of the labour inspectors.

In light of the aforementioned facts, this paper analyses the development of labour inspection in our country, as well as its functions, with an in-depth review of the preventative measures, corrective measures (mandate to eliminate established violations, order to conclude an employment contract with a person working illegally) and repressive measures available to the labour inspectorate (submitting requests for initiating misdemeanour and other proceedings, banning employees from certain jobs, mandatory penalties/misdemeanour reports), with proposals *de lege ferenda* to improve the positive legal framework. A temporary measure of reinstating an employee due to postponement of implementation of the decision on dismissal was also taken into consideration. Its implementation is fraught with numerous challenges, with the most important ones being: establishing the substance of the standard "obvious violations of employees' rights" and the possibility of applying this measure only for violations of the dismissal procedure, and not for unjustified dismissal. Finally, the problem is the deviation from the rules regarding the suspensive effect of the appeal, but also the inability of the employee who was denied a request for postponement of execution of the decision on dismissal to achieve court protection.

Keywords: implementation of labour legislation, labour inspection, specialized administrative supervision, Republic of Serbia.

Vanja Bajović*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

TAJNI NADZOR OD STRANE POLICIJE I SLUŽBI BEZBEDNOSTI

Apstrakt: U radu se razmatraju pojedina zakonska rešenja vezana za problem prisluškivanja telefonskih razgovora i ostale komunikacije kao i tajnog praćenja i snimanja od strane policije i službi bezbednosti. Polazeći od dozvoljenih ustavnih odstupanja od načela nepovredivosti komunikacije a koja se odnose na krivični postupak i zaštitu bezbednosti RS, prvi deo rada posvećen je ovim merama koje se u vidu posebnih dokaznih radnji primenjuju u krivičnom postupku, a drugi merama koje primenjuju BIA i VBA u cilju zaštite nacionalne bezbednosti. Problemu se pristupa iz vizure prava na privatnost i postojeće prakse ESLJP.

Ključne reči: tajni nadzor komunikacije, tajno praćenje, snimanje, krivični postupak, obaveštajne agencije.

UVOD

Nepovredivost tajnosti pisama i drugih sredstava komuniciranja zagantovana je članom 41. Ustava RS, koji dozvoljava odstupanja samo na određeno vreme, na osnovu odluke suda i na način predviđen zakonom i to ako su odstupanja neophodna radi vođenja krivičnog postupka ili zaštite bezbednosti Republike Srbije. Isto pravo garantovano je članom 8. EKLJP kroz garanciju poštovanja privatnog i porodičnog života, doma i prepiske. U eri interneta i mobilnih telefona sve se manje komunicira „pismima” koja pominje Ustav i zakonski tekstovi, već se težište stavlja na „druga sredstva komuniciranja” pod kojima se podrazumevaju svi načini prenošenja pisane ili izgovorene reči (elektronska pošta, telefonski razgovori, razgovori i poruke putem aplikacija na mobilnom telefonu i t. sl.). Dozvoljena zakonska ograničenja odnosno odstupanja od ovog prava predviđena su pre svega Zakonikom o krivičnom postupku¹ i to u vidu posebnih dokaznih radnji a u cilju vođenja krivičnog postupka, kao i Zakonima o Bezbednosno-informativnoj agenciji (Zakon o BIA)² i o vojno bezbednosnoj agenciji i vojno obaveštajnoj agenciji (Zakon o VBA i VOA)³, a u cilju zaštite bezbednosti Republike Srbije. Navedeni zakoni su u velikoj meri neusklađeni, kako terminološki tako i sadržinski, što otvara vrata pravnoj nesigurnosti i građaninu nameće logično pitanje ko i pod kojim uslovima „sme da nas prisluškuje i prati”?

* vanredni profesor, bajovic@ius.bg.ac.rs

1 Zakonik o krivičnom postupku, „Službeni glasnik RS”, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021-odluka US i 62/2021-odluka US

2 Zakon o Bezbednosno-informativnoj agenciji, „Sl. glasnik RS”, br. 42/2002, 111/2009, 65/2014-odluka US, 66/2014 i 36/2018.

3 Zakon o Vojnobezbednosnoj agenciji i Vojnoobaveštajnoj agenciji, „Sl. glasnik RS”, br.88/2009, 55/2012- odluka US i 17/2013.

1. TAJNI NADZOR U KRIVIČNOM POSTUPKU

Prvo dozvoljeno ustavno odstupanje od nepovredivosti tajnosti pisama i drugih sredstava komuniciranja odnosi se na potrebe vođenja krivičnog postupka, odnosno prikupljanja dokaza. U krivičnom postupku „prisluškiavanje” i tajno snimanje je moguće samo u slučaju da sud dozvoli primenu neke od posebnih dokaznih radnji, što podrazumeva prikriveno ili tajno prikupljanje dokaza, odnosno prikupljanje dokaza na takav način, da oni koji su predmet istrage na to nisu upozoreni. Za razliku od opštih dokaznih radnji čija je primena moguća u cilju rasvetljavanja i dokazivanja svih krivičnih dela, posebne dokazne radnje su ograničene na određena taksoativno nabrojana krivična dela (čl. 162 ZKP) čija je lista prilično dugačka i ne baš besprekorna sastavljena.⁴

Opšti uslov za određivanje posebne dokazne radnje je postojanje osnova sumnje da je izvršeno ili da se priprema neko od krivičnih dela u pogledu kojih je njihova primena dozvoljena. Ako se sumnja da je krivično delo već izvršeno dodatno se zahteva da se dokazi na drugi način ne mogu prikupiti ili bi njihovo prikupljanje bilo znatno otežano. Ako se sumnja da se krivično delo priprema, uslov je da okolnosti slučaja ukazuju da se krivično delo ne bi moglo otkriti, sprečiti ili dokazati na drugi način ili bi to (otkrivanje, sprečavanje ili dokazivanje krivičnog dela na drugi način) izazvalo nesrazmerne teškoće ili veliku opasnost (čl. 161 ZKP).

Čini se da ovdje zakonodavac neopravdano govori o **otkrivanju i dokazivanju** krivičnog dela koje još nije izvršeno, već se samo priprema. Pripremne radnje se u našem pravu načelno ne kažnjavaju, osim ako je pripremanje propisano kao posebno krivično delo (npr. pripremanje teškog ubistva iz čl. 114. st. 2.) kada je samim pripremanjem delo i izvršeno,⁵ pa bi se jedino u tom slučaju moglo govoriti o otkrivanju i dokazivanju (izvršenog) krivičnog dela. U svim ostalim slučajevima, kod nekažnjivih pripremnih radnji koje je zakonodavac i imao na umu propisujući ovu odredbu, ispravno i dovoljno je bilo primenu posebnih dokaznih radnji ograničiti na „sprečavanje” krivičnog dela koje se priprema.

4 Tako se, primera radi, posebne dokazne radnje mogu primenjivati i za krivična dela iz člana 98 stav 3 do 5 Zakona o tajnosti podataka, odnosno mogu se primenjivati za nehatni oblik izvršenja dela dok njihova primena nije moguća u odnosu na osnovni (teži) oblik izvršenja. Radnje izvršenja ovog krivičnog dela su neovlašćeno saopštavanje, predaja ili činjenje dostupnim nepoznatom licu podataka ili dokumenata koji su mu povereni ili do kojih je na drugi način došao a koji su označeni određenim stepenom tajnosti ili pak neovlašćeno pribavljanje podataka ili dokumenta sa takvom oznakom, a sankcija se razlikuje u zavisnosti od stepena tajnosti navedenih podataka. Stavom 1 i stavom 2 ovog člana štite se podaci sa oznakom „interno ili poverljivo” i „strogo poverljivo”, a stavom 3. podaci označeni kao „državna tajna”. Primena posebnih dokaznih radnji je moguća samo u slučaju da je neka od radnji izvršenja preduzeta u odnosu na podatke označene kao „državna tajna”, dok je u pogledu podataka označenih kao „interno, poverljivo ili strogo poverljivo” primena moguća ako je delo učinjeno iz koristoljublja ili radi obavljanja ili korišćenja tajnih podataka u inostranstvu ili je delo izvršeno za vreme ratnog ili vanrednog stanja” (čl. 4 ZTP). Isto tako primena posebnih dokaznih radnji je moguća ako je delo učinjeno iz nehata, bez obzira na stepen zaštite podataka (čl. 5 ZTP). Proizlazi, dakle, da je korišćenje posebnih dokaznih radnji moguće kada su učinjeni lakši (nehatni) oblici izvršenja krivičnog dela iz člana 98 st. 1 i 2 ZTP, dok za osnovne oblike ovih krivičnih dela to nije moguće.

5 O tome: I. Vuković, *Krivično pravo-opšti deo*, Univerzitet u Beogradu– Pravni fakultet, Beograd, 2021., str. 292–294.

Primena posebnih dokaznih radnji je deklarativno ograničena u smislu da se primenjuju „izuzetno” (čl. 161. st. 2 ZKP), tek ako se „na drugi način ne mogu prikupiti dokazi ili bi njihovo prikupljanje bilo znatno otežano” (čl. 161. st. 1. ZKP), te da je organ postupka „prilikom odlučivanja o određivanju i trajanju posebnih dokaznih radnji dužan da posebno ceni da li bi se isti rezultat mogao postići na način kojim se manje ograničavaju prava građana” (čl. 161. st. 3. ZKP). U vezi sa tim, opravdano se ukazuje na zabrinutost da navedene zakonske formulacije pružaju dovoljno garancija da će se posebne dokazne radnje zaista i primenjivati samo supsidijarno i izuzetno.⁶

Iako sve posebne dokazne radnje sadrže u sebi neke elemente tajnosti i nadzora (kontrolisana isporuka podrazumeva tajno praćenje pošiljke, prikrivenom isledniku je dozvoljeno da tajno snima pripadnike kriminalne grupe itd.) za potrebe ovog rada ograničićemo se na mere tajnog nadzora komunikacije i tajnog praćenja i snimanja. Ove dve posebne dokazne radnje bliske su po sadržini i često se određuju zajedno.⁷

Tajni nadzor komunikacije podrazumeva nadzor i snimanje komunikacije koja se obavlja putem telefona ili drugih tehničkih sredstava, nadzor elektronske ili druge adrese osumnjičenog i zaplenu pisama i drugih pošiljki, dok se **tajno praćenje i snimanje** osumnjičenog sprovodi u cilju otkrivanja njegovih kontakata ili komunikacije na javnim mestima, mestima na kojima je pristup ograničen i u prostorijama, kao i u cilju utvrđivanja istovetnosti lica ili lociranja lica ili stvari. Tajno praćenje i snimanje nije dozvoljeno u stanovima, dok je u prostorijama ili prevoznim sredstvima drugih lica dozvoljeno samo pod uslovom da postoji verovatnoća da će osumnjičeni tu biti prisutan ili da koristi ta prevozna sredstva.

Tajno praćenje i snimanje je relativno nova posebna dokazna radnja, prvi put uvedena ZKP iz 2011. godine. Do tada je tajno praćenje lica smatrano klasičnom operativnom radnjom policije, koja se sprovodila mimo sudske naredbe, što je moglo da bude problematično iz vizure ESLJP koji je istakao da „državni organi treba da budu pažljivi čak i kada se praćenje i posmatranje lica vrši na javnim mestima... Postoji zona interakcije sa drugim licima, čak i na javnim mestima, koja može spadati u domen prava na privatnost, jer se ne može ignorisati činjenica da se nečiji privatni život ne odvija samo u njenom stanu ili privatnim prostorijama.”⁸ Ova dokazna radnja pored tajnog praćenja podrazumeva i snimanje lica, ali se ispostavilo spornim da li ova mera pored optičkog, tj. video/foto snimanja obuhvata i tonsko tj. audio snimanje.⁹ Kako sama zakonska odredba propisuje da je cilj ove dokazne radnje da se „otkriju kontakti ili komunikacije osumnjičenog na javnim mestima,

6 G. P. Ilić, M. Majić, S. Beljanski, A. Trešnjev, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2018., str. 476–478.

7 G. Ilić, M. Matić Bošković, *Posebne mere tajnog prikupljanja podataka u krivičnom postupku: pogled iz pravosuđa*, BCBP, Beograd, 2015., str. 11.

8 P.G. and J.H. v. United Kingdom, 44787/98, presuda od 25.09.2001.

9 Vidi: M. Škulić, „Tajni audio i video nadzor kao posebna dokazna radnja u Zakoniku o krivičnom postupku Srbije”, *Tužilačka reč*, 28/2015., str. 46–49, G. Ilić, M. Matić-Bošković, *op. cit.*, str. 11 i 26.

mestima u kojima je pristup ograničen ili u prostorijama sa izuzetkom stanova” (čl. 171. st. 1 t. 1. ZKP), proizlazi da je time obuhvaćeno kako optičko tako i tonsko snimanje, imajući u vidu da se kontakti osumnjičenog (sa kim se viđa na javnim mestima) utvrđuju pre svega praćenjem, video snimanjem i fotografisanjem, dok se njegova komunikacija tj. razgovori na javnim mestima ne može utvrditi drugačije nego tonskim, tj. audio snimanjem. Ovo naravno ne podrazumeva nadzor i snimanje komunikacije koja se obavlja putem telefona, drugih tehničkih sredstava (mobilnih aplikacija) ili nadzor e-maila, jer je to obuhvaćeno tajnim nadzorom komunikacije. Zakonodavac je naime imao u vidu video i audio snimanje usmene komunikacije koju osumnjičeni, bez upotrebe tehničkih sredstava ostvaruje na javnim mestima.¹⁰ U prilog ovom tumačenju ide i član 170 ZKP koji se shodno primenjuje i kod ove dokazne radnje (čl. 173 st. 2 ZKP), a po kome će javni tužilac odrediti da se snimci dobijeni upotrebom tehničkih sredstava u celini ili delimično prepisu i opišu (čl. 170 st. 3 ZKP), a po logici stvari, tonski tj. audio snimci se prepisuju, dok se optički tj. video snimci opisuju.

Obe dokazne radnje određuje sudija za prethodni postupak obrazloženom naredbom, na predlog javnog tužioca. Nadzor može trajati najduže tri meseca i može se produžiti još jednom na tri meseca (ukupno šest meseci), dok se kod krivičnih dela za koje postupa javno tužilaštvo posebne nadležnosti nadzor može produžiti još dva puta na po tri meseca (ukupno 12 meseci).

Naredbu izvršava policija, BIA ili VBA. U teoriji se ističe da je slobodna ocene suda kome će od navedenih organa poveriti izvršenje tajnog nadzora komunikacije, ali da bi trebalo voditi računa o primarnom delokrugu rada tih organa, pa tako kada se radi o klasičnom kriminalitetu meru treba poveriti policiji, kada se radi o krivičnim delima protiv države (terorizam, krivična dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti i sl.) treba ih poveriti BIA, dok bi VBA bila angažovana kada se radi o krivičnim delima protiv vojske RS.¹¹

O sprovođenju nadzora se sačinjavaju dnevni izveštaji koji se zajedno sa prikupljenim snimcima, pismima i drugim pošiljkama dostavljaju sudiji za prethodni postupak i javnom tužiocu na njihov zahteva (čl. 168 st. 1). Dok se dnevni izveštaji pravosudnim organima dostavljaju samo na njihov zahtev, po završetku nadzora organ koji ga je sprovodio dostavlja sudiji za prethodni postupak sve snimke komunikacije, pisma, druge pošiljke i poseban izveštaj koji sadrži vreme početka i završetka nadzora, podatke o službenom licu koje ga je sprovodilo, opis tehničkih sredstava koja su primenjena, broj i raspoložive podatke o licima obuhvaćenim nadzorom, ocenu o svrsishodnosti i rezultatima primene nadzora (čl. 170 st. 1). Sav dobijeni materijal sudija dostavlja javnom tužiocu, koji će odrediti da se snimci dobijeni upotrebom tehničkih sredstava u celini ili delimično prepisu ili opišu.

10 „Snimanje komunikacije o kojoj pomenuta zakonska odredba govori odnosi se prvenstveno na usmenu komunikaciju koju osumnjičeni, bez upotrebe tehničkih sredstava, ostvaruje sa drugim licem”. G. P. Ilić et al., *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2012., str. 399.

11 M. Škulić, *op. cit.*, str. 44.

Poštanska, telegrafaska i druga preduzeća, društva i lica registrovana za prenošenje informacija su dužna da državnom organu koji sprovodi nadzor omogućе sprovođenje nadzora i snimanja komunikacije i da mu, uz potvrdu prijema, predaju pisma i druge pošiljke (čl. 168 st. 2 ZKP). Uprkos ovoj odredbi, u vezi sa sprovođenjem ovih mera postavlja se problem njihovog samostalnog sprovođenja od strane policije, mimo Bezbednosno informativne agencije koja poseduje glavni server za sprovođenje ovih radnji odnosno priključivanje telefona.¹²

Ukoliko javni tužilac ne pokrene krivični postupak u roku od 6 meseci od kada se upoznao sa materijalom pribavljenim korišćenjem posebnih dokaznih radnji, ili ako izjavi da ovaj materijal neće koristiti u krivičnom postupku ili da protiv osumnjičenog neće zahtevati vođenje postupka, sudija za prethodni postupak donosi rešenje o uništenju prikupljenog materijala. Materijal se uništava pod nadzorom sudije za prethodni postupak koji o tome sastavlja zapisnik. O donošenju rešenja o uništenju prikupljenog materijala, sud **može obavestiti** lice prema kome je sprovedena posebna dokazna radnja, ako je utvrđena njegova istovetnost i ako to ne bi ugrozilo mogućnost vođenja krivičnog postupka (čl. 162 ZKP).

1.1. Obaveštavanje lica da je bilo pod „tajnim nadzorom”

Iz odredaba ZKP proizilazi da lice koje je bilo pod nadzorom (ili nad kojim je sprovedena neka druga posebna dokazna radnja) samo može, ali ne mora o tome biti obavешteno (čl. 162), što je predmet opravdane kritike, posebno imajući u vidu da lice koje „ne zna” da je bilo pod nadzorom, ne može ni znati da li su mu neka prava povređena.¹³ U okviru država članica Saveta Evrope ne postoji jedinstven pristup po pitanju obaveznog obaveštavanja lica o tome da je ono ili njegova komunikacija bila predmet tajnog nadzora, a ESLJP je zauzeo stav da, po logici stvari, ne dolazi u obzir obaveštavanje osumnjičenog o posebnim dokaznim radnjama dok su te radnje u toku, ali postavlja se pitanje obaveštavanja tog lica o tome da je bilo predmet tajnog nadzora, po okončanju mere.¹⁴

Počevši od prve odluke po ovom pitanju iz davne 1978. godine (Klass protiv Nemačke)¹⁵ ESLJP se u nizu svojih odluka bavio ovim pitanjem,¹⁶ prvobitno nala-

12 „U praksi se postavlja pitanje koliko policija ima realnih mogućnosti da samostalno sprovede posebne dokazne radnje koje su joj poverene naredbom sudije za prethodni postupak, imajući u vidu da glavni server za sprovođenje ovih radnji poseduje BIA, pa i onda kada je njihovo sprovođenje povereno policiji, policijski službenici dostavljaju propratni akt Bezbednosno informativnoj agenciji koja priključuje telefon, pa se nameće pitanje da li pripadnici BIA i tada, ukoliko su zainteresovani za lica obuhvaćena posebnim dokaznim radnjama, mogu prisluškivati sporne razgovore pa čak ih i učiniti nedostupnim policiji i javnom tužilaštvu.” G. Ilić, „Kako tajne službe prisluškuju građane”, Vreme, april 2021. godine, dostupno na: <https://www.vreme.com/vreme/kako-tajne-sluzbe-prisluškuju-gradjane> (23.04.2022.)

13 G. Ilić, M. Matić Bošković, *op. cit.*, str. 23.

14 F. Boehm, P. de Hert, „Notification, an important safeguard against the improper use of surveillance – finally recognized in case law and EU law”, *European Journal of Law and Technology*, vol. 3, no. 3, 2012., dostupno na: <https://ejlt.org/index.php/ejlt/article/view/155>, (pristupljeno 22.03.2022. godine).

15 Klass v Germany, 5029/71, presuda od 06.09.1978

16 Weber and Saravia v Germany, 54934/00, presuda od 29. 06.2006.; Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhev v Bulgaria, 62540/00, presuda od 28.07.2007;

zeći da je rešenje nemačkog zakona koje, slično našem ZKP predviđa „mogućnost obaveštavanja o tome” zadovoljavajuće”, da bi u novijoj praksi odstupio od toga, eksplicitno insistirajući na dužnosti obaveštavanja lica koje je bilo podvrgnuto merama tajnog nadzora. Po stavu ESLJP obaveštavanje lica o tome da je bilo pod merama nadzora je značajno kako bi se naknadno sudu ostavila mogućnost da ispita zakonitost primene ovih mera i spreči različite vidove zloupotreba od strane državnih vlasti. Pored toga, pojedinac mora znati da je bio podvrgnut tajnom nadzoru kako bi uopšte koristio svoje pravo na pravno sredstvo u cilju ispitivanja zakonitosti nadzora.

Tako, u slučaju *Ekimdzhev*, ESLJP je našao da je došlo do povrede člana 8 i člana 13 EKLJP, jer su nadležni organi propustili da obaveste podnosioca predstavke o tome da je bio pod merama nadzora. Sporan je bio bugarski zakon o posebnim merama nadzora (*Special Surveillance Means Act*) koji ne predviđa dužnost policije i bezbednosnih službi da lice koje je bilo podvrgnuto merama nadzora po završetku ovih mera obaveste o tome. Štaviše, zakon eksplicitno zabranjuje otkrivanje informacija o tome da je lice bilo pod nadzorom ili da je doneta naredba da se lice stavi pod mere. U takvom režimu, pojedinac koji je podvrgnut nadzoru ne može uopšte ni znati da je bio pod merama, osim ako se kasnije protiv njega ne pokrene krivični postupak. Prema tome, pojedinac ne može ni znati da li mu je povređeno pravo na privatnost, zagarantovano članom 8 EKLJP.¹⁷

Pored kršenja člana 8., ESLJP je našao i povredu člana 13 Konvencije, jer pojedinac koji i ne zna da je bio pod merama, ne može imati ni efikasno pravno sredstvo kojim bi osporavao zakonitost takvih mera. U vezi sa tim ESLJP je istakao da je „očigledno da, dok je nadzor u toku, nije moguće obavestiti lice pod nadzorom o tome, jer bi takvo obaveštavanje, po logici stvari, dovelo u pitanje efikasnost nadzora.”¹⁸ Međutim, upravo zbog prava na pravno sredstvo ESLJP insistira da se lice po završetku nadzora obavesti o tome da je bilo pod merama. „Proizlazi da, osim ako se ne pokrene krivični postupak ili ako informacije o tome ne procure, pojedinac nikada i neće saznati da su on i njegova komunikacija bili podvrgnuti nadzoru. Na taj način pojedincu je uskraćeno i pravo da pravnim lekom ispituje osnovanost i zakonitost mere u konkretnom slučaju.”¹⁹

Ovaj slučaj je značajan jer je ESLJP prvi put zauzeo izričit stav o neophodnosti obaveštavanja lica o tome da je bio podvrgnut merama tajnog nadzora, jer se u suprotnom ne dovodi u pitanje samo povreda prava na privatnost, zagarantovanog članom 8 EKLJP, već i povreda prava na delotvorno pravno sredstvo iz čl. 13 EKLJP. Tajna priroda nadzora predstavlja sama po sebi veliku prepreku da se uopšte i ispita zakonitost njegove primene, jer lice koje i ne zna da je bilo prisluškivano ne može kasnije ni pokrenuti pitanje zakonitosti takvog prisluškivanja.

Kennedy v the United Kingdom, 26839/05, presuda od 18.05.2010., Uzun v Germany 35623/05, presuda od 2.09.2010., Sefilyan v. Armenia, 22491/08, presuda od 2.10.2012., Zakharov v. Russia, 47143/06, presuda od 04.12.2015.

17 Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhev v Bulgaria, 62540/00, presuda od 28.07.2007., paras 90–91.

18 Ekimdzhev, para 100.

19 Ekimdzhev, para 101.

Međutim, prilikom ispitivanja sistema u Velikoj Britaniji, ESLJP je zaključio da pravo na delotvoran pravni lek ne zavisi od obaveštavanja lica prema kome su preduzete posebne dokazne radnje, jer za razliku od većine drugih članica Saveta Evrope, u Velikoj Britaniji postoji sistem kontrole prema kom bilo koje lice može da zahteva da se ispita da li je bilo podvrgnuto tajnom nadzoru komunikacije ukoliko sumnja na to. U Velikoj Britaniji naime postoji posebno telo (*Investigatory Powers Tribunal*) sa ovlašćenjima da pristupi svim podacima dobijenim primenom mera tajnog nadzora, da poništi nalog za primenu ovih mera, zahteva uništenje pribavljenog materijala i naredi kompenzaciju licu koje je bilo pod merama. Svako lice koje sumnja da je bilo podvrgnuto merama tajnog nadzora može se obratiti ovom telu kako bi ispitalo osnovanost svojih sumnji. Shodno tome, ESLJP je našao da je sistem nadzora u Velikoj Britaniji bez naknadnog obaveštavanja lica o tome kompatibilan sa Konvencijom, jer različite garancije predviđene zakonom predstavljaju dovoljan sistem kontrole, te da za razliku od većine drugih država članica Saveta Evrope, svako lice koje sumnja da je bilo podvrgnuto merama tajnog nadzora ima mogućnost da podnese efikasno pravno sredstvo pred nadležnim britanskim organima.²⁰ Međutim, i ovakvo rešenje ostavlja prostora za zloupotrebe, odnosno nameće se pitanje šta ako se tajni nadzor primenjuje prema licu koje nije izvršilo nikakvo krivično delo i nema razloga da sumnja da je prema njemu primenjena ova mera, te nema razloga ni da se obraća ovom telu kako bi ispitalo da li je bilo pod nadzorom.²¹

1.2. Evidencija ostvarene telefonske komunikacije

U tajnom nadzoru sadržaja komunikacije, postavlja se i pitanje mogućnosti praćenja i prikupljanja podataka odlazno-dolaznih poziva sa određenog telefonskog broja, bez nadziranja sadržaja komunikacije. Reč je o meri prikupljanja podataka putem kriminalističko-analitičkog tumačenja i istraživanja odlazno dolaznih poziva sa određenog telefonskog pretplatničkog broja. Da li se evidencija o ostvarenoj komunikaciji (tzv. „listing poziva”) može smatrati posebnom dokaznom radnjom tajnog nadzora? Iako se iz ovih „listinga” ne može saznati sam sadržaj komunikacije, može se saznati sa kim je određeno lice komuniciralo, koliko često i sa koje lokacije, što može biti od koristi kao dokaz na sudu, jer može, recimo, pomoći u rasvetljavanju činjenica da li se saokrivljeni poznaju (da li su često komunicirali), da li je alibi nekog lica lažan (na osnovu mesta sa kog je ostvario komunikaciju) i sl.

Pre usvajanja važećeg ZKP sudska praksa je redovno u dokazni materijal uvrštavala „listinge razgovora” koje bi policija samostalno pribavljala. Tako je VSS svojevremeno isticao da „listing” učinjenih i primljenih telefonskih poziva koji vode ovlašćene službe PTT predstavlja registrovanje telefonskih brojeva sa kojih su obavljani razgovori, a ne prisluškivanje i tonsko snimanje, te zasnivanjem presude na pribavljenom „listingu” kao dokazu, nije učinjena bitna povreda odredaba krivič-

20 Kennedy v the United Kingdom, 26839/05, presuda od 18.05.2010., par. 167.

21 Maria Helen Murphy, „Surveillance and the Right to Privacy: Is an “Effective Remedy” Possible?” in: A. Diver, Jacinta Miller (eds.), *Justiciability of Human Rights Law in Domestic Jurisdictions*, Springer, 2015., str. 414., dostupno na: (https://www.researchgate.net/publication/291353305_Surveillance_and_the_Right_to_Privacy_Is_an_Effective_Remedy_Possible) (12.04.2023.)

nog postupka (VSS, KŽ1. br. 1274/04 od 23. septembra 2004.) ZKP/2011 prvobitno je propisivao da je za pribavljanje evidencije ostvarene telefonske komunikacije, korišćenja baznih stanica ili lociranje mesta sa koga se obavlja komunikacija potrebna naredba javnog tužioca. Međutim, nakon odluka Ustavnog suda inspirisanih praksom ESLJP,²² odredba je izmenjena pa je sada za prikupljanje ovih podataka policiji neophodna naredba suda. Naime, po članu 286 st. 3 ZKP, policija može, po nalogu sudije za prethodni postupak a na predlog javnog tužioca, pribaviti evidenciju ostvarene telefonske komunikacije, korišćenih baznih stanica ili izvršiti lociranje mesta sa kojeg se obavlja komunikacija. Razlog ovih izmena leži u činjenici da je strazburška praksa u nekoliko navrata naglašavala da pojam „sredstva komuniciranja” pored sadržaja komunikacije obuhvata i podatke o tome sa kim je lice ostvarilo komunikaciju, u koje vreme, koliko učestalo i koliko je razgovor trajao, da se ovim podacima zadire u privatnu sferu nekog lica te da bi bilo najprikladnije da ih odobri sud, zbog čega je član 268 ZKP izmenjen i propisano je da je za prikupljanje ove evidencije neophodna naredba suda.²³

2. TAJNI NADZOR OD STRANE SLUŽBI BEZBEDNOSTI

Drugo dozvoljeno ustavno odstupanje od nepovredivosti tajnosti pisama i drugih sredstava komuniciranja odnosi se na neophodnost zaštite bezbednosti Republike Srbije. Glavnu ulogu u tom smislu imaju bezbednosne agencije i to Bezbednosno-informativna agencija (BIA) i Vojna bezbednosna agencija (VBA), koje imaju određene prerogative i u pogledu primene mera kojima se narušava nepovredivost tajnosti privatne komunikacije.

ZKP, videli smo, daje ovlašćenje sudiji za prethodni postupak da primenu posebnih dokaznih radnji poveri ovim agencijama, kada su njihovi pripadnici dužni da postupaju po odredbama ZKP. Međutim, Zakon o BIA i Zakon o VBA i VBO takođe uređuju ovu materiju ali na drugačiji način. Odredbe ovih zakona se primenjuju kada agencije postupaju u okviru svojih primarnih nadležnosti- zaštite bezbednosti RS.

