

**SRPSKO UDRUŽENJE ZA KRIVIČNOPRAVNU  
TEORIJU I PRAKSU**



**INSTITUT ZA KRIMINOLOŠKA I SOCIOLOŠKA  
ISTRAŽIVANJA**



# **REV IJA**

## **ZA KRIMINOLOGIJU I KRIVIČNO PRAVO**

**BEOGRAD, 2016.**



### **Savet časopisa**

Prof. dr Božidar BANOVIĆ- Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Dr Ivana STEVANOVIĆ- Institut za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu, Prof. dr Đorđe IGNJATOVIĆ- Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Dr Marina BLAGOJEVIĆ - Institut za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu, Dr Branislava KNEŽIĆ - Institut za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu, Dr Leposava KRON - Institut za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu, Prof. dr Ljubinko MITROVIĆ- Panevropski Univerzitet „APEIRON“ u Banja Luci, Prof. dr Ivana SIMOVIĆ-HIBER - Fakultet bezbednosti Univerziteta u Beogradu, Dr Vladan JOLDŽIĆ - Institut za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu, Prof. dr Vid JAKULIN - Pravni fakultet Univerziteta u Ljubljani, Janko LAZAREVIĆ - sudija Vrhovnog kasacionog suda Srbije, Akademik Igor Leonidovič TRUNOV - Ruska akademija nauka u Moskvi, Milomir GOVEDARICA, Dr Zoran STEVANOVIĆ, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu, Dr Glomazic HAJDANA - Institut za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu.

### **Redakcija časopisa**

Prof. dr Claus ROXIN - Pravni fakultet Univerziteta u Minhen, Prof. dr Stanko BEJATOVIĆ- Pravni fakultet u Kragujevcu, Prof. dr Miodrag SIMOVIĆ - Pravni fakultet Univerziteta u Banja Luci, Prof. dr Vojislav ĐURĐIĆ - Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Dr Danilo NIKOLIĆ- Ministarstvo pravde Republike Srbije, Prof. dr Drago RADULOVIĆ - Pravni fakultet Univerziteta u Podgorici, Dr Jovan ĆIRIĆ - direktor Instituta za uporedno pravo u Beogradu, Dr Sanja ĆOPIĆ - Institut za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu, . Dr Olivera PAVIĆEVIĆ - Institut za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu, Dr Jelena ŽELESKOV-ĐORIĆ - Institut za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu, Dr Janko MEĐEDOVIĆ - Institut za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu, Mr Dušan DAVIDOVIĆ- Institut za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu, Mr Miroslav IVANOVIĆ - Institut za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu

### **Glavni i odgovorni urednik časopisa**

Prof. dr Zoran STOJANOVIĆ, Pravni fakultet u Beogradu

### **Urednik časopisa**

Dr Zoran STEVANOVIĆ - Institut za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu

### **Sekretar redakcije časopisa**

Mr Ivana STEPANOVIĆ – Institut za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu

ISSN 1820-2969

Časopis izdaju: Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu i  
Institut za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu

---

Časopis izlazi tri puta godišnje. Radove i ostalu poštu u vezi sa časopisom slati na adresu:  
REVIJA ZA KRIMINOLOGIJU I KRIVIČNO PRAVO,  
Beograd, Ulica Kraljice Natalije br. 45. E-mail: sukp@sezampro.rs  
Rukopisi se ne vraćaju

---

U troškovima izdanja časopisa učestvovali su: Prvosudna akademija u Beogradu i  
Pravni fakultet u Beogradu

---

Štampa i priprema: „KULTURA PRINT“ Beograd.  
Tiraž: 500 primeraka

### **Editorial council**

Professor Božidar BANOVIĆ, PhD – Faculty of Law, University of Kragujevac, Dr Ivana STEVANOVIĆ, PhD – Institute of Criminological and Sociological Research, Belgrade, Professor Đorđe IGNJATOVIĆ, PhD – Faculty of Law, University of Belgrade, Marina BLAGOJEVIĆ, PhD – Institute of Criminological and Sociological Research, Belgrade, Branislava KNEŽIĆ, PhD – Institute of Criminological and Sociological Research, Belgrade, Laposava KRON PhD – Institute of Criminological and Sociological Research, Belgrade, Professor Ljubinko MITROVIĆ, PhD – Pan – European University „APEIRON“, Banja Luka, Ivana SIMOVIĆ-HIBER, PhD – Faculty of Security Studies, University of Belgrade, Zoran STEVANOVIĆ, PhD - Institute of Criminological and Sociological Research, Belgrade, Professor Vid JAKULIN, PhD – Faculty of Law, University of Ljubljana, Janko LAZAREVIĆ - Judge of the Supreme Court of the Republic of Serbia, Academic Igor LEONIDOVIĆ Trunov – Russian Academy of Sciences, Moscow, Milomir GOVEDARICA, Zlatko NIKOLIĆ, PhD – Institute of Criminological and Sociological Research, Belgrade, Dr Glomazic HAJDANA, PhD – Institute of Criminological and Sociological Research, Belgrade.

### **Editorial board**

Claus ROXIN Professor Claus ROXIN, PhD – Faculty of Law, University of Munich, Professor Stanko BEJATOVIĆ, PhD – Faculty of Law, University of Kragujevac, Prof. dr Miodrag SIMOVIĆ - Pravni fakultet Univerziteta u Banja Luci, Prof. dr Vojislav ĐURĐIĆ - Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Dr Danilo NIKOLIĆ - Ministry of Justice and Public Administration of the Republic of Serbia, Professor Drago RADULOVIĆ, PhD – Faculty of Law, University of Podgorica, Jovan ĆIRIĆ, PhD – Institute of Comparative Law, Belgrade, Dr Sanja ČOPIĆ, PhD – Institute of Criminological and Sociological Research, Belgrade, Olivera PAVIČEVIĆ, PhD – Institute of Criminological and Sociological Research, Belgrade, Jelena ŽELESKOV-ĐORIĆ, PhD – Institute of Criminological and Sociological Research, Belgrade, Janko MEĐEDOVIĆ, PhD – Institute of Criminological and Sociological Research, Belgrade, Dušan DAVIDOVIĆ, MA – Institute of Criminological and Sociological Research, Belgrade, Miroslav IVANOVIC, MA – Institute of Criminological and Sociological Research, Belgrade

### **Editor in chief**

Zoran STOJANOVIĆ, PhD – Faculty of Law, University of Belgrade,

### **Editor**

Zoran STEVANOVIĆ, PhD – Institute of Criminological and Sociological Research, Belgrade,

### **Secretary of the redaction**

Ivana STEPANOVIĆ, MA – Institute of Criminological and Sociological Research, Belgrade

ISSN 1820-2969

The Review is issued by: Serbian Association for Theory and Practice of Criminal Law  
and Institute of Criminological and Sociological Research in Belgrade.

---

The Review is published three times a year.  
Send scientific articles and other papers relevant for the Review to the following address:

REVIEW OF CRIMINOLOGY AND CRIMINAL LAW,  
Belgrade, No. 45, Kraljice Natalije Street, or via E-mail: [sukp@sezampro.rs](mailto:sukp@sezampro.rs)  
Manuscripts are not returned.

---

The cost issues of the magazine were: Judicial Academy in Belgrade  
Faculty of Law in Belgrade

---

Printed and arranged by: "KULTURA PRINT", Belgrade  
Number of prints: 500

UDK 343 : ISSN 2217-219X

# CRIMEN

ČASOPIS ZA KRIVIČNE NAUKE || JOURNAL FOR CRIMINAL JUSTICE



**PRAVNI FAKULTET**  
UNIVERZITETA U BEOGRADU



Institut za uporedno pravo

BEOGRAD 2016 / BROJ 3 / GODINA VII





# CRIMEN

ČASOPIS ZA KRIVIČNE NAUKE || JOURNAL FOR CRIMINAL JUSTICE

## Izdavači

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Institut za uporedno pravo iz Beograda  
u saradnji sa Dosije studiom

i Kriminološkom sekcijom Srpskog udruženja za krivičnoravnu teoriju i praksu

## Izdavački savet / Scientific council

*Strani članovi / Foreign members:*

prof. dr Hans-Jörg Albrecht, Frajburg (Nemačka)	prof. dr Stefano Ferracuti, Rim (Italija)
prof. dr Jacqueline Azzopardi, Valeta (Malta)	prof. dr Dragan Milovanovic, Čikago (SAD)
prof. dr Michael Bock, Majnc (Nemačka)	prof. dr Eduard Filipovič Pobegajlo, Moskva (Rusija)
prof. dr Serge Brochu, Montreal (Kanada)	prof. dr Jean Pradel, Poatje (Francuska)
prof. dr Christian Grafl, Beč (Austrija)	prof. dr Miroslav Scheinost, Prag (Češka)
prof. dr Ulrich Sieber, Frajburg (Nemačka)	

*Domaći članovi / Members from Serbia:*

prof. dr Danilo Basta	dr Aleksandra Rabrenović
prof. dr Miroslav Đorđević	prof. dr Dragan Simeunović
prof. dr Radenko Vuković	prof. dr Snežana Soković

## Redakcija / Editorial board

### Glavni i odgovorni urednik / Editor-in-Chief

prof. dr Zoran Stojanović

### Urednik / Associate editor

prof. dr Đorđe Ignjatović

### Zamenik urednika / Vice editor

prof. dr Igor Vuković

### Članovi Redakcije / Editorial board members

dr Jovan Ćirić

dr Slobodan Vuković

prof. dr Milan Škulić

prof. dr Đorđe Đorđević

prof. dr Goran Ilić

prof. dr Nataša Delić

prof. dr Zoran Ilić

Miloš R. Janković

### Saradnici / Colaborators

mr Ivan Đokić, sekretar Redakcije

mr Vanja Bajović, lektor

Sve članke predate na objavljivanje u Časopisu recenziraju najmanje dva anonimna recenzenta

All articles submitted to the CRIMEN are peer reviewed by two anonymous peer reviewers

Časopis izlazi dva puta godišnje (april i oktobar) / CRIMEN is published semiannual (April and October)

### ADRESA REDAKCIJE / EDITORIAL ADDRESS:

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu; Bul. K. Aleksandra 67, 11000 Beograd, Srbija

Web adresa: <http://www.ius.bg.ac.rs/crimenjournal/default.htm> • e-mail: [crimen@ius.bg.ac.rs](mailto:crimen@ius.bg.ac.rs)

© Autori prenose na Časopis autorska prava za dostavljene tekstove i nijedan njihov deo ne može se reprodukovati bez pismene saglasnosti urednika Časopisa. Rukopisi se ne vraćaju / Authors transfer to the Journal their rights to submitted texts and no part of them can be reproduced without written consent of Journal's editor. Manuscripts will not be returned.

Priprema i štampa: Dosije studio, Beograd

GODIŠNJA PRETPLATA : 600 RSD; pojedinačan broj 300 RSD /

Annual subscription: 20 €





***Prof. dr Miroslav Đ. ĐORĐEVIĆ***



**ŽIVOT I RAD DOAJENA  
KRIVIČNOPRAVNE NAUKE SRBIJE  
Prof. dr Miroslava Đ. ĐORĐEVIĆA  
(NEKOLIKO REČI JER SVE JE NEMOGUĆE NAPISATI)**

Dr Miroslav Đorđević, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu u penziji, rođen je 1926. god. u Beogradu gde je završio osnovnu školu i gimnaziju, a na Pravnom fakultetu u Beogradu diplomirao 1950, a doktorirao je 4. januara 1963. god., odbranivši doktorsku disertaciju na temu „*Krivična odgovornost pravnih lica za privredne prestupe.*“ Na Međunarodnom fakultetu za uporedno pravo u Luksemburgu završio je tokom 1959. i 1960. god. tri ciklusa studija uporednog prava.

Od 1946. bio je službenik na administrativnim i pravnim poslovima u Advokatskoj komori u Beogradu. Na Pravni fakultet u Beogradu prešao je 1952. god., kao poslediplomski stipendista u zvanju mladeg pravnog referenta, a potom je 1955. god. izabran za asistenta za predmet Krivično pravo, za docenta 1964, za vanrednog profesora 1969, a za redovnog profesora 1978. god. Posle penzionisanja 1992. god. nastavio je rad na fakultetu u nastavi na poslediplomskim studijama.

Kao jedan od vodećih stručnjaka iz krivičnog prava prof. Đorđević je držao predavanja ne samo na svim pravnim fakultetima bivše Jugoslavije, već i mnogo više (Parizu-Panthon-Sorbonne, Moskvi, Varšavi, Pragu, Budimpešti, Krakovu, Poznanju i Pečuju). U želji da svoj doprinos da i stručnom usavršavanju pravnika praktičara aktivni je učesnik niza edukativno-stručnih skupova iz krivičnog prava. Obiman je spisak kako tema, tako i organizatora skupova ovakvog karaktera na kojima je jedan od ključnih učesnika bio upravo prof. Đorđević. Među njima su posebno prepoznatljiva ona u organizaciji Jugoslovenskog udruženja za krivično pravo i kriminologiju, Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu, Centra za unapređenje pravnih studija u Beogradu, Centra za stručno usavršavanje sudija u Beogradu, Multidisciplinarnog centra za podsticanje integracionih procesa i harmonizaciju prava i Organizacije za pravnu edukaciju i kulturu prava „Pro iuris“ u Beogradu.

Na matičnom Fakultetu i Univerzitetu pored nastavno-istraživačkog rada obavljao je i brojne druge funkcije. Bio je dekan Pravnog fakulteta u Beogradu, prodekan Fakulteta, predsednik Nastavno-naučnog veća, šef Katedre za krivične nauke, upravnik Odeljenja Pravnog fakulteta u Beogradu i Užicu, predsednik ili član većeg broja komisija i drugih tela na Fakultetu i Univerzitetu,

kao i predsednik Sekcije udruženja univerzitetskih nastavnika na Pravnom fakultetu u Beogradu.

Zahvaljujući ugledu koji uživa i danas ne samo kod svojih kolega već i šire prof. Đorđević kao mali broj drugih kolega bio je izuzetno aktivan i van Fakulteta. Bio je predsednik Saveznog stručnog saveta za pravosuđe, član Republičkog komiteta za zakonodavstvo Srbije, predsednik komisija i radnih grupa za izradu Krivičnog zakona Srbije, Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakona SFRJ, novog Krivičnog zakona Srbije, Krivičnog zakonika SRJ, Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakona SRJ, Zakona o privrednim prestupima i Zakona o prekršajima kojima se povređuju savezni propisi. Takođe je kao član komisija i radnih grupa učestvovao i u izradi Krivičnog zakona SFRJ, Zakona o izmenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku, Zakona o izvršenju krivičnih sankcija, Zakona o presađivanju delova čovečjeg tela, Zakona o zaštiti životne sredine i većeg broja drugih zakona. Bio je član radne grupe Ustavne komisije za izradu amandmana na Ustav SR Srbije za pitanja pravosuđa, ustavnog sudstva, ustavnosti i zakonitosti, član Komisije Saveznog saveta za pravosuđe za krivičnopravna pitanja, član Komisije SIV-a za reformu kaznenog zakonodavstva i član Komisije Savezne vlade za usklađivanje saveznog kaznenog zakonodavstva sa Ustavom SRJ.

Izuzetan je doprinos prof. Đorđevića i funkcionisanju nevladinih stručnih asocijacija iz oblasti kojoj pripada. Tako npr. jedan je od osnivača i dugogodišnji član organa uprave Jugoslovenskog udruženja za krivično pravo i kriminologiju (sada Srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu), predsednik Udruženja za krivično pravo i kriminologiju SR Srbije, član predsedništva Jugoslovenskog udruženja za medicinsko pravo, član redakcije časopisa: „Anali Pravnog fakulteta“, „Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo“, „Zbornika Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja“, „Arhiv za pravne i društvene nauke“, „Biltena Jugoslovenskog udruženja za medicinsko pravo“ i član uređivačkog odbora „Opšte enciklopedije prava“ i biblioteke „Klasici jugoslovenskog prava“, a i sada je urednik prve sekcije „Pravo na život“ Kopaoničke škole prirodnog prava. Član je Naučnog društva Srbije.

Obiman je spisak magistarskih i doktorskih radova iz vremena aktivnog rada prof. Đorđevića koji su bili predmet njegove ocene, a često i mentorstva bez obzira na kom fakultetu bivše Jugoslavije su branjeni. Autor ovog osvrta je imao privilegiju, čast i zadovoljstvo da pripada krugu onih kojima je prof. Đorđević bio mentor u radu na izradi i magistarske i doktorske teze i na taj način učio ga da pravi prve korake na putu zvanom naučnoistraživački rad. U toku toga rada, a i kasnije imao sam priliku i sreću da prof. Đorđevića upoznam ne samo kao velikog naučnika, već i kao velikog čoveka. U ne malom broju

slučajeva bio sam duboko impresioniran izuzetnim osećajem prof. Đorđevića da se i sa najtežim temama, delima i problemima, kako naučnim tako i životnim uopšte, susretne i suoči na jedan izuzetno elegantan način, da sa malo reči svog sagovornika uputi na put nauke, dostojanstva i ljudskosti. I danas kada sam u prilici da u radu sa mladim ljudima učestvujem na njihovom obrazovnom putu pokušavam i želim da se sa njima ophodim na način svojstven prof. Đorđeviću.

Prof. Đorđević je autor ili koautor preko 170 naučnih radova među kojima su pojedini doživeli i više izdanja. Navodimo samo neka od njih. To su: Krivično pravo-opšti deo (koautor, četiri izdanja), Krivično pravo-posebni deo (koautor, sedam izdanja), Krivično pravo sa osnovama privrednoprestupnog i prekršajnog prava (koautor, osam izdanja), Praktikum za krivično pravo-opšti deo (četiri izdanja), Praktikum za krivično pravo-posebni deo (dva izdanja), Komentar krivičnog zakona SRJ (koautor, pet izdanja), Komentar Krivičnog zakona Republike Srbije (koautor, pet izdanja), monografije Delikti kaznenog prava (koautor), Privredni prestupi, Krivična odgovornost pravnih lica i izradi studije Novčani iznosi u krivičnom zakonodavstvu u uslovima visoke inflacije i Krivična dela i privredni prestupi u udruženom radu. Saradnik je Pravne enciklopedije (tri izdanja), Enciklopedije samoupravljanja, Enciklopedije građanskog prava i Opšte enciklopedije prava.

Sa generalnim ili nacionalnim referatom učesnik je brojnih međunarodnih kongresa organizivanih od strane Međunarodnog udruženja za krivično pravo, Međunarodnog udruženja za uporedno pravo i Međunarodnog udruženja bivših studenata uporednog prava u Strazburu, Upsali, Ekseteru, Peskari, Amsterdamu, Teheranu, Budimpešti, Karakasu i Beču, na Nemačko-jugoslovenskim pravničkim danima u Kelnu, Francusko-jugoslovenskim pravničkim danima u Parizu i Strazburu, a učestvovao je i na drugim međunarodnim kongresima Međunarodnog udruženja za kriminologiju, Međunarodnog udruženja za društvenu odbranu, Međunarodnog udruženja za krivično pravo i Međunarodnog udruženja za uporedno pravo u Lisabonu, Beogradu, Leću, Budimpešti i Upsali, kao i na preko stotinu savetovanja, simpozijuma i drugih naučnih skupova u zemlji sa referatima i priložima u diskusiji.