Prvo što „upada u oči” je terminološka neusklađenost između navedenih zakona. Dok ZKP govori o posebnim dokaznim radnjama tajnog nadzora komunikacije i tajnog praćenja i snimanja, zakoni o službama bezbednosti ih nazivaju „posebnim merama” (čl. 13 Zakona o BIA) odnosno „posebnim postupcima i merama” (čl. 12 Zakona o VBA i VOO). Preduzimanje „posebnih mera” na osnovu zakona koji regulišu rad službi bezbednosti je pre svega usmereno ka prikupljanju i obradi operativnih postupaka i saznanja radi zaštite bezbednosti Republike Srbije, tako da je rad službi bezbednosti pre svega preventivnog karaktera.

22 Odluka Ustavnog suda IUz-252/2002 od 26. decembra 2013. godine, Malone v. United Kingdom, presuda od 02.08.1984. par. 83–88.

23 G.P. Ilić et al., *op. cit.*, str. 752–758; Primera radi, u predmetu *Copland*, ESLJP je zauzeo stav da listing telefonskih razgovora predstavlja sastavni deo telefonske komunikacije. V: ESLJP, *Copland v. United Kingdom*, 62617/00, presuda od 13.06. 2013. godine.

Srbija spada u grupu zemalja u kojima isti organi, koji su zaduženi za prikupljanje dokaza u krivičnom postupku, imaju ovlašćenja koja se tiču zaštite nacionalne bezbednosti, a ovakav način organizacije predstavlja povećan rizik od zloupotrebe ovlašćenja koja poseduju, jer se po pravilu, kada je reč o pitanju nacionalne bezbednosti kriterijumi postavljaju na fleksibilniji način nego kada je reč o prikupljanju dokaza koji se mogu koristiti u krivičnom postupku.²⁴ U vezi sa tim, teško je prihvatiti tezu da je „prikupljanje bezbednosno interesantnih podataka veoma retko povezano sa potrebom procesuiranja određenog krivičnog dela, već sa potrebom da se preduprede i osujete pretnje delatnosti ekstremista, terorista ili stranih država i međunarodnih organizacija, koje su usmerene na zaštićena dobra poput bezbednosti zemlje, ustavnog uređenja, ekonomskih i nacionalnih interesa,”²⁵ imajući u vidu da Krivični zakonik između ostalog štiti i ta zaštićena dobra pa i ona koja su po svojoj prirodi priprema za neko drugo teže krivično delo (npr. sabotaza, špijunaža, odavanje državne tajne, udruživanje radi protivustavne delatnosti, pripremanje dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti itd.). Zbog toga je potreban pojačan oprez prilikom primene ovih mera, pre svega u cilju zaštite prava pojedinca zagarantovanih Ustavom RS.

2.1. Mere tajnog nadzora po Zakonu o BIA i Zakonu o VBA i VOA

Zakon o BIA ima svega 25 članova i ostavlja širok prostor dodatnom regulisanju kroz podzakonske akte, a članom 8. je propisano i da direktor agencije internim uputstvima bliže uređuje pojedina pitanja koja se odnose na unutrašnje organizovanje i obavljanje poslova iz delokruga Agencije, kao i da pripadnicima Agencije daje obavezne instrukcije o načinu obavljanja poslova. Kada je reč o merama koje imaju pandan u ZKP (tajni nadzor komunikacije, tajno praćenje i snimanje) uočljivo je da se Zakon o BIA ne poziva na odredbe ZKP niti preciznije reguliše ove odredbe i upodobljava ih sa ZKP-om, već ih reguliše samostalno i različito u odnosu na način na koji je to učinjeno u krivičnom postupku.

Članom 13. Zakon o BIA propisane su posebne mere „kojima se odstupa od nepovredivosti tajne pisama i drugih sredstava opštenja” gde između ostalog spadaju i:

1. *tajni nadzor i snimanje komunikacije, bez obzira na oblik i tehnička sredstva preko kojih se obavlja ili nadzor elektronske i druge adrese, što bi u krivičnom postupku bilo analogno tajnom nadzoru komunikacije;*
2. *tajni nadzor i snimanje komunikacije na javnim mestima i mestima u kojima je pristup ograničen ili u prostorijama, što bi u krivičnom postupku imalo pandan u tajnom praćenju i snimanju.*

24 Marcin Rojszczak, “EU Criminal Law and Electronic Surveillance: The Pegasus System and Legal Challenges It Poses”, *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, 29/2021, str. 290–316

25 R. S. Lazić, “Sudska kontrola zakonitosti u radu službi bezbednosti u Srbiji”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1/2015, str. 160.

Uz ove mere moguće je odobriti i tajni nadzor i snimanje mesta, prostorija i predmeta, kao i uređaja za automatsku obradu podataka i opreme na kojoj se čuvaju elektronski zapisi.

Zakon o VBA i VOA ovlašćuje VBA da, u okviru svojih nadležnosti, tajno prikuplja podatke primenom posebnih postupaka i mera (čl. 10). Ovi postupci i mere između ostalog obuhvataju:

1. *Tajno praćenje i nadzor lica na otvorenom prostoru i javnim mestima uz korišćenje tehničkih sredstava*, što je najbliže posebnoj dokaznoj radnji tajnog praćenja i optičkog snimanja.
2. *Tajni elektronski nadzor telekomunikacija i informacionih sistema radi prikupljanja zadržanih podataka o telekomunikacionom saobraćaju, bez uvida u njihov sadržaj*, što je slično meri iz člana 286. st. 3 ZKP.
3. *Tajno snimanje i dokumentovanje razgovora na otvorenom i u zatvorenom prostoru uz korišćenje tehničkih sredstava*, što podrazumeva tajna tonska/audio snimanja na javnim površinama i u privatnim prostorijama.
4. *Tajni nadzor pisama i drugih sredstava komuniciranja, uključujući i tajni elektronski nadzor sadržaja telekomunikacionih i informacionih sistema*, što bi bilo analogno dokaznoj radnji tajnog nadzora komunikacije iz ZKP.
5. *Tajni nadzor i snimanje unutrašnjosti objekta, zatvorenih prostora i predmeta*.

Uočljivo je da zakoni o službama bezbednosti ne isključuju izričito primenu mera tajnog nadzora i u stanovima, što je u direktnoj suprotnosti sa članom 40 Ustava RS koji garantuje nepovredivost stana.

Za razliku od ZKP gde postoji dilema da li mera tajnog praćenja i snimanja obuhvata i tajni audio nadzor, čini se da ova dva zakona tu dilemu rešavaju potvrdno. Zakon o BIA izričito predviđa „snimanje komunikacije”, kako one koja se odvija preko telefona ili interneta, tako i one usmene koja se odvija na javnim mestima, mestima u kojima je pristup ograničen i u prostorijama. Pretpostavljamo da se ovde misli na audio snimke, imajući u vidu da isti član u drugom stavu (čl. 13 st. 2) člana izričito pominje snimanje mesta, prostorija, predmeta, uređaja za automatsku obradu podataka i opreme, koji se po logici stvari mogu snimati samo video zapisima. Zakon o BIA ne ostavlja tu dilemu izričito dozvoljavajući „snimanje komunikacije”, koja se po logici stvari može snimati samo audio sredstvima, a i Zakon o VBA i VBO slično tome izričito dozvoljava tajno snimanje i dokumentovanje razgovora na otvorenom i u zatvorenom prostoru uz korišćenje tehničkih sredstava.

2.2. *Krug lica u pogledu kojih je moguća primena ovih mera*

Zakon o BIA predviđa da se „Posebne mere” mogu primeniti prema licu, grupi ili organizaciji za koju postoje osnovi sumnje da preduzima ili priprema radnje protiv bezbednosti RS, a okolnosti ukazuju na to da se one na drugi način ne bi mogle otkriti, sprečiti ili dokazati, ili bi to izazvalo nesrazmerne teškoće ili veliku opasnost (čl. 14). Ova odredba izaziva više nedoumica.

Prvo, nameće se pitanje kruga lica u pogledu kojih je moguća njena primena. Dok se u krivičnom postupku naredba može izdati samo prema osumnjičenom i mora da sadrži raspoložive podatke o osumnjičenom, po Zakonu o BIA ne mora da se odredi samo prema pojedincu, tj. poimenice određenom licu, već je njena primena moguća i u pogledu grupe ili organizacije. Grupa ili organizacija ne postoji nezavisno od svojih članova, niti grupa kao takva može vršiti komunikaciju, već to u njeno ime čine njeni pripadnici. Nejasno je dakle ko su članovi grupe (osim ako ne nose vidljiva obeležja), da li se mera odobrava prema svim članovima grupe (organizacije) i može li se proširivati na sve njene potencijalne članove?

Drugo, pitanje je kako tumačiti pojam „radnji usmerenih protiv bezbednosti Republike Srbije? Zadiranje u privatnost i kršenje osnovnih Ustavnih garancija po logici stvari zahteva da se radi o radnjama takve težine koje spadaju u domen krivično pravne zaštite. Međutim, korišćenje prilično širokog i neodređenog pojma „radnji usmerenih protiv bezbednosti RS” daje ovlašćenje i da se ove mere primera radi primenjuju i na svim zakonito prijavljenim javnim okupljanjima ili sportskim manifestacijama pod obrazloženjem su „bezbednosno interesantna”.

Pojedine odredbe Zakona o BIA su već osporene pred Ustavnim sudom RS, ali je pitanje da li bi i odredbe usvojene nakon toga prošle rigoroznu kontrolu Suda u Strazburu. Ranije zakonsko rešenje je sadržalo još neodređeniju formulaciju po kojoj „direktor Agencije može, ako je to potrebno iz razloga bezbednosti Republike Srbije, svojim rešenjem a na osnovu prethodne odluke suda, odrediti da se prema određenim fizičkim i pravnim licima preduzmu određene mere kojima se odstupa od načela nepovredivosti tajne pisama i drugih sredstava opštenja, u postupku utvrđenim ovim zakonom.”²⁶ Zakon dakle nije definisao koje su to mere već je koristio formulaciju „određene mere”, niti je precizirao koja su to „određena pravna i fizička lica” prema kojima se one mogu primeniti. Ovu odredbu Ustavni sud je proglasio neustavnom, pod obrazloženjem da ona „nije ni precizna, ni određena ni odrediva”, čime se građanima „uskraćuje mogućnost da se štite od nedopustivog ograničenja prava ili od proizvoljnog mešanja u pravo na poštovanje privatnog života i prepiske.”²⁷

Važeća formulacija po kojoj se ove mere „mogu primeniti prema licu, grupi ili organizaciji za koju postoje osnovi sumnje da preduzima ili priprema radnje protiv bezbednosti RS, a okolnosti ukazuju na to da se one na drugi način ne bi mogle otkriti, sprečiti ili dokazati, ili bi to izazvalo nesrazmerne teškoće ili veliku opasnost” (čl. 14 Zakona o BIA), takođe je sporna iz ugla ESLJP koji insistira na tome da mere tajnog nadzora moraju biti „u skladu sa zakonom”, „predvidljive” i „neophodne u demokratskom društvu”. Zahtev ESLJP da primenjena mera bude „u skladu sa zakonom” ne podrazumeva samo da ona ima svoj zakonski osnov u unutrašnjem pravu, već se uzima u obzir i kvalitet zakona kojim je predviđena, zahtevajući da zakon bude predvidljiv u pogledu svojih efekata.²⁸ Zahtev za predvidljivošću ne znači da

26 Zakon o BIA (čl. 13.), *Službeni glasnik RS*, br. 42/02 i 111/09

27 Odluka Ustavnog suda IUz-252/2002 od 26 decembra 2013. godine.

28 *Amann v. Switzerland*, 27798/95, presuda od 16.02.2000., par. 121., *Sefilyan v. Armenia*, 22491/08, presuda od 2.10.2012., par. 122

pojedinaac treba da predvidi kada će nadležni organi presretati njegovu komunikaciju kako bi onda uskladio svoje ponašanje, već zakon mora biti dovoljno jasan kako bi pojedincima dao adekvatne indicije u pogledu okolnosti u kojima i uslova pod kojima su nadležni organi ovlašćeni da pribegnu tom tajnom i potencijalno opasnom mešanju u pravo na poštovanje privatnog života i prepiske.²⁹ Predvidljivost nadzora se dovodi u pitanje širokim i nepreciznim zakonskim formulacijama koje pojedincu jasno ne ukazuju zbog čega i pod kojim uslovima može biti podvrgnut nadzoru. U predmetu *Roman Zakharov protiv Rusije*, ESLJP je našao povredu člana 8 i člana 13 EKLJP obrazlažući nepredvidljivost nadzora između ostalog i činjenicom da su krivična dela u pogledu kojih je dozvoljen tajni nadzor jasno određena, ali je zabrinjavajuće da zakon dozvoljava nadzor u pogledu jako velikog broja krivičnih dela. Pored toga „Zakon ne precizira okolnosti pod kojima će nadzor biti dozvoljen niti okolnosti koje ugrožavaju rusku nacionalnu, vojnu, ekonomsku ili ekološku bezbednost. Umesto toga, ostavlja nadležnim organima skoro pa neograničenu diskreciju u odlučivanju koje su to okolnosti i da li je pretnja dovoljno ozbiljna da opravda tajni nadzor. Ovakva regulativa ostavlja dosta prostora za zloupotrebe.”³⁰ Zakon o BIA takođe ne precizira koje su to radnje „usmerene protiv bezbednosti Republike Srbije” (a da ne spadaju u domen krivično pravne zaštite), ali je „svetla strana” to što u predlogu za određivanje posebnih mera direktor Agencije treba da, između ostalog navede raspoložive podatke o licu, grupi ili organizaciji, kao i postojanje uslova za određivanje mere, što na kraju odobrava predsednik Višeg suda u Beogradu, pa bi sudska kontrola trebalo da pruži veće garancije u pogledu zakonitosti primene ovih mera.

Za razliku od BIA koja prema zakonskim odredbama posebne mere nadzora može da primenjuje prema svakome koga iz nekog razloga proceni „bezbednosno interesantnim”, VBA primenjuje ove mere samo prema zaposlenima u Ministarstvu odbrane i pripadnicima Vojske Srbije (čl. 19. st. 1. Zakona o VBA). U slučaju da VBA oceni da bi ove postupke i mere trebalo primeniti i prema drugim fizičkim licima, dužna je da o tome odmah obavesti BIA ili policiju, i da zajedno sa njima utvrdi način daljeg postupanja (čl. 19 st. 2)

2.3. Određivanje posebnih mera

Za primenu posebnih mera kojima se narušava nepovredivost tajnosti pisama i drugih sredstava komunikacije neophodna je naredba suda, s tim da se BIA i VBA obraćaju različitim sudovima. Tako po Zakonu o BIA o predlogu direktora Agencije za primenu posebnih mera odlučuje predsednik Višeg suda u Beogradu, odnosno sudija koga on odredi među sudijama raspoređenim u Posebno odeljenje tog suda za organizovani kriminal.³¹ U slučaju da se sud ne slaže sa primenom mera, mora da donese posebno rešenje kojim se predlog odbija. Na ovo rešenje direktor Agenci-

29 *Malone v. the United Kingdom*, presuda od 02.08.1984, *Sefilyan v. Armenia*, *op. cit.*, par. 123

30 *Zakharov v. Russia*, 47143/06, presuda od 04.12.2015., par. 243–244.

31 Zakon o BIA ovde koristi zastarelu formulaciju, govoreći o posebnom odeljenju koje je zakonom određeno da postupa u predmetima krivičnih dela organizovanog kriminala, korupcije i drugih posebno teških krivičnih dela (čl. 15 Zakon o BIA).

je ima pravo žalbe Apelacionom sudu u Beogradu, a o žalbi odlučuje posebno odeljenje za organizovani kriminal. Posebne mere se inicijalno određuju na tri meseca i mogu se još tri puta produžiti na tri meseca što znači da ukupno mogu trajati 12 meseci.

VBA se, za razliku od BIA, za primenu mera tajnog nadzora komunikacije obraća Vrhovnom kasacionom sudu, dok se za primenu mere iz člana 12. st. 1. t. 5 Zakona o VBA i VOA, koja ne podrazumeva uvid u sadržaj komunikacije već samo prikupljanje zadržanih podataka o telekomunikacionom saobraćaju, obraća višem sudu. Ovde se ne misli samo na Viši sud u Beogradu, već je za donošenje odluke nadležan „viši sud u sedištu apelacionog suda za područje apelacionog suda na čijem području se priprema ili je preduzeta radnja čije je otkrivanje, praćenje i onemogućavanje u nadležnosti VBA” (čl. 13a st. 2. Zakona o VBA i VOA) Na kraju, mera tajnog praćenja i nadzora lica na otvorenom prostoru i javnim mestima, koja *de facto* predstavlja klasičnu operativnu radnju „praćenja”, preduzima se samo po nalogu direktora VBA ili lica koje on ovlasti. Za razliku od Zakona od BIA, Zakon o VBA ne predviđa pravo žalbe na odluku kojom sud odbija primenu neke od mera tajnog nadzora. Ovakva žalba, sasvim logično nije predviđena ni ZKP, pa se nameće zaključak da ju je Zakon o BIA predvideo samo da bi opravdao „tehničko” rešenje po kome o primeni ovih mera ne odlučuje najviša sudska instanca već isključivo Viši sud u Beogradu, tačnije njegov predsednik, što i daje povoda insinucijama da su određena kadrovska rešenja zapravo proizvela i određena zakonska rešenja.³²

Oba zakona sadrže odredbe o proširenju mera u „hitnim slučajevima”, pa tako po Zakonu o BIA ako tokom primene posebne mere pripadnik Agencije dođe do saznanja da lice, grupa ili organizacija pod nadzorom koristi drugo sredstvo komunikacije, elektronsku ili drugu adresu, ili da se komunikacija obavlja na drugim mestima na kojima je pristup ograničen ili u drugim prostorijama, o tome odmah obaveštava direktora Agencije koji može da naredi proširenje posebne mere. U slučaju da donese naredbu o proširenju mere, direktor Agencije u roku od 48 h podnosi sudu predlog za naknadno odobrenje proširenja posebne mere. Sud odlučuje u roku od 48 h a ako odbije predlog, materijal dobijen naknadim proširenjem mere po naredbi direktora Agencije, se uništava. (čl. 15b) Ovo je jedini slučaj gde Zakon o BIA propisuje uništavanje materijala dobijenog primenom posebnih mera.

Zakon o VBA slično tome predviđa da kada razlozi hitnosti to zahtevaju, a posebno u slučajevima unutrašnjeg i međunarodnog terorizma, direktor VBA može da naloži početak primene posebnog postupka i mere, s tim da nadležni sud u roku od 24 h mora da potvrdi takvu odluku ili da naredi obustavu primene posebnog postupka ili mere. Ako sud odbije primenu mere direktor VBA je dužan da odmah obustavi meru i naloži komisijsko uništavanje prikupljenih podataka (čl. 15 Zakona o VBA i VOA).

32 Pre izmena Zakona o BIA za odlučivanje o primeni ovih mera i izdavanje naredbe bio je nadležan predsednik VKS, pa je deo stručne javnosti promenu kojom je tu nadležnost preuzeo predsednik Višeg suda u Beogradu dovodio u vezu sa tadašnjim kadrovskim promenama na čelu ovog suda. Vidi: G. Ilić, „Kako tajne službe prisluškuju građane”, Vreme, april 2021. godine, dostupno na: <https://www.vreme.com/vreme/kako-tajne-sluzbe-prisluskuju-gradjane> (23.04.2022.)

2.4. Podaci pribavljeni primenom „posebnih mera” kao dokaz u krivičnom postupku

„Posebne mere” regulisane zakonima o službama bezbednosti, prvenstveno se primenjuju u slučaju bezbednosnih rizika države, nezavisno od izvršenja određenog krivičnog dela, ali nije isključena mogućnost da se njima pribavi materijal od značaja za krivični postupak. Ako bi, primera radi, prislušivani razgovori „sumnjive” organizacije ukazivali da se priprema neki teroristički akt, to bi sa jedne strane omogućilo da se teroristički akt spreči, dok bi sa druge strane dalo „materijala” tužiocu da se krivični postupak pokrene. Pitanje dokaznog značaja materijala prikupljenog od strane bezbednosnih agencija, primenom posebnih mera je od velikog značaja, imajući u vidu da bezbednosne agencije neke države često imaju tehničke mogućnosti i ovlašćenja koja im omogućavaju da zloupotrebe „snagu države” a uz to postoje i brojni primeri najozbiljnijeg kršenja ljudskih prava koja su učinjena „u ime unutrašnje sigurnosti neke države”.³³

Zakon o VBA i VOA u tom smislu jasno predviđa da se podaci prikupljeni primenom posebnih postupaka i mera u preventivne svrhe ne mogu koristiti kao dokaz u krivičnom postupku (čl. 11 st. 2.), a ako prikupljeni podaci ukazuju da se priprema ili da je izvršeno krivično delo koje se goni po službenoj dužnosti, VBA o tome obaveštava nadležno javno tužilaštvo (čl. 18 st. 1). VBA tužilaštvu može predložiti primenu tajnog nadzora komunikacije ili neke druge dokazne radnje pod uslovima i na način propisan ZKP (čl. 18 st. 3).³⁴ VBA je, videli smo, nadležna da primenjuje posebne postupke i mere isključivo prema zaposlenima u Ministarstvu odbrane i pripadnicima Vojske Srbije, a u slučaju da oceni da ove postupke i mere treba primeniti i prema drugim licima, dužna je da o tome odmah obavesti BIA ili policiju, sa kojima zajedno utvrđuje način daljeg postupanja (čl. 19 st. 2). Ovde se prevashodno misli na procenu bezbednosnih rizika koji dolaze od strane trećih lica, mimo Vojske Srbije, koji opet u sebi ne sadrže izvršenje određenog krivičnog dela, jer u slučaju da je krivično delo izvršeno ili se priprema o tome bi, u skladu sa čl. 18 st. 1 trebalo obavestiti nadležno javno tužilaštvo. Shodno tome VBA može prikupljati dokazni materijal i sprovoditi posebne dokazne radnje samo po naredbi sudije za prethodni postupak, u skladu sa ZKP.

Zakon o BIA sadrži daleko više nejasnoća u pogledu ovoga. Član 15v Zakona o BIA predviđa da ako je prilikom primene posebnih mera prikupljen materijal o krivičnom delu u odnosu na koje se mogu odrediti posebne dokazne radnje, takav materijal se dostavlja nadležnom javnom tužilaštvu i sa njime se postupa u skladu

33 Toon Moonen, “Special Investigation Techniques, Data Processing and Privacy Protection in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *Pace International Law Review Online Companion*, 4–2010, str. 97–136, dostupno na: <https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1012&context=pilronline> (12.04.2022.)

34 Zakon o VBA i VBO je u članu 18 st. 3 terminološki neuskladen sa ZKP jer govori o „nadzoru i snimanju telefonskih i drugih razgovora ili komunikacija drugim tehničkim sredstvima i optičkom snimanju lica”, što je u skladu sa nekadašnjim nazivima posebnih dokaznih radnji po ZKP iz 2001. godine. Ovo je razumljivo imajući u vidu da je Zakon o VBA i VOA donet pre donošenja važećeg ZKP, ali bi u nekoj budućoj reformi trebalo razmisliti o njihovom usklađivanju.

sa odredbama koje regulišu krivični postupak (čl. 15v). Reč je dakle o materijalu koji su pripadnici BIA pribavili primenom posebnih mera, mimo naredbe sudije za prethodni postupak, mimo odredaba ZKP i mimo postojanja osnova sumnje da se priprema ili da je izvršeno neko od krivičnih dela u pogledu kojih je moguća primena posebnih dokaznih radnji, pa proizlazi da takav materijal i ne bi mogao da se koristi kao dokaz u krivičnom postupku imajući u vidu da se dokazi prikupljaju i izvode u skladu sa ZKP (čl. 15 st. 1 ZKP), a ne nekim drugim zakonima. Proizlazi da bi dostavljeni materijal tužilac trebalo da tretira kao neki vid krivične prijave na osnovu koje bi od sudije za prethodni postupak mogao da zahteva donošenje naredbe za primenu neke od posebnih dokaznih radnji.³⁵ U takvoj situaciji može nastati problem u slučaju da je lice bilo pod posebnim merama BIA maksimalnih 12 meseci, da je tokom „prisluškivanja” utvrđena povezanost tog lica sa određenim krivičnim delima pa je BIA dostavila materijal javnom tužiocu, ali se postavlja pitanje mogućnosti tajnog nadzora komunikacije budući da je lice već bilo prisluškivano 12 meseci? Drugim rečima, da li maksimalno ograničenje trajanja mere na 12 meseci podrazumeva njeno ukupno trajanje po bilo kom osnovu i bilo kom zakonu ili se faktički ista mera može sprovesti 12 meseci po Zakonu o BIA a zatim još 12 meseci po ZKP? Mišljenja smo da bi ovakvo tumačenje bilo preširoko i omogućavalo bi različite zloupotrebe u pogledu ograničavanja prava na privatnost, tako što bi se „loptica prebacivala” sa jednog organa na drugi u cilju zaobilazanja zakonskih odredbi o maksimalnom trajanju mera tajnog nadzora. Sa druge strane, teško da će se ovaj problem pojaviti u praksi jer zakoni o bezbednosnim agencijama uopšte ne predviđaju mogućnost obaveštavanja lica koje je bilo pod merama o tome, dok ZKP samo propisuje takvu mogućnost, ali ne i obavezu. Najjednostavnije rečeno, lice koje ne zna da je bilo prisluškivano i ne može znati koliko je dugo bilo prisluškivano, od strane koje „službe” niti može ispitivati zakonitost takvog prisluškivanja.

Imajući u vidu „tajnost” mera nadzora, ne iznenađuje da je ESLJP dozvolio osporavanje zakona koji uređuju ove mere *in abstracto* i bez dokazivanja konkretne povrede prava podnosioca predstave, odnosno za podnošenje predstave pojedinac se može, pod određenim uslovima, pozivati na samu mogućnost da bude žrtva primene tajnih mera, bez da dokazuje da su mere u konkretnom slučaju i primenjene.³⁶

2.5. Uništavanje materijala pribavljenog korišćenjem mera tajnog nadzora

Članom 163. ZKP je predviđeno da će se materijal prikupljen korišćenjem posebnih dokaznih radnji uništiti ako javni tužilac ne pokrene krivični postupak u roku od šest meseci od dana kada se upoznao sa prikupljenim materijalom ili ako

35 O dokaznom značaju snimaka koji nisu proizašli iz dokaznih radnji vidi: Natalija Živković, „Dokazni značaj fotografija, audio i video snimaka koji nisu proizašli iz dokaznih radnji”, *CRIMEN* 2/2020., str. 180–193.

36 Roman Zakharov v. Russia, 47143/06, presuda od 04.12.2015., Liberty and others v. United Kingdom, 58243/00, presuda od 01.07.2008., Kennedy v. United Kingdom, 26839/05, presuda od 18.08.2010.

izjavi da ga neće koristiti u postupku, odnosno da protiv osumnjičenog neće zahvatiti vođenje postupka. Rešenje o uništenju prikupljenog materijala donosi sudija za prethodni postupak, materijal se uništava pod njegovim nadzorom i o tome se sastavlja zapisnik.

Zakon o BIA ne propisuje nikakvu obavezu uništavanja materijala prikupljenog korišćenjem posebnih mera, osim u pomenutom slučaju kada usled „hitnog postupanja” direktor Agencije donese naredbu o proširenju već određene posebne mere, a sud zatim odbije ovaj predlog o proširenju mere (čl. 15b).

Po Zakonu o BBA i VOA sav materijal koji nije u nadležnosti ovih agencija se mora dostaviti nadležnoj službi bezbednosti ili policiji, nakon čega se mora uništiti u roku od 30 dana, o čemu komisija sastavlja zapisnik. Međutim, pomenuti zakon ne predviđa šta je sa materijalom koji je prikupljen a jeste u nadležnosti VBA ili VOA, ne propisujući obavezu njegovog uništavanja, proceduru za njegovo uništavanje niti rok u kome se takav materijal može čuvati.

Navedena rešenja suprotna su praksi ESLJP koja jasno insistira na uništavanju materijala pribavljenog merama tajnog nadzora. Tako su, u pomenutom predmetu Ekmdziev, između ostalih problema bugarske regulative izdvojeni i ti što nije predviđeno da nezavisan organ vrši reviziju primene mera nadzora ili da utvrđuje da će materijal koji je pribavljen primenom tih mera biti uništen i u kom roku, ako se ne koristi kao dokaz u krivičnom postupku, kao i što nedostaju propisi koji bi uredili postupke koji se sprovode ako materijal treba uništiti.³⁷ I u drugim predmetima je ESLJP posebno insistirao na tome da se unutrašnjim pravom moraju jasno predvideti okolnosti u kojima snimci mogu ili moraju biti izbrisani i trake uništene, kao jednom od minimalnih standarda koje je potrebno ispuniti kako bi se mere tajnog nadzora uskladile sa zahtevima člana 8 EKLJP.³⁸

ZAKLJUČAK

Pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, doma, prepiske i komunikacije je u pojedinim slučajevima neophodno ograničiti u interesu „višeg cilja” koji se ogleda u rasvetljavanju i dokazivanju najtežih krivičnih dela kao i zaštite nacionalne bezbednosti. Međutim, široka i neodređena zakonska regulativa omogućava zloupotrebu mera tajnog nadzora od strane države i njenih službi i najozbiljnija kršenja osnovnih prava pojedinaca „u ime unutrašnje sigurnosti neke države”. Dok VBA primenjuje ove mere samo prema zaposlenima u Ministarstvu odbrane i pripadnicima Vojske Srbije, BIA ima daleko veća ovlašćenja u tom pogledu, pa ih može primenjivati prema svakom licu, grupi ili organizaciji za koje sumnja da preduzimaju ili pripremaju radnje protiv bezbednosti Republike Srbije. Ova prilično široka formulacija omogućava da se svako lice proglasi bezbednosno interesantnim

37 Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev v Bulgaria, 62540/00, presuda od 28.07.2007., paras 85–90.