Prof. Đorđević nije samo veliki naučnik, profesor za uzor, autor velikog broja radova od značaja za krivičnopravnu nauku uopšte, već je i otac i deda za primer. Najbolji dokaz zato je njegov sin prof. Đ. Đorđević koji po ugledu na svog oca mirno, dostojanstveno i sugurnim koracima korača putem po uzoru na put svog oca. Zbog svega ovog ovaj dvobroj časopisa „Revija za kriminologiju i krivično pravo” čijoj je pojavi kao i kasnijoj afirmaciji na prostoru bivše Jugoslavije kao vodećem časopisu iz ove grane prava doprineo i prof. Đorđević je jedna od aktivnosti koja obeležava tako značajan jubilej, a to je devedeseti rođendan prof.

Miroslava Đorđevića. To je značajan događaj ne samo za njega lično, ne samo za Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu čiji je jedan od najaktivnijih članova dugo vremena bio prof. Đorđević, već i za čitavu našu nauku krivičnog prava kojoj je on toliko doprineo. Ne samo pišući naučne radove, već i kreirajući mnoga zakonska rešenja obzirom da je veoma uspešno decenijama preuzeo na sebe i ulogu zakonodavca, odnosno onoga ko u tome pomaže zakonodavcu kreirajući, u svojstvu predsednika ili člana više komisija za pripremu zakonskih projekata u oblasti krivičnog prava, ne mali broj ovog karaktera.

Na samom kraju u svojstvu njegovog bivšeg studenta prof. Đorđeviću želim dug život, a ovom broju časopisa da i budućim pokolenjima bude podsetnik kako treba živeti i raditi.

U Beogradu,  
oktobra meseca 2016.god.

*Prof. dr Stanko BEJATOVIĆ*





10. Ivana SIMOVIĆ-HIBER: Ogled o krivičnom pravu i vladavini prava na primeru načela zakonitosti – retrospektiva i perspektive ..	237
11. Drago RADULOVIĆ: Pogled na novi zakon o izmjenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore .....	259
12. Hajrija SIJERČIĆ-ČOLIĆ: Odustajanje od načela societas delinquere non potest – osvrt na Bosnu i Hercegovinu .....	273
13. Miloš BABIĆ: Materijalno krivično zakonodavstvo u postdejtonskoj Bosni i Hercegovini .....	291
14. Igor VUKOVIĆ: Značaj određenosti dela izvršioca za postojanje podstrekivanja i javno povezivanje na vršenje krivičnog dela .....	311
15. Snežana BRKIĆ: Skraćeni i opšti krivični postupak i njihove transformacije .....	327
16. Tadija BUBALOVIĆ: Pojam, pravna priroda i primjena ustanove gravamena u kaznenom postupku .....	359
17. Dragan JOVAŠEVIĆ: Dete – žrtva seksualnog nasilja u Švedskom i Nemačkom pravu .....	387
18. Slađana JOVANOVIĆ, Zoran PAŠALIĆ: Maloletni učinioci prekršaja sa elementima nasilja .....	397



10. Ivana SIMOVIĆ-HIBER: Essay on Criminal Law and Rule of Law in the Case of the Principle of Legality - a retrospective and perspectives . . . . .	237
11. Drago RADULOVIĆ: View on new law on amendments to the criminal procedure code of Montenegro . . . . .	259
12. Hajrija SIJERČIĆ-ČOLIĆ: Disapplication of the principle of <i>societas delinquere non potest</i> – an overview focused on Bosnia and Herzegovina . . . . .	273
13. Miloš BABIĆ: Substantive criminal law in post-dayton Bosnia and Herzegovina . . . . .	291
14. Igor VUKOVIĆ: Definition of the perpetrator's act, it's importance for abetting and public incitement to an offence . . . . .	311
15. Snežana BRKIĆ: Simplified and general criminal procedura and their transformations . . . . .	327
16. Tadija BUBALOVIĆ: Notion, legal nature and application institution of gravamen the criminal proceedings . . . . .	359
17. Dragan JOVAŠEVIĆ: Minor - the victims of sexual violence in Swedish and Germany law . . . . .	387
18. Slađana JOVANOVIĆ, Zoran PAŠALIĆ: Juvenile perpetrators of misdemeanors with elements of violence . . . . .	397

**Prof. dr Zoran STOJANOVIĆ**  
Pravni fakultet Univerziteta  
u Beogradu

*Orginalni naučni rad*  
**UDK: 343.213; 340.132.2; 343.2/.7(4)**  
**Primljeno: 15. novembra 2016. god.**

## **UNIVERZALNI PRINCIP PROSTORNOG VAŽENJA KRIVIČNOG ZAKONODAVSTVA**

### **Uporednopravna analiza**

*Univerzalni princip prostornog važenja krivičnog zakonodavstva opšte je prihvaćen u zakonodavstvu evropskih zemalja. Određene razlike postoje u pogledu uslova i domašaja primene tog principa. Dok su relativno retke zemlje koje za određena krivična dela ne predviđaju nikakve dodatne uslove za primenu domaćeg prava i na slučajeve kada stranac učini krivično delo u inostranstvu na štetu dobara stranca ili strane države, manje više sve evropske zemlje dozvoljavaju, pod određenim uslovima, primenu domaćeg prava i u tom slučaju. Postoje razlike u pogledu ograničavanja važenja univerzalnog principa, ali najčešće se u zakonodavstvu drugih zemalja sreću dva ograničenja koja predviđa i KZ Srbije. To su uslov da se stranac zatekao na teritoriji te države (forum deprehensionis) i načelo supsidijarnosti, tj. da će se primeniti domaće pravo samo ako već nije primenjeno pravo neke druge države u tom slučaju. Krivični zakonik Srbije usvaja u ovom pogledu standardno i uobičajeno rešenje. Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa u postupku protiv učinilaca ratnih zločina ne znači derogiranje odredaba KZ Srbije u tom pogledu, tj. on i ne može da reguliše jedno takvo pitanje koje je materijalnopravnog karaktera. Reč je o zakonu koji, kako mu i naziv govori, reguliše određena organizaciona, a delimično i procesnopravna pitanja.*

**Ključne reči: univerzalni princip, prostorno vađenje  
krivičnog zakonodavstva, međunarodna krivična dela, supsi-  
dijarnost primene domaćeg zakonodavstva.**

Osim toga što je tema ovog rada danas postala naročito aktuelna zbog ubrzanog razvoja međunarodnog krivičnog prava do kojeg je došlo u novije vreme, kao i zbog toga što ponekad dobija i političke dimenzije pa zato za nju interes pokaže i šira javnost, postavlja se pitanje zašto je baš ona odabrana za ovaj broj Revije koja bi trebalo da obeleži jedan značajan događaj, a to je devedeseti rođendan profesora Miroslava Đorđevića. To je značajan događaj ne samo za njega lično, već i za čitavu našu nauku krivičnog prava kojoj je on toliko doprineo. I to ne samo pišući naučne radove. Veoma uspešno je decenijama preuzeo na sebe i ulogu zakonodavca, odnosno onoga ko u tome pomaže zakonodavcu. Radio je kao predsednik ili član više komisija za pripremu zakonskih projekata u oblasti krivičnog prava. Upravo tu se nalazi tačka vezivanja između profesora Đorđevića i teme ovog rada. Naime, on je veoma cenio uporednopravni metod smatrajući da se bez njega ne može zamisliti uspešan rad na pripremi zakonskih projekata u oblasti krivičnog prava. Tako, na primer, kao predsednik radne grupe za izradu KZ SR Jugoslavije<sup>1</sup> insistirao je na tome da naša diplomatsko-konzularna predstavništva u inostranstvu za potrebe radne grupe pribave najnovije tekstove važećih krivičnih zakonika određenih zemalja (tada je to jedva i u ograničenom obimu bilo pristupačno na internetu). Iako je smatrao da je korišćenje uporednopravnog metoda neizostavno, on ga je koristio kritički. Ne tako retko smatrao je da rešenje iz nekog stranog zakonodavstva nije dobro, te da postoji i bolje rešenje, a nekada je to bolje rešenje bilo upravo postojeće rešenje iz našeg zakonodavstva. Njegova sklonost ka korišćenju uporednopravnog metoda i njegovo poznavanje mogućnosti i dometa uporednog prava svakako da ima svoje objašnjenje. Između ostalog, studirao je uporedno pravo na Međunarodnom fakultetu za uporedno pravo u Luksemburgu 1959. i 1960. godine.

Poznato je da se u savremenom krivičnom pravu, pod određenim uslovima, prilikom određivanja granica represivne vlasti jedne države primenjuje i univerzalni princip. On je, može se reći, skoro opšte usvojen u savremenom krivičnom zakonodavstvu, a u određenim slučajevima predviđaju ga i norme međunarodnog prava, naročito određeni međunarodni ugovori u pogledu nekih

---

<sup>1</sup> Nacrt je uspešno urađen ali nije ni stavljen u zakonsku proceduru zbog odnosa dve zemlje članice SR Jugoslavije, odnosno zbog toga što je Crna Gora povukla svoju saglasnost da se KZ donese na nivou savezne države. Međutim, taj je nacrt poslužio kao osnov za izradu i donošenje krivičnih zakonika republika članica, prvo Crne Gore (2003. godine), pa onda i Srbije (2005. godine).