38 Weber and Saravia v. Germany, 54934/00, odluka o prihvatljivosti od 29.06.2006., Liberty and Others v. the United Kingdom, 58243/00, presuda od 01.07. 2008., Sefilyan v. Armenia, 22491/08, presuda od 2.10.2012.

i podvrgne nadzoru, bez mogućnosti da to ikada sazna. Za razliku od ZKP koji makar predviđa mogućnost obaveštavanja lica prema kome je primenjena neka od posebnih dokaznih radnji o tome, Zakon o BIA, kao ni Zakon o VBA i VOO, čak ni ne sadrže takvu mogućnost, pa lice koje ne zna da je bilo prisluškivano ne može ni znati koliko je dugo bilo prisluškivano, od strane koje „službe” niti može ispitivati zakonitost takvog prisluškivanja. Time se ne dovodi u pitanje samo povreda prava na nepovredivost tajnosti pisama i drugih sredstva komuniciranja predviđena članom 41 Ustava RS, već i pravo na pravno sredstvo iz čl. 22 Ustava, odnosno pravo na sudsku zaštitu usled povrede ili uskraćivanja prava zagarantovanog Ustavom, imajući u vidu da lice koje ne zna da je bilo pod nadzorom ne može ni tražiti sudsku zaštitu usled povrede prava na nepovredivost sredstava komuniciranja. Pored toga, uprkos ustavnoj garanciji nepovredivosti stana (čl. 40), zakoni o službama bezbednosti, za razliku od ZKP ne isključuju primenu mera tajnog nadzora i u stanovima. Imajući to u vidu može se zaključiti da obaveštajne agencije i dalje, u skladu sa starom parolom „OZNA sve dozna” imaju mogućnost da „sve doznaju”, za razliku od građana koji po postojećoj regulativi teško da mogu i saznati da su (bili) podvrgnuti nadzoru i da su im ustavom zagarantovana prava dovedena u pitanje.

Vanja Bajović

Law Faculty, University of Belgrade

SECRET SURVEILLANCE BY THE POLICE AND SECURITY SERVICES

SUMMARY

Confidentiality of letters and other means of communication is guaranteed by Serbian Constitution (art. 41.), which allows derogation only for a specific period of time, based on the court's decision, if necessary to conduct criminal proceedings or protect the security of the country. The same is assured by Article 8 of ECHR through the guarantee of respect for private and family life, home, and correspondence. In the era of internet and mobile phones, less and less communication is corresponded with 'letters', mentioned by the Constitution and legal texts, but rather the focus is on 'other means of communication', under which all means of transferring a written or spoken word (e-mail, phone calls, mobile applications, etc.) are implied. Legal restrictions of these rights are foreseen by the CPC in the form of special evidentiary actions in order to conduct criminal proceedings, as well as by the laws on security Agencies in order to protect the security of the Republic of Serbia. These laws are largely inconsistent both terminologically and in content, which opens the door to legal insecurity and raises the logical question who and under which conditions "may covertly surveill us and our communication"?

Fairly broad legal formulations allow each person to be declared security interesting and subjected to surveillance, without possibility to, thereafter, be informed about that. Unlike the CPC, which at least prescribes the possibility of notifying the person under whom some of the special evidentiary actions have been implemented, the laws on Security Agencies

do not even contain such a possibility, so a person who does not know that he/she was under surveillance cannot even know how long it lasted nor can question the legality of such surveillance. This calls into question not only the violation of the right to privacy, but also the right to legal remedy, i.e., the right to judicial protection due to violation of the right guaranteed by the Constitution, bearing in mind that a person who does not know that he/she was under surveillance cannot even seek judicial protection due to an infringement of the right to privacy. Furthermore, despite the constitutional guarantee of inviolability of the home, the laws on the security services, unlike the CPC, do not exclude the application of secret surveillance measures in private homes.

In this paper are analyzed some controversial legal rules related to the covert supervision of communication, surveillance, and recording, conducted by the police and security agencies. Starting with the permitted constitutional deviations from the principles of inviolability of communication concerning criminal proceedings and the protection of national security, the first part of the work is devoted to these measures, which in the form of special evidentiary actions are applied in criminal proceedings, while the second part deals with secret measures applied by security agencies. The problem is approached from the perspective of the right to privacy and existing ECHR case law.

Keywords: covert supervision of communication, covert surveillance, criminal procedure, security agencies.

Ivan Đokić*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

ZABRANA PRISUSTVOVANJA ODREĐENIM SPORTSKIM PRIREDBAMA KAO KRIVIČNA I PREKRŠAJNA SANKCIJA

Apstrakt: U radu su razmotrena pitanja koja se odnose na način zakonskog uređenja zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama, koja u našem kaznenom pravu ima status krivične i prekršajne sankcije. I kao mera bezbednosti, propisana Krivičnim zakonikom, i kao zaštitna mera, sadržana u Zakonu o prekršajima, ova sankcija novijeg porekla ima za cilj uspešnije kontrolisanje kriminaliteta sa elementom nasilja na sportskim priredbama. Iako joj se pravna priroda razlikuje, njena sadržina je u oba slučaja ista – učiniocu krivičnog dela, odnosno prekršaja zabranjuje se prisustvovanje određenim sportskim priredbama u periodu koji opredeli sud. Uprkos tome što je pravno obličje ove mere gotovo identično regulisano normama krivičnog i prekršajnog prava, prisutne su i neke neusklađenosti, koje se teško mogu argumentovano braniti.

Svakako najslabija tačka u zakonskom regulisanju zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama kao zaštitne i mere bezbednosti predstavlja način na koji je uređeno pitanje njenog izvršenja. Osim jedne odredbe koja je sadržana u Krivičnom zakoniku, odnosno Zakonu o prekršajima, naši propisi krivičnog i prekršajnog izvršnog prava uopšte ne predviđaju norme kojima bi bio preciziran postupak izvršenja ove mere, iako je od trenutka njenog uvođenja u naše zakonodavstvo prošlo više od jedne decenije. Upravo je to osnovni razlog što su u praksi povodom ovog pitanja prisutne brojne nedoumice.

Paralelno sa kritičkom analizom postojećeg zakonskog rešenja kojim je uređen pravni okvir ove sankcije u srpskom kaznenom pravu, fragmentarno su razmotrena i neka pitanja koja se dotiču krivičnog dela nasilničkog ponašanja na sportskim priredbama i javnom skupu, za koje se u praksi ova mera kao krivična sankcija najčešće i izriče. Naposletku su dati statistički podaci o primeni pomenute mere bezbednosti i konačan sud autora u pogledu njene kriminalnopolitičke opravdanosti i stvarnih efekata na planu suzbijanja nasilničkog ponašanja na sportskim priredbama.

Ključne reči: nasilničko ponašanje, zabrana prisustvovanja, sportska priredba, mera bezbednosti, zaštitna mera.

UVOD

Sve učestaliji neredi i nasilničko ponašanje na sportskim takmičenjima, pre svega fudbalskim utakmicama, bili su povod da se po uzoru na neka strana i u srpsko zakonodavstvo uvede zasebna krivična sankcija koja bi podrazumevala zabranu prisustvovanja učinioca kaznenog dela određenim sportskim priredbama.¹ Takva

* docent, djokic@ius.bg.ac.rs

1 Problem nasilja na sportskim priredbama prepoznat je i na međunarodnom planu, pa je, barem kada je o evropskom okviru reč, nakon tragedije na belgijskom stadionu „Heysel“ 1985. godine,

sankcija je najpre uvedena u naše kazneno pravo Zakonom o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama iz 2003. godine, kao zaštitna mera za prekršaje predviđene tim zakonom, iako je tada važeći Zakon o prekršajima nije predviđao u sistemu prekršajnih sankcija. Neprihvatljivost takve neusklađenosti otklonjena je tek 2009. godine, izmenama pomenutih zakona, kada je ova zaštitna mera prebačena u Zakon o prekršajima.² Istovremeno je procenjeno da postoji potreba za jednom takvom sankcijom i u našem krivičnom zakonodavstvu, pa je Novelom Krivičnog zakonika iz decembra iste godine zabrana prisustvovanja određenim sportskim priredbama predviđena kao mera bezbednosti.³ Na taj način je naša država usvojila rešenje koje je sve prisutnije u uporednom pravu, a koje predviđa pojačan vid represije u odnosu na jednu jasno istaknutu kategoriju učinilaca koji vrše nasilna krivična dela pre, za vreme, ili nakon održavanja određene sportske manifestacije. Iako je nesporno da su i represivna sredstva neophodna za suzbijanje nasilja na sportskim priredbama, takva sredstva nisu naročito delotvorna ukoliko nisu kombinovana sa primenom odgovarajućih preventivnih mera, tako da kontrola ove vrste kriminaliteta podrazumeva celovit sistem mera od kojih su neke upravljene ka tome da se obezbedi nesmetano i bezbedno održavanje sportske priredbe i spreči nasilničko ponašanje na takvim priredbama, dok se druge primenjuju u odnosu na prekršioce relevantnih kaznenopravnih odredaba. U tom kontekstu, u Republici Srbiji su Zakonom o sportu⁴ i Zakonom o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama⁵ predviđene odgovarajuće preventivne aktivno-

na nivou Saveta Evrope usvojena Evropska konvencija o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno na fudbalskim utakmicama, koju je naša država ratifikovala 1990. godine („Službeni list SFRJ“ – *Međunarodni ugovori*, br. 9/1990).

- 2 Đ. Đorđević /2011/: „Zabrana prisustvovanja određenim sportskim priredbama“, u: *Kaznena reakcija u Srbiji* (ur. Đ. Ignjatović), Beograd, 158–159.
- 3 „Službeni glasnik RS“, broj 111/09. Iako su opsežne izmene i dopune Krivičnog zakonika izvršene u septembru 2009. godine, kada je između ostalog uvedena i mera bezbednosti zabrane približavanja i komunikacije sa oštećenim, tada nije predloženo uvođenje ove mere, već je to učinjeno svega nekoliko meseci kasnije. Nesumnjivo da je najvažniji razlog za tako ishitrenu naknadnu reakciju zakonodavca predstavljao događaj skraj septembra kada je u Beogradu, na dan održavanja međunarodne fudbalske utakmice između FK „Partizan“ i FK „Tuluz“ u okviru Lige Evrope, u napadu na gostujuće navijače od strane nekoliko desetina huligana usmrćen francuski državljanin Bris Taton (Brice Taton). Pritisak jedne ozbiljne evropske države na srpske vlasti da se u potpunosti razjasne sve okolnosti tog tragičnog događaja i svi odgovorni adekvatno kazne uticala je na zaoštavanje krivičnopravne reakcije u sferi nasilničkog kriminaliteta povezanog sa sportskim takmičenjima, tako da je i krivično delo nasilničko ponašanje na sportskoj priredbi ili javnom skupu preseljeno iz Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama u Krivični zakonik (član 344a), s tim što su pooštrene kazne kako za pomenuto krivično delo, tako i za odgovarajuće prekršaje. Pitanje je da li bi reakcija zakonodavca bila tako oštra da navedeni događaj nije imao element inostranosti. Naime, brojni slučajevi nasilja na sportskim priredbama iz dotadašnje domaće prakse nisu podstakli zakonodavca da interveniše, već su ili ostali nerešeni, ili su i oni drastičniji okončani uz prilično slab i bolećiv odgovor prema učiniocu, kao što je slučaj sa incidentom na stadionu FK „Crvena zvezda“ za vreme utakmice istoimenog fudbalskog kluba i FK „Hajduk“ iz Kule, kada je na severnoj tribini brutalno napadnut i umalo usmrćen jedan policajac.
- 4 „Službeni glasnik RS“, br. 10/2016 – u daljem tekstu ZS.
- 5 „Službeni glasnik RS“, br. 67/2003, 101/2005 – dr. zakon, 90/2007, 72/2009 – dr. zakon, 111/2009, 104/2013 – dr. zakon i 87/2018 – u daljem tekstu ZSNP.

sti u vezi sa sprečavanjem nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama,⁶ dok su Krivičnim zakonikom i Zakonom o prekršajima propisane represivne mere, kao vid reakcije na nasilje koje se formalno ispoljava kao neki od kaznenih delikata (krivično delo, prekršaj).⁷

U nastavku teksta biće analizirane odredbe Krivičnog zakonika⁸ kojima je uređeno obličje mere bezbednosti zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama, uz odgovarajuće napomene o istoimenoj zaštitnoj meri koja postoji u srpskom prekršajnom pravu.

1. NORMATIVNO OBLIČJE MERE ZABRANE PRISUSTVOVANJA ODREĐENIM SPORTSKIM PRIREDBAMA U SRPSKOM KAZNENOM PRAVU

Članom 89b stav 1. KZ predviđeno je da *sud može učiniocu krivičnog dela izreći meru zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama, kada je to neophodno radi zaštite opšte bezbednosti*. Centralni uslov za izricanje ove mere bezbednosti nije u dovoljnoj meri određen, ali u doktrini prevladuje shvatanje da ga treba shvatiti kao bezbednost ljudi (njihovog života i tela) i imovine.⁹ Ovo je opravdano, s obzirom na to da pojam opšte bezbednosti nije precizan i mogao bi biti shvaćen u širem smislu,¹⁰ što ne bi odgovaralo svrsi ove mere bezbednosti, koja ima za cilj da zaštiti građane od nasilja na sportskim priredbama. S tim u vezi, čini se da bi bilo prihvatljivije da je zakonodavac ovaj materijalni uslov za izricanje mere bezbednosti zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama vezao za postojanje opasnosti da će učinilac na sportskoj priredbi ponoviti krivično delo, kao što je to uobičajeno kod drugih mera bezbednosti.¹¹ Jer, ukoliko se navedeni uslov ne shvati kao opasnost da će učinilac ponovo izvršiti neko krivično delo onda je sporna i pravna

6 Tako je shodno odredbama člana 157. ZS organizator sportske priredbe između ostalog obavezan da: osigura nesmetano i bezbedno održavanje sportske priredbe; preduzme mere koje omogućavaju predupređenje rizika nastanka štete za sportiste, gledaoce i druge učesnike sportske priredbe i treća lica (upozorenja, isticanje zabrana, davanje obaveštenja i uputstava i sl.), kao i mere kojima se na povećane rizike utiče (bezbednost sportskog objekta, ispravnost i adekvatnost instalirane i druge opreme, obezbeđenje hitne medicinske pomoći, odvijanje manifestacije u skladu sa propozicijama i dr.); preduzme potrebne bezbednosne mere za sprečavanje nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama i mere za sprečavanje drugih negativnih pojava u sportu, u skladu sa zakonom i sportskim pravilima; itd. Odredbama druge glave ZSNNP predviđen je još detaljniji niz preventivnih mera za koje su odgovorni savezi, sportska društva i klubovi, kao i organizator sportske priredbe.

7 N. Mrvić Petrović /2013/: „Nedostaci zakonske regulative kao razlog nedelotvorne primene zabrana prisustvovanja određenim sportskim priredbama“, *Pravni život*, № 9, 623–624.

8 „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 – u daljem tekstu KZ.

9 Z. Stojanović /2020/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd, 376.

10 N. Mrvić Petrović /2013/: 628.

11 E. Čorović, I. Milić /2016/: „Zabrana prisustvovanja određenim sportskim priredbama u kaznom pravu Srbije: kritički osvrt“, u: *Evropske integracije: pravda, sloboda i bezbednost*, tom 2, Beograd, 462–463.

priroda ove sankcije, tj. ona bi se teško mogla uklopiti u sistem mera bezbednosti, koje imaju za cilj da otklone stanja ili uslove koji mogu biti od uticaja da učinilac ubuduće vrši krivična dela (član 78. KZ). Inače je u literaturi prisutan stav da zabrana prisustvovanja određenim sportskim priredbama u suštini predstavlja dodatno kažnjavanje učinioca krivičnog dela.¹² Takvo shvatanje nije bez osnova i bez obzira na to što je u našem krivičnom pravu ova sankcija dogmatski grupisana među mere bezbednosti, njen punitivan karakter je nesporan i nije stoga čudno što je u nekim zakonodavstvima takva mera svrstana u kazne.¹³

Pri tome, nikakav dodatni uslov u pogledu vrste i težine krivičnog dela nije predviđen, tako da u načelu ne postoji ograničenje primene ove mere bezbednosti na tačno određeni krug krivičnih dela ili vezanost za odgovarajući propisani kazneni raspon. No, i u tom slučaju, iako bi jezička stilizacija navedene odredbe omogućavala i drugačije tumačenje, ne bi bilo opravdano izricanje ove mere bezbednosti učiniocu krivičnog dela koje nije povezano sa sportskom priredbom, samo zato što bi to bilo neophodno radi zaštite opšte bezbednosti.¹⁴ Polazeći od ciljnog tumačenja, kao i smisla ove mere bezbednosti, treba zaključiti da njena primena dolazi u obzir samo kada je učinjeno krivično delo u vezi sa sportskom priredbom.¹⁵

Iz zakonske odredbe nedvosmisleno proizlazi *fakultativnost* izricanja ove mere bezbednosti, s tim što je odredbom člana 89b stav 5. KZ propisano da se zakonom može odrediti *obavezna* zabrana prisustvovanja određenim sportskim priredbama, što je i učinjeno kod krivičnog dela nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi ili javnom skupu (član 344a stav 6. KZ), uz koje se u praksi ova mera uglavnom i izriče.¹⁶ Naravno da to mogu biti i neka druga krivična dela koja su izvršena u vezi sa

- 12 N. Delić /2011/: „Krivično delo nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi ili javnom skupu (član 344a KZ RS)“, *Pravni život*, № 9, 258.
- 13 Vid. E. Ćorović /2015/: *Sistem krivičnih sankcija Republike Srbije*, Novi Pazar, 228.
- 14 E. Ćorović, I. Milić /2016/: 462.
- 15 I pored toga što je zakonodavac prilično široko postavio pretpostavke za primenu ove mere bezbednosti, to rešenje je bez dileme bolje od onog koje je prisutno u prekršajnom pravu. Naime, odredbe člana 63. Zakona o prekršajima („*Službeni glasnik RS*“, br. 65/2013, 13/2016, 98/2016 – odluka US, 91/2019 i 91/2019 – dr. zakon – u daljem tekstu ZP) koje uređuju ovu zaštitnu meru uopšte ne određuju uslove za njeno izricanje. To znači da se ova mera ne može izreći neposredno na osnovu Zakona o prekršajima, već prekršajni propis koji definiše prekršaj mora posebno da je propiše. I. Vuković /2021/: *Prekršajno pravo*, Beograd, 122. S pravom je ovaj propust zakonodavca na udaru kritike naše doktrine, jer primera radi, prekršaj koji u članu 23. predviđa ZSNNP, za koji je obavezno izricanje ove mere, između ostalog postoji kada učinilac prodaje ili konzumira alkoholna pića suprotno zabrani (ranije je tu bila uključena i preprodaja ulaznica protivno zabrani), što se ne može smatrati nasiljem ili nedoličnim ponašanjem na sportskoj priredbi za koje bi bilo nužno učiniocu prekršaja zabraniti prisustvovanje sportskim priredbama. E. Ćorović, I. Milić /2016/: 473.
- 16 Jednako je i odredbama ZP (član 63. stav 6.) predviđeno da se propisom kojim se određuje prekršaj može predvideti obavezno izricanje zaštitne mere zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama, što u odustvu opšeg uslova za izricanje ove zaštitne mere znači da se ona u prekršajnom pravu može primeniti jedino ako je njeno izricanje za odgovarajući prekršaj izričito predviđeno. Tako je članom 23. stav 3. ZSNNP predviđeno da se za prekršaj iz stava 1. istog člana fizičkom licu uz kaznu za prekršaj, obavezno izriče i zaštitna mera zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama. Navedeni prekršaj čini ono fizičko lice koje: baca predmete na sportski teren ili u gledalište, fizički napada učesnike na sportskoj priredbi ili učestvuje u fizič-

sportskom priredbom. Tako je u jednom primeru iz naše sudske prakse zabrana izrečena učiniocu krivičnog dela teške telesne povrede. U konkretnom slučaju učinioc je kao aktivni učesnik (golman) sportske priredbe (fudbalske utakmice okružne lige Kraljevo, između FK „Morava“ iz Sirče i FK „Budućnost“ iz Konareva) teško telesno povredio u predelu glave oštećenog, za šta ga je prvostepeni sud osudio na kaznu zatvora od šest meseci. Međutim, imajući u vidu da je optuženi krivično delo izvršio kao učesnik sportske priredbe i to kao golman domaće ekipe prilikom odigravanja fudbalske utakmice, drugostepeni sud je našao da razlozi opšte bezbednosti zahtevaju da se optuženom izrekne mera bezbednosti zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama. Zbog toga je drugostepeni sud preinačio presudu prvostepenog suda i optuženom izrekao ovu meru tako što mu je zabranio prisustvovanje svim sportskim utakmicama FK „Morava“ u trajanju od jedne godine.¹⁷ U poslednje vreme sudovi ovu meru bezbednosti često izriču i za imovinska krivična dela.

Zbog svoje pravne prirode kao dopunske krivične sankcije, ova mera bezbednosti je *nesamostalnog* karaktera, tj. učiniocu krivičnog dela ne može se izreći samostalno, već samo uz kaznu ili uslovnu osudu (član 80. stav 5. KZ). Iako u tom pogledu formalno u obzir dolazi bilo koja od pet, u KZ, propisanih kazni, jasno je da bi bilo neprihvatljivo izricanje ove mere uz kaznu doživotnog zatvora i to ne samo u slučaju kada je reč o krivičnom delu kod koga je uslovni otpust izričito isključen. Inače, ukoliko je mera iz člana 89b KZ izrečena uz kaznu zatvora, vreme provedeno u kaznenoj ustanovi ne uračunava se u vreme trajanja ove mere (stav 3.), dok će sud u slučaju paralelnog izricanja uslovne osude i ove mere *odrediti* da će se osuda opozvati ako učinilac prekrši zabranu prisustvovanja određenim sportskim priredbama (stav 4.). Ne samo da je zakonodavac predviđanjem obaveznog opozivanja uslovne osude u slučaju kršenja navedene zabrane postupio drugačije nego što je to učinjeno kod nekih drugih mera bezbednosti koje se mogu izreći uz uslovnu osudu,¹⁸ već se na taj način otvara pitanje odnosa ove odredbe i one koja je sadržana u članu 69. KZ, kojom je opozivanje uslovne osude uslovljeno nepostojanjem opravdanih razloga za neispunjenje određenih obaveza koje su sadržane u krivičnopravnim odred-

kom obračunu na sportskoj priredbi, uništava imovinu prilikom dolaska ili odlaska sa sportske priredbe, neovlašćeno uđe na sportski teren, odnosno u službene prostorije i službene prolaze sportskog objekta ili u deo gledališta sportskog objekta koji je namenjen protivničkim navijačima, unese ili pokuša da unese u sportski objekat, ili poseduje ili upotrebljava u sportskom objektu, alkohol ili druga opojna sredstva, unese ili pokuša da unese u sportski objekat ili koristi pirotehnička sredstva i druge predmete i sredstava kojima može da se ometa tok sportske priredbe, poseduje u dolasku ili odlasku sa sportske priredbe pirotehnička sredstva, predmete i sredstva kojima može da se ugrozi bezbednost, pali navijačke rekvizite ili druge predmete, maskira lice radi prikriivanja identiteta u slučaju vršenja bilo kog oblika nasilja, korišćenjem odevnih ili drugih predmeta, ne postupi po nalogima redarske službe, ili prodaje ili konzumira alkoholna pića suprotno zabrani.

17 (Presuda Višeg suda u Kraljevu 3K. 56/12 od 10. oktobra 2012. godine i presuda Apelacionog suda u Kragujevcu Kž. 1-5753/12 od 25. decembra 2012. godine).

18 Tako je kod mera bezbednosti iz člana 85. KZ (zabrana vršenja poziva, delatnosti i dužnosti) i člana 86. KZ (zabrana upravljanja motornim vozilom) propisano da ako izrekne uslovnu osudu, sud *može* odrediti da će se ta osuda opozvati, ako učinilac prekrši dogovarajuću zabranu.

bama.¹⁹ Ukoliko bi se uzelo da je na taj način derogirana primena opštih pravila o opozivanju uslovne osude zbog neispunjenja određenih obaveza, onda ni prisustvo opravdanih razloga zbog kojih osuđeni nije bio u mogućnosti da se lično javi službenom licu u područnoj policijskoj stanici i boravi u njihovim prostorijama ne bi moglo sprečiti donošenje takve odluke, što je sasvim neprihvatljivo. Zbog toga treba prihvatiti stav da i u ovom slučaju prednost imaju opšte odredbe sadržane u članu 69. KZ, tako da ako uslovno osuđeni iz opravdanih razloga nije mogao neposredno pre početka vremena održavanja određene sportske priredbe lično da se javi službenom licu u područnoj policijskoj stanici, ne bi bilo opravdano opozivati uslovnu osudu.²⁰

Inače je pre Zakona o izmenama i dopunama KZ iz 2016. godine bilo predviđeno (član 89 b stav 5. KZ) da sud koji je izrekao ovu meru bezbednosti može kazniti zatvorom od trideset dana do tri meseca učinioca koji posle izdržane kazne zatvora prekrši zabranu prisustvovanja određenim sportskim priredbama, odnosno ne izvrši dužnost javljanja.²¹ Pitanje pravne prirode ove odredbe bilo je sporno. U literaturi je većinski bio prihvaćen stav da je zakonodavac na taj način specifičnom tehnikom propisao zasebno krivično delo odredbama opšteg dela KZ. Međutim, takvom stavu donekle se protivila neobaveznost, tj. samo normirana mogućnost kažnjavanja; osim toga, kritici je izloženo i predviđanje ovakvog dejstva samo u slučaju da je do kršenja zabrane došlo nakon izdržane kazne zatvora, a ne i onda kada je ova mera bezbednosti izrečena uz neku drugu kaznu.²² Osim toga, situacija kada učinilac prekrši zabranu nakon pravnosnažnosti odluke kojom mu je izrečena ova mera bezbednosti, ali pre nego što je upućen na izdržavanje kazne zatvora bila je nepokrivena, pa je to pitanje i u sudskoj praksi bilo rešavano na različite načine.²³

19 Prigovor da je u članu 69. KZ određeno dejstvo za slučaj neispunjenja obaveza koje su učinioци određene uz uslovnu osudu, te da se ta odredba ne odnosi na rešenje iz člana 89b stav 4. načelno se dá lako otkloniti, jer i zabrana u suštini predstavlja određenu obavezu (učinioca da se neposredno pred početak sportske priredbe lično javi u policijsku stanicu i u njoj boravi za vreme trajanja sportske priredbe). Međutim, kako sud prilikom određivanja obaveza uz uslovnu osudu istovremeno određuje i rok za ispunjenje tih obaveza, koji se mora kretati u okviru određenog vremena proveravanja, proizlazi da i u slučaju izricanja mere bezbednosti zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama uz uslovnu osudu sud treba da odredi i rok za ispunjenje te obaveze. To bi ipak moglo da učini spornom mogućnost da sud zabranu prisustvovanja određenim sportskim priredbama odredi u dužem trajanju od utvrđenog vremena proveravanja. S obzirom na to da su u pitanju dve različite krivične sankcije treba dozvoliti mogućnost da trajanje mere bezbednosti bude duže od, u uslovnoj osudi, utvrđenog vremena proveravanja.

20 Z. Stojanović /2021/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 384. Uostalom, ni Zakonik o krivičnom postupku („*Službeni glasnik RS*“, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – odluka US i 62/2021 – odluka US) u odredbama kojima je regulisan postupak opozivanja uslovne osude ne navodi slučaj nepoštovanja određenih zabrana. Lj. Četenović /2014/: „Mera bezbednosti zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama“, *Bilten sudske prakse Apelacionog suda u Kragujevcu*, № 1, 52–53.

21 ZP u članu 63. stav 4. predviđa da će učinilac prekršaja kome je pravnosnažnom presudom izrečena mera zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama, a koji ne poštuje zabranu na način koji je zakonom utvrđen, biti kažnjen zatvorom od trideset do šezdeset dana.

22 Z. Stojanović /2021/: 384–385.

23 Iako je to jasno proizlazilo iz zakonske odredbe, u praksi se postavilo pitanje može li se odredba kojom je ustanovljena mogućnost kažnjavanja učinioca kome je uz kaznu zatvora izrečena mera

Definitivno je ovo pitanje rešeno na prihvatljiviji način nakon Novele KZ iz 2016. godine, kada je brisana sporna odredba, a uvedeno novo krivično delo, članom 340a KZ (kršenje zabrane utvrđene merom bezbednosti), kojim je predviđena novčana kazna ili kazna zatvora do šest meseci za kršenje zabrane utvrđene izrečenom merom bezbednosti.²⁴

KZ je predviđeno da se ova mera bezbednosti izvršava na taj način što je učinilac krivičnog dela dužan da se *neposredno pre početka vremena održavanja određenih sportskih priredbi lično javi službenom licu u područnoj policijskoj upravi, odnosno policijskoj stanici, na području na kojem se učinilac zatekao i da boravi u njihovim prostorijama za vreme održavanja sportske priredbe* (član 89b stav 2. KZ). Iako se može prigovoriti da joj nije mesto među odredbama materijalnopravnog karaktera, ovo je ujedno i jedina odredba koja je u našem krivičnom zakonodavstvu posvećena izvršenju navedene mere bezbednosti. Naime, naši propisi krivičnog izvršnog prava, Zakon o izvršenju krivičnih sankcija²⁵ i Zakon o izvršenju vanzavodskih sankcija i mera,²⁶ uopšte ne sadrže pravila koja bi uredila postupak izvršenja ove mere bezbednosti!²⁷ Upravo se u vezi sa izvršenjem mere u praksi javlja najviše nedoumica. U tom kontekstu se otvorilo pitanje kako će policijski organi kojima je stavljeno u nadležnost sprovođenje mere biti obavješteni o zabrani koja je izrečena određenom učiniocu. Preovladalo je shvatanje koje je i u praksi zaživelo, da sud

bezbednosti zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama u slučaju kršenja zabrane primeniti i onda kada je zabrana prekršena nakon pravnosnažnosti osude, ali pre nego što je osuđeni upućen na izdržavanje kazne zatvora. Tako je na zajedničkom sastanku krivičnih odeljenja viših sudova sa područja Apelacionog suda u Kragujevcu zauzet stav da je u ovoj situaciji sud ovlašćen da kazni osuđenog **samo ako nakon izdržane kazne** na koju je osuđen prekrši navedenu zabranu. Na sednici od 19. oktobra 2016. godine Krivično odeljenje Apelacionog suda u Kragujevcu jednoglasno je prihvatilo usaglašeni stav krivičnih odeljenja viših sudova. Iako je takvo rešenje bilo u duhu ranije važeće zakonske odredbe iz člana 89b stav 5. KZ, u našoj sudskoj praksi bile su prisutne i drugačije odluke. Tako je u jednom slučaju presudom Višeg suda u Beogradu okrivljenom izrečena mera zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama i to prisustvovanjem svim košarkaškim utakmicama KK "Slodes" u vremenskom trajanju od jedne godine. Međutim, kako se osuđeni nije pridržavao izrečene mere i pre nego što je započela primena kazne kućnog zatvora na koju je osuđen, sud ga je kaznio kaznom zatvora u trajanju od trideset dana. Argument uz koji je sud pristao bio je da zabrana nastupa danom pravnosnažnosti presude kojom je mera izrečena, tako da je žalba branioca odbijena kao neosnovana. (Rešenje Apelacionog suda u Beogradu Kž2. 65/15 od 15. januara 2015. godine i rešenje Višeg suda u Beogradu K. 14/14, Kv. 3902/14 od 3. decembra 2014. godine).