krivičnih dela. Prema njemu krivično zakonodavstvo jedne zemlje važi i za stranca koji prema stranoj državi ili prema strancu učini u inostranstvu krivično delo. Ovaj princip izražava međunarodnu solidarnost u suzbijanju kriminaliteta. On je naročito važan i ima svoje opravdanje u pogledu međunarodnih krivičnih dela jer bi se moglo tvrditi da sve zemlje imaju interes da ta dela budu suzbijana bez obzira ko ih je, gde i prema kome učinio. Dok je sam univerzalni princip kao takav nesporan, sporne su granice i dometi ovog principa.<sup>2</sup> Da li je opravdano da svaka zemlja predvidi da uvek može primeniti svoje pravo kada stranac u inostranstvu učini neko krivično delo na štetu stranca ili strane države? To bi kao negativnu posledicu, između ostalog, imalo i koliziju krivičnog zakonodavstva pojedinih zemalja što bi moglo da naruši i političke odnose tih zemalja tako da bi se težnje koje se nalaze u osnovi univerzalnog principa pretvorile u svoju suprotnost. Zato je uobičajeno da se kod predviđanja univerzalnog principa zahtevaju i neki dodatni uslovi za primenu sopstvenog prava. Najvažniji takav uslov jeste da se učinilac nalazi na teritoriji zemlje koja po ovom principu primenjuje svoje pravo (*forum deprehensionis*). Iako se univerzalni princip danas zasniva na nekim standardima prihvaćenim u savremenom krivičnom pravu, kao i u međunarodnom pravu, ipak je reč o odredbama domaćeg zakonodavca pa se može tvrditi da su odredbe kojima se u krivičnom zakoniku jedne zemlje reguliše univerzalni princip (kao i ostali principi prostornog važenja za dela učinjena u inostranstvu) ipak jednostrane kolizione norme koje ne predviđaju kada će se primeniti strano pravo, već samo određuju granice primene domaćeg prava kada su u pitanju krivična dela koja su povezana sa inostranstvom.<sup>3</sup>

Osim uobičajenog univerzalnog principa koji je ograničen određenim uslovima, a to je najčešće uslov da se stranac nalazi na teritoriji zemlje koja primenjuje svoje pravo, u novije vreme se javilo i mišljenje da za određena krivična dela (pre svega ona koja imaju karakter međunarodnih krivičnih dela) ne treba tražiti nikakve dopunske uslove koji ograničavaju primenu univerzalnog principa. Podržavaju se retki primeri nekih zemalja koje su proširile univerzalni princip ne zahtevajući za primenu svog prava nikakve dopunske uslove, pa ni to da se učinilac nalazi na teritoriji te države.<sup>4</sup> U stvari, te zemlje

---

2 Strafgesetzbuch, LK, Großkommentar, 12. Auflage, Berlin, 2007, p. 441.

3 Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, München, 2011, p. 35.

4 Tako Cassese koji kao primer za supstituciju sudova zemalja koje su propustile da primene svoje pravo po teritorijalnom ili personalnom principu svojim nacionalnim sudovima navodi Belgiju, Španiju (u izvesnoj meri Nemačku), Izrael u slučaju Ajhman, kao i postupke za naknadu štete koji su se vodili pred sudovima SAD. On smatra da je trend potvrđivanja sopstvene nadležnosti za međunarodna krivična dela koja su učinjena u drugoj državi ubrzan osnivanjem tribunala za bivšu

na taj način izražavaju svoju težnju da budu supstitut međunarodnom krivičnom pravosuđu. Opravdanost ovakvih tendencija se dovodi u pitanje iz više razloga. Jedan od njih je neograničeno proširivanje represivne vlasti jedne države što vodi koliziji zakonodavstava pojedinih država i može stvoriti i političke probleme u njihovim odnosima. Takav neograničeni univerzalni princip nema ni veći praktični značaj jer podrazumeva suđenje u odsustvu koje mnoge zemlje ne dozvoljavaju, ili ga dozvoljavaju pod restriktivnim uslovima (ipak, moglo bi se dozvoliti preduzimanje pojedinih istražnih radnji, odnosno prikupljanje dokaza dok se ne obezbedi prisustvo okrivljenog).

### **1. Univerzalni princip prostornog važenja krivičnog zakonodavstva u krivičnom zakonodavstvu evropskih zemalja**

Obe zemlje koje su poznavale neograničeni i безусловni univerzalni princip, a to su *Belgija*<sup>5</sup> i *Španija*,<sup>6</sup> odustale su od takvog rešenja u svom zakonodavstvu. Niz načelnih i praktičnih prepreka stoje na putu ostvarivanja ideje da države preuzmu ono što bi u stvari bio zadatak međunarodnog krivičnog suda. Ta

---

Jugoslaviju i Ruandu. Up. A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford, 2003, p. 7-8. Međutim, ovakav jedan trend, u stvari, danas više ne postoji. On je došao do izražaja devedesetih godina dvadesetog veka. Belgija je odustala od primene безусловnog univerzalnog principa 2003. godine jer se to rešenje u praksi pokazalo lošim. U Nemačkoj je univerzalni princip u odnosu na malobrojna krivična dela za koja je predviđen u KZ (§ 6) relativizovan procesnom odredbom (§153c) koja predviđa niz slučajeva u kojima tužilac nije u obavezi da goni, i koji u stvari predstavljaju dopunske uslove za univerzalni princip. Međutim, u Nemačkoj je neograničeni univerzalni princip ipak došao do izražaja u posebnom zakonu koji je usvojen 2002. godine (VStGB). Dalje, slučaj Ajhman je krajnje specifičan slučaj na osnovu kojeg se ne mogu donositi zaključci o trendovima u međunarodnom krivičnom pravu, a uz to se u njemu de facto radi o primeni realnog, a ne univerzalnog principa. Najzad, ni za sudove u SAD u postupcima za naknadu štete u kojima su usvajali tužbene zahteve protiv stranih državljana za neka međunarodna krivična dela (torturu i dr), teško se može tvrditi, kao što smatra Cassese, da su delovali u ime cele međunarodne zajednice izražavajući u svojim odlukama neke osnovne ljudske vrednosti. Osim toga što nije reč o krivičnom postupku, moglo bi se prigovoriti i to što ti sudovi u postupcima u kojima je tužena SAD, odnosno njeni državljanima, za naknadu štete koja je pričinjena stranim državljanima u okviru vojnih i drugih nelegalnih akcija SAD, nisu donosili takve odluke.

5 Za Belgiju vid. T.V. Beken, G. Vermeulen, T. Ongena, *Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle „ne bis in idem”*, *Revue internationale de droit penal*, Vol. 73, 2002 (2004), p. 826-827.

6 U Španiji je posle dve reforme (2009. i 2014. godine) toliko sužena univerzalna jurisdikcija da se može tvrditi da od nje nije ostalo ništa. Povod za ovu reformu bio je diplomatski pritisak zemalja čijim je državljanima bilo suđeno u Španiji (SAD, Kina, Izrael). Vid. R. A. Alija Fernandez, *The Reform of Universal Jurisdiction in Spain, From All to Nothing*, *ZIS 13/2014*, p. 717-727.



ideja koja je devedesetih godina prošlog veka, makar u teoriji, bila dosta široko prihvaćena, danas je, iako ne sasvim napuštena, marginalizovana ali ipak prisutna.<sup>7</sup>

Ipak, i dalje postoje retke zemlje čije zakonodavstvo u odnosu na najteža međunarodna krivična dela jedva da postavljaju neke dodatne uslove za primenu univezalnog principa. To je, pre svega, *Nemačka*. Kada su u pitanju određena međunarodna krivična dela, za primenu nemačkog prava prema strancu koji je u inostranstvu izvršio neko od tih krivičnih dela prema strancu ili stranoj državi ne zahtevaju se dopunski uslovi za primenu nemačkog krivičnog prava. Ta mogućnost je i ranije postojala (§ 6 nemačkog KZ), ali je ona donekle ograničena stavom sudske prakse prema kome je za primenu nemačkog krivičnog zakonodavstva potrebno da postoji neka tačka vezivanja za Nemačku i njene interese.<sup>8</sup> Međutim, donošenjem posebnog Međunarodnog krivičnog zakonika 2002. godine (VStGB) predviđena je obavezna primena nemačkog krivičnog prava kada su u pitanju tri međunarodna krivična dela u užem smislu (genocid, zločin protiv čovečnosti i ratni zločini) i onda kada ne postoji nikakva veza sa Nemačkom.<sup>9</sup> I u jednom i u drugom slučaju, tj. kako u pogledu § 6 nemačkog KZ,<sup>10</sup> tako i u pogledu § 1 Međunarodnog krivičnog zakonika (VStGB), može se govoriti o varijanti univerzalnog principa čijom primenom se zasniva izvorna nadležnost nemačkog pravosuđa kao i primena nemačkog krivičnog zakonodavstva za određena međunarodna krivična dela i onda kada ih učini stranac u inostranstvu. Polazi se od toga da se tim krivičnim delima napadaju određena dobra koja su od interesa za celo čovečanstvo i za čiju zaštitu je zainteresovana čitava međunarodna zajednica.<sup>11</sup> Ipak je u oba slučaja, tj. ne

---

7 Izrazito kritički pristup u pogledu (neograničene) univerzalne jurisdikcije ima L. Reydam, *The Rise and Fall of Universal Jurisdiction*, Katholieke Universiteit Leuven, 2010, p. 1-28 zaključujući svoju raspravu rečima da rđave ideje nikada ne umiru, a univerzalna jurisdikcija je verovatno takva („Bad ideas never die and universal jurisdiction probably is one”), p. 29.