24 To je rešenje popunilo i prazninu koja je postojala kod drugih mera bezbednosti koje se sastoje u odgovarajućoj zabrani (zabrana vršenja poziva, delatnosti i dužnosti, zabrana upravljanja motornim vozilom, zabrana približavanja i komunikacije sa oštećenim), za koje nije bio predviđen odgovarajući mehanizam za slučaj kršenja te zabrane (osim kod prve dve ukoliko su izrečene uz uslovnu osudu, a sud je odredio da će se uslovna osuda opozvati u slučaju kršenja zabrane).

25 „Službeni glasnik RS“, br. 55/2014 i 35/2019.

26 „Službeni glasnik RS“, br. 55/2014 i 87/2018.

27 Podjednako važi i za istoimenu zaštitnu meru iz ZP. Jedina odredba koja se odnosi na izvršenje ove mere sadržana je u članu 63. stav 1. ZP (Zabranjena prisustvovanja određenim sportskim priredbama sastoji se u obavezi učinioca prekršaja da se neposredno pre početka vremena održavanja određenih sportskih priredbi lično javi službenom licu u područnoj policijskoj upravi, odnosno policijskoj stanici na području na kojem se učinilac prekršaja zatekao i da boravi u njihovim prostorijama za vreme održavanja sportske priredbe.).

koji je izrekao meru bezbednosti treba da dostavi presudu nadležnoj policijskoj upravi, shodno mestu prebivališta, odnosno boravišta osuđenog.²⁸ Međutim, i u tom pogledu su u praksi uočeni određeni problemi, jer se dešava da sud ili uopšte ne dostavi nadležnoj policijskoj upravi presudu na izvršenje, ili to učini nakon proteka dužeg vremena od trenutka kada je presuda postala pravnosnažna.²⁹ Po dostavljanju presude, policijska uprava bi trebalo da obavesti osuđenog o obavezi javljanja i upozori ga na moguće posledice u slučaju neizvršenja.³⁰ Međutim, kako je u KZ utvrđena obaveza osuđenog da se neposredno pre početka sportske priredbe lično javi službenom licu u policijskoj upravi, odnosno stanici na čijem se području *zatekao*, nije jasno na koji način će biti obezbeđeno evidentiranje njegovog javljanja ako to nije učinjeno u području na kome učinilac ima prebivalište, tako da praćenje izvršenja ove mere bezbednosti nije nimalo jednostavno.³¹ Ovako definisana obaveza inače ukazuje na to da učinilac nije sprečen da napusti mesto u kome živi u vreme održavanja sportske priredbe, ali nije jasno da li mu je dozvoljeno da putuje u inostranstvo, kao ni to da li u tom periodu mora da napusti radno mesto, školu, fakultet, ukoliko je zaposlen, ili je učenik, odnosno student.³² I uopšte, da li postojanje opravdanog razloga zbog kojeg učinilac nije mogao da ispuni utvrđenu dužnost ličnog javljanja i boravka u prostorijama područne policijske stanice (na primer, bolest) predstavlja kršenje izrečene zabrane? Pored toga, ovde se otvaraju i neki drugi problemi, pretežno organizaciono-tehničkog karaktera. Kako je učinilac dužan ne samo da se lično javi nadležnom službenom licu u područnoj policijskoj upravi, odnosno stanici, već i da u njihovim *prostorijama boravi* za vreme održavanja sportske priredbe, ovde se u stvari radi o nekoj vrsti preventivnog policijskog pritvora, a da pri tome nije rešeno ni u kojim to tačno prostorijama će učinilac boraviti, a da ne ometa normalan rad policijskih službenika.³³

Dodatni problem na ovom mestu predstavlja i tumačenje dela odredbe kojom je učiniocu određena obaveza da se *neposredno pre početka* vremena održavanja određene sportske priredbe javi nadležnom organu. Nije jasno kako shvatiti pome-

28 Lj. Četenović /2014/: 51. Bolje rešenje u tom kontekstu sadrži ZP, jer u članu 63. stav 5. predviđa da je sud o izrečenoj zaštitnoj meri dužan da obavesti područnu policijsku upravu prema mestu prebivališta kažnjenog lica. S obzirom na to da KZ predviđa obavezu da se učinilac javi u policijsku upravu, tj. stanicu na čijem se području neposredno pre početka sportske priredbe na kojoj mu je zabranjeno prisustvo *zatekao*, sudovi ponekad pogrešno određuju da je osuđeni dužan da se lično javi službenim licima policijske uprave u mestu *prebivališta* i da u njihovim prostorijama boravi za vreme trajanja sportske priredbe. Vid. Presudu Višeg suda u Kraljevu 2K. 186/10 od 27. septembra 2010. godine i presudu Apelacionog suda u Kragujevcu Kž. 1–5836/10 od 27. januara 2011. godine.

29 Upravo je u jednom slučaju dostavljanjem presude policijskoj upravi i to nakon više od dva meseca od dana kada je presuda postala pravnosnažna obesmišljena zabrana sadržana u izrečenoj meri bezbednosti, jer je sportska priredba na kojoj učinilac nije smeo da prisustvuje održana i pre nego što su nadležna službena lica bila upoznata sa zabranom. S. Marković /2016/: „Mera bezbednosti 'Zabrana prisustvovanja određenim sportskim priredbama' u praksi policije i pravosuđa“, *NBP – Žurnal za kriminalistiku i pravo*, № 1, 153.

30 I. Vuković /2022/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd, 536.

31 E. Čorović, I. Milić /2016/: 468–469.

32 Đ. Đorđević /2011/: 161–162.

33 Z. Stojanović /2021/: 383–384.

nute izraze, a i pitanje je kako tretirati slučaj kada se učinilac neblagovremeno javi službenom licu u policijskoj upravi, tj. šta ako se javi tek nakon početka sportske priredbe. Čini se da bi mala zakašnjenja trebalo tolerisati, naročito ukoliko učinilac ima opravdan razlog zbog kojeg nije mogao blagovremeno da se javi (u vreme održavanja sportske priredbe nalazi se u mestu koje mu nije dovoljno poznato). U odnosu na ovo pitanje treba imati u vidu da se prema odredbama ZSNNP (član 2. stav 3.) vremenom održavanja sportske priredbe smatra vremenski interval od *dva časa pre* početka sportske priredbe *do dva časa nakon* njenog završetka, a ukoliko se radi o sportskoj priredbi povećanog rizika taj interval je dvostruko viši. Pod uslovom da se vreme održavanja sportske priredbe u kontekstu odredbe člana 89b KZ shvati ovako široko to bi značilo da je učinilac dužan da se najmanje dva časa (ili četiri) pred zvanični početak sportske priredbe javi nadležnom organu, kao i da boravi u njegovim prostorijama dva časa (ili četiri) nakon završetka takmičenja. Izgleda da namera zakonodavca nije bila da uslov iz člana 89b KZ bude ovako ekstenzivno određen, jer bi to u slučaju sportskih nadmetanja koja su proglašena za priredbe visokog rizika označilo gotovo celodnevni boravak učinioca u prostorijama područne policijske uprave. Uostalom, pomenuta vremenska odrednica iz ZSNNP data je isključivo za potrebe tog zakona, tako da bi uslov javljanja učinioca neposredno pre početka sportske priredbe trebalo restriktivno tumačiti.³⁴

Trajanje zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama određuje sud, s tim što zabrana ne može biti *kraća od jedne niti duža od pet godina*,³⁵ računajući od dana pravnosnažnosti odluke (član 89b stav 3. KZ).³⁶ Opšte je prihvaćeno da sud u izreci presude treba da odredi ne samo vreme na koje izriče ovu meru bezbednosti, već i da opredeli na koje se sportske priredbe zabrana odnosi.³⁷ Drugi navedeni zahtev nedvosmisleno proizlazi i iz naziva ove mere bezbednosti (zabrana prisustvovanja *određenim* sportskim priredbama). U praksi se to uobičajeno

34 U istom smislu i E. Ćorović /2015/: 231.

35 U pojedinim evropskim zakonodavstvima prisutna su i drastičnija rešenja, pa je tako u Češkoj moguće čak i doživotno zabraniti učiniocu krivičnog dela posećivanje određenih sportskih događaja. Vid. D. Šuput /2010/: „Pravni okvir koji uređuje borbu protiv nasilja na sportskim priredbama u evropskim državama“, *Strani pravni život*, № 1, 241.

36 Zanimljivo je da ZP (član 63. stav 2.) predviđa da se istoimena zaštitna mera može izreći u trajanju od jedne do čak osam godina! Ovo rešenje je s pravom izloženo kritici u našoj stručnoj literaturi (vid. N. Mrvić Petrović /2013/: 630; I. Vuković /2021/: 123.), jer je nedopustivo da sankcija koja ima istu prirodu i istog je sadržaja bude strože uređena u prekršajnom, nego u krivičnom pravu. Ne samo da je takav zakonodavni potez načelno neprihvatljiv, već i u konkretnom kontekstu zadobija groteskne obrise. Tako bi učiniocu krivičnog dela iz člana 344a KZ koji neovlašćeno uđe na sportski teren ili deo gledališta namenjen protivničkim navijačima i izazove nasilje sud mogao da izrekne zabranu prisustvovanja određenim sportskim priredbama u najdužem trajanju od pet godina, dok bi učiniocu prekršaja iz člana 23. ZSNNP koji neovlašćeno uđe na sportski teren, odnosno u službene prostorije i službene prolaze sportskog objekta ili u deo gledališta sportskog objekta koji je namenjen protivničkim navijačima mogla biti izrečena istoimena mera u trajanju do neverovatnih osam godina!

37 Prema odredbama ZS (član 3.) sportska priredba je određeni, planski pripremljen i sproveden, vremenski ograničen sportski događaj, za koji postoji javni interes i na kojem učestvuje više sportista. ZSNNP u članu 2. sadrži odredbu prema kojoj se sportskim priredbama, u smislu tog zakona, smatraju sportska takmičenja i sportske manifestacije, bez bližeg preciziranja ovih pojmova.

jeno čini ukazivanjem na zvanične utakmice konkretne grane sporta imenovanog sportskog kluba u preciziranom periodu.³⁸ Tako je u jednom slučaju sud učiniocu koji je oglašen krivim za krivično delo nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi ili javnom skupu iz člana 344a KZ, jer je vređao i napao fudbalskog sudiju, izrekao i meru bezbednosti iz člana 89b KZ, tako što mu je zabranjeno da prisustvuje *svim fudbalskim utakmicama fudbalskog kluba čiji je navijač* i to u vremenskom trajanju od jedne godine od dana pravnosnažnosti presude.³⁹ U drugom slučaju učiniocu je zabranjeno prisustvovanje turniru u malom fudbalu koji se održava jednom godišnje u čast gradske opštine Lajkovac, pa je tako osuđeni nekoliko časova u toku dva dana proveo u prostorijama policijske uprave.⁴⁰ U svakom slučaju, ova zabrana uvek mora da se odnosi na tačno određene sportske priredbe (vrsta sportske priredbe, mesto održavanja, sportski klubovi, učesnici sportske priredbe, rang takmičenja i sl.), jer bi u suprotnom, s obzirom na način izvršenja ove mere bezbednosti, zabrana koja bi se odnosila na veoma širok krug sportskih priredbi (na primer, sve fudbalske utakmice) ne bi imala nikakvog smisla, jer bi se zbog brojnosti ovakvih sportskih priredbi, ako bi se uopšte mogla sprovesti, pretvorila u neku vrstu kazne lišenja slobode.⁴¹ Međutim, preciziranje koje se sreće u sudskoj praksi, kojim se učiniocu zabranjuje prisustvovanje samo utakmicama sportskog kluba čiji je navijač i imenovanog protivnika na neki način relativizuje represivnost ove mere bezbednosti, kojoj se u tom slučaju daje samo simboličan karakter; učiniocu je inače dopušteno da prati sportska nadmetanja kluba za koji navija, osim kada su u pitanju susreti sa tačno određenim rivalskim klubom, što u slučaju kada se radi o klubovima koji se u trenutku pravnosnažnosti presude više ne nadmeću u istom rangu takmičenja i ne deluje kao stvarna zabrana.⁴²

38 I. Vuković /2022/: 535.

39 (Presuda Apelacionog suda u Beogradu Kž. 1. broj 3760/11 od 31. oktobra 2011. godine i presuda Višeg suda u Beogradu K. br. 177/11 od 19. maja 2011. godine). Sudovi najčešće zabranu vezuju za prisustvo priredbama sportskog kluba čiji je učinilac navijač. Tako je u jednom slučaju sud dvojici učinilaca koji su se sukobili na istoj utakmici, uz osudu za krivično delo iz člana 344a KZ izrekao i meru bezbednosti zabrane prisustvovanja sportskim priredbama, na taj način što je prvookrivljenom u periodu od tri godine zabranjeno prisustvovanje utakmicama FK „Crvena zvezda“, dok je drugookrivljenom u istom periodu zabranjeno prisustvovanje svim utakmicama OFK „Beograd“. Presuda Apelacionog suda u Beogradu Kž1. 1834/11 od 5. aprila 2012. godine i presuda Višeg suda u Beogradu K. 3288/10 od 07. decembra 2010. godine. Navedeno prema: A. Trešnjević /2013/: *Zbirka sudskih odluka iz krivičnogopravne materije. Knjiga 9*, Beograd, 51–52.

40 S. Marković /2016/: 151.

41 Đ. Đorđević /2011/: 160. Tako je u jednom slučaju (Presuda Višeg suda u Valjevu, K. br. 267/14 od 14. maja 2014. godine) učiniocu uz uslovnu osudu izrečena mera bezbednosti iz člana 89b KZ kojom je utvrđena zabrana prisustvovanja *ligi i turnirima u malom fudbalu* u trajanju od jedne godine. Međutim, s obzirom na ogroman broj turnira i ligaških takmičenja u malom fudbalu, sprovođenje navedene zabrane bilo bi gotovo nezamislivo. Zbog toga je policijska uprava zahtevala od suda da precizira na koje se utakmice zabrana odnosi. To je učinjeno tako što je određeno da se mera odnosi na sve lige u fudbalu u kome se takmiče klubovi iz Valjeva u fudbalskim zonama zapadne Srbije i na sve turnire u malom fudbalu koji se održavaju u organizaciji FS Srbije na području Valjeva. S. Marković /2016/: 156.

42 Tako je presudom Višeg suda u Valjevu (K-49/12 od 31. avgusta 2012. godine) navijaču i igraču FK „Trlič“ uz uslovnu osudu izrečena i mera bezbednosti iz člana 89b KZ koja se sastojala u zabrani prisustvovanja fudbalskim utakmicama koje se održavaju između FK „Trlič“ i FK „Tvrdo-

Iako KZ ne ograničava lica kojima se mera bezbednosti iz člana 89b može izreći, sporno je da li to mogu biti obavezni učesnici sportske priredbe (igrači, treneri, sudije), jer bi u tom slučaju došlo do faktičkog onemogućavanja tih lica da obavljaju svoju profesionalnu delatnost. U tom kontekstu je i u našoj sudskoj praksi prisutna dilema mogu li se izvršiocem krivičnog dela nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi ili javnom skupu, za koje je izricanje ove mere bezbednosti obavezno, smatrati i aktivni učesnici sportske priredbe. Prema odredbi člana 2. stav 5. ZSNP učesnicima sportske priredbe smatraju se *sva lica koja su prisutna na sportskoj priredbi*. Polazeći od ove odredbe, koja na najširi način određuje pojam učesnika, načelno ne postoje prepreke da izvršilac krivičnog dela iz člana 344a KZ bude i lice koje je takmičar, ili na drugi način aktivno učestvuje u sportskoj priredbi, tako da bi mera bezbednosti mogla biti izrečena i licima čije je učešće u sportskoj priredbi obavezno. Takav stav zauzima i Vrhovni kasacioni sud u pogledu dvojice trenera rukometnih ekipa koji su se fizički obračunavali za vreme trajanja sportske priredbe.⁴³ Istom stavu u jednoj kasnijoj odluci priklanja se i Apelacioni sud u Beogradu, potvrđujući prvostepenu presudu Višeg suda, kojom je oglašen krivim za delo iz člana 344a KZ igrač ragbi ekipe „Dorcol“, koji je za vreme odigravanja utakmice fizički napao i povredio igrača ragbi kluba „Crvena zvezda“.⁴⁴ Međutim, u jednoj svojoj ranijoj odluci Apelacioni sud u Beogradu je zauzeo stav da učesnici sportskog takmičenja (u konkretnom slučaju igrači fudbalskog kluba), odnosno lica koja po statutu sportskog saveza imaju svojstvo obaveznog i dozvoljenog učesnika sportskog takmičenja, ne mogu biti izvršioci ovog krivičnog dela. Sud je u tom slučaju, primenjujući sistemati-

jevac“, u trajanju od godinu dana. Ipak, kako se u trenutku kada je presuda postala pravnosnažna dva kluba više nisu nalazila u istom rangu takmičenja meru bezbednosti i nije bilo moguće izvršiti. S. Marković /2016/: 149–150.

- 43 U konkretnom slučaju učesnici obračuna su oslobođeni od optužbe za navedeno krivično delo, ali je u postupku po uloženom zahtevu za zaštitu zakonitosti Vrhovni kasacioni sud konstatovao povredu krivičnog zakona u korist okrivljenih, istakavši da primena krivičnog zakona u pogledu ocene ko može biti izvršilac predmetnog krivičnog dela, a zatim i da li postoji ovo krivično delo nije isključena time što su neka od lica prisutnih na sportskoj priredbi prethodno kažnjena za disciplinski prekršaj propisan odgovarajućim pravnim aktima Sportskog saveza. U nastavku obrazloženja je navedeno da „odredbe Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama ne isključuju primenu odredbe člana 344-a. KZ na sva lica prisutna na sportskoj priredbi koja izvrše bilo koju od alternativno propisanih radnji izvršenja predmetnog krivičnog dela, zbog čega je neprihvatljiv stav drugostepenog suda koji iz kruga lica koja mogu biti izvršioci ovog krivičnog dela, isključuje sva druga lica prisutna na sportskoj priredbi osim gledalaca.“ Sentenca iz presude Vrhovnog kasacionog suda Kzz 24/12 od 11. aprila 2012. godine, utvrđena na sednici Krivičnog odeljenja 27. novembra 2012. godine.
- 44 Apelacioni sud zaključuje da se „odredbe člana 344a KZ primenjuju (se) na sva lica prisutna na sportskoj priredbi koja izvrše bilo koju od alternativno propisanih radnji izvršenja predmetnog krivičnog dela zbog čega su suprotni navodi žalbe branioca okrivljenog kojima se ističe da okrivljeni kao igrač na sportskom terenu ne može biti izvršilac ovog krivičnog dela ocenjeni kao neosnovani.“ Presuda Apelacionog suda u Beogradu Kž1. br. 443/18 od 26. juna 2018. godine i presuda Višeg suda u Beogradu K. br. 240/17 od 05. marta 2018. godine. Isti stav Apelacioni sud u Beogradu zauzeo je i u odluci iz 2013. godine, smatrajući da igrača košarkaškog kluba koji je u hali „Pinki“ nezadovoljan odlukom napao i teško telesno povredio sudiju treba oglasiti krivim za krivično delo iz člana 344a KZ, a ne za tešku telesnu povredu, kako je to učinio prvostepeni sud. Rešenje Apelacionog suda u Beogradu Kž1. 5612/12 od 18. novembra 2013. godine i presuda Višeg suda u Beogradu K. 1115/12 od 18. aprila 2013. godine. Navedeno prema: A. Trešnjev /2016/: *Zbirka sudskih odluka iz krivičnog prava materije. Knjiga 10*, Beograd, 94–95.

ske i teleološko tumačenje, pošao i od Evropske konvencije o nasilju i nedoličnom ponašanju gledalaca na sportskim priredbama, posebno fudbalskim utakmicama, čija je svrha sprečavanje i suzbijanje nasilja od strane *gledalaca*.⁴⁵ Ovakvo shvatanje se prihvata i u srpskoj doktrini, uz obrazloženje da je ponašanje aktivnih učesnika sportskih takmičenja regulisano pravilima i propisima koji važe u određenoj oblasti sporta, te da su propisane i disciplinske kazne za kršenje određenih pravila, kao i da iz samog naziva navedene mere bezbednosti proizlazi da se ona pre svega odnosi na gledaoce.⁴⁶ U suprotnom, izricanje navedene mere bezbednosti i aktivnim učesnicima sportske priredbe faktički bi dovelo do toga da se tim licima zabranjuje vršenje odgovarajuće profesionalne delatnosti u određenom periodu. Do toga ipak ne bi došlo u slučaju da učinilac u međuvremenu raskine ugovor sa dotadašnjim i zaključi ugovor sa novim sportskim klubom, jer preciziranje zabrane na tačno određene sportske priredbe isključuje mogućnost da ona bude određena kao apsolutna zabrana prisustvovanja sportskim priredbama. Uostalom, postoji mogućnost da se sam pojam prisustvovanja uže tumači i odredi tako da se pod njega ne može podvesti i učestvovanje, pa bi primera radi profesionalnom fudbaleru kome je izrečena ova mera bilo zabranjeno da prisustvuje sportskoj priredbi kao gledalac, ali ne i da u njoj učestvuje kao takmičar.⁴⁷

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Kada je reč o zabrani prisustvovanja određenim sportskim priredbama kao krivičnoj i prekršajnoj sankciji, može se zaključiti da takva sankcija ima legitimno mesto u sistemu represivnih mera kojima se jedan državno-pravni poredak nastoji izboriti sa problemom nasilja na sportskim priredbama. Načelno, specijalno i generalno preventivni kapacitet ove mere nije sporan i ona bi uz adekvatnu primenu mogla pružiti osetan doprinos suzbijanju ove forme kriminaliteta. Međutim, način na koji je pravno oblikovana ova sankcija u našem krivičnom i prekršajnom pravu ispoljava brojne manjkavosti, pre svega na planu izvršenja. Nedopustivo je da toliko dugo od njenog uvođenja još uvek nije uređen postupak izvršenja ove sankcije. Naravno, se ničim ne može pravdati propisivanje dužeg opšteg maksimuma ove mere u prekršajnom pravu u odnosu na maksimum koji je predviđen normama krivičnog prava. Stoga je neophodno da se ova nelogičnost otkloni tako što bi meru u ZP trebalo ograničiti na maksimalno trajanje od dve, ili eventualno tri godine, kao što je to bio slučaj u našem ranijem prekršajnom zakonodavstvu.

S druge strane, i način preciziranja zabrane od strane suda može u konkretnom slučaju imati različit represivni karakter, te manje ili više pogoditi učinioca i njego-

45 Z. Stojanović /2021/: 1051.

46 *Ibidem*.

47 *Ibidem*. Bolje rešenje u tom kontekstu sadrži crnogorski Zakon o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama („*Službeni list CG*“, br. 51/2017), kojim je predviđeno da se tri zaštitne mere iz člana 32. (zabrana prisustvovanja određenim sportskim priredbama na teritoriji Crne Gore, sa obavezom javljanja policiji; zabrana prisustvovanja određenim sportskim priredbama na teritoriji Crne Gore, sa obavezom boravka u prostorijama policije; zabrana odlaska na određene sportske priredbe u inostranstvo u kojima učestvuju crnogorska reprezentacija ili sportski klubovi, sa obavezom javljanja u prostorije policije i obavezom predavanja putne isprave) ne mogu izreći takmičarima (član 32. stav 4.).

vu slobodu da prati određene sportske manifestacije. Tako, zabrana koja je omeđena na taj način da pokriva samo nemogućnost prisustvovanja međusobnim susretima dva sportska kluba i nema naročitu težinu, s obzirom na relativno mali broj mogućih uzajamnih susreta u toku jedne takmičarske godine. Naposletku, može se prigovoriti i to da vezivanje zabrane za praćenje sportskog kolektiva u određenom periodu shodno navijačkoj pripadnosti samo relativno doprinosi prevenciji nasilja na sportskim priredbama, jer učinilac nije sprečen da prisustvuje bilo kojim drugim sportskim manifestacijama.

Povrh svega već navedenog, neprihvatljiva je i odredba člana 89b stav 4. KZ kojim je predviđeno obavezno opozivanje uslovne osude ukoliko je zabrana prisustvovanja određenim sportskim priredbama izrečena uz ovu meru upozorenja, a učinilac prekrši utvrđenu zabranu. Navedenu odredbu bi trebalo korigovati tako da se umesto obaveznog predvidi samo mogućnost opozivanja uslovne osude u slučaju nepoštovanja zabrane, kao što je to i učinjeno kod drugih mera bezbednosti koje se iscrpljuju u odgovarajućoj zabrani. Zaista, bilo bi krajnje nepravično takvo dejstvo u slučaju da učinilac iz opravdanih razloga nije mogao da ispuni obavezu javljanja područnoj policijskoj upravi, odnosno stanici. U tom bi pogledu i za naše zakonodavstvo bila prihvatljiva korektura po uzoru na odredbe crnogorskog Zakona o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama (član 36.), shodno kojima je učinilac prekršaja koji iz opravdanih razloga, zdravstvenog stanja ili profesionalnih obaveza, nije u mogućnosti da ispuni obavezu iz odgovarajuće zaštitne mere dužan da se javi telefonom u prostorije organizacione jedinice policije prema mestu prebivališta i obavesti o adresi na kojoj se nalazi.⁴⁸ U obzir dolazi i izvesno modeliranje zabrane, tako da u jednoj varijanti ona bude pretočena u obavezu učinioca da se neposredno pre održavanja određene sportske priredbe samo javi nadležnoj policijskoj upravi, u drugoj da u prostorijama policije boravi za vreme trajanja sportske priredbe i u trećoj varijanti da predstavlja obavezu javljanja i predaje putne isprave, kako bi se sprečilo prisustvo učinioca sportskoj priredbi u inostranstvu.

Ukoliko se pogleda i zvanična statistika (vid. tabelu ispod)⁴⁹ može se uočiti da osim 2012. godine, kada je mera bezbednosti zabrane prisustvovanja određenim sportskim priredbama izrečena u rekordnom broju slučajeva, njena primena u kasnijem periodu beleži ogroman pad i kreće se u rasponu od nekoliko desetina, pa sve do nešto preko stotinu izrečenih mera na godišnjem nivou.

Godina	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Broj izrečenih mera	2787	94	117	169	133	72	95	43	143

Kako je problem nasilja na sportskim priredbama i dalje aktuelan i ne smanjuje se, može se zaključiti da je dosadašnji doprinos ove mere bezbednosti suzbijanju kriminaliteta na sportskim priredbama veoma skroman.⁵⁰

48 U tom slučaju policija je ovlašćena da proveri da li se učinilac prekršaja nalazi na datoj adresi, te da u suprotnom raspiše potragu radi dovođenja tog lica sudiji za prekršaje (član 36. stav 2. i 3.).

49 Izvor: <https://www.stat.gov.rs>.

50 Da su neredi ne samo za vreme, već i pre, ali i nakon fudbalskih utakmica i dalje prisutni svedoči i događaj sa poslednje održanog 167. „većitog derbija“, odigranog u aprilu, kada su se na svega

Na kraju, čini se da se postojeći propisi o sprečavanju nasilja na sportskim priredbama u Republici Srbiji ne primenjuju na adekvatan način, te da u tom pogledu izostaje čvršća volja vladajućih struktura da se problem nasilja na sportskim priredbama zaista reši. Dobro je poznato da samo deklarativno zalaganje za efikasniju kontrolu kriminaliteta, otelotvoreno u brojnim zakonskim intervencijama, kojima se umiruje nezadovoljna javnost, ali koje nije praćeno jednako energičnom i doslednom primenom ima samo simboličan značaj. Primena pravnih propisa u ovoj oblasti pre svega izostaje u odnosu na predvodnike navijačkih grupa, za koje postoji pozamašan broj podnetih krivičnih prijava, ili pokrenutih postupaka, koji uglavnom ne budu ni okončani,⁵¹ tako da usvojena normativna rešenja u Republici Srbiji pre imaju kozmetički karakter, nego što predstavljaju efikasno sredstvo u rešavanju problema huliganizma na sportskim takmičenjima.⁵²

LITERATURA

- Ćorović Emir /2015/: *Sistem krivičnih sankcija Republike Srbije*, Novi Pazar.
- Ćorović Emir, Milić Ivan /2016/: „Zabrana prisustvovanja određenim sportskim priredbama u kaznenom pravu Srbije: kritički osvrt“, u: *Evropske integracije: pravda, sloboda i bezbednost*, tom 2, Beograd, 461–476.
- Delić Nataša /2011/: „Krivično delo nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi ili javnom skupu (član 344a KZ RS)“, *Pravni život*, № 9, 239–260.
- Đorđević Đorđe /2011/: „Zabrana prisustvovanja određenim sportskim priredbama“, u: *Kaznena reakcija u Srbiji* (ur. Đ. Ignjatović), Beograd,
- Marković Saša /2016/: „Mera bezbednosti 'Zabrana prisustvovanja određenim sportskim priredbama' u praksi policije i pravosuđa“, *NBP – Žurnal za kriminalistiku i pravo*, № 1, 133–160.
- Mrvić Petrović Nataša /2013/: „Nedostaci zakonske regulative kao razlog nedelotvorne primene zabrana prisustvovanja određenim sportskim priredbama“, *Pravni život*, № 9, 623–632.
- Stojanović Zoran /2020/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd.
- /2021/: *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd.
- Šuput Dejan /2010/: „Pravni okvir koji uređuje borbu protiv nasilja na sportskim priredbama u evropskim državama“, *Strani pravni život*, № 1, 233–263.

nekoliko kilometara od stadiona FK „Crvena zvezda“ sukobile dve suprotstavljene navijačke grupe, uz učešće više desetina osoba, od kojih su neke ozbiljno povređene.