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

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

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

11 Do donošenja nemačkog Međunarodnog krivičnog zakonika odredbom § 6 nemačkog KZ bila su obuhvaćena i tri međunarodna krivična dela u užem smislu, pa je i za njih bilo potrebno utvrđivati povezanost Nemačke sa konkretnim slučajem. Tako, u slučaju Jorgić (Srbin iz BiH) koji je osuđen za genocid na kaznu doživotnog zatvora, nemački Savezni sud je uzeo da postoji ta povezanost jer je osim toga što je osuđeni lišen slobode na aerodromu u Nemačkoj u kojoj je pre toga imao izvesno vreme i prijavljeno mesto boravka, a bio je i oženjen Nemicom, što je bilo dovoljno za

samo kada je u pitanju § 6 nemačkog KZ, već i § 1 nemačkog VStGB, procesnim odredbama (tužilac može da koristi načelo oportuniteta) donekle ublažena obaveznost primene materijalnopravnog rešenja na osnovu bezuslovnog univerzalnog principa.<sup>12</sup> Za razliku od tog principa koji nije supsidijarnog karaktera i za koji se koristi i naziv princip svetskog prava („Weltrechtsprinzip”), nemačko krivično pravo poznaje i uslovni univerzalni princip kod kojeg se za primenu nemačkog prava zahtevaju uobičajeni uslovi, a to su da u inostranstvu stranac nije već osuđen ili oslobođen,<sup>13</sup> a prema stavu sudske prakse, i da postoji veza sa Nemačkom, pre svega, da učinilac boravi na teritoriji Nemačke, a da nije izručen drugoj državi. Ova varijanta univerzalnog principa koji odavno postoji i u drugim zakonodavstvima, naziva se u nemačkom krivičnom pravu princip zamenjujućeg krivičnog pravosuđa („Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege”) jer je za njega svojstveno da nemačko krivično pravosuđe stupa na mesto krivičnog pravosuđa druge zemlje koje nije moglo ili nije bilo voljno da primeni krivično pravo svoje zemlje i primenjuje svoje pravo. Za tim nema potrebe niti opravdanja onda kada je došlo do primene prava zemlje u kojoj je krivično delo učinjeno (ako je doneta osuđujuća ili oslobađajuća presuda, ili je došlo do zastarelosti, pomilovanja i sl).<sup>14</sup>

Među malobrojne zemlje koje proširuju domen primene univerzalnog principa spada i *Finska*. Kada su u pitanju određena međunarodna krivična dela (gde spadaju svakako i genocid, zločin protiv čovečnosti i ratni zločini) pri-

---

primenu nemačkog krivičnog prava na osnovu uslovnog univerzalnog principa kod kojeg nemačko pravosuđe preuzima ulogu pravosuđa druge zemlje, nemački Savezni sud je upravo hteo da primeni univerzalni princip koji znači izvornu nadležnost nemačkog pravosuđa i primenu nemačkog krivičnog prava, pa je tu povezanost video i u tome što je Nemačka, zajedno sa drugim zemljama po ovlašćenju UN učestvovala u „vojnim i humanitarnim merama” da bi se suprostavila „srpskim ekspanzionističkim težnjama” u cilju zaštite muslimanskog stanovništva „od progona i desetkovanja od strane Srbije”. Kao razlog za suđenje od strane nemačkog pravosuđa navedeno je i to što Tribunal za bivšu Jugoslaviju nije pokazao interes za preuzimanje krivičnog gonjenja. I ovaj slučaj pokazuje da je primena krivičnog zakonodavstva jedne zemlje na osnovu neograničenog univerzalnog principa, po pravilu, pod uticajem određenih političkih stavova, a zavisi i od političkih odnosa između zemalja. Naravno, bilo bi nezamislivo da se nemačkom državljaninu po istim kriterijumima sudi u BiH ili u tadašnjoj SR Jugoslaviji (čije je državljanstvo okrivljeni takođe imao). Up. presudu BGHSt 45, 64 od 30. aprila 1999. godine.

12 K. Ambos, Internationales Strafrecht, 2. Auflage, München, 2008, p. 56-57.

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

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

meniče se finsko krivično pravo i za krivična dela učinjena u inostranstvu. Ukoliko se kažnjivost dela zasniva na međunarodnom ugovoru koji obavezuje Finsku ili na nekom drugom obavezujućem za Finsku međunarodnopravnom aktu, primeniće se finsko krivično pravo bez obzira na pravo zemlje u kojoj je delo učinjeno (član 7 finskog Krivičnog zakonika). Krivični postupak se, međutim, ne sme voditi ukoliko je već doneta pravosnažna presuda u državi u kojoj je delo učinjeno ili u nekoj drugoj državi zemlji članici EU kojom je učinilac oslobođen, proglašen krivim ali oslobođen od kazne, ili je kazna izdržana ili je njeno izdržavanje u toku ili je, pak, izvršenje kazne zasterelo (član 13. stav 1. KZ). Ova odredba finskog KZ se odnosi i na druge situacije kada je došlo do osude u inostranstvu ali, kada su u pitanju međunarodna krivična dela iz člana 7, i u tom slučaju se u Finskoj može pokrenuti krivični postupak za neko od tih dela ukoliko tako odluči glavni tužilac, a krivični postupak u inostranstvu nije vođen na zahtev finskih vlasti (član 13. stav 2. KZ).<sup>15</sup>

I *Hrvatska* u svom Kaznenom zakonu koji je stupio na snagu 1.1.2013. osim uobičajenog univerzalnog principa koji ima supsidijarni karakter (član 17), predviđa i univerzalni princip u odnosu na međunarodna krivična dela koji ima određene specifičnosti, tj. koji dozvoljava izvesno proširivanje primene domaćeg prava. Tako, iako je u načelu i za ta krivična dela isključena primena domaćeg prava ako je u inostranstvu ili pred Međunarodnim krivičnim sudom pokrenut postupak, ipak se krivično zakonodavstvo Hrvatske može primeniti u slučajevima kada se „ne može očekivati sprovođenje pravičnog postupka pred sudom države u kojoj je krivično delo učinjeno, sudom države čiji je učinilac državljanin ili drugim sudom koji je nadležan za suđenje” (član 18. stav 3). Takođe, ako je krivični postupak sproveden suprotno međunarodno priznatim standardima pravičnog suđenja, primeniće se hrvatsko krivično pravo uz prethodno odobrenje glavnog državnog tužioca.<sup>16</sup> To znači da krivično zakonodavstvo Hrvatske dozvoljava primenu hrvatskog zakonodavstva i onda kada je neko osuđen (ili oslobođen) presudom inostranog suda. Međutim, i u tim slučajevima neophodno je da se učinilac nalazi na teritoriji Hrvatske.

Izuzimajući Hrvatsku, zemlje nastale na teritoriji bivše SFRJ preuzele su rešenje iz KZ SFRJ tako da se u tom pogledu ne razlikuju od KZ Srbije (vid. nap. 23). To je do izmena i dopuna iz 2011. godine važilo i za KZ *Slovenije* koji je donet 2008. godine.<sup>17</sup> Međutim, tada je postojeći član 13. dopunjen novim

---

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

16 Up. Š. Pavlović, Kazneni zakon, 3. izdanje, Rijeka, 2015, str. 36-39.

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

stavom koji glasi: „(3) Krivični zakonik Republike Slovenije važi takođe za svakog ko u inostranstvu učini neko drugo krivično delo koje se prema međunarodnim ugovorima ili prema opštim pravnim načelima koje priznaje međunarodna zajednica goni u svim državama bez obzira na to gde je učinjeno.”<sup>18</sup> Time je pored postojećeg uslovnog univerzalnog principa uveden i univerzalni princip *stricto sensu*. Ali, i u tom slučaju važi načelo supsidijarnosti, tj. postojeći član 14. slovenačkog KZ važi i za novouvedeni stav 3. člana 13, tako da je i ova vrsta univerzalnog principa delimično uslovljena odsustvom primene stranog prava.

Izuzimajući vrlo retke zemlje koje poznaju rešenja koja izuzetno dozvoljavaju primenu domaćeg prava na stranca za delo učinjeno u inostranstvu i onda kada je stranac u inostranstvu osuđen, odnosno i onda kada učinjeno delo nije u vezi sa zemljom koja primenjuje svoje pravo, uobičajeno i skoro opšte prihvaćeno je rešenje koje podrazumeva da je univerzalni princip dvostruko ograničen. Prvo, ono je supsidijarnog karaktera. Domaće pravo za delo stranca učinjeno u inostranstvu primeniće se samo ako u inostranstvu nije došlo do primene krivičnog prava neke zemlje (zemlje čiji je državljanin učinilac, zemlje na čiju štetu je krivično delo učinjeno ili zemlja na čijoj teritoriji je krivično delo učinjeno). Drugo ograničenje kao tačku vezivanja za zemlju koja primenjuje svoje zakonodavstvo zahteva da se stranac nalazi na teritoriji zemlje koja primenjuje svoje pravo (obično se na to nadovezuje uslov da nije izručen drugoj zemlji). Kao tipično u tom pogledu može se kao primer navesti krivično zakonodavstvo *Austrije*. U § 65. stav 1. tačka 2. i stav 4. tač. 2. i 3. austrijskog KZ propisano je da će se primeniti austrijsko krivično zakonodavstvo i na stranca koji je krivično delo učinio u inostranstvu (pod uslovom dvostruke kažnjivosti) ako se nalazi na teritoriji Austrije, a nije izručen stranoj zemlji (ali iz drugih razloga, a ne zbog vrste ili prirode svog dela). Ukoliko je učinilac od strane suda u kojoj je delo učinjeno pravosnažno oslobođen ili je iz drugih razloga oslobođen krivičnog gonjenja, ili ukoliko je učinilac od strane inostranog suda pravosnažno osuđen i kaznu u potpunosti izdržao, ili je uslovno otpušten, ili je prema inostranom pravu nastupila zastarelost, neće se primeniti austrijsko krivično pravo, tj. otpada kažnjivost po tom pravu.<sup>19</sup> I u Austriji je za ovaj ograničeni univerzalni princip uobičajen termin zamenjujuće krivično pravosuđe (zbog toga što domaće krivično pravosuđe stupa na mesto pravosuđa one zemlje koja je trebalo da primeni svoje krivično pravo), dok se o univerzalnom principu u užem smislu može govoriti samo u jednom slučaju, a to je kada pos-

---

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

19 *Trafgesetzbuch - StGB vom 23. Jänner 1974*, Fassung vom 14.12.2014.

toji međunarodnopravna obaveza Austrije da sudi i za druga dela učinjena u inostranstvu i to bez obzira na zakon države u kojoj je delo učinjeno (§ 64. stav 1. tačka 6. austrijskog KZ).<sup>20</sup>

Neke zemlje poznaju i rešenje koje donekle sužava primenu univerzalnog principa. Tako KZ Švajcarske iako sadrži uobičajena ograničenja univerzalnog principa u pogledu primene švajcarskog krivičnog prava za delo koje je učinjeno u inostranstvu, a učinilac nije švajcarski državljanin niti je delo učinjeno na štetu švajcarskog državljanina, a to su da se učinilac nalazi u Švajcarskoj te da je ekstradicija odbijena (iz razloga koji se ne tiče vrste učinjenog dela) i da nije došlo do primene stranog prava (supsidijarnost), ipak primenu švajcarskog prava i vođenje krivičnog postupka ograničava samo na slučajeve kada je učinjeno naročito teško krivično delo koje se od strane međunarodne pravne zajednice smatra kažnjivim (član 7. stav 2). No, osim ovog ograničavanja primene univerzalnog principa na najteža krivična dela švajcarsko krivično pravo predviđa i izvesno njegovo proširenje, a to je da će se na krivična dela učinjena u inostranstvu primeniti krivično pravo na učinioca koji se nalazi u Švajcarskoj a nije ekstradiran, ukoliko se Švajcarska međunarodnim ugovorom obavezala da krivično goni za takva dela (član 6 stav 1).<sup>21</sup> I Italija spada u zemlje čije krivično zakonodavstvo univerzalni princip višestruko ograničava. Italijansko krivično pravo važi i za stranca koji je u inostranstvu na štetu stranca, strane države ili Evropske unije učinio krivično delo za koje se prema italijanskom krivičnom pravu može izreći kazna u trajanju od najmanje tri godine, stranac se nalazi na teritoriji Italije, a nije došlo do njegovog izručenja (član 10. italijanskog KZ). O pokretanju krivičnog postupka u tom slučaju odlučuje Ministar pravde, tj. postupak se pokreće na njegov zahtev. U vezi sa tim napravljen je jedan izuzetak od načela supsidijarnosti. Naime, ukoliko to zahteva Ministar pravde, može doći do ponovnog suđenja u Italiji iako je stranac u inostranstvu već osuđen (ta mogućnost nije predviđena samo za univerzalni princip već za sve slučajeve kada je krivično delo učinjeno u inostranstvu, pa i od strane domaćeg državljanina).<sup>22</sup> Italijansko krivično pravo predviđa, dakle, čitavu seriju uslova za primenu italijanskog krivičnog prava ne samo u vezi sa univerzalnim principom nego i inače kada je krivično delo učinjeno u inostranstvu.<sup>23</sup>

---

20 Vid. E. E. Fabrizio, Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 8. Auflage, Wien, 2002, pp. 225-235.

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

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

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

Ipak, čini se da ono jednom odredbom proširuje univerzalni princip. Reč je o članu 7. italijanskog KZ u kome je predviđen primarni realni princip, tj. u kome se u prve četiri tačke govori o krivičnim delima učinjenim na štetu Italije kao države, ali se u poslednjoj tački (tačka 5) govori i o svakom drugom krivičnom delu za koje je posebnim odredbama zakona ili međunarodnog ugovora predviđena primena italijanskog krivičnog zakonodavstva.<sup>24</sup>

## **2. Univerzalni princip u Krivičnom zakoniku Srbije**

### **2.1. Uslovi za primenu univerzalnog principa u KZ Srbije**

Krivični zakonik Srbije za primenu domaćeg krivičnog prava preko univerzalnog principa (da je stranac u inostranstvu učinio krivično delo prema strancu ili stranoj državi) zahteva da se stranac zatekne na teritoriji Srbije, a ne bude ekstradiran stranoj državi. Primena krivičnog zakonodavstva je supsidijarna, tj. do nje ne može doći ukoliko je stranac u inostranstvu pravosnažnom presudom osuđen i kaznu izdržao ili je oslobođen. Takođe, potrebno je da je delo kažnjivo i po zakonu zemlje u kojoj je učinjeno, kao i da je u pitanju krivično delo za koje se po zakonu te zemlje može izreći zatvor u trajanju od pet godina ili teža kazna.<sup>25</sup> U praksi se po pravilu vrši ekstradicija stranca ako su ispunjeni uslovi za nju, što uz brojne uslove za primenu univerzalnog principa, još više umanjuje njegov praktični značaj. Do primene krivičnog prava Srbije primenom univerzalnog principa dolazi u slučajevima kada nijedna država ne zahteva ekstradiciju stranca, ili je ekstradicija stranca odbijena. To ne umanjuje načelni značaj univerzalnog principa, jer on obezbeđuje da se prema učiniocu krivičnog

---

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

25 Potpuno isto rešenje u pogledu univerzalnog principa, tj. identično rešenje sadrži KZ Crne Gore (član 137. stav 2. i član 138. st. 3, 4. i 5.) koji je, inače, donet pre KZ Srbije (u decembru 2003. godine). Pri tome, ne bi se moglo reći da je Krivičnom zakoniku Srbije u tom pogledu kao model poslužio KZ Crne Gore, već to treba objasniti time da su oba krivična zakonika usvojila rešenje koje je postojalo u Krivičnom zakonu SFRJ. Iz istih razloga i KZ Makedonije sadrži isto takvo rešenje (član 119. stav 2. i član 120. st. 2, 3, 4. i 5). Verovatno je iz istog razloga to rešenje usvojeno i u Krivičnom zakonu Republike Srpske (član 122. i član 123. st. 2, 3. i 4). To rešenje, formulisano na nešto drugačiji način, sadrži i u KZ BiH (član 9. st. 4. i 5), ali je univerzalni princip proširen odredbom da se krivično zakonodavstvo BiH primenjuje i prema svakome ko u inostranstvu učini neko krivično delo koje je BiH obavezna da kažnjava prema normama međunarodnog prava, međunarodnih ili međudržavnih ugovora (član 9. stav 1. tačka c).

dela uvek može primeniti krivična sankcija. Naročito u slučaju kada je molba strane države za ekstradiciju odbijena, postoji potreba i opravdanje da se primeni naše krivično pravo. Štaviše, to se može posmatrati i kao obaveza države koja je odbila ekstradiciju, što je nekim međunarodnim ugovorima i izričito predviđeno (princip *aut dedere aut judicare*). Obavezu države da u slučaju odbijanja molbe strane države za ekstradiciju stranca sama sudi strancu, ne bi bilo moguće realizovati da nema univerzalnog principa koji omogućava u tom slučaju primenu domaćeg prava.

Kao što je rečeno, jedan od uslova za primenu univerzalnog principa jeste da se radi o krivičnom delu i prema stranom zakonu. U vezi sa tim postoji jedan izuzetak: ako je u pitanju delo koje se, u vreme kada je izvršeno, prema opštim pravnim načelima priznatim u međunarodnom pravu smatra krivičnim delom. U tom slučaju gonjenje se može preduzeti samo po odobrenju republičkog javnog tužioca (član 10. stav 3. KZ).

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

Univerzalni princip je prema rešenju iz KZ, kao i u većini stranih zakonodavstava, supsidijarnog karaktera. Gonjenje se neće preduzeti u istim slučajevima kao i kod (aktivnog) personalnog principa i supsidijarnog realnog principa, tj. ovaj princip se primenjuje pod uslovima iz člana 10. st. 1. i 2. KZ (vid. dole odeljak 1.2).

## 2.2. Posebni uslovi za primenu univerzalnog principa u KZ Srbije

Odredbe KZ predviđaju posebne uslove pod kojima neće doći do primene univerzalnog principa (isti uslovi važe i za supsidijarni realni princip i personalni princip), ili drugačije rečeno, predviđa dalje posebne uslove pod kojima se može primeniti ovaj princip (član 10. st. 1. i 2). Pošto je reč o dodatnim uslovima, ove odredbe su u tesnoj vezi s primenom univerzalnog principa (takode i realnog i personalnog principa), tako da ih treba posmatrati kao celinu sa odredbama kojima su ovi principi regulisani. Njihov cilj je pre svega da se izbegne povreda principa *ne bis in idem* o kome, iako taj princip nema ono značenje koje ima u unutrašnjem pravu, treba voditi računa i u međunarodnom krivičnom pravu. Kada je krivično delo učinjeno u inostranstvu, daje se pred-

nost stranom krivičnom pravu. Primena stranog krivičnog prava (osim kod primarnog realnog principa) isključuje mogućnost primene krivičnog prava Srbije. Prema odredbama stava 1. član 10. KZ univerzalni princip (kao i personalni i supsidijarni realni princip) neće biti primenjen i krivično gonjenje se neće preduzeti u sledeća četiri slučaja:

- 1) ako je učinilac potpuno izdržao kaznu na koju je u inostranstvu osuđen;
- 2) ako je učinilac u inostranstvu pravnosnažnom presudom oslobođen ili mu je kazna zastarela ili oproštena;
- 3) ako je prema neuračunljivom učiniocu u inostranstvu izvršena odgovarajuća mera bezbednosti;
- 4) ako se za krivično delo po stranom zakonu goni po zahtevu oštećenog, a takav zahtev nije podnesen.

Polazi se od toga da u navedenim slučajevima nema razloga za primenu krivičnog zakonodavstva Srbije, tj. da je opravdano uvažiti primenu stranog krivičnog zakonodavstva. Tako, bilo bi i kriminalno-politički nepotrebno, a i nepravedno učinioca ponovo kažnjavati i pored toga što je u inostranstvu u potpunosti izdržao kaznu. Određeno opravdanje za primenu našeg prava i pored toga što je primenjeno strano pravo postoji samo kod teritorijalnog i primarnog realnog principa.

Za primenu univerzalnog principa (kao i personalnog i supsidijarnog realnog principa - čl. 8. i 9. KZ) potrebno je da bude ispunjen još jedan uslov, a to je da se za krivično delo kažnjava i po zakonu zemlje u kojoj je delo učinjeno (član 10. stav 2). Ukoliko se po zakonu zemlje u kojoj je delo učinjeno za to krivično delo ne kažnjava, gonjenje se može preduzeti samo po odobrenju republičkog tužioca. To znači da izuzetno, i onda kada neko ponašanje nije predviđeno kao krivično delo zakonodavstvom zemlje u kojoj je preduzeto, do primene krivičnog zakonodavstva Srbije može doći ukoliko je dato odobrenje nadležnog tužioca za preduzimanje krivičnog gonjenja.