- 51 Odgovarajući na pitanja novinara emisije Insajder u maju 2016. godine, tada predsednik Vlade Republike Srbije, Aleksandar Vučić, je izjavio da država nema dovoljno snage za borbu protiv huligana jer je „za tako nešto potreban društveni konsenzus“.
- 52 <https://insajder.net/emisije/serijali/nemocdrzave/transkript-prve-epizode-1zzm2hyk>. Pojedina istraživanja su pokazala da se bez obzira na veliki broj podnetih krivičnih prijava za krivično delo nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi ili javnom skupu u praksi retko takvi slučajevi pravosnažno okončavaju osuđujućom presudom. Podaci MUP-a Srbije govore da je od 2010. do 2015. godine policija podnela prijave protiv 3.075 lica zbog nasilničkog ponašanja na sportskoj priredbi ili javnom skupu. Prema podacima Višeg suda u Beogradu, u glavnom gradu osuđeno je svega njih 167. Od tog broja najviše je osuđenih na uslovnu osudu (108), dok je u više slučajeva (27) sud izrekao kaznu ispod zakonskog minimuma. <https://www.istinomer.rs/amnezija/da-li-se-i-kako-drzava-bori-protiv-huligana/>.

Trešnjev Aleksandar /2013/: *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije. Knjiga 9*, Beograd.

/2016/: *Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije. Knjiga 10*, Beograd.

Vuković Igor /2021/: *Prekršajno pravo*, Beograd.

/2022/: *Krivično pravo. Opšti deo*, Beograd.

Ivan Đokić

Faculty of Law, University of Belgrade

PROHIBITION OF ATTENDANCE TO CERTAIN SPORTS EVENTS AS A CRIMINAL AND MISDEMEANOR SANCTION

SUMMARY

The paper discusses issues related to the manner of legal regulation of the ban on attending certain sports events, which has the status of criminal and misdemeanor sanction in Serbian legislation. Both as a security measure, prescribed by the Criminal Code, and as a protective measure, contained in the Law on Misdemeanors, this sanction of recent origin aims to more successfully control crime with an element of violence at sports events. Although its legal nature differs, its content is the same in both cases – the perpetrator of a criminal offence or misdemeanor is prohibited from attending certain sports events for a period determined by the court. Despite the fact that the legal form of this measure is almost identically regulated by the norms of criminal and misdemeanor law, there are some inconsistencies, which are difficult to justify.

Certainly, the weakest point in the legal regulation of the ban on attending certain sports events as protective and security measure is the way in which the issue of its execution is regulated. Except for one provision contained in the Criminal Code, ie. the Law on Misdemeanors, our regulations on criminal and misdemeanor executive law do not envisage norms that would specify the procedure for executing this measure, although more than a decade has passed since its introduction into our legislation. This is the main reason why there are numerous doubts in practice regarding this issue.

In parallel with the critical analysis of the existing legal solution which regulates the legal framework of this sanction in Serbian criminal and misdemeanor law, some issues concerning the criminal offence of violent behavior at sports events and public meetings were also fragmented. At the same time, it is a criminal offence for which this security measure is most often imposed in court practice. Finally, statistical data on the application of the mentioned security measure and the final judgment of the author in terms of its criminal policy justification and real effects in terms of combating violent behavior at sports events are given.

Keywords: violent behavior, ban on attendance, sports event, security measure, protective measure.

Natalija Lukić*

Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu

PORAST STOPE ZATVARANJA – TRENDОВI I MOGUĆA OBJAŠNENJA

Apstrakt: Predmet rada je stopa zatvaranja pod kojom se podrazumeva i analizira stopa osuđenih na zatvorsku kaznu, kao i stopa zatvorenika i stopa prijema u kaznene ustanove. Autorka najpre ukazuje na trendove stope zatvaranja iz uporedne perspektive. Potom se izlaže o mogućim objašnjenjima porasta zatvoreničke populacije, što je trend koji beleži veliki broju država, uključujući i Srbija. Pažnja je posvećena represivnim zakonskim rešenjima, stopi kriminaliteta, određenim ekonomskim kao i političkim faktorima, a potom i kulturološkim i istorijskim. U drugom delu rada autorka predstavlja stopu osuđenih na kaznu zatvora u Srbiji u poslednjih nekoliko decenija kao i stopu zatvoreničke populacije. Iako obe kategorije beleže porast, evidentno je da je on upadljiviji kod zatvoreničke populacije, što se može objasniti izmenama na planu krivičnog zakonodavstva, ali primeri određenih krivičnih dela pokazuju da se u analizi kaznene politike sudova u obzir moraju uzeti i druga objašnjenja.

Gljučne reči: stopa zatvaranja, kaznena politika, kazneni populizam, stopa kriminaliteta.

UVOD

Tema koja, naročito u poslednjoj deceniji, privlači pažnju u kriminologiji, ali i u teoriji krivičnog prava, jeste sve represivnija kaznena politika. U tom kontekstu govori se o širenju granica krivičnog prava, hipertrofiji, kaznenom populizmu, kulturi kontrole i sl. Pod pojmom kaznene politike misli se prevashodno na aktivnosti zakonodavca (Stojanović 2012: 2), dok se manje pažnje posvećuje izučavanju kaznene politike sudova, odnosno analizi dugoročnih trendova kažnjavanja svih ili konkretno određenih krivičnih dela. U jednom takvom istraživanju Ignjatović (2012: 108–114) ukazuje da je došlo do zaoštavanja kaznene politike sudova u odnosu na većinu analiziranih krivičnih dela. Represivnija zakonska rešenja ne moraju uvek biti jedini faktor objašnjenja strože kaznene politike sudova. Opredeljenje za izricanje težih kazni po vrsti ili po meri može biti uzrokovano i drugim okolnostima, a najčešće se navodi uticaj medija i sa tim u vezi veći strah javnosti od kriminaliteta kao i represivni stavovi građana koji mogu biti iskorišćeni u političke svrhe. Nisu ni retka mišljenja da se blaža kaznena politika vezuje za države blagostanja i da prema tome ekonomski faktori imaju bitnu ulogu. Pored navedenog, treba imati u vidu i da sudije, pod uticajem medija i političkih diskursa, mogu vremenom steći utisak da je kriminalitet postao organizovaniji i teži čime se objašnjavaju slučajevi strožeg kažnjavanja određenih krivičnih dela, a da tome nije prethodilo uvođenje represivnijih zakonskih rešenja (Stancu & Varona 2020: 254).

* docent, natalija.lukic@ius.bg.ac.rs

Jedna od posledica strožih zakonskih rešenja, kao i strože kaznene politike sudova, je i uvećanje zatvorske populacije. Treba, ipak, naglasiti da iako se u literaturi navode primeri brojnih država, među koje spada i Srbija, u kojima je došlo do porasta zatvoreničke populacije, ne prate sve zemlje iste trendove (stopa zatvaranja u skandinavskim državama među najnižima je u Evropi). Povećanje zatvorske populacije povezano je i sa pogoršanjem uslova u zatvorima koji postaju prenaseljeni. U takvim situacijama državama stoji na raspolaganju ili mogućnost izgradnje novih kaznenih ustanova ili donošenje zakona o amnestiji kao što je to bio slučaj u Srbiji 2012. godine.¹

U radu se teorijski i empirijski razmatra stopa zatvaranja. Pri tome, potrebno je napraviti razliku između sledeće tri kategorije: 1) stopa osuđenih na zatvorsku kaznu odnosi se na ukupan broj lica osuđenih na kaznu zatvora u svakoj analiziranoj godini na 100.000 stanovnika; 2) stopa zatvorenika odnosi se na ukupan broj lica lišenih slobode koji se u datom trenutku nalaze u kaznenim ustanovama (stopa se takođe računa u odnosu na 100.000 stanovnika); 3) stopa prijema u kaznene ustanove odnosi se na broj lica primeljenih u datom trenutku u kaznene zavode i takođe se računa u odnosu na 100.000 stanovnika.

1. KOMPARATIVNI POGLED NA STOPU ZATVARANJA

Iako se za period od 70-ih i 80-ih godina prošlog veka navodi da predstavlja vremenski trenutak kada na planu kaznene politike dolazi do zaokreta od orijentacije na tretman i rehabilitaciju ka strožim zakonskim rešenjima, a samim tim i češćom primenom zatvorske kazne (Tonry 2014: 17, Birkett 2017:38), činjenica je da se taj proces nije odvijao podjednako u svim državama. Na jednoj strani su države poput SAD i Engleske i Velsa koje upravo karakteriše sve represivnija kaznena politika, ali isto ne važi za mnoge druge države. Za SAD je karakteristično da se već duži vremenski period nalazi na prvom mestu po broju zatvorenika u svetu. Zanimljivo je da je sve do 70-ih godina prošlog veka stopa zatvaranja u toj državi bila stabilna i kretala se oko 110 zatvorenika na 100.000 stanovnika da bi potom počela da raste i danas se kreće oko vrednosti od 450 odnosno 680 ukoliko se uzmu u obzir i osuđenici u lokalnim zatvorima (Garland 2001:10). Ne samo da SAD ima visoku stopu zatvaranja, već se i kaznena politika razlikuje prema vrsti izrečenih kazni. Prema podacima iz 2019. godine 29 od 50 saveznih država i dalje poznaje i izriče smrtnu kaznu, dok je oko 50.000 osuđenika dobilo doživotnu kaznu zatvora bez prava na uslovni otpust što je skoro četvrtina svih osuđenih na kaznu doživotnog zatvora. Čak i najblaža kaznena politika jedne savezne američke države stroža je od najstrože u Evropi (Garland 2019: 4).

Kaznena politika evropskih država nije sledila takav primer. Čak je i Rusija zbog pristupanja Savetu Evrope ukinula smrtnu kaznu i krenula u pravcu politike suzbijanja kriminaliteta koji je drugačiji u odnosu na onaj u SAD (Cavadino & Dignan 2006: 439). I u evropskim državama, koje je poslednjih decenija karakterisala stroža kaznena politika, postoje bitne razlike u odnosu na SAD. Najpre, stroža

¹ „Službeni glasnik RS”, broj 107 od 9. novembra 2012.

zakonska rešenja nisu bila usmerena ka svim, već samo određenim kategorijama učinilaca (najteža nasilna dela, dela protiv polne slobode i dela u vezi sa narkoticima). Za učinioce ostalih krivičnih dela postoje znatno veće mogućnosti primene alternativnih krivičnih sankcija. (Whitman 2003: 71). Osim toga, amnestija je zakonska mogućnost koju poznaje većina evropskih država, ali ne i SAD (Whitman 2003: 84). Kao primer možemo navesti Francusku za koju se navodi da je u periodu 1975–2010. godine imala stabilnu stopu zatvaranja (udeo zatvorske kazne se kreće oko 20% svih izrečenih krivičnih sankcija). No, iako sudovi nisu češće birali kaznu zatvora, istovremeno je došlo do povećanja ukupne zatvorske populacije što ukazuje na izricanje dužih zatvorskih kazni i samim tim na strožu kaznenu politiku (Robert 2013: 111–112).

Prema podacima Saveta Evrope o zatvorima (SPACE I:9) situacija u evropskim državama je veoma raznovrsna. Najpre, kada je u pitanju stopa populacije koja je lišena slobode² možemo primetiti da je u najmanjem broju država situacija u periodu 2005–2015. godine stabilna, potom dolazi grupa država u kojima je primetno smanjenje zatvoreničke populacije, dok je u najbrojnijoj grupi, u kojoj se nalazi i naša zemlja, došlo do porasta. Pored tih podataka, u obzir bi trebalo uzeti i stopu prijema zatvorenika i pritvorenika (*flow of entries*). Podaci pokazuju da je najbrojnija grupa sastavljena od država u kojima je u istom vremenskom periodu zabeležen smanjen broj novih prijema, dok je u 11 država, uključujući i Srbiju, zabeležen porast. U pet država nema promena. Podaci Saveta Evrope pokazuju da je u najvećem broju država u periodu 2005–2015. godine došlo do porasta prosečne dužine zatvorske kazne merene brojem dana provedenih u penalnim institucijama. I ovoga puta Srbija se nalazi u najbrojnijoj grupi (više od polovine svih država) u kojoj se beleži porast dužine zatvaranja. Iako navedeni podaci ukazuju na primetno strožu kaznenu politiku u većini evropskih država, činjenica je da se ne može govoriti o svojevrsnoj kaznenoj homogenizaciji (Cavadino & Dignan 2006: 440) i da ima više smisla da se izdvoje zajedničke karakteristike određenih regiona (Karstedt 2015: 375–376).

2. MOGUĆA OBJAŠNENJA PORASTA ZATVORENIČKE POPULACIJE

2.1. Pooštravanje zakonskih rešenja

Povećanje represivnosti krivičnog prava danas je karakteristično za veliki broj država. Ta represivnost ogleda se u kontinuiranom širenju krivičnopravnih inkriminacija, povećanju propisanih zatvorskih kazni, uvođenju ograničenja za primenu opštih instituta koji bi doveli do blažeg kažnjavanja, nejasnom definisanju inkriminacija itd. (Stojanović & Kolarić 2015: 120–121). Ima mišljenja da se opravdanje kazne više ne može pronaći samo u retributivističkim ili utilitarističkim shvatanjima, već da postoji i treći – normativistički pristup koji se uopšte ne bavi pojedincem ni sa aspekta prevencije ni pravednosti i srazmernosti. Kažnjavanje u normativi-

2 Iako dokument usvaja termin *prison population rate* (stopa zatvoreničke populacije), jasno se navodi da je uključena i pritvorska populacija. Podaci pokazuju stanje populacije lišene slobode 1. septembra svake analizirane godine.

stičkom smislu usmereno je ka javnosti i njenoj želji za osvetom kao i strahom od zločina. Jedino na taj način mogu se razumeti zakonska rešenja kao što su doživotni zatvor bez prava na uslovni otpust, pravilo tri prestupa (*three-strikes law*) i kazne lišenja slobode neodređenog trajanja (Tonry 2014: 5–7).

Ni Srbija ne odstupa od usvajanja sve represivnijih krivičnopравnih rešenja. Samo tri godine nakon stupanja na snagu važećeg Krivičnog zakonika usvojene su prve izmene koje su u teoriji označene upravo kao primer povećanja represivnosti (Stojanović & Kolarić 2015: 121). Poslednjim izmenama i dopunama zakonodavac ide u istom smeru imajući u vidu sledeće bitne izmene:

1. Nova formulacija svrhe kažnjavanja (čl.42) dodavanjem četvrtog stava po kome je svrha kažnjavanja i ostvarivanje pravednosti i srazmernosti između učinjenog dela i težine krivične sankcije. Na taj način unet je i element retributivnosti (Kolarić 2020: 209);
2. Uvođenje kazne doživotnog zatvora bez prava na uslovni otpust u određenim slučajevima (čl. 46, st.5);
3. Strože kažnjavanje povrata i višestrukog povrata (Kolarić 2019:23);
4. Širenje kruga inkriminacija kod kojih je isključeno zakonsko i sudsko ublažavanje (vidi Vuković 2022: 487);
5. Promena uslova za izricanje uslovne osude tako što umesto ranije granice od deset godina, zakonodavac sada predviđa da se uslovna osuda ne može izreći za krivična dela za koja se može izreći kazna zatvora u trajanju od osam godina ili teža kazna.

2.2. Odnos kažnjavanja i stope kriminaliteta

O tome da li je stroža kaznena politika uzrokovana kretanjem kriminaliteta postoje različita gledišta. Tako Aebi i Linde (2015:426) ističu sledeće relacije:

Po prvoj tvrdnji viša stopa kriminaliteta vodi u veću zatvorsku populaciju;

Po drugoj, viša stopa zatvorenika redukuje stopu kriminaliteta zbog tri razloga: lišavanje slobode onemogućava zatvorenike da čine krivična dela; uticaj generalne prevencije na ostale; činjenica da puštanje na slobodu (amnestija) zatvorenika doводи do porasta kriminaliteta.

Isti autori tvrde da povezanost kriminaliteta i izricanja zatvorskih kazni nije linearnog već cirkularnog karaktera. Garland (2018: 16) navodi da ne treba prihvatiti mišljenje pojedinih autora kako se radi o potpuno nepovezanim pojavama, ali ističe da je sasvim moguće da se desi da porast kriminaliteta (na primer nasilničkog u SAD od 1965–1973. godine) ne bude odmah praćen strožim zakonskim rešenjima ili strožom kaznenom politikom sudova, kao što je moguća i obratna situacija tj. da uprkos padu kriminaliteta (opet primer SAD od 90-ih godina prošlog veka) dođe do strože kaznene politike. Na primeru kažnjavanja ubistava možemo ilustrovati navedene tvrdnje. Engleska i Vels kao i Škotska izriču najstrože kazne za ubistva u Zapadnoj Evropi. Objašnjenje ne može biti stopa ubistava koja je malo viša u poređenju sa drugim zapadnoevropskim državama (Cambell 283).

Po nekim mišljenjima, razlog za izostanak represivne kaznene politike u vreme visokih stopa kriminaliteta nalazi se u činjenici da je potrebno da se postigne društveni konsenzus da je određeno ponašanje nepoželjno i tek tada se može očekivati represivniji odgovor, dok je u vreme rasprostranjenog kriminalnog ponašanja realnije da postoji tolerancija (Tonry 2001: 526).

2.3. Političko-ekonomske okolnosti i kažnjavanje

Još su George Rusche i Otto Kirchheimer (prema: Garland 1991: 128) isticali da je kažnjavanje društveni fenomen i da o kontroli kriminaliteta ne treba razmišljati samo u penološkom smislu, već i u kontekstu socijalne politike prema siromašnima. Kazneni sistem po istim autorima ima ulogu podrške tržištu rada tako što će se kroz predviđanje strogih kazni poslati poruka najsiromašnjima da nije isplativo da se do materijalnih dobara dolazi kriminalnim putem. Uslovi u zatvorima, stoga, treba da budu rigorozni kako bi svi potencijalni učinioci na kaznu gledali kao „manje isplativu“ u odnosu na najniža primanja na tržištu rada (prema Garland 1991: 129). Zatvorenike, sa druge strane, treba disciplinovati i osposobiti za tržište rada po izlasku iz kaznenih ustanova. U skladu sa novim zakonskim rešenjima po kojima je u zatvorima moguć jedino dobrovoljni rad, isti autori ukazuju na potrebu šire primene alternativnih krivičnih sankcija kako bi se smanjili troškovi izdržavanja kazne zatvora (Garland 1991:130). I drugi su ukazivali da se kazna zatvora koristi za kontrolu nezaposlenosti (Killias 1986: 183), a u post-industrijskim društvima, koja se baziraju na tržišnoj privredi, sve je manje zahteva za nekvalifikovanom radnom snagom, što utiče i na porast nezaposlenosti među onima koji ne mogu da ispune kriterijume koji se zahtevaju za nova radna mesta. Naročit problem postoji za mlade migrante (Junger-Tas 2008: 522–525), na čiju neproporcionalnu zastupljenost u evropskim zatvorima pojedini autori gledaju kao ekvivalent masovnog zatvaranja Afro-Amerikanaca i Latinoamerikanaca u SAD (Wacquant 2005: 34). Kada je u pitanju odnos između siromaštva, ekonomskih nejednakosti i nezaposlenosti i stope zatvaranja u literaturi ima oprečnih rezultata. Pojedini autori su ustanovili povezanost (Killias 1986: 197–198; Snacken 2010: 278), dok drugi opet ukazuju suprotno (Ruddell & Urbina 2007: 90).

Jedna od često isticanih i istraživanjima potkrepljenih tvrdnji jeste da države koje izdvajaju više sredstava za socijalna davanja najugroženijim slojevima stanovništva istovremeno imaju i blažu kaznenu politiku. Ta veza objašnjava se povećanjem solidarnosti i empatije prema najsiromašnjima kao i osećajem podeljene odgovornosti za društvene rizike (uključujući i kriminalitet), zbog čega je lakše izraziti toleranciju (prema Snacken 2010: 277). Primer su skandinavske države koje su u Evropi poznate po značajnim socijalnim izdacima, a istovremeno su i zemlje u kojima je stopa zatvaranja među najnižima u svetu (Lappi Seppälä & Tonry 2011: 9). Veća socijalna davanja bi kroz smanjenje siromaštva i socijalnih nejednakosti trebalo da utiču i na kaznenu politiku i smanje stopu zatvaranja, jer bi se učinioci krivičnih dela posmatrali kao bolje integrisani članovi društva (Snacken 2010: 278). Garland (2019: 3) navodi da na kaznenu politiku utiču tri faktora: 1) socijalna davanja; 2) rasprostranjene nejednakosti i 3) varijacije kapitalizma. Ultra-liberalni sistem

političke ekonomije, koga karakterišu velike nejednakosti, slaba regulacija tržišta, i minimalne socijalne zaštite, smanjuje kapacitete siromašnih porodica i zajednica na planu neformalne društvene kontrole što dovodi do socijalne dezorganizacije i nasilja. U slučaju, kao što je to u SAD, kada je društveni poredak slab, jača uloga i značaj krivičnog pravosuđa, a država umesto da rešenja pronalazi u većim izdvajanjima za socijalna davanja koristi kaznenu politiku kao socijalnu politiku (Garland 2019: 3).

Cavadino i Dignan (2006: 443–446) ukazuju da na kaznenu politiku utiče vrsta političko-ekonomskog sistema i prave sledeću klasifikaciju:

1. Neo-liberalni sistem (zasniva se na principu slobodnog tržišta i predstavlja nastavak ideja ekonomskog liberalizma iz 19. veka. Počiva na individualizmu. Iako baziran na jednakosti, u praksi dovodi do velikih ekonomskih nejednakosti, a zbog činjenice da se ne garantuju socijalna prava dolazi do socijalnog isključivanja. Tu nije u pitanju samo siromaštvo, već i stvarno izopštavanje ljudi. Ovaj sistem postoji u anglo-saksonskim državama);
2. Konzervativni korporativizam (bitne nacionalne interesne grupe imaju udeo u kontroli onih koje predstavljaju (sindikati na primer) pod uslovom da se ta kontrola sprovodi u nacionalnom interesu. Zauzvrat, pojedinci u tim grupama uživaju veća prava i koristi u poređenju sa neo-liberalnom ekonomijom. Zasniva se na zajedništvu. U poređenju sa neo-liberalnim sistemom, građanima se daje veća zaštita od promena na tržištu. Još jedna karakteristika je čvrsto oslanjanje na druge institucije, poput crkve. Primer je Nemačka);
3. Socijalna demokratija (država blagostanja, velika socijalna davanja i pomoć najugroženijima, sekularnost više izražena u odnosu na prethodni model. Primer su skandinavske zemlje);
4. Orientalni korporativizam. (postoji sigurnost zapošljavanja i napredovanja koje je hijerarhijsko i više zavisi od uzrasta nego od stvarnih postignuća. Izražena je lojalnost prema poslodavcu. Funkciju blagostanja ne vrši primarno država, već privatni sektor kao i društvene institucije. Nejednakosti su znatno manje u poređenju sa neo-liberalnim sistemom. Društvene institucije vrše ulogu uključivanja. Može se opisati kao „autoritarni komunitarizam“. Izražene su socijalne dužnosti građana prema nastavnicima, porodici, prijateljima, nadređenima. Primer je Japan).

Iako je nesporno da neo-liberalni sistemi imaju najstrožu kaznenu politiku, postoje i izuzeci. Kao primer se navodi Holandija koja je imala blagu kaznenu politiku, a porast zatvoreničke populacije u poslednjim decenijama objašnjava se pritiskom međunarodne zajednice u okviru globalne borbe protiv kriminaliteta. Sa druge strane je Finska, u kojoj je tokom 70-ih sve do 90-ih godina prošlog veka bila jako velika zatvorenička populacija što je odstupalo od proseka u Zapadnoj Evropi (Cavadino & Dignan 2006: 440). Zbog toga pojedini autori smatraju da nije dovoljno ukazati na povezanost kaznene politike sa vrstom političko-ekonomskog sistema, već se mora proniknuti u razloge koji u tim sistemima dovode do blažeg ili strožeg kažnjavanja (Lacey 2008: 45).

Zbog neuspeha u pokušaju da se ustanovi veza između ekonomskih uslova i kažnjavanja, fokus naučnika pomeren je ka istraživanju povezanosti kažnjavanja i političkih faktora. Postoje različita gledišta: vrsta političkog poretka, veza između javnog mišljenja i kažnjavanja, kontrola kriminaliteta koja počiva na idejama konzervativnih političkih struja koje na taj način učvršćuju vlast, korišćenje borbe protiv kriminaliteta kako bi se nadomestio politički neuspeh i ostvarila legitimnost političkih organa. U nastavku teksta biće reči o pojedinim političkim faktorima i njihovom uticaju na kažnjavanje.

Najpre, ukazuje se na povezanost vrste političkog poretka i kaznene politike. Kako Katherine Beckett ističe: „odnos prema kriminalitetu i prestupnicima postavlja zapravo centralno pitanje da li država i njena socijalna politika treba da zauzmu stav isključivanja i stigmatizacije ili uključivanja i rehabilitacije“. Od opredeljenja zavisi i stanje demokratije u jednom društvu (prema Lacey 2008: 5), dok Melissa Williams smatra da: „svaki element, počevši od definicije krivičnog dela, potrebnog stepena dokaza za krivicu, vrste krivičnih sankcija kao i njihova primena, podložan je proceni demokratskih standarda odgovornosti i pravičnosti“ (prema Lacey 2008: 12). Snacken (2010: 281–282) ukazuje na potrebu razlikovanja ustavnih i populističkih demokratskih sistema. Ustavne demokratije odlikuju tri bitne karakteristike: zaštita ljudskih prava, vladavina prava, demokratija. U takvom sistemu teži se opštem, a ne većinskom mišljenju, odnosno uzimaju se u obzir i mišljenja i prava manjina, a među njima su i osuđenici. Kako se poštuju ljudska prava, kazne neće biti u toj meri represivne, jer kazna predstavlja najizraženiji oblik državne intervencije u pogledu sloboda i prava ljudi. Mišljenje stručnjaka više se uvažava u pogledu pronalazjenja odgovarajućih krivičnopравниh rešenja kako bi se postigao opšti interes. Suprotno, populističke demokratije odlikuju sledeće karakteristike: direktna spona vlasti i građana, autoritarni elementi, anti-elitizam, podozrenje prema mišljenju stručnjaka, nedostatak demokratske debate. U populističkim demokratijama je kaznena politika stroga, jer se pretpostavlja da je to želja građana iako stavovi javnog mnjenja mogu biti ambivalentni i u dobroj meri uslovljeni plasiranim informacijama.

Na osnovu navedenog postaje jasno zbog čega populističke demokratije predstavljaju pogodno tlo za kaznenu populizam (više u Ignjatović 2017: 12) koji se pojavljuje u konfliktim nego političkim kulturama zasnovanim na konsenzusu. Cilj kazneno popularnih mera nije stoga samo čist instrumentalistički potez radi dobijanja političkih poena, već ide dalje od toga i zapravo teži da se u politički život uključe upravo oni koji su bili zanemareni i ignorisani. Zbog toga političari dominantnih političkih grupa pokušavaju da se distanciraju od manjinskih moćnih grupa i da pokažu kako su na strani naroda. Takođe, češće se koriste mogućnosti uključivanja građana u proces odlučivanja kroz referendum i inicijative građana kao i kroz elektorski način glasanja (Pratt 2007: 10).

Razloge za pojavu kaznenog populizma treba videti i u sledećim okolnostima: nedostatak poverenja odnosno legitimnosti vlasti; globalizacija koja dovodi i do potrebe za harmonizacijom prava, ali i većom ulogom različitih međunarodnih tela – EU, UN, STO, Grupa sedam, Grupa pet, Međunarodni krivični sud, Svetska banka, MMF što utiče na promenu percepcije ljudi o suverenitetu zemlje i stavu da odluke ne donose nacionalni državni organi; slabija socijalna kohezija uzrokovana nesigurnošću na tržištu rada, porastom razvoda i manjom ulogom drugih društvenih institucija

(Pratt 2007: 56–58). Kako Tonry primećuje: „brojne ekonomske, društvene i kulturne promene uticale su na ljude i stvorile zabrinutost, strah, nesigurnost, a političari su pronašli odlične žrtvene jarce u kriminalcima“ (prema Ruddell & Urbina 2007: 86).

Karstedt (2015: 385–388) je kulturu kontrole o kojoj je govorio Garland analizirala kroz sledeće elemente: međusobno poverenje građana, poverenje u pravosudni sistem, poverenje u policiju, vladavina prava, zahtev za održavanjem reda u društvu. Uzimajući u obzir navedene kriterijume razvrstala je evropske države u četiri grupe. Ustanovila je da je su najveća stopa zatvaranja, najlošiji uslovi u zatvorima i najviša stopa samoubistava zatvorenika prisutni u kategoriji zemalja označenih kao „bespravna kontrola“ koja podrazumeva najviši stepen državnog nasilja, dakle nasilja koje se odvija kroz institucije i krivičnopravni sistem, i najmanja vladavina prava. Radi se o državama koje su autoritarne, u kojima postoji kombinacija represije i nedostatka odgovornosti, a uglavnom su u pitanju nekadašnje socijalističke zemlje.

Konačno, u komparativnoj studiji koja je obuhvatila 100 najbogatijih država autori Ruddell i Urbina (2007: 97–98) merili su kako na stopu pritvaranja i stopu zatvaranja utiče ljudski indeks razvoja (HDI), kao i brojni parametri koji mere političke slobode, političku kulturu, stepen demokratije itd. Takođe su uzeli u obzir stopu ubistava i stepen religiozne heterogenosti stanovništva. Zaključili su da je ljudski indeks razvoja negativno povezan sa stopom zatvaranja. Isto se pokazalo i za stepen demokratije i stepen autokratije, dakle ustanovili su da su autokratske države imale višu stopu zatvaranja.

2.4. Istorijske i kulturološke okolnosti i kažnjavanje

Elias navodi da način na koji jedno društvo kažnjava ne zavisi samo od političkih faktora ili ekonomskih interesa ili penoloških razloga, već i od kulturalno i emocionalno prihvatljivog načina kažnjavanja. U tom smislu način kažnjavanja neće prevazići toleranciju javnosti (prema Garland 1991:142). Ta promena odvija se uporedo sa drugim društvenim promenama i drugim promenama društvenog ponašanja pa se tako vremenom sve manje prihvata ispoljavanje agresije. Javne egzekucije nekada su bile prihvatljiv način izvršenja smrtne kazne, da bi tokom 18. veka bile okarakterisane kao „odvratne“ posebno od strane društvene elite. Ne treba prenebregnuti da zatvor ima dosta negativnih posledica po duševno i fizičko zdravlje osuđenika, ali sve te posledice odvijaju se van očiju javnosti, i drugo one nastupaju postepeno, a ne momentalno. U tom smislu treba objasniti i pronalaženje sve manje bolnih načina izvršenja smrtne kazne, jer ako se izvrši tako da osuđenik ne oseti fizički bol onda postaje prihvatljivija javnosti (prema Garland 1991: 144–148).

Očite razlike u kaznenoj politici država, čak iako se radi o istim političko-ekonomskim sistemima, i o državama koje se ne suočavaju sa porastom kriminaliteta, treba prema tome tražiti i njihovim istorijskim i kulturološkim posebnostima. Dok bi se legitimnost organa državne vlasti, socijalna davanja, konsenzualna, a ne konfliktna politička kultura, manje ekonomske nejednakosti kao i profesionalni a ne politizovani sistem krivičnog pravosuđa mogli dovesti u vezu sa kaznenom politikom u evropskim državama, za SAD treba uzeti i u obzir i tradiciju populističkog ekstremizma, protestanski fundamentalizam i rasizam (Tonry 2014: 19).

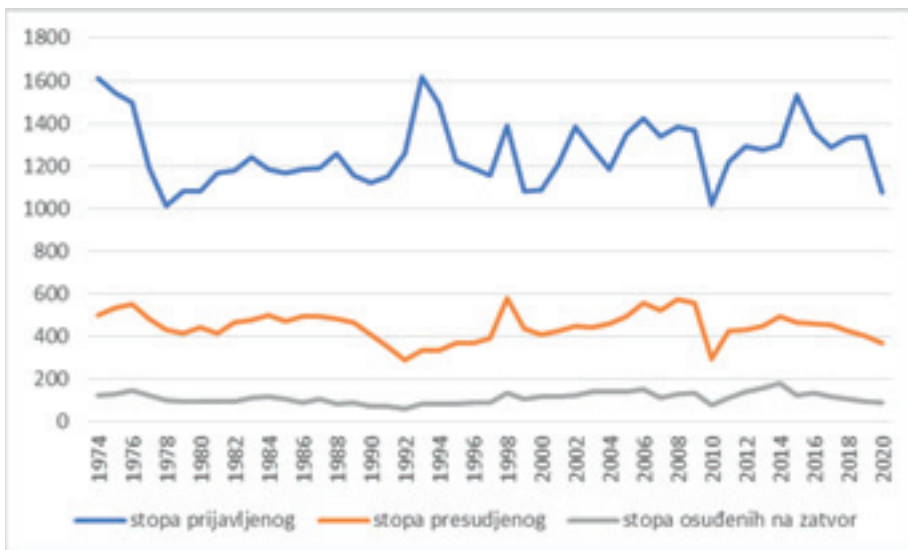
Whitman ukazuje da su evropske države poput Nemačke i Francuske imale drugačiju istoriju u odnosu na SAD, blaži stav prema kažnjavanju naročito pripadnika srednjeg staleža i da su posle Drugog svetstskog rata postale obazrive po pitanju sprovođenja državne moći (Whitman 2003: 100–101).

STOPA ZATVARANJA U SRBIJI

Na grafiku br. 1 predstavljena je stopa prijavljenog i stopa presuđenog kriminaliteta, kao i stopa lica osuđenih na kaznu zatvora u periodu 1974–2019. godine.

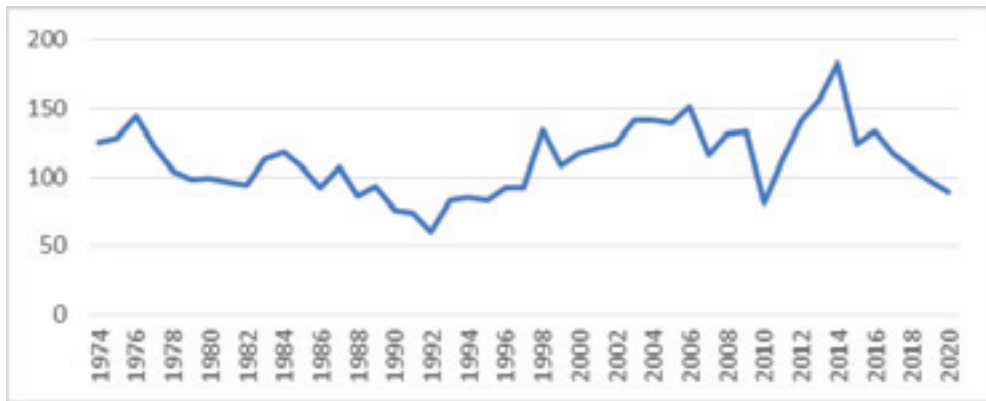
Možemo najpre videti da je od sredine 70-ih godina prošlog veka zabeležen značajno manji broj krivičnih prijava (sa prosečno 1500 na prosečno 1000), što se ne može reći i za presuđeni kriminalitet koji sve do početka 90-ih godina nije beležio veće oscilacije. Stopa osuđenih na zatvorsku kaznu do početka 80-ih godina kretala se oko 130 lica na 100.000 stanovnika, a tokom 80-ih primetno je da je pad kriminaliteta pratio i pad stope osuđenih na kaznu zatvora. Period 90-ih godina prošlog veka obeležio je građanski rat, ekonomske sankcije kao i NATO agresija, zbog čega je došlo do porasta prijavljenog kriminaliteta, ali i pada presuđenog što ukazuje na nemogućnost rada državnih organa u neredovnim okolnostima. Pad broja osuđenih neminovno je uticao i na manje izricanje zatvorske kazne u istom periodu. Od početka 2000-ih stopa prijavljenog kriminaliteta ima prosečnu vrednost oko 1300 (oscilacije pokazuju manji broj prijavljenih 2010. godine zbog reforme pravosuđa, kao i 2020. godine zbog pandemije korona virusa). Stopa osuđenih lica porasla je u prvoj deceniji novog milenijuma, a zanimljivo je da poslednjih deset godina karakteriše pad osuđenih uz istovremeni porast izrečenih zatvorskih kazni.

Grafik br. 1: Stopa kriminaliteta i stopa osuđenih na zatvorsku kaznu u Srbiji



Izvor: Republički zavod za statistiku

Grafik br. 2: Stopa osuđenih na zatvorsku kaznu u Srbiji



Na grafiku br.3 predstavili smo stopu kriminaliteta (prijavljenog i presuđenog) kao i stopu osuđenih na zatvorsku kaznu po decenijama. Dakle, proizlazi da su osuđeni najmanje bili lišavani slobode u vreme socijalističkog uređenja, mada treba imati u vidu da je do toga došlo tek krajem 70-ih godina. Posebno smo izdvojili period 2011–2019. godine kako bismo iz proseka izbacili godine kada je zbog drugih događaja došlo do manjeg broja osuđenih (2010. i 2020. godina). Proizlazi da je, uprkos manjem broju osuđenih u tom periodu, zabeležena najveća stopa osuđenih na zatvorsku kaznu.

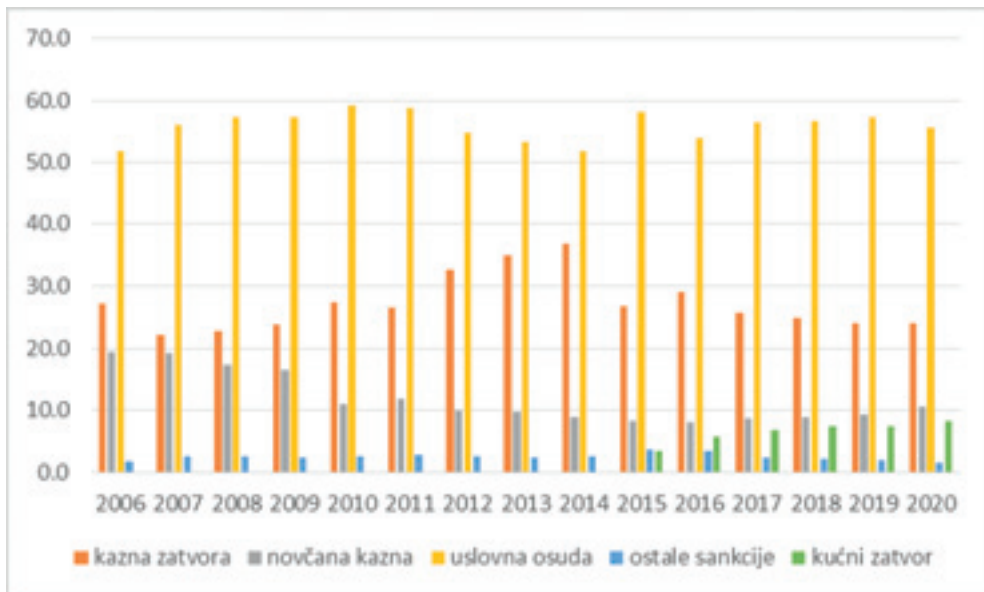
Grafik br.3: Stopa kriminaliteta i stopa osuđenih na kaznu zatvora po decenijama



Izvor: Republički zavod za statistiku

Na sledećem grafiku predstavili smo podatke o strukturi izrečenih krivičnih sankcija u Srbiji od 2006. do 2020. godine. Najdominantnija je uslovna osuda koja se u posmatranom periodu kreće između 50–60% svih izrečenih krivičnih sankcija. Sledi kazna zatvora čiji je postepeni porast od 2007. godine dostigao najviše učešće 2014. godine (36.8%), da bi od 2015. godine, kada se objavljuju podaci o izdržavanju kazne zatvora u prostorijama u kojima osuđeni stanuje (kućni zatvor), zabeležen pad. Poslednjih nekoliko godina udeo kazne zatvora kreće se oko $\frac{1}{4}$ svih izrečenih krivičnih sankcija, ali imajući u vidu da se udeo kućnog zatvora približio vrednosti od 10% možemo zaključiti da je udeo kazne zatvora oko 35%, što je povećanje u odnosu na period pre 2012. godine.

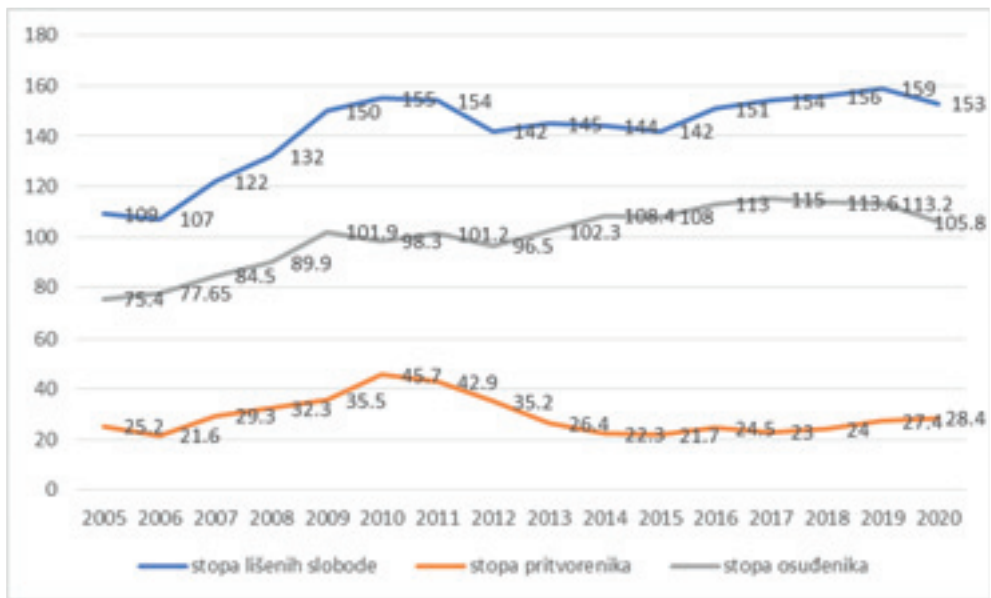
Grafik br.4: Struktura izrečenih krivičnih sankcija
2006–2020. godine



Izvor: Republički zavod za statistiku

Za razliku od stope osuđenih na kaznu zatvora koja u poslednje dve decenije ne oscilira značajno, ispitivanje represivnosti kaznene politike jedne države možemo takođe proveriti i veličinom zatvorske populacije, odnosno praćenjem stope zatvorenika.

Grafik br.5: Stopa lica lišenih slobode, pritvorenika i zatvorenika
2005–2020. godine

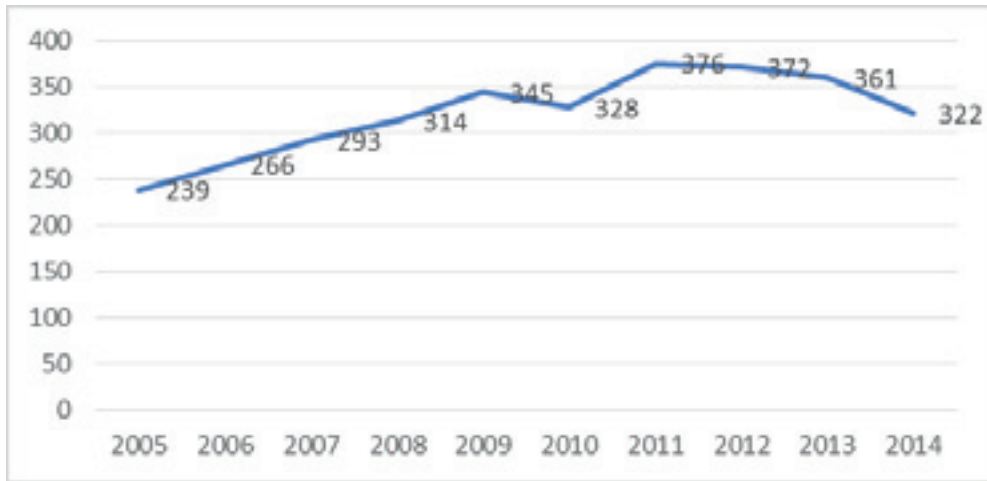


Izvor: Uprava za izvršenje krivičnih sankcija RS

Na grafiku br. 5 predstavili smo podatke o stopi tri kategorije lica: najpre populacija lica lišenih slobode u koju se ubrajaju osuđeni na kaznu zatvora i kaznu maloletničkog zatvora, lica kojima su izrečene mere bezbednosti, pritvorenici, maloletnici kojima su izrečene vaspitne mere institucionalnog karaktera kao i lica kojima je izrečena kazna zatvora u prekršajnom postupku. Vidimo da je stopa svih lica lišenih slobode u porastu, osim u periodu 2012–2016. godine, a 2019. godine dostigla je najveću vrednost u posmatranom periodu. Dok je stopa pritvorenika od 2012. godine u padu, to se ne može reći za zatvoreničku populaciju. Posmatrano u odnosu na početak perioda uvećanje iznosi oko 50%.

Podatke o prijemu u kaznene ustanove (*flow of entries*) u Srbiji koristili smo iz statističkih evidencija Saveta Evrope (SPACE I). Na sledećem grafiku br. 6 je predstavljena stopa zatvorenika.

Grafik br. 6: Stopa prijema u kaznene zavode



Izvor: Savet Evrope (SPACE I)

Stopa zatvaranja u Srbiji je u okviru prosečnih vrednosti u odnosu na druge evropske države, ali je stopa prijema u kaznene ustanove viša u poređenju sa prosečnim vrednostima. SPACE sadrži i niz drugih relevantnih podataka, pa se tako navodi da je u istom vremenskom periodu gustina naseljenosti porasla za 32% što Srbiju svrstava u grupu država iznad proseka za Evropu. U istoj grupi naša zemlja se nalazi i po sledećim kriterijumima: stopa smrtnosti i stopa samoubistava na 10.000 lica lišenih slobode, broj lica lišenih slobode u odnosu na broj zaposlenih u kaznenim ustanovama (broj se dobija tako što se ukupan broj lica lišenih slobode deli sa svim zaposlenima). Što se tiče dužine zatvorske kazne, podaci pokazuju da nije bilo značajnih oscilacija i da je prosečno vreme koje osuđenik provede u zatvoru oko 5 meseci. U tom pogledu Srbija ulazi u grupu država ispod evropskog proseka. Interesantno je da se u desetogodišnjem periodu promenila i struktura zatvorenika prema vrsti krivičnog dela. Povećan je udeo lica koji izdržavaju kaznu za ubistvo, silovanje, razbojništvo i krivična dela povezana sa opojnim drogama, dok je smanjen udeo osuđenih zbog krađe i telesnih povreda. Navedeno ukazuje da su sudovi zauzeli stroži pristup u odnosu na teška krivična dela i da izriču duže zatvorske kazne. Sigurno je da je izricanje dužih zatvorskih kazni za neka krivična dela uzrokovano uvođenjem strožih zakonskih rešenja. Kao primer možemo navesti krivično delo silovanja. Od 2006. godine, kada je stupio na snagu važeći Krivični zakonik, posebni minimum je najpre bio dve godine, potom je povišen na tri godine, dok po trenutnom rešenju (čl.178, st.1) posebni minimum iznosi pet godina. Tako različita zakonska rešenja morala je da sledi i sudska praksa. Ako pogledamo udeo izrečenih zatvorskih kazni u trajanju od 5 do 10 godina dolazimo do sledećih pokazatelja: do 2010. godine taj udeo je bio 12%, a u poslednjoj deceniji 30.5%. Sa druge strane, kod teškog ubistva je uvek postojala mogućnost izricanja najteže zatvorske kazne (smrtna kazna, 40 odnosno 30–40 godina zatvora), a sudska praksa je vremenom postojala sve represivnija što ćemo ilustrovati na sledećoj tabeli.

Tabela 1: Procenat izrečenih dugotrajnih kazni zatvora za ubistvo, teško ubistvo i ubistvo na mah

Izrečena kazna za ubistvo, teško ubistvo i ubistvo na mah u %	30–40 godina odnosno smrtna kazna	15–20 godina	10–15 godina
Period 80-ih	0.375	4	20.2
Period 90-ih	0.1	0.99	18.3
Do 2010. godine	4.66	3.34	21.5
Do 2019. godine	7.7	7.76	18.32

Izvor: Republički zavod za statistiku

Podaci u tabeli 1 potvrđuju da su sudovi samo u poslednjoj posmatranoj deceniji bili dvostruko stroži u odabiru najduže zatvorske kazne koju poznaje naše zakonodavstvo za krivična dela ubistava.³

Jedna od negativnih posledica češćeg opredeljivanja sudova za zatvorsku kaznu je i prenaseljenost kaznenih ustanova. Na grafiku br. 5 predstavljen je broj lica lišenih slobode na 100 mesta u kaznenim ustanovama na osnovu čega se i procenjuje prenaseljenost. Može se zaključiti da je situacija u tom pogledu bila najproblematičnija u periodu 2008–2012. godine. Nakon usvajanja Zakona o amnestiji 2012. godine i otpuštanjem određenog broja zatvorenika situacija se poboljšala. No, i prema podacima za 2013–2015. godinu i dalje u Srbiji ima više lica lišenih slobode nego slobodnih mesta.

Grafik br. 5: Prenaseljenost u kaznenim ustanovama



Izvor: SPACE I

3 Razlog za zbirno sagledavanje više oblika ubistava je činjenica da su u biltenima Republičkog zavoda za statistiku do stupanja na snagu važećeg Krivičnog zakonika podaci objavljeni zajedno za ubistvo, teško ubistvo i ubistvo na mah.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Kaznena politika zakonodavca očito ne mora biti povezana sa stanjem kriminaliteta u društvu. Iako nisu u pitanju potpuno nepovezane pojave, na praksu usvajanja represivnijih zakonskih rešenja uticaj ostvaruju drugi činioci. Prepostavka da je mišljenje javnosti po pravilu represivno i da će usvajanje popularnih zakonskih rešenja doneti političke poene utiče na strožu kaznenu politiku zakonodavca. Cilj je kontrola kriminaliteta, dok se ideje o resocijalizaciji pa i pravednosti stavljaju u drugi plan, bar kada su u pitanju krivična dela koja kod građana izazivaju najveću zabrinutost.

Stroža zakonska politika odlikuje i srpsko krivično zakonodavstvo. Važeći Krivični zakonik je od stupanja na pravnu snagu 2006. godine do sada menja ukupno sedam puta, pri čemu su brojna nova uvedena rešenja u teoriji okarakterisana kao represivna. Stopa osuđenih na zatvorsku kaznu uglavnom prati stopu svih osuđenih lica. U poslednjoj deceniji možemo primetiti blagi porast stope osuđenih na kaznu zatvora. Ako izuzmemo dve specifične godine kada je stopa prijavljenog i presuđenog kriminaliteta bila u padu (2010. i 2020. godina) zaključujemo da je upravo u poslednjoj deceniji najviša stopa osuđenih na kaznu zatvora u čitavom analiziranom periodu.

Stroža kaznena politika zakonodavca vodi i u povećanje zatvoreničke populacije. U radu smo prikazali trend od 2005. godine i možemo zaključiti da je od 2006. godine приметно postepeno uvećanje broja zatvorenika. Za samo tri godine (2006–2009) taj porast iznosio je 35%. Od 2014. godine trend porasta zatvoreničke populacije opet je prisutan i 2017. godine zabeležena je najveća vrednost (115 zatvorenika na 100.000 stanovnika). Porast populacije zatvorenika utiče na pogoršanje uslova u kaznenim ustanovama zbog prenaseljenosti. Zbog toga se može i objasniti činjenica da se Srbija po nekoliko kriterijuma (gustina naseljenosti, stopa smrtnosti i stopa samoubistava na 10.000 lica lišenih slobode, broj lica lišenih slobode u odnosu na broj zaposlenih u kaznenim ustanovama) nalazi u grupi država iznad evropskog proseka.

Na kaznenu politiku sudova najviše utiču zakonska rešenja, dok stopa kriminaliteta ima manji značaj. S druge strane, postoje i primeri da duže izrečene zatvorske kazne nisu bile uslovljene strožim zakonskim rešenjima. To je slučaj sa ubistvima (doduše Krivični zakonik 2009. godine uvodi još dve situacije koje se mogu okarakterisati kao teško ubistvo), odnosno sa teškim ubistvom za koje je uvek postajala mogućnost izricanja najteže kazne. Zakonodavac uvodi doživotni zatvor bez prava na uslovni otpust u određenim situacijama u periodu kada nema porasta stope ubistava (više u Lukić 2021: 300–301).

Očito je, prema tome, da na stroža zakonska rešenja, a shodno tome i veću stopu zatvoreničke populacije utiču i drugi faktori o kojima je bilo reči u prvom delu rada. Treba ipak naglasiti da je stopa osuđenih na kaznu zatvora u principu stabilna i da sudovi očito u tom pogledu odolevaju klimi kaznenog populizma, ali se dužina izrečenih zatvorskih kazni, bar za određena krivična dela, povećava. U pitanju su pretežno nasilna krivična dela koja izazivaju najveći strah kod građana i čiji će zahtevi da se nešto u tom pogledu učini najlakše naići na političku podršku.

LITERATURA

- Aebi F. Marcelo. Linde, Antonia. Delgrande, Natalia. Is There a Relationship Between Imprisonment and Crime in Western Europe? *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol.21, n.3, 2015: 425–446.
- Birkett, Gema. *Media, Politics and Penal Reform, Influencing Women's Punishment*. London: The Palgrave Macmillan 2017.
- Cavadino, Michael. Dignan, James. Penal policy and political economy, *Criminology and Criminal Justice*, vol.6, n.4, 2006: 435–456.
- Cambell C, Michael. Homicide and Punishment in Europe. 273–284. *Handbook of European Homicide Research, Patterns, Explanations and Country Studies* (edited by Marieke C.A. Liem & William Alex Pridemore). New York: Springer 2012.
- Garland, David. Introduction. The Meaning of Mass Imprisonment. 1–3. *Mass Imprisonment, Social Causes and Consequences* (edited by David Garland). London: Sage Publications 2001.
- Garland, David. Theoretical advances and problems in the sociology of punishment, *Punishment and Society*, vol.20, n.1, 2018: 8–33.
- Garland, David. Penal controls and social controls: Toward a theory of American penal exceptionalism. *Punishment and Society*, vol.0, n.0, 2019: 1–32.
- Ignjatović, Đorđe. Da li je kaznena politika sudova u Srbiji odgovarajuća? 101–127. *Kaznena politika (raskol između zakona i njegove primene)*, Istočno Sarajevo, 2012.
- Ignjatović, Đorđe. Kazneni populizam. 11–32. *Kaznena reakcija u Srbiji VII* (ur. Đorđe Ignjatović). Beograd: 2017.
- Junger-Tas, Josine. Trends in International Juvenile Justice: What Conclusions Can be Drawn? *International Handbook of Juvenile Justice* (edited by Josine Junger-Tas & Scott H. Decker). New York: 2008.
- Karstedt, Susanne. Cultural peers and penal policies: A configurational approach toward mapping penal landscapes. *Punishment and Society*, vol.17, n.3, 2015: 374–396.
- Kolarić, Dragana. Orijehtacija zakonodavca u posljednjem Zakonu o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika – (ne)opravdano jačanje krivičnopravne represije. *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br.3–4, 2019: 13–43.
- Lacey, Nicola. *The Prisoner's Dilemma, Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies*, Cambridge, 2008.
- Lappi-Seppälä Tapio. Tonry Michael. Crime, Criminal Justice and Criminology in Nordic Countries. *Crime and Justice*, n. 1, vol.40, 2011: 1–32.
- Lukić, Natalija. Stopa ubistava u Srbiji (1951–2019) u poređenju sa drugim evropskim državama. 292–311. *Kaznena reakcija u Srbiji XI* (ur. Đorđe Ignjatović). Beograd: 2021.
- Robert, Philippe. The French Criminal Justice System. 111–131. *Punishment in Europe. A Critical Anatomy of Penal Systems* (edited by Vincenzo Ruggiero & Mick Ryan). Basingstoke: Palgrave Macmillan 2013.
- Snacken Sonja. Resisting punitiveness in Europe? *Theoretical Criminology*, n.3, vol.14, 2010: 273–292.
- Stojanović. Zoran. Kaznena politika u Srbiji: Sukob zakonodavca i sudske prakse.1–17. *Kaznena reakcija u Srbiji II* (ur. Đorđe Ignjatović), Beograd, 2012.
- Stojanović, Zoran. Kolarić, Dragana. Savremene tendencije u nauci krivičnog prava i krivično zakonodavstvo Srbije. *Srpska politička misao*, br. 3, 2015: 111–136.

- Tonry, Michael. Symbol, substance, and severity in western penal policies. *Punishment and Society*, vol.3, n.4, 2001: 517–536.
- Tonry, Michael. Thinking about punishment. *Kriminologijos studijos*, n.1, 2014: 5–30.
- Vuković, Igor. *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd, 2022.
- Wacquant, Loïc. Enemies of the wholesome part of the nation, Postcolonial migrants in the prisons of Europe. *Sociologie*, n.1, 2005: 31–51.
- Whitman, Q James. *Harsh Justice. Criminal Punishment and the Widening Divide between America and Europe*. Oxford: Oxford University Press 2003.

Natalija Lukić

Law Faculty University of Belgrade

INCREASE OF IMPRISONMENT RATE – TRENDS AND POSSIBLE EXPLANATIONS

SUMMARY

The penal policy of the legislator obviously does not have to be related to the crime rate. Although these are not completely unrelated phenomena, it is obvious that the practice of adopting more repressive legal solutions is influenced by other factors. The assumption that public opinion is, as a rule, repressive and that the adoption of popular legal solutions will bring political points affects the stricter penal policy of the legislator. The goal is to control crime, while the ideas of resocialization and even justice are put in the background, at least when it comes to crimes that cause the greatest concern among citizens.

Stricter legal policy also characterizes Serbian criminal legislation. The current Criminal Code has been changed seven times since its entry into force in 2006, with a number of newly introduced solutions in theory characterized as repressive. On the other hand, the analysis of the penal policy of the courts shows that the share of imprisonment among all convictions is stable at around 25–30%. The rate of those sentenced to prison generally follows the rate of all convicts. In the last decade a slight increase in the rate of those sentenced to prison can be observed. If we exclude two specific years when the rate of reported and convicted crime was declining (2010 and 2020), we conclude that the highest rate of imprisonment was recorded in the last decade in the entire analysed period (1974–2020).

The stricter criminal law solutions lead to an increase in the prison population. In this paper, we present the trend since 2005 and we can conclude that since 2006 there has been a gradual increase in the number of prisoners. In just three years (2006–2009), that increase was 35%. Since 2014, the trend of increasing in the prison population has been present again, and in 2017, the highest value was recorded (115 prisoners per 100,000 inhabitants). The increase in the prison population is related to deterioration of conditions in penal institutions due to overcrowding. Therefore, recorded increase in prison population can explain the fact that Serbia is in the group of European countries marked by an increase in respect to several indicators (population density, mortality rate and suicide rate per 10,000 persons deprived of liberty, ratio of inmates per staff member).

Of all of the factors that can be related to the increase in the imprisonment rate, the introduction of stricter legal solutions is of dominant importance. An example is the crime

of rape. Since 2006, when the current Criminal Code entered into force, the special minimum has been prescribed firstly to two, then to three years, while according to the current solution (Article 178, paragraph 1), the special minimum is five years. Such different legal solutions had to be followed by court practice. If we look at the share of prison sentences of 5 to 10 years, we come to the following: until 2010 this share was 12%, and in the last decade 30.5%.

On the other hand, there are examples that longer prison sentences were not conditioned by stricter legal solutions. This is the case with homicide (although the Criminal Code in 2009 introduced two new situations that can be characterized as aggravated homicide), i.e. with aggravated homicide, for which it has always been possible to impose the most severe penalty (30–40 years of imprisonment). The legislator introduced life imprisonment without the right to parole in certain situations in a period when no increase in homicide rate was recorded.

It is obvious, therefore, that stricter legal solutions and, consequently, a higher rate of prison population are influenced by other factors that were discussed in the first part of the paper. However, it should be emphasized that the share of imprisonment among all convictions is stable, that the courts obviously resist the climate of criminal populism in that regard, but the length of prison sentences, at least for certain crimes, is increasing. These are mostly violent crimes that cause the greatest fear among citizens and whose demands and expectations that something must be done will most easily find political support.

Keywords: imprisonment rate, penal policy, penal populism, crime rate.