KZ predviđa obavezno uračunavanje pritvora, svakog drugog lišenja slobode u vezi sa krivičnim delom, lišenja slobode u ekstradicionom postupku, kao i kazne koju je učinilac izdržao na osnovu presude inostranog ili međunarodnog krivičnog suda u kaznu koju izrekne domaći sud (član 11). Uračunavanje kazne izdržane po presudi stranog suda obavezno je kod primene svih principa: teritorijalnog, realnog, personalnog i univerzalnog. Ako je reč o primeni supsidijarnog realnog principa, personalnog i univerzalnog principa, uračunavanje kazne izdržane u inostranstvu dolazi u obzir samo ako je učinilac delimično izdržao kaznu, jer ako je izdržao u celini, do krivičnog gonjenja neće ni doći.



### 3. Univerzalni princip i Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa u postupku protiv učinilaca ratnih zločina

Pitanje koje se može postaviti jeste da li navedeni dopunski uslovi i ograničenja važe i u odnosu na univerzalni princip koji posredno proizlazi iz odredbe člana 3. Zakona o organizaciji i nadležnosti državnih organa u postupku protiv učinilaca ratnih zločina (u daljem tekstu ZONDOPRZ). To pitanje se ne ograničava samo na to da li važe dopunski uslovi za primenu univerzalnog, personalnog i (supsidijarnog) realnog principa, već obuhvata i pitanje da li je potrebno da je ispunjen i centralni uslov koji KZ postavlja kod univerzalnog principa, a to je da se strani državljanin zatekao na teritoriji Srbije, a da nije izručen. U stvari, treba odgovoriti na pitanje da li se tim zakonom uopšte propisuje primena domaćeg krivičnog zakonodavstva ili je njegova materija ograničena na ono što mu je predmet regulisanja, a kako glasi i sam njegov naziv.

Ti dodatni, ograničavajući uslovi važe samo za univerzalni (kao i supsidijarni i personalni princip) princip koji je propisan odredbama KZ. To proizlazi kako iz jezičkog tumačenja tako i iz činjenice da su principi prostornog važenja krivičnog zakonodavstva isključivo regulisani Krivičnim zakonikom dok su predmet regulisanja ZONDOPRZ organizaciona i neka procesna pitanja u krivičnom postupku za ratne zločine. KZ se kod ovih dopunskih uslova izričito poziva na članove KZ kojima je regulisan univerzalni princip (kao i supsidijarni i personalni princip u KZ). Stav da je ZONDOPRZ u određenom smislu *lex specialis* te da bi stoga mogao da menja uslove predviđene u KZ u pogledu prostornog važenja krivičnog zakonodavstva nije prihvatljiv. Iako ZONDOPRZ polazi i od univerzalnog principa za međunarodna krivična dela *stricto sensu* ograničavajući se na područje bivše Jugoslavije,<sup>26</sup> on ne reguliše pitanje prostornog važenja krivičnog zakonodavstva, niti se pak određivanje nadležnosti za određena krivična dela „bez obzira na državljanstvo učinioca ili žrtve” može shvatiti kao proširivanje univerzalnog principa i derogiranje odredaba KZ.<sup>27</sup> Argument da i zakonodavstvo Nemačke koje osim onoga što je predviđeno u KZ, predviđa i (neograničeni) univerzalni princip u VStGB za međunarodna krivična dela u užem smislu (osim agresije) koji nije uslovljen

---

26 To je učinjeno po ugledu na Tribunal za bivšu Jugoslaviju koji bi u pogledu ovih slučajeva imao prednost prema svom Statutu, tj. Srbija bi na zahtev Tribunala morala da mu ustupi slučaj i onda ako je započela postupak, pa i onda kada bi se radilo o presuđenoj stvari.

27 Odredba člana 3. ZONDOPRZ glasi: Državni organi Republike Srbije određeni ovim zakonom nadležni su za vođenje postupka protiv učinilaca krivičnih dela iz člana 2 ovog zakona, koja su izvršena na teritoriji bivše Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, bez obzira na državljanstvo učinioca ili žrtve.

odredbama KZ ili ZKP ne bi mogao ovde da se analogno primeni. Naime VStGB sadrži materijalno-pravne odredbe, a ne organizacione i procesne odredbe kao ZONDOPRZ. Osim toga, u § 2 tog zakonika propisano je da u odnosu na međunarodna krivična dela predviđena u njemu važe opšte odredbe nemačkog KZ, osim ako tim posebnim zakonikom nije drugačije regulisano. ZONDOPRZ propisuje nadležnost državnih organa Srbije, a uopšte ne ulazi u pitanje da li će se primenjivati krivično zakonodavstvo Srbije (što i ne bi moglo da bude predmet regulisanja ovog zakona). Samo posredno, i na prvi pogled, bez uzimanja u obzir odredaba KZ, moglo bi da se zaključi da ZONDOPRZ predviđa i neograničeni (apsolutni) univerzalni princip kada je u pitanju teritorija bivše Jugoslavije. Međutim, ta odredba ZONDOPRZ samo određuje nadležnost organa Srbije u onim slučajevima kada za to postoji osnov u materijalno-pravnim odredbama. Ona polazi od pretpostavke da su u tim slučajevima ispunjeni uslovi za primenu domaćeg prava. Tako, na primer, ne bi se ničim mogao braniti stav da su ti organi nadležni i onda kada se stranac nalazi u inostranstvu, a osuđen je (ili oslobođen) od strane inostranog suda, bez obzira što je krivično delo učinio na teritoriji bivše SFRJ.

Međutim, jedno drugo pitanje u vezi sa odredbom člana 3. ZONDOPRZ moglo bi da bude sporno. Prema njoj, državni organi Republike Srbije određeni tim zakonom nadležni su za vođenje postupka za krivična dela iz člana 2. tog zakona, koja su izvršena na teritoriji bivše Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, *bez obzira na državljanstvo učinioca ili žrtve*. Ta formulacija je veoma široka. Naime, ako je državljanstvo učinioca i žrtve irelevantno, onda se to odnosi i na slučajeve kada je učinilac državljanin Srbije ili je žrtva državljanin Srbije. To znači da takva formulacija obuhvata kako realni i personalni princip, tako i univerzalni princip ali se nadležnost specijalizovanih organa ovde sužava samo na krivična dela učinjena na teritoriji bivše SFRJ. Takva odredba ima oslonac u KZ kada je u pitanju realni i personalni princip. To je slučaj i sa univerzalnim principom ukoliko su ispunjeni uslovi koje propisuje KZ. Između ostalog, kao što je već rečeno, to su i posebni uslovi koji ukazuju na supsidijarnost ovog principa. Štaviše, ta odredba obuhvata i teritorijalni princip, tj. i slučajeve u kojima je krivično delo učinjeno na teritoriji Srbije (jer, nema sumnje da je i teritorija Srbije deo teritorije bivše SFRJ). Ipak, ta odredba nije sasvim usaglašena sa materijalno-pravnim odredbama u KZ, odnosno sužava nadležnost specijalizovanih organa u odnosu na mogućnosti koje pruža KZ za primenu krivičnog prava Srbije. Prema odredbama KZ moglo bi se, pod određenim uslovima, primeniti krivično pravo Srbije na bilo kojeg stranca koji je krivično delo učinio u bilo kojoj drugoj zemlji osim Srbije (dakle ne samo na teritoriji bivše Jugoslavije), pa se postavlja pitanje da li su državni organi Srbije

određeni u ZONDOPRZ nadležni za vođenje postupka u takvim slučajevima. Na primer, ako ratni zločin izvrši stranac na teritoriji neke strane zemlje (ali ne na teritoriji bivše SFRJ), zatekne se na teritoriji Srbije a ne bude izručen. Prema odredbama KZ, u tom slučaju primenjuje se krivično pravo Srbije. Ali, ZONDOPRZ ne propisuje nadležnost specijalizovanih državnih organa Srbije u tom slučaju već tu nadležnost ograničava samo na krivična dela učinjena na teritoriji bivše SFRJ. To je slučaj i sa personalnim principom (pa i realnim) ako je krivično delo učinjeno na teritoriji neke strane države koja nije nastala na teritoriji bivše SFRJ. Da li bi u tom slučaju bili nadležni redovni, a ne državni organi specijalizovani za ratne zločine? Izvesno je da ZONDOPRZ ne bi mogao da suzi primenu krivičnog zakonodavstva Srbije samo na teritoriju bivše SFRJ onda kada su ispunjeni uslovi iz KZ Srbije. Dakle, nema sumnje da su državni organi nadležni i za primenu krivičnog prava Srbije i u postupku koji se vodi protiv stranca koji je u inostranstvu (na teritoriji bilo koje zemlje, a ne samo na teritoriji bivše SFRJ) na štetu strane države ili stranca izvršio neko krivično delo (u ovom slučaju i za krivična dela iz člana 2. ovog zakona), zatekao se na teritoriji Srbije, a nije izručen. Da li bi u tom slučaju postupali redovni ili posebni organi određeni tim zakonom ostaje sporno s obzirom na odredbu člana 3. tog zakona. Postoje argumenti koji idu u prilog stavu da bi u tom slučaju bili nadležni opšti a ne specijalizovani državni organi. Pored jezičkog tumačenja eksplicitne odredbe člana 3. ZONDOPRZ, tome u prilog ide i to što je i sam taj zakon donet zbog međunarodnih krivičnih dela učinjenih na teritoriji bivše Jugoslavije, što se on u praksi već specijalizovao samo za te slučajeve, što je za taj zakon kao model poslužio Tribunal za bivšu Jugoslaviju (ICTY), kao i to što su ti organi saradivali i saraduju sa tim tribunalom u pokretanju i vođenju postupka za krivična dela iz nadležnosti tog tribunala učinjenih na teritoriji bivše Jugoslavije. S druge strane, reč je o organima specijalizovanim za određenu oblast te nije logično da za genocid, ratne zločine i zločin protiv čovečnosti ne postupaju oni već organi opšte nadležnosti samo zbog toga što delo nije učinjeno na teritoriji bivše SFRJ.