PREKRŠAJNA ODGOVORNOST PRAVNIH LICA

Apstrakt: U domaćem pravnom sistemu pravna lica mogu odgovarati za sve tri kategorije kaznenih delikata: krivična dela, privredne prestupe i prekršaje. Autorka se u radu bavi upravo prekršajnom odgovornošću pravnih lica. Osnovi i uslovi ove odgovornosti uređeni su Zakonom o prekršajima. Nakon kraćeg osvrt na pojam pravnih lica, odnosno subjekata ove vrste odgovornosti, autorka analizira dve vrste odgovornosti koje poznaje Zakon o prekršajima – izvedenu, koja počiva na radnjama određenih fizičkih lica, i autonomnu, samostalnu odgovornost, koja se temelji na nedostacima u organizaciji pravnog lica. Dominantno shvatanje domaće teorije je da se u oba slučaja radi o oblicima objektivne odgovornosti, te da za odgovornost pravnog lica nije potrebno utvrđivati krivicu fizičkog lica na čijim se aktima odgovornost zasniva. Na kraju, autorka daje i kraći prikaz najvažnijih specifičnosti postupka koji se vodi protiv pravnog lica. Pored analize relevantnih zakonskih odredaba i shvatanja pravne nauke, u tekstu je dat i prikaz pojedinih odluka domaćih prekršajnih sudova.

Ključne reči: pravno lice, prekršaji, izvedena odgovornost, autonomna odgovornost, objektivna odgovornost.

UVOD

Rasprave o deliktnoj (ne)odgovornosti pravnih lica, iako ponovo aktuelizovane poslednjih nekoliko decenija, započele su još pre nekoliko vekova. Istorija njihove (ne)odgovornosti imala je drugačiji put u zemljama anglosaksonske i kontinentalne pravne tradicije. U prvom slučaju, ona je najpre bila potpuno osporavana, a prvi koraci učinjeni u pravcu njenog prihvatanja obično se vezuju za 18. vek.¹ U zemljama kontinentalne tradicije razvojni put išao je u obrnutom pravcu.² Danas, u vremenu sveprisutnosti pravnih lica u raznim oblastima društvenog života, a ponajviše u industriji, transportu, finansijskom sektoru, deliktna odgovornost pravnih lica se uglavnom smatra nužnom za funkcionisanje svakog sistema koji vodi računa o životnoj sredini, zdravlju i bezbednosti.³

* asistent, ivana.radisavljevic@ius.bg.ac.rs.

- 1 J. M. Anderson, I. Waggoner /2014/: *The Changing Role of Criminal Law in Controlling Corporate Behavior*, USA, pp. 16–17. Često se citiraju reči koje je izgovorio čuveni sudija Edward Coke početkom 17. veka: „They may not commit treason, nor be outlawed, nor excommunicate, for they have no souls, neither can they appear in person, but by Attorney“, G. A. Esakov /2010/: *Corporate Criminal Liability: A Comparative Review*, *City University of Hong Kong Law Review*, vol. 2, n° 1, p. 173.
- 2 M. Dubber /2013/: *The Comparative History and Theory of Corporate Criminal Liability*, *New Criminal Law Review*, vol. 16, n° 2, p. 204.
- 3 A. P. Simester et al. /2016/: *Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine*, Oxford-Portland, p. 277.

Međutim, iako se smatra da je deliktna odgovornost pravnih lica nužnost (ili „nužno zlo“), rasprave o njenoj (ne)opravdanosti su i danas više nego aktuelne. Zastupnici njenog uvođenja/zadržavanja ističu brojne prednosti – praktične, ali i dogmatske. Tako, smatra se da osuda samo fizičkih lica dovodi do toga da se ona u pravnim licima smatraju „lako zamenljivim“, što u krajnjoj liniji ne može uticati na promenu politike poslovanja kompanije, u smislu odvratanja od budućeg vršenja delikata.⁴ Jedan od, čini nam se, interesantnih argumenata u prilog odgovornosti entiteta je da se na taj način predupređuje pomeranje granica individualne odgovornosti. Uzimajući kao primer komandnu odgovornost, Fisse primećuje da se „Jamašita lako može pronaći i u kompanijama“.⁵ Kako bi se izbegle upravo ovakve konstrukcije i omogućilo da, slično komandnoj odgovornosti, odgovornost na kraju ponese lice na upravljačkoj poziciji zbog same te pozicije, a ne zato što se može uspostaviti određena povezanost lica sa zabranjenim ponašanjem, autor smatra da je dogmatski ispravnije rešenje uspostaviti odgovornost entiteta, odnosno pravnog lica.

Jednako su zastupljeni i autori koji smatraju da je deliktna odgovornost pravnog lica nespojiva sa savremenim principima na kojima ta grana prava počiva,⁶ pa čak i da se radi o prevaziđenom konceptu ili „pravnoj anomaliji“.⁷ Često se navodi i da osuda pravnog lica po pravilu ima tzv. *spill-over* efekat, jer njene posledice osećaju i akcionari/članovi ili druga lica koja sa vršenjem dela nisu povezana ni na koji način.⁸

Domaći zakonodavac priklonio se prvom shvatanju i omogućio je da pravna lica odgovaraju za sve tri kategorije delikata koje naš pravni sistem poznaje – krivična dela, privredne prestupe i prekršaje.

1. SUBJEKTI ODGOVORNOSTI – POJAM PRAVNIH LICA

Odredbom čl. 17, st.1 Zakona o prekršajima (u daljem tekstu: ZOP)⁹ propisano je da za prekršaj mogu da odgovaraju fizičko lice, preduzetnik, pravno lice i odgovorno lice u pravnom licu. Sam pojam pravnog lica ZOP bliže ne određuje (za razliku od npr. pojma odgovornog lica). Imenujući, međutim, ovog subjekta odgovornosti, zakonodavac je odredio da to mogu biti samo one forme udruživanja kojima pravo priznaje pravni subjektivitet.¹⁰ Koje organizacije mogu steći svojstvo pravnog lica, uređuje se posebnim propisima, ali će se kao učinioi prekršaja naj-

4 A. Foerschler /1990/: Corporate Criminal Intent: Toward a Better Understanding of Corporate Misconduct, *California Law Review*, vol. 78, n° 5, p. 1289.

5 W. B. Fisse /1971/: Consumer Protection and Corporate Criminal Responsibility – A Critique of Tesco Supermarkets Ltd. v. Natrass, *Adelaide Law Review*, vol. 4, n° 1, pp. 116–117.

6 Vid. A. Hamdani, A. Klement /2008/: Corporate Crime and Deterrence, *Stanford Law Review*, vol. 61, n° 2, pp. 272–273.

7 J. S. Parker /1996/: Doctrine for Destruction: The Case of Corporate Criminal Liability, *Managerial and Decision Economics – Special Issue: Corporate Crime*, vol. 17, n° 4, p. 393.

8 C. de Maglie /2005/: Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law, *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 4, iss. 3, p. 548.

9 *Službeni glasnik RS*, br. 65/2013, 13/2016, 98/2016 – odluka US, 91/2019 i 91/2019 – dr. zakon.

10 Prilikom određivanja kruga odgovornih subjekata, načelno su moguća tri pristupa. Prvi pristup podrazumeva propisivanje mogućnosti da za delikt odgovaraju organizacije, bez preciziranja šta se pod njima podrazumeva. Drugi podrazumeva nabranjanje onih organizacija koje mogu biti

češće pojavljivati privredna društva, odnosno pravna lica koja obavljaju delatnost u cilju sticanja dobiti.

Odredbom čl. 17, st. 2 ZOP zakonodavac je iz kruga pravnih lica koja mogu biti odgovorna za prekršaje isključio Republiku Srbiju, teritorijalne autonomije i jedinice lokalne samouprave i njihove organe. Ovo je, sa jedne strane, posledica postojanja suvereniteta države, a sa druge strane činjenice da upravo državi pripada pravo na kažnjavanje (*ius puniendi*).¹¹ Međutim, ostavljena je mogućnost da se zakonom predvidi da za prekršaj odgovara odgovorno lice u državnom organu, organu teritorijalne autonomije ili organu jedinice lokalne samouprave. U tom slučaju, odgovorno lice (kao fizičko lice u širem smislu) odgovara prema opštim pravilima koja se odnose na odgovornost fizičkih lica – na osnovu krivice, odnosno prema pravilima iz čl. 18, st. 1 ZOP.

U svakom slučaju, da bi pravno lice moglo odgovarati za prekršaj, ono mora zakonom ili posebnim propisom biti predviđeno kao subjekt/učiniac konkretnog prekršaja.¹²

2. OSNOVI I USLOVI ODGOVORNOSTI

Pravila o odgovornosti pravnog lica za prekršaje sadržana su u odredbi čl. 27 ZOP. Zakon govori o dve vrste odgovornosti, koje počivaju na različitim pravilima i temelje se na različitim idejama.

2.1. Izvedena odgovornost

Prvi oblik odgovornosti pravnog lica za prekršaje sadržan je u odredbi čl. 27, st. 1 ZOP i ona postoji ako je prekršaj učinjen radnjom ili propuštanjem dužnog nadzora organa upravljanja ili odgovornog lica ili radnjom drugog lica koje je u vreme izvršenja prekršaja bilo ovlašćeno da postupa u ime pravnog lica. Ova forma odgovornosti počiva na učenjima teorije identifikacije (*identification doctrine*).¹³

Osnovu teorije identifikacije čini ideja da se akti (i krivica, ako je odgovornost pravnog lica subjektivna) fizičkih lica koja su visoko pozicionirana u strukturi samog pravnog lica mogu tom pravnom licu uračunati kao njegovi vlastiti, a zbog činjenice da se pravno lice sa tim visokopozicioniranim fizičkim licima „identifikuje“. U tom smislu, ona se najčešće smatra formom izvedene odgovornosti.¹⁴

subjekti deliktne odgovornosti, dok bi prema trećem modelu mogle odgovarati samo organizacije sa pravnim subjektivitetom. C. de Maglie. *op. cit.*, pp. 550–551.

- 11 N. Mrvić-Petrović /2014/: Odgovornost pravnih lica i preduzetnika po novom Zakonu o prekršajima, *Pravo i privreda*, n^o 4–6, p. 263.
- 12 „Upravljanje vozilom od strane vozača za vreme dok mu je izrečena zaštitna mera zabrane upravljanja motornim vozilom protivno odredbi čl. 178, st. 4. Zakona o bezbednosti saobraćaja na putevima, nije propisano kao prekršaj u odnosu na pravno lice i odgovorno lice u pravnom licu, kao vlasnika vozila, imajući u vidu da navedena materijalnopravna odredba nije sankcionisana nijednom od kaznenih odredbi čl. 326 i 327 Zakona o bezbednosti saobraćaja na putevima“; pravno shvatanje sa odvojenih sednica Prekršajnog apelacionog suda u 2020. godini, <http://pkap.sud.rs/prekrsajni-apelacioni-sud-pravni-stavovi-po-oblastima-saobraćaj-lat.html>, 20. mart 2022. godine.
- 13 I. Vuković /2021/: *Prekršajno pravo*, Beograd, p. 61.
- 14 Ipak, ima mišljenja da je ovde reč o autonomnoj odgovornosti, budući da se rukovodioci pravnog lica identifikuju sa kompanijom, kao svojevrsni „mozak“ čitave strukture (A. P. Simester et al. *op.*

Začeci ove teorije mogu se pronaći još na početku 20. veka, tačnije u pojedinim odlukama engleskih sudova iz 1915. godine.¹⁵ Iako je u materiji kaznenog prava ova teorija prvi put primenjena 1944. godine,¹⁶ obično se navodi da je kamen temeljac njene šire primene postavio sud u odluci *Tesco Supermarkets Ltd v Nattrass* iz 1971. godine.¹⁷ U toj odluci, sud je zaključio da nema mesta odgovornosti kompanije jer je sam akt izvršio zaposleni koji nije bio na rukovodećem položaju i koji se ne može identifikovati sa njom, čineći tako zaokret u odnosu na dotad prihvaćenu koncepciju vikarijske odgovornosti (*vicarious liability*),¹⁸ prema kojoj se akti gotovo svih zaposlenih mogu uračunati korporaciji.¹⁹ Preširoko shvaćen krug lica čiji se akti mogu smatrati aktima kompanije ovom odlukom je sužen i ograničen na one koji u kompaniji shodno njenim internim aktima imaju „apsolutnu vlast“, poput odbora direktora ili generalnog direktora.²⁰

Jedna od zamerki koja se može uputiti teoriji identifikacije je da je ona primenljiva samo na one rukovodioce koji se nalaze na visokom položaju, dok se oni na nižim upravljačkim pozicijama zanemaruju, iako i oni mogu da se pojave kao učinioci zabranjenog ponašanja.²¹ Neki je autori čak smatraju „legalnom barijerom“ (*legal barrier*) korporativne odgovornosti.²² U velikim kompanijama za koje je ka-

cit., p. 280), odnosno da se odgovornost ovde ne izvodi iz akata rukovodilaca, već da se kroz njih samo manifestuje (vid. G. R. Sullivan /1996/: *The Attribution of Culpability to Limited Companies*, *Cambridge Law Journal*, vol. 55, n° 3, p. 518).

- 15 G. A. Esakov. *op. cit.*, pp. 175–176. Reč je o odluci *Lenmards Carrying Co. Ltd v Asiatic Petroleum Ltd* u kojoj je sud našao da se za potrebe građanskog prava akt lica na rukovodećoj poziciji može smatrati aktom same kompanije.
- 16 U pitanju su odluke *DPP v Kent and Sussex Contractors* i *R v. ICR Haulage Ltd* i *Moore v. Bressler*. Ipak, ovi predmeti nisu na jasan način rešili pitanje kada se uopšte zaključak o identifikaciji može uspostaviti, zbog čega su sudovi ovu granicu često veoma široko određivali. (S. Parsons /2003/: *The Doctrine of Identification, Causation and Corporate Liability for Manslaughter*, *Journal of Criminal Law*, vol. 67, n° 1, p. 70).
- 17 Kompanija *Tesco*, veliki lanaca supermarketa, je tužena za povredu Akta o trgovini iz 1968. godine, jer je menadžer jedne od prodavnica izložio poster koji je sadržao pogrešne informacije u pogledu cena proizvoda. Da bi izbegla odgovornost, kompanija je morala da dokaže kumulativno postojanje dve okolnosti: da je akt počinjen od strane druge osobe („*another person*“) koja nije pod kontrolom kompanije i da su preduzete sve razumne mere da bi se izbeglo vršenje takvog dela. Za više detalja o samom slučaju vid. C. Wells /1994/: *Corporate Liability and Consumer Protection: Tesco v Nattrass Revisited*, *Modern Law Review*, vol. 57, n° 5, pp. 818–819.
- 18 Vikarijska odgovornost zastupljena je u američkom pravu. Međutim, *Model Penal Code* (MPC) je u pogledu krivične odgovornosti pravnih lica prihvatio i teoriju identifikacije kao oblik osnovne odgovornosti za dela propisana zakonom (vid. A. Foerschler. *op. cit.*, p. 1294.) U paragrafu 2.07(1) propisano je da kompanija može odgovarati ukoliko je vršenje dela bilo odobreno, zahtevano, naređeno ili izvršeno od strane odbora direktora ili menadžera na visokom položaju, koji je delao u ime kompanije, a u granicama svojih ovlašćenja. Iako MPC definiše značenje termina „menadžer“, zbog njegove neodređenosti, sudovi mogu njegovim širim tumačenjem proširiti polje primene pravila koje je MPC postavio, što su neki i činili. Vid. G. A. Esakov. *op. cit.*, p. 180.
- 19 Ipak, primećuje se da granica između vikarijske odgovornosti i teorije identifikacije u samoj odluci nije jasno povučena, te da se i doktrina identifikacije može smatrati vrstom vikarijske odgovornosti, jer takođe počiva na aktima fizičkog lica. A. P. Simester et al. *op. cit.*, pp. 277–278, 280.
- 20 S. Parsons. *op. cit.*, p. 70.
- 21 Neki autori naglašavaju da će izvršioци po pravilu biti obični zaposleni. W. B. Fisse. *op. cit.*, p. 118.
- 22 S. Parsons. *op. cit.*, pp. 70–71.

rakteristična disperzija rizika i prenošenje ovlašćenja na nize rukovodeće pozicije ili čak i na zaposlene, osuda neće ni biti moguća.²³ Drugim rečima, „što je kompanija veća, veće su šanse da izbegne odgovornost“.²⁴ Suprotno, u pravnim licima sa malim brojem zaposlenih, biće neuporedivo lakše sprovesti odgovornost do individua na upravljačkim pozicijama, pa će i njihove osude biti samim time biti češće.²⁵ Osim toga, ovom se shvatanju može zameriti i prevelika simplifikacija, te upoređivanje funkcionisanja kompanije sa funkcionisanjem fizičkih lica, čime se kompleksne strukture pravnih lica zanemaruju.²⁶

Polazeći od osnovnih učenja teorije identifikacije i redakcije čl. 27, st. 1 ZOP, možemo reći da je ovde posredi izvedena odgovornost koja se zasniva na aktima određenih fizičkih lica/organa.

Jedno od najkompleksnijih pitanja je koja se to fizička lica sa pravnim licem mogu identifikovati, odnosno čiji se akti kompaniji mogu uračunati. Zakon o prekršajima poznaje tri kategorije takvih subjekata. Najpre, odgovornost se može izvesti iz akata organa upravljanja. Zakon ne definiše ovaj pojam, ali se može zaključiti da se radi o organu koji je nosilac upravljačke, odnosno rukovodeće strukture. Koji će to konkretno organ biti, zavisi od organizacione strukture samog pravnog lica. Zakon o privrednim društvima (u daljem tekstu: ZOPD),²⁷ kojim se uređuje pravni položaj privrednih društava (koja se najčešće i pojavljuju kao učinioci prekršaja) propisuje da se u ortačkom i komanditnom društvu, kao i u društvu sa ograničenom odgovornošću ta pitanja uređuju osnivačkim aktom (čl. 11, st. 5), dok se u akcionarskom društvu upravljanje društvom uređuje statutom (čl. 11, st. 6). U ortačkom društvu, upravljanje vrše svi ortaci, ali društvo može imati i organe kao i društva kapitala.²⁸ Komanditnim društvom upravljaju komplementari, po istim pravilima koja važe za ortake, uz mogućnost komanditora da u nekim situacijama utiču na upravljanje društvom.²⁹ Upravljanje društvom sa ograničenom odgovornošću i akcionarskim društvom može biti organizovano kao jednodomno ili dvodomno (čl. 198, st. 1 i čl. 326, st. 1 ZOPD). U prvom slučaju, organe društva čine skupština i jedan ili više direktora, odnosno skupština, nadzorni odbor i jedan ili više direktora, dok su u akcionarskom društvu organi skupština i jedan ili više direktora ili odbor direktora, odnosno skupština, nadzorni odbor i jedan ili više izvršnih direktora ili izvršni odbor. Treba primetiti da organ upravljanja može činiti jedno lice, ali organ može biti sastavljen i od više članova (npr. odbor direktora, odnosno nadzorni odbor). Takođe, prilikom utvrđivanja postojanja odgovornosti, neophodno je utvrditi ko je činio organ upravljanja u vreme izvršenja

23 Detaljnije vid. W. B. Fisse. *op. cit.*, pp. 120–121.

24 G. A. Esakov. *op. cit.*, p. 176.

25 W. B. Fisse. *op. cit.*, p. 118.

26 Detaljnije vid. C. Harding /2007/: *Criminal Enterprise: Individuals, Organisations and Criminal Responsibility*, USA – Canada, pp. 227–229.

27 *Službeni glasnik RS*, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – dr. zakon, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 i 109/2021.

28 N. Jovanović, V. Radović, M. Radović /2021/: *Kompanijsko pravo – Pravo privrednih subjekata*, Beograd, pp. 343–344.

29 N. Jovanović, V. Radović, M. Radović. *ibid.*, p. 359.

prekršaja, ali činjenica da je došlo do promene rukovodstva ne utiče na postojanje odgovornosti pravnog lica.³⁰

Odgovornost pravnog lica može se izvesti i iz akata odgovornog lica. Odgovornim licem smatra se lice kome su u pravnom licu povereni određeni poslovi koji se odnose na upravljanje, poslovanje ili proces rada (čl. 30, st. 1 ZOP).³¹

Naposletku, odgovornost pravnog lica može biti zasnovana i na radnji drugog lica koje je u vreme izvršenja prekršaja bilo ovlašćeno da postupa u ime pravnog lica. Ovde se veza između fizičkog i pravnog lica uspostavlja na temelju ovlašćenja za zastupanje, bilo da je reč o zakonskom, bilo o voljnom zastupanju. Da bi se mogla zasnovati odgovornost po ovom osnovu, zastupnik se mora kretati u granicama svojih ovlašćenja.³² Upravo su kroz ovu kategoriju osnovi učenja teorije identifikacije u našem pravu prošireni i mimo fizičkih lica koja su na rukovodećim položajima (što je ujedno i jedna od osnovnih zamerki koje su ovom učenju upućivane).

Da bi se mogla uspostaviti odgovornost pravnog lica, neophodno je da je prekršaj učinjen radnjom ili propuštanjem dužnog nadzora nekog od navedenih fizičkih lica. Radnja u skladu sa čl. 10 ZOP podrazumeva činjenje ili nečinjenje. U literaturi se ističe da razlog zbog kojeg je do propuštanja nadzora došlo nije od značaja, odnosno, da to može biti neispravna odluka ili loše izvršavanje ispravne odluke, sve dok je obaveza nadzora postojala, a izvor te obaveze bili su važeći propisi.³³

Da bi se mogla zasnovati odgovornost po ovom osnovu, u postupku mora biti utvrđen identitet organa upravljanja/odgovornog lica/ drugog fizičkog lica.³⁴

Jedno od najsloženijih pitanja u vezi sa ovim oblikom odgovornosti pravnog lica jeste da li se ona zasniva na krivici jednog od zakonom navedenih lica, ili se ta odgovornost izvodi iz njihovih protivpravnih radnji, dakle bez potrebe dokazivanja da na strani tih lica postoji krivica. Redakcija čl. 27, st. 1 ZOP ovo pitanje ostavlja otvorenim. Na jednoj liniji nalaze se autori koji smatraju da se ovde radi o obliku izvedene subjektivne odgovornosti, budući da se ona izvodi iz odgovornosti fizičkog lica, a da odgovornost fizičkog lica počiva upravo na njegovoj krivici.³⁵ Nasuprot

30 „Neosnovani su navodi žalbe okrivljenih, da oni ne mogu snositi odgovornost ranijeg rukovodstva imajući u vidu da je biće prekršaja nedostavljanje izveštaja Agenciji za borbu protiv korupcije pa činjenica koje rukovodstvo je bilo na čelu političke stranke nije od uticaja na utvrđivanje odgovornosti“; presuda Prekršajnog apelacionog suda, Prž br. 2091/2018 od 31. januara 2018. godine.

31 „Odgovornost okrivljenog pravnog lica zavisi od odgovornosti odgovornog lica u vreme činjenja eventualnog prekršaja“; rešenje Prekršajnog apelacionog suda, Prž br. 20785/2019 od 15. oktobra 2019. godine.

32 I. Vuković. *op. cit.*, p. 62. Ali, ZOPD poznaje posebno krivično delo koje postoji ukoliko zastupnik društva povredi dužnost postupanja u skladu sa ograničenjima svojih ovlašćenja, koja su utvrđena aktima društva ili odlukama nadležnih organa društva iz čl. 33, st. 1 ZOPD. Delo ima i teži oblik koji postoji ukoliko je usled izvršenja osnovnog oblika društvo pretrpelo štetu koja prelazi iznos od deset miliona dinara (čl. 584 ZOPD).

33 N. Mrvić-Petrović. *op. cit.*, p. 265.

34 „Objektivna odgovornost okrivljenog pravnog lica u konkretnom slučaju se ne pretpostavlja ... a imajući u vidu odredbu čl. 89, st. 2 Zakona o prekršajima u postupku nije dokazano čijom radnjom ili propuštanjem dužnog nadzora organa upravljanja, odgovornog lica ili nekog drugog ovlašćenog lica je došlo do prekršaja, te tako nema dokaza o postojanju objektivne odgovornosti pravnog lica za prekršaj iz čl. 64b, st. 1, tač. 15 Odluke o komunalnom redu“; presuda Prekršajnog apelacionog suda, Prž br. 11400/2020 od 17. juna 2020. godine.

35 N. Mrvić-Petrović. *op. cit.*, p. 265. Autorka smatra da se krivica pravnog lica pretpostavlja.

tome, vladajuće je mišljenje da se ipak radi o izvedenoj objektivnoj odgovornosti. Takav se stav objašnjava kriminalno-političkim razlozima, uz naglašavanje da bi se suprotnim tumačenjem zona odgovornosti pravnog lica neopravdano suzila onemogućavanjem da ono odgovara ako postoje neki od osnova isključenja odgovornosti fizičkog lica.³⁶ Takođe, kao argument u prilog ovakvom shvatanju ističe se i da je u ranije važećem Zakonu o prekršajima³⁷ bilo izričito propisano da pravno lice odgovara za prekršaj učinjen *skrivenom* preduzetom radnjom ili propuštanjem dužnog nadzora, te da izostanak reči „skriveno“ ukazuje na nameru zakonodavca da ovu odgovornost učini objektivnom.³⁸

2.2. Autonomna odgovornost

Pored izvedene odgovornosti, ZOP poznaje i model autonomne odgovornosti pravnih lica. Modeli autonomne odgovornosti nastaju kao reakcija na pojedine nedostatke koncepta izvedene odgovornosti o kojima je već bilo reči.³⁹ Pronalaženje individualno odgovornog učinioca na rukovodećoj poziciji ne znači da se samim time može uspostaviti kakva „korporativna krivica“ pravnog lica koja bi za njegovu odgovornost bila dovoljna.⁴⁰ Pored toga, protivpravno ponašanje često može biti posledica organizacione strukture ili politike kompanije, a ne izbora zaposlenog pojedinca.⁴¹

Odredbe o autonomnoj odgovornosti pravnog lica unete su upravo kako bi se pokrile one situacije u kojima se vršenje prekršaja može povezati sa propustima u organizaciji pravnog lica ili sa njegovom poslovnom politikom.⁴² Član 27, st. 2 ZOP propisuje dve situacije u kojima postoji ova odgovornost.

Najpre, pravno lice je odgovorno za prekršaj kada organ upravljanja donese protivpravnu odluku ili nalog kojim je *omogućeno* izvršenje prekršaja ili kada odgovorno lice *naredi* licu da izvrši prekršaj. Ovde postoje dve situacije: u prvoj organ upravljanja stvara uslove, odnosno olakšava drugom licu da izvrši prekršaj, a u drugoj odgovorno lice naređuje vršenje prekršaja.⁴³ Prva situacija nalikuje radnjama pomaganja, a druga radnjama podstrekavanja.⁴⁴

36 N. Delić, V. Bajović /2018/: *Priručnik za prekršajno pravo*, Beograd, p. 62.

37 *Službeni glasnik RS*, br. 101/2005, 116/2008 i 111/2009.

38 Vid. I. Vuković. *op. cit.*, p. 63.

39 Jedan od interesantnih modela autonomne odgovornosti postavili su Fisse i Braithwaite, nazivajući ga model reaktivne odgovornosti (*reactive corporative fault*), koju definišu kao propuštanje da se preduzmu preventivne ili korektivne mere kao reakcija na počinjeno delo od strane lica koje deluje u ime pravnog lica. W. B. Fisse, J. Braithwaite /1988/: *The Allocation of Responsibility for Corporate Crime: Individualism, Collectivism and Accountability*, *Sidney Law Review*, vol. 11, n^o 3, pp. 505–507.

40 W. B. Fisse, J. Braithwaite. *ibid.*, p. 504

41 A. Foerschler. *op. cit.*, p. 1299.

42 N. Mrvić-Petrović. *op. cit.*, p. 266.

43 Tako, „pravno i odgovorno lice neće odgovarati za prekršaj ukoliko je zaposleni-vozač po isteku važenja vozačke dozvole koristio službeno vozilo bez naloga poslodavca, i time izvršio prekršaj iz čl. 332, st. 1 tač. 72 Zakona o bezbednosti saobraćaja na putevima“; presuda Prekršajnog apelacionog suda, Prž br. 5418/2018 od 19. marta 2018. godine.

44 I. Vuković. *op. cit.*, p. 65.

Druga situacija autonomne odgovornosti pravnog lica postoji ukoliko fizičko lice izvrši prekršaj usled propuštanja odgovornog lica da nad njim vrši nadzor ili kontrolu. Iako zakonodavac pominje samo propuštanje nadzora, iz čega bi se moglo zaključiti da je za odgovornost dovoljno postojanje samo dužnosti, u teoriji se ističe da mora postojati i objektivna mogućnost vršenja nadzora i kontrole,⁴⁵ te da bi ovaj uslov trebalo tumačiti u tom smislu.

U obe navedene situacije, radnju prekršaja preduzima fizičko lice. Međutim, to može biti bilo koje fizičko lice, nije nužno da ono bude deo organizacione strukture pravnog lica, niti da u pravnom licu bude zaposleno. U tom smislu, iako je ovde reč o autonomnoj odgovornosti, ona u svojoj osnovi ipak počiva na aktima fizičkih lica i to u dvostrukom smislu. Na prvom koraku je neophodno utvrditi da je fizičko lice preduzelo određeni prekršaj, a potom, na drugom koraku, da je vršenje prekršaja povezano sa protivpravnom odlukom ili nalogom organa upravljanja, naređenjem odgovornog lica ili propuštanjem dužnog nadzora.

U slučaju autonomne odgovornosti, pravno lice može da odgovara za prekršaj i kada je: 1) protiv odgovornog lica prekršajni postupak obustavljen, 2) kada je odgovorno lice oslobođeno od odgovornosti, 3) kada postoje pravne ili stvarne smetnje za utvrđivanje odgovornosti odgovornog lica u pravnom licu ili 4) kada se ne može odrediti ko je odgovorno lice (čl. 27, st. 3 ZOP). Upravo će u slučaju postojanja neke od četiri okolnosti biti reč o suštinski autonomnoj odgovornosti pravnog lica.

I na ovom mestu, slično kao i kod izvedene odgovornosti, postavlja se pitanje da li je ona objektivna ili subjektivna. Iako je dominantno shvatanje naše teorije da je ovde nesumnjivo reč o objektivnoj odgovornosti, prevashodno zbog posebnih pravila propisanih odredbom čl. 27, st. 3 ZOP, ima i drugačijih mišljenja. Tako, Mrvić-Petrović smatra da je i ovde posredi subjektivna odgovornost pravnog lica za prekršaje koja se temelji na njegovoj krivici, koju definiše kao „propuste u preduzimanju razumnih i mogućih mera za sprečavanje izvršenja prekršaja.“⁴⁶ Delić (iako smatra da je ovde reč o objektivnoj odgovornosti) pojašnjava da bi se navedena odgovornost mogla tumačiti kao subjektivna ako se krivica shvati isključivo kao normativna kategorija, odnosno kao mogućnost upućivanja prekora „zbog izostanka dužne pažnje u odnosu na obavezu uspostavljanja potrebne organizacije.“⁴⁷

45 I. Vuković. *ibid.*, p. 66. Međutim, u nekim odlukama primećuje se da sud mogućnost uopšte ne utvrđuje, a da postojanje dužnosti samo konstatuje („pravno lice je odgovorno za prekršaj po principu objektivne odgovornosti, a okrivljeni K. H. S. se nalazio na položaju direktora okrivljenog pravnog lica, pa je već po svom položaju bio dužan stalno voditi brigu da se celokupno poslovanje okrivljenog pravnog lica odvija u skladu sa važećim, pozitivnim propisima, pa je odgovoran za prekršaj za koji se tereti zbog propuštanja dužnog nadzora, a sve zbog toga što je nesporno da je do izvršenja prekršaja došlo u okviru delatnosti okrivljenog pravnog lica, odnosno dok je vozač M. M. upravljao njihovim vozilom, obavljao poslove i radne zadatke u ime za račun okrivljenog pravnog lica, tako da su okrivljeno pravno lice i okrivljeno odgovorno lice u pravnom licu u konkretnom slučaju ostvarili sva bitna obeležja prekršaja iz čl. 326, st. 1, tač. 10 i st. 2 Zakona o bezbednosti saobraćaja na putevima, koje delo im se podnetim zahtevom stavlja na teret i za koje delo ih je stoga prvostepeni sud pravilno oglasio odgovornim“; presuda Prekršajnog apelacionog suda, Prž br. 8315/2017 od 25. aprila 2017. godine).

46 N. Mrvić-Petrović. *op. cit.*, p. 266.

47 N. Delić, V. Bajović. *op. cit.*, p. 63.

2.3. Odgovornost stranog pravnog lica

Članom 31, st. 1 ZOP propisano je da strano fizičko lice, strano pravno lice i odgovorno lice odgovaraju za prekršaje jednako kao i domaće fizičko, pravno i odgovorno lice, čime su domaći i inostrani subjekti u odgovornosti za prekršaje načelno izjednačeni. Međutim, odredbom st. 2 istog člana zakonodavac je ovu jednakost ipak uslovio precizirajući da će se strano pravno lice i odgovorno lice kazniti za prekršaj učinjen na teritoriji Republike Srbije ako strano pravno lice ima poslovnu jedinicu ili predstavništvo u Republici Srbiji ili je prekršaj učinjen njegovim prevoznim sredstvom, ako propisom kojim je prekršaj regulisan nije šta drugo propisano. Ovim je odgovornost stranih subjekata znatno sužena, budući da je svedena samo na dve pomenute situacije. U prvom slučaju, radi se o realizaciji principa registrovanog sedišta, dok je izvršenje prevoznim sredstvom pravnog lica nešto češće kod carinskih prekršaja.⁴⁸ Neki autori, međutim, smatraju da je ova odredba u suprotnosti sa prihvaćenim principom prostornog važenja, koji za odgovornost svih subjekata zahteva da je prekršaj učinjen na teritoriji Republike Srbije, budući da taj princip sužava na dve pomenute situacije. Oспорava se i mogućnost da se ovo pitanje drugačije uredi posebnim propisima, koju redakcija čl. 31, st. 2 ZOP nesumnjivo dopušta.⁴⁹

3. OSNOVI ISKLJUČENJA ODGOVORNOSTI/PREKRŠAJA PRAVNOG LICA

Kao što smo videli, naša teorija mahom stoji na stanovištu da je odgovornost pravnog lica za prekršaje i u slučaju izvedene i u slučaju autonomne odgovornosti, objektivna. U tom smislu, postojanje nekog od osnova koji inače isključuju odgovornost fizičkog lica (neuračunljivost, neotklonjiva stvarna ili pravna zabluda) ne bi moglo uticati na postojanje odgovornosti pravnog lica. Pitanje je, međutim, da li bi s obzirom na uređenu koncepciju odgovornosti postojao neki samostalni osnov isključenja postojanja prekršaja pravnog lica. Mrvić-Petrović smatra da pravno lice ne bi moglo odgovarati ukoliko dokaže da propusta u dužnom nadzoru organa upravljanja, odgovornog lica ili drugog lica nije bilo.⁵⁰ Ovaj osnov bi se odnosio na izvedenu odgovornost, dok bi se po sličnom principu u slučaju autonomne odgovornosti moglo reći da prekršaja pravnog lica neće biti ukoliko nema protivpravne odluke ili naloga organa upravljanja ili naređenja odgovornog lica (tač. 1), odnosno ukoliko nema propuštanja nadzora ili kontrole (tač. 2). Međutim, ovde nije reč o samostalnim osnovima isključenja odgovornosti, već o odsustvu osnova na kojima se ta odgovornost temelji.

U praksi se postavilo pitanje da li blokada žiro računa pravnog lica predstavlja osnov za isključenje njegove odgovornosti. Tako, u slučaju poreskih prekršaja, sud je zaključio da je to moguće, pod uslovom da ta nemogućnost postoji u vreme kad

48 T. Delibašić /2014/: Dalji razvoj našeg koncepta odgovornosti pravnih lica za krivično delo, privredni prestup i prekršaj – aspekt sprovođenja poslovnih i finansijskih propisa, *Pravo i privreda*, n° 1–3, p.180.

49 O tome, kao i o drugim nedostacima ovog rešenja vid. T. Delibašić. *ibid.*, pp. 179–181.

50 N. Mrvić-Petrović. *op. cit.*, p. 268.

je obavezu plaćanja poreza trebalo izvršiti, „odnosno od odeljenja za prinudnu naplatu Narodne banke Srbije je potrebno pribaviti podatke o periodima nelikvidnosti pravnog lica u odnosu na vreme izvršenja prekršaja.“⁵¹ Međutim, ukoliko se radi o saobraćajnom prekršaju, sudovi su mišljenja da se ovaj osnov isključenja odgovornosti ne bi mogao primeniti.⁵² Ostaje pitanje kako bi ovaj osnov trebalo tumačiti. Vuković smatra da se ovde radi o „apsolutnoj nemogućnosti preduzimanja dužne radnje“ koja nalikuje na varijantu više sile, ali da je otvoreno pitanje da li bi se ona mogla smatrati apsolutnom silom u smislu čl. 15, st. 1 ZOP.⁵³

4. UTICAJ PRESTANKA PRAVNOG LICA I STATUSNIH PROMENA NA ODGOVORNOST

Prema opštem pravilu, prestankom postojanja pravnog lica u toku prekršajnog postupka prestaje njegova odgovornost za prekršaj, a prekršajni postupak će se, shodno odredbi čl. 248, st. 1 tač. 7 u tom slučaju obustaviti.⁵⁴ Privredno društvo može prestati brisanjem iz registra nakon sprovedenog postupka likvidacije ili prinudne likvidacije, sprovedenog postupka stečaja ili statusne promene koja ima za posledicu prestanak društva. Pravilo o obustavi prekršajnog postupka važi, međutim, samo kada je reč o prestanku putem likvidacije, jer se u slučaju otvaranja stečajnog postupka i statusnih promena primenjuju posebna pravila. Takođe, primena ovog pravila podrazumeva da je pravno lice prestalo da postoji u toku postupka, dakle pre nego što je postupak pravnosnažno okončan.

Zakon o prekršajima posebno reguliše situaciju kada pravno lice prestane da postoji zbog sprovedenog postupka statusne promene. Statusnom promenom se društvo reorganizuje tako što na drugo društvo prenosi imovinu i obaveze, dok njegovi članovi u tom društvu stiču udele, odnosno akcije (čl. 483, st. 1 ZOPD). Postoje četiri vrste statusnih promena: pripajanje, spajanje, podela i izdvajanje. Ukoliko pravno lice prestane da postoji u toku prekršajnog postupka, pravilo o obustavljanju postupka se ne primenjuje – za prekršaj će odgovarati pravni sledbenik pravnog lica.⁵⁵ Budući da pravni sledbenik treba da u izvesnom smislu „stupi na mesto okriv-

51 Prva sednica svih sudija Višeg prekršajnog suda od 25. marta 2011. godine, <http://pkap.sud.rs/prekrsajni-apelacioni-sud-pravni-stavovi-po-oblastima-zop-materijalno-pravo-lat.html>, 11. mart 2022. godine.

52 „Blokada tekućeg računa pravnog lica nije osnov za isključenje prekršajne odgovornosti kod saobraćajnih prekršaja“; rešenje Prekršajnog apelacionog suda, Prž br. 8500/2017 od 16. avgusta 2017. godine.

53 I. Vuković. *op. cit.*, p. 45. Ranije važeći Zakon o prekršajima odgovornost pravnih lica definisao je kao subjektivnu, pa su, s obzirom na to rešenje, autori ranije navodili da pravna i faktička nemogućnost ukazuju na nedostatak krivice kao psihičkog odnosa prema delu, vid. M. Popović /2012/: Položaj i prekršajna odgovornost pravnih lica u prekršajnom postupku, *Bilten Vrhovnog kasacionog suda*, n° 2, p. 255.

54 „Činjenica da je okrivljeno odgovorno lice u pravnom licu umrlo, ne utiče na dalje vođenje postupka prema okrivljenom pravnom licu i njegovu eventualnu odgovornost“; rešenje Prekršajnog apelacionog suda, Prž br. 28263/2018 od 9. januara 2019. godine.

55 „Kako je pravno lice protiv koga je podnet zahtev za pokretanje prekršajnog postupka usled statusne promene pripajanja prestalo da postoji u toku postupka, sud je neosnovano oglasio odgo-

ljenog pravnog lica“, kako bi se očuvalo pravilo o subjektivnom identitetu optužnog akta (predloga za pokretanje prekršajnog postupka) i odluke, podnosilac zahteva za pokretanje postupka može usmeriti zahtev protiv pravnog sledbenika (čl. 247, st. 4 ZOP). Pravno lice može prestati da postoji i nakon pravnosnažnog okončanja prekršajnog postupka. Ako je u postupku utvrđena odgovornost pravnog lica i izrečena sankcija za prekršaj, novčana kazna i odlučivanje o imovinskoj koristi izvršiće se prema pravnom licu koje je njegov pravni sledbenik (čl. 307, st. 4 ZOP). Kako je osnov svake statusne promene volja društva,⁵⁶ posredstvom ovih pravila se predupređuje mogućnost zloupotreba, budući da bi pravna lica relativno lako mogla izbeći odgovornost kroz sprovođenje fiktivnih statusnih promena koje su upravljene upravo na ostvarenje tog cilja i nemaju neki drugi poslovni/ekonomski razlog.

Pravno lice koje se nalazi u stečaju može da odgovara za prekršaj učinjen pre otvaranja ili u toku stečajnog postupka, ali mu se u tom slučaju ne može izreći kazna (čl. 28, st. 3 ZOP). Smatra se da razlog ove zabrane leži u potrebi očuvanja stečajne mase, te da bi prioriteta naplata novčane kazne još više umanjila (ionako za namirenje poverilaca nedovoljnu) stečajnu masu.⁵⁷ Pravnom licu koje se nalazi u stečaju mogu se izreći samo zaštitna mera oduzimanja predmeta i oduzimanje imovinske koristi,⁵⁸ a ne i neke druge prekršajne sankcije, kao npr. opomena.⁵⁹

5. NEKE SPECIFIČNOSTI POSTUPKA PROTIV PRAVNOG LICA

Pravila prekršajnog postupka koja sadrži ZOP su opšteg karaktera, odnosno primenjuju se bez obzira na to ko se od subjekata prekršajne odgovornosti pojavljuje u svojstvu okrivljenog. Ipak, postoje i određene specifičnosti kada se postupak vodi protiv pravnog lica. Najpre, pravno lice u postupku učestvuje preko ovlašćenog predstavnika. Predstavnik pravnog lica je lice ovlašćeno da to pravno lice predstavlja ili zastupa na osnovu zakona ili drugog akta (čl. 121, st. 1 ZOP), odnosno, ako se radi o stranom pravom licu, lice koje upravlja predstavništvom ili drugom poslovnom jedinicom tog pravnog lica u Republici Srbiji, ako za predstavnika ne bude određeno neko drugo lice (čl. 122 ZOP). Zakon propisuje i određena ograničenja u pogledu mogućnosti pojedinih lica da budu predstavnici (čl. 123 ZOP). Tako, predstavnik pravnog lica ne može biti odgovorno lice protiv koga se vodi prekršajni postupak za isti prekršaj, izuzev ako je to lice jedino ovlašćeno za zastupanje okrivljenog pravnog lica. Takođe, predstavnik ne može biti lice koje je u istoj stvari svedok. U oba slučaja, pravno lice je dužno da odredi drugo lice koje će biti predstavnik, a

vornim pravno lice kome se ono pripojilo, budući da nije utvrdio da li je to pravno lice pravni sledbenik pravnog lica koje je prestalo da postoji“; rešenje Prekršajnog apelacionog suda, Prž br. 1835/2018 od 29. januara 2018. godine.

56 Z. Stefanović /2020/: *Komentar Zakona o privrednim društvima*, Beograd, p. 892.

57 N. Mrvić-Petrović. *op. cit.*, p. 269.

58 Pravno lice dužno je da u slučaju pokretanja stečaja dostavi sudu koji vodi prekršajni postupak odluku o pokretanju stečajnog postupka, te prekršajni sud nije dužan da o tome vodi računa po službenoj dužnosti (vid. presudu Višeg prekršajnog suda Prž. br. 4541/12).

59 Vid. M. Popović. *op. cit.*, p. 253.

ukoliko to ne učini, sud ima mogućnost da pravno lice novčano kazni, i to posebno za svako pojedinačno neodazivanje pozivu da odredi drugog predstavnika.⁶⁰ Predstavnik je ovlašćen da u postupku preduzima sve radnje koje može da preduzima i otkrivljeni (čl. 120 ZOP).

Prema opštem pravilu, protiv pravnog lica i odgovornog lica u pravnom licu vodi se jedinstven prekršajni postupak (čl. 108, st. 1 ZOP). Međutim, pod određenim uslovima, postupak se može sprovesti i samo u odnosu na jedno od njih. Tako, ako se protiv odgovornog lica u pravnom licu ne može pokrenuti postupak (npr. zato što se ne može odrediti ko je odgovorno lice), postupak će se pokrenuti i sprovesti protiv pravnog lica (čl. 108, st. 2).⁶¹ Moguća je i obrnuta situacija. Ako je pravno lice prestalo da postoji (ali ne i u slučaju da se može uspostaviti pravni kontinuitet u vidu pravnog sledbeništva) ili postoje druge pravne smetnje za vođenje postupka, postupak će se pokrenuti i sprovesti protiv odgovornog lica u pravnom licu (čl. 108, st. 3).

Protiv pravnog lica može se izdati i prekršajni nalog, ali samo ukoliko postoje uslovi za njegovo izdavanje i u odnosu na pravno i u odnosu na odgovorno lice. U suprotnom, protiv oba lica biće podnet zahtev za pokretanje prekršajnog postupka (čl. 168, st. 5 ZOP).

UMESTO ZAKLJUČKA

Za razliku od odgovornosti pravnih lica za krivična dela koja i danas izaziva brojne kontroverze među domaćim i inostranim autorima, čini se da odgovornost pravnih lica za prekršaje od njenog uvođenja nije bila sporna. Razlog tome može bit činjenica da se u teoriji prekršaji uglavnom shvataju kao lakša vrsta delikata u poređenju sa krivičnim delima,⁶² ali i da je u našem pravu već dugo poznata odgovornost ove kategorije lica za privredne presteupe.

Daleko više je kritikovano trenutno rešenje prema kome pravna lica mogu odgovarati za sve vrste delikata koje naše pravo poznaje. Privredni prestupi, kao specifikum vremena u kojem su nastali, trebalo je upravo da nadomeste nemogućnost da se pravna lica pojave kao učinioci krivičnih dela.⁶³ Međutim, reorganizacijom privrednog sistema i uvođenjem mogućnosti da pravna lica odgovaraju i za krivična dela, ostaje pitanje da li je postojeća trihotomija delikata potrebna. Zato se predlaže se da se odgovornost pravnog lica za krivična dela ukine, a da se zadrži mogućnost

60 „Otkrivljeno pravno lice je ispunilo dužnost određivanja svog predstavnika u prekršajnom postupku, time što je prekršajnom sudu dostavilo odluku o imenovanju predstavnika“; rešenje Prekršajnog apelacionog suda, Prž br. 3210/2020 od 19. februara 2020. godine.

61 „Obzirom da odgovornost pravnog lica proizilazi iz odgovornosti odgovornog lica ili drugog lica koje je u vreme izvršenja prekršaja bilo ovlašćeno da postupa u ime pravnog lica, prekršajni postupak protiv pravnog lica ne može se voditi ukoliko se isti ne vodi i protiv odgovornog lica ili navedenog drugog lica“; rešenje Prekršajnog apelacionog suda, Prž br. 11592/2015 od 11. avgusta 2015. godine.

62 Vid. Z. Stojanović /2012/: Značaj pojma prekršajne odgovornosti za prekršajno pravo, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, n^o 1–2, p. 25, fn. 3.

63 M. Milošević /2012/: *Odgovornost pravnih lica za krivična dela, Doktorska disertacija*, pp. 84–85

da ona odgovaraju za privredne prestupe i prekršaje, ili da se, pak, umesto krivične, ukine privrednoprestupna odgovornost pravnih lica.⁶⁴ Ima i predloga u pravcu stvaranja jedinstvenog kaznenog prava za delikte pravnih lica, koje bi obuhvatalo njihovu odgovornost za sve tri vrste kaznenih delikata, ali uz temeljnu reformu čitavog sistema i jasno uobličavanje njihovih pojmova i granica, kako na nivou opšteg, tako i na nivou posebnog dela.⁶⁵

LITERATURA

- Anderson J. M., Waggoner I. /2014/: *The Changing Role of Criminal Law in Controlling Corporate Behavior*, USA.
- de Maglie C. /2005/: Models of Corporate Criminal Liability in Comparative Law, *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 4, iss. 3.
- Delibašić T. /2014/: Dalji razvoj našeg koncepta odgovornosti pravnih lica za krivično delo, privredni prestup i prekršaj – aspekt sprovođenja poslovnih i finansijskih propisa, *Pravo i privreda*, n° 1–3.
- Delić N., Bajović V. /2018/: *Priručnik za prekršajno pravo*, Beograd.
- Dubber M. /2013/: The Comparative History and Theory of Corporate Criminal Liability, *New Criminal Law Review*, vol. 16, n° 2.
- Esakov G. A. /2010/: Corporate Criminal Liability: A Comparative Review, *City University of Hong Kong Law Review*, vol. 2, n° 1.
- Fisse W. B., Braithwaite J. /1988/: The Allocation of Responsibility for Corporate Crime: Individualism, Collectivism and Accountability, *Sidney Law Review*, vol. 11, n° 3.
- Fisse W. B. /1971/: Consumer Protection and Corporate Criminal Responsibility – A Critique of Tesco Supermarkets Ltd. v. Nattrass, *Adelaide Law Review*, vol. 4, n° 1.
- Foerschler A. /1990/: Corporate Criminal Intent: Toward a Better Understanding of Corporate Misconduct, *California Law Review*, vol. 78, n° 5.
- Hamdani A., Klement A. /2008/: Corporate Crime and Deterrence, *Stanford Law Review*, vol. 61, n° 2.
- Harding C. /2007/: *Criminal Enterprise: Individuals, Organisations and Criminal Responsibility*, USA – Canada.
- Jovanović N., Radović V., Radović M. /2021/: *Kompanijsko pravo – Pravo privrednih subjekata*, Beograd.
- Milošević M. /2012/: *Odgovornost pravnih lica za krivična dela*, Doktorska disertacija.
- Mrvić-Petrović N. /2014/: Odgovornost pravnih lica i preduzetnika po novom Zakonu o prekršajima, *Pravo i privreda*, n° 4–6.
- Parker J. S. /1996/: Doctrine for Destruction: The Case of Corporate Criminal Liability, *Managerial and Decision Economics – Special Issue: Corporate Crime*, vol. 17, n° 4.
- Parsons S. /2003/: The Doctrine of Identification, Causation and Corporate Liability for Manslaughter, *Journal of Criminal Law*, vol. 67, n° 1.
- Popović M. /2012/: Položaj i prekršajna odgovornost pravnih lica u prekršajnom postupku, *Bilten Vrhovnog kasacionog suda*, n° 2.
- Simester A. P. et al. /2016/: *Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine*, Oxford-Portland.

64 N. Mrvić-Petrović. *op. cit.*, p. 272.

65 M. Milošević. *op. cit.*, p. 88.

Stefanović Z. /2020/: *Komentar Zakona o privrednim društvima*, Beograd.

Stojanović Z. /2012/: Značaj pojma prekršajne odgovornosti za prekršajno pravo, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, n^o 1–2.

Sullivan G. R. /1996/: The Attribution of Culpability to Limited Companies, *Cambridge Law Journal*, vol. 55, n^o 3.

Vuković I. /2021/: *Prekršajno pravo*, Beograd.

Wells C. /1994/: Corporate Liability and Consumer Protection: Tesco v Natrass Revisited, *Modern Law Review*, vol. 57, n^o 5.

Ivana Radisavljević

Faculty of Law University of Belgrade

RESPONSIBILITY OF LEGAL ENTITIES FOR MISDEMEANOR

SUMMARY

The debate whether legal entities should be subject to penal responsibility has begun almost five hundred years ago, but has been revisited in the past few decades. Corporations are becoming more and more powerful, but that great of a power is often not met with equivalent responsibility. In Serbia, on the other hand, legal entities can commit three types of penal offences: criminal acts, economic offences and misdemeanors. The latter form of responsibility is the subject of this paper.

Law on misdemeanors defines two types of responsibilities for legal entities. Article 27 prescribes that a legal person shall be liable for a misdemeanor committed by an act or omission of due supervision of the management body or a responsible person or by an action of another person that, at the time when the misdemeanor was committed, was authorized to act in the name of the legal person. This form of responsibility is based upon the identification doctrine that was developed in the common law counties in the 20th century. The second form of responsibility, also prescribed in the Art. 27, is considered to be a form of autonomous liability, which rests upon the organizational flaws of the legal entity or corporate policies that approve the commission of misdemeanors. It exists if the management body passes an unlawful decision or an order whereby committing misdemeanor is enabled or when the responsible person orders a person to commit a misdemeanor, or a natural person commits a misdemeanor due to an omission by the responsible person to supervise or control him/her. The dominant understanding of legal theory is that both types of responsibilities are a form of strict liability and that it is not necessary to determine the guilt of the natural person whose acts the responsibility is based upon.

This paper analyses both types of responsibilities of legal entities for misdemeanors. In addition to the analysis of relevant legal provisions and understandings of legal theory, the text also presents some decisions of domestic misdemeanor courts. It also gives a brief overview of the most important specifics of the proceedings against a legal entity.

Keywords: legal entity, misdemeanors, derivative liability, autonomous liability, strict liability.

KAZNENA REAKCIJA U SRBIJI

XII deo

Tematska monografija

Biblioteka

CRIMEN

57

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 978-86-6132-016-3

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 12
/ urednik Đorđe Ignjatović. – Beograd : Pravni fakultet u saradnji
sa Kriminološkom sekcijom Srpskog udruženja za krivičnopravnu
teoriju i praksu, 2022 (Beograd : Birograf). – X, 290 str. ; 24 cm. –
(Biblioteka Crimen / Pravni fakultet, Beograd ; 57)

"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–X: Predgovor
/ urednik. – Napomene i bibliografske reference uz tekst. –
Bibliografija uz većinu radova. – Abstracts.

ISBN 978-86-6132-016-3

1. Игњатовић, Ђорђе, 1952– [уредник] [аутор додатног текста]

а) Кривично законодавство -- Србија -- Зборници б)

Криминалитет -- Србија -- Зборници

COBISS.SR-ID 70744841

U EDICIJI CRIMEN DO SADA OBJAVLJENO:

1. Ignjatović Đ.: PRAVO IZVRŠENJA KRIVIČNIH SANKCIJA (6 izdanja)
2. STANJE KRIMINALITETA U SRBIJI I PRAVNA SREDSTVA REAGOVANJA – I; [5. – II]; [10. – III]; [16. – IV] (Ignjatović Đ. ed.)
3. КОРУПЦИЈА – Основни појмови и механизми за борбу (Илић Г. прир.) (2 издања)
4. Žan Pradel: ISTORIЈAT KRIVIČNIH DOKTRINA (prevod. Perić O.)
6. Ignjatović Đ.: METODOLOGIЈA ISTRAŽIVANЈA KRIMINALITETA sa metodikom izrade naučnog rada (3 izdanja)
7. Делић Н.: НОВА РЕШЕЊА ОПШТИХ ИНСТИТУТА У КЗ СРБИЈЕ
8. Remzi Klark: KRIMINALITET U AMERICI (prevod Simeunović-Patić B.)
9. Simeunović D.: TERORIZAM (2 izdanja)
11. Žan Pradel: KOMPATIVNO KRIVIČNO PRAVO – Sankcije (prevod: Perić O.)
12. Ignjatović Đ.: TEORIЈE U KRIMINOLOGIЈI
13. Бајовић В.: СПОРАЗУМ О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ – Упоредно-правни приказ
14. Deni Sabo: OD ANTROPOLOGIЈE DO KOMPATIVNE KRIMINOLOGIЈE (prevod: Đokić I.)
15. Stojanović Z., Kolarić D.: KRIVIČNOPRAVNO REAGOVANJE NA TEŠKE OBLIKE KRIMINALITETA
17. Luk Hulsman, Jacqueline Bernat de Celis: IZGUBLJENE KAZNE (prevod: Đokić I.)
18. Ignjatović Đ., Simeunović-Patić B.: VIKTIMOLOGIЈA
19. KAZNENA REAKCIЈA U SRBIЈI – I [23. – II]; [25. – III]; [28. – IV]; [31. – V]; [36. – VI]; [40. – VII]; [42. – VIII]; [46. – IX]; (Ignjatović Đ. ed.)
20. Markus Felson: ZLOČIN I SVAKODNEVNI ŽIVOT (prevod: Lukić N.)
21. Marvin Volfgang, Franko Ferakuti: POTKULTURA NASILЈA (prevod: Ljubičić D.)
22. Danilo Zolo: KO KAŽE HUMANOST... Rat, pravo i globalni poredak (prevod: Katanić Z.)
24. Ignjatović Đ.: KOMPATIVSIЈA KRIMINALITETA I KAZNENE REAKCIЈE: SRBIЈA – EVROPA
26. Делић Н.: НОВА РЕШЕЊА У ПОСЕБНОМ ДЕЛУ КЗ СРБИЈЕ
27. Лукић Н.: СУЗБИЈАЊЕ ОРГАНИЗОВАНОГ КРИМИНАЛИТЕТА
29. Stojanović, Z., Kolarić, D.: KRIVIČNOPRAVNO SUZBIЈANJE ORGANIZOVANOG KRIMINALITETA, TERORIZMA I KORUPCIЈE (2 izdanja)
30. Begović, B.: EKONOMSKA ANALIZA GENERALNE PREVENCIЈE
32. Ignjatović Đ., Simeunović-Patić B.: VIKTIMOLOGIЈA – OPŠTI DEO
33. Džon Hauard: STANJE U ZATVORIMA (prevod: Ljubičić D.)
34. Vajović V.: O ČINJENICAMA I ISTINI U KRIVIČNOM POSTUPKU (2 izdanja)
35. Nils Kristi: GRANICE PATNЈE (prevod: Vujičić N.)
37. Stojanović Z.: POLITIKA SUZBIЈANJA KRIMINALITETA (2 izdanja)
38. Tomas Matisen: ZATVOR NA OPTUŽENIČKOЈ KLUPI (prevod: Vujičić N. i Lozić A.)
39. Ђокић И.: ОПШТИ ПОЈАМ КРИВИЧНОГ ДЕЛА У АНГЛО-АМЕРИЧКОМ ПРАВУ (2 издања)
41. Hal Pepinski: MIROTVORSTVO razmišljanja jednog radikalnog kriminologa (prevod: Stevanović A. i Vujičić N.)
43. Нилс Кристи: НОРВЕШКИ СТРАЖАРИ „СРПСКИХ ЛОГОРА“ У СЕВЕРНОЈ НОРВЕШКОЈ 1942–1943. (превод: Буквић Р.)
44. ORGANIZOVANI KRIMINALITET – Izbor tekstova (prir. Ignjatović Đ. i Stevanović A.)
45. Tomas Matisen: KADENCA – Profesionalna autobiografija (prevod Vujanić M.)
47. ORGANIZOVANI KRIMINALITET – Izbor tekstova II (prir. Ignjatović Đ. i Stevanović A.)
48. KAZNENA REAKCIЈA U SRBIЈI X (Ignjatović Đ. ed.)
49. Greg Barak: NEKONTROLISANA MOĆ KORPORACIЈA (prevod: Stevanović A. i Petrović M.)
50. Ђокић И.: ИЗВРШИЛАШТВО У КРИВИЧНОМ ПРАВУ
51. Лукић Н.: КРИМИНАЛИТЕТ КОМПАНИЈА – Криминолошки аспект
52. ORGANIZOVANI KRIMINALITET – Izbor tekstova III (prir. Ignjatović Đ. i Stevanović A.)
53. Шкулић М.: ОСНОВИ КРИВИЧНОГ ПРАВА СЈЕДИЊЕНИХ АМЕРИЧКИХ ДРЖАВА (2 издања)
54. KAZNENA REAKCIЈA U SRBIЈI XI (Ignjatović Đ. ed.)
55. ORGANIZOVANI KRIMINALITET – Izbor tekstova IV (prir. Ignjatović Đ. i Stevanović A.)
56. Budić V., Marić I.: BIBLIOGRAFIЈA EDICIЈE CRIMEN 2006–2021.
57. KAZNENA REAKCIЈA U SRBIЈI XII (Ignjatović Đ. ed.)

ISBN 978-86-6132-016-3