#### **4. Zaključak**

Danas je univerzalni princip kod određivanja prostornog važenja krivičnog zakonodavstva opšte prihvaćen u stranom zakonodavstvu. Određene razlike postoje u pogledu uslova i domašaja primene tog principa. Dok su relativno retke zemlje koje za određena krivična dela ne predviđaju nikakve dodatne uslove za primenu domaćeg prava i na slučajeve kada stranac učini krivično delo u inostranstvu na štetu dobara stranca ili strane države, sve evropske zeml-

je dozvoljavaju, pod određenim uslovima, primenu domaćeg prava i u tom slučaju. Postoje razlike u pogledu ograničavanja važenja univerzalnog principa, ali najčešće se u zakonodavstvu drugih zemalja sreću dva ograničenja koja predviđa i KZ Srbije. To su uslov da se stranac zatekao na teritoriji te države (*forum deprehensionis*) i načelo supsidijarnosti, tj. da će se primeniti domaće pravo samo ako već nije primenjeno pravo neke druge države u tom slučaju. Krivični zakonik Srbije usvaja u ovom pogledu standardno i uobičajeno rešenje. ZONDOPRZ ne znači derogiranje odredaba KZ Srbije u tom pogledu, tj. on i ne može da reguliše jedno takvo pitanje koje je materijalnopravnog karaktera. Samo na prvi pogled, i od strane onih koji nedovoljno poznaju krivično pravo, moglo bi da se zaključi da on ulazi u pitanje primene domaćeg prava te da omogućava primenu tog prava i na slučajeve kada je delo učinjeno van teritorije Srbije (ali na teritoriji bivše Jugoslavije) bez ikakvih dodatnih uslova. Reč je o zakonu koji, kako mu i sam naziv govori, reguliše određena organizaciona pitanja, a delimično i procesnopravna pitanja. Taj zakon ipak dovodi do jedne nedoumice koja do sada nije uočena. Određivanjem da su specijalizovani državni organi nadležni za krivične postupke za određena međunarodna krivična dela učinjenih samo na teritoriji bivše SFRJ, on ostavlja otvorenim pitanjem koji su organi onda nadležni ako je delo učinjeno na teritoriji neke druge zemlje i to ne samo kada je učinilac stranac, već i onda kada je učinilac domaći državljanin.

S obzirom da je pitanje tumačenja odredbe člana 3. ZONDOPRZ dobilo i političke dimenzije u odnosima Srbije i Hrvatske (što se reperkutuje i na odnos Srbije sa EU i pitanjem pregovora o poglavlju XXIII), treba konstatovati da krivično pravo Hrvatske dozvoljava mogućnost da se sudi državljanima Srbije za određena međunarodna krivična dela i onda kada je u Srbiji postupak okončan pravosnažnom odlukom, tj. kada je učiniocu suđeno u Srbiji. Prema rešenju u Hrvatskoj moguće je da se preispituje odluka pravosudnog organa bilo koje zemlje pa i Srbije, te ako nadležni hrvatski organ oceni da je suđenje bilo sprovedeno suprotno međunarodno priznatim standardima o pravičnom suđenju može se ponovo suditi u Hrvatskoj i primeniti hrvatsko krivično zakonodavstvo (član 18. stav 6. hrvatskog KZ). U obrnutoj situaciji, tj. ako je u pitanju državljanin Hrvatske, a postoji pravosnažna odluka hrvatskog suda kojim je to lice pravosnažno osuđeno i u potpunosti izdržalo kaznu, ili je tom odlukom učinilac oslobođen ili mu je kazna zastarela ili oproštena, ne može se suditi u Srbiji i primeniti krivično pravo Srbije ni u slučaju da se učinilac nađe na teritoriji Srbije (član 10. stav 1. KZ Srbije).

U pogledu rešenja koja sadrži KZ Srbije reč je o standardnom i uobičajenom rešenju na koje se već duže vreme nailazi u stranom zakonodavstvu. Ako o čemu treba razmišljati prilikom eventualne izmene i dopune pos-

tojećih odredaba, to bi bilo izvesno proširivanje univerzalnog principa i na one slučajeve u kojima postoji međunarodnopravna obaveza Srbije da primeni svoje krivično pravo i na krivična dela učinjena u inostranstvu i onda kada nisu učinjena na njenu štetu ili ih nije učinio njen državljanin (kao što to npr. predviđa zakonodavstvo Švajcarske i Slovenije).

## **5. Literatura**

- Alija Fernandez, R. A., *The Reform of Universal Jurisdiction in Spain, From All to Nothing*, ZIS 13/2014.
- Ambos, A., *Internationales Strafrecht*, 2. Auflage, München, 2008
- Beken, T. V., Vermeulen, G., Ongena, T., *Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle „ne bis in idem”*, *Revue internationale de droit penal*, Vol. 73, 2002 (2004).
- Cassese, A., *International Criminal Law*, Oxford, 2003.
- Fabrizio, E.E., *Strafgesetzbuch, Kurzkommentar*, 8. Auflage, Wien, 2002.
- Frister, H., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7. Auflage, München, 2015.
- Garofoli, R., *Manuale di diritto penale*, Roma, 2009.
- Hecker, B., *Europisches Strafrecht*, 3. Auflage, Berlin-Heidelberg, 2010.
- Jescheck, H.-H., Weigend, Th., *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 5. Auflage, Berlin, 1996.
- Lackner, K., Kühl, K., *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27. Auflage, München, 2011.
- Pavlović, Š., *Kazneni zakon*, 3. izdanje, Rijeka, 2015.
- Reydam, L., *The Rise and Fall of Universal Jurisdiction*, Katholieke Universiteit Leuven, 2010.
- *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Großkommentar*, 12. Auflage, Berlin, 2007.

## **6. Zakonski tekstovi**

- Codice Penale 19/10/1930 n. 1398 (S.O. 26/10/1930 n. 251), *Approvazione del testo definitivo del Codice penale, Aggiornato alla legge 1-10-2012 n. 172, Pubblicata nella Gazz. Uff. 8 ottobre 2012, n. 235 – in vigore dal 23 ottobre 2012.*
- *Kazenski zakonik*, Uradni list Republike Slovenije, št. 55/2008, 91/2011.
- *Strafgesetzbuch - StGB vom 23. Jänner 1974*, Fassung vom 14.12.2014.
- *Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (Stand am 1. Juli 2013)*, Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

- The Criminal Code of Finland, 1889 (amendments up to 2008 included) Ministry of Justice, Unofficial translation.
- Völkerstrafgesetzbuch vom 26. Juni 2002 (BGBl. I S. 2254).
- Zakon o organizaciji i nadležnosti državnih organa u postupku za ratne zločine („Službeni glasnik RS“, br. 67 od 1. jula 2003, 135/04, 61/05, 101 od 6/07, 104/09, 101/11 - dr. zakon, 6/15).

**Zoran Stojanović**

**Faculty of Law University of Belgrade**

## *THE UNIVERSALITY PRINCIPLE OF APPLICABILITY OF CRIMINAL LEGISLATION*

### *The Comparative Analyses*

*Abstract. Universal principle of the territorial validity of the criminal law is commonly accepted in the legislation of the European countries. There are certain differences regarding the conditions and reaches of the application of this principle. While there are some countries that don't have any additional conditions for application of domestic law with regards to certain criminal offences and cases in which a foreign citizen commits a crime abroad to the detriment of citizens of another country or a foreign country itself, more or less all the European countries allow, under certain conditions, application of domestic law in this case as well. There are differences regarding the limitation of validity of the universal principle, but in most cases legislation of other countries have the two limitations which are also present in the Criminal Code of the Republic of Serbia. These are the condition that the foreign citizen was in the state at the time (forum deprehensionis) and the principle of subsidiarity, i.e. that the domestic law will be applied only if legislation of another country wasn't applied already. The Criminal Code of the Republic of Serbia takes a standard and common solution in this matter. The Law on Organisation and Jurisdiction of Government Authorities in Prosecuting Perpetrators of War Crimes does not mean derogation of the regulations of the Criminal Code of the Republic of Serbia, i.e. it is not able to regulate an issue that concerns substantive law. It is a legislation which regulates certain organisational matters and, partially, procedural law matters, as the name suggests*

**Keywords:** *universal principle, territorial validity of the criminal law, international criminal offence, subsidiarity of the application of domestic law.*

**Prof. dr Đorđe IGNJATOVIĆ**  
**Pravni fakultet**  
**Univerziteta u Beogradu**

**Pregledni članak**  
**UDK: 343.9.01**  
**Primljeno: 15. novembra 2016. god.**

## **IZUČAVANJE ORGANIZOVANOG KRIMINALITETA<sup>1</sup>**

*U radu je ukazano na istorijat proučavanja organizovanog zločina u kriminologiji od začetaka do današnjih dana, kroz kratak osvrt na najznačajnija dostignuća. Po prirodi stvari, najveća pažnja posvećena je američkoj literaturi koja vrši najveći uticaj u svetskim razmerama. Izvršena je periodizacija tih napora na rane radove, koncepciju Cressey-a, kritiku njegovog gledišta koje je izjednačilo italijansko američku Cosa Nostru sa celokupnim organizovanim kriminalitetom u SAD i prikazana su neka od istraživanja poslednjih decenija koja su fokusirana na transnacionalni organizovani kriminalitet. Najзад, ukazano je i na otvorena pitanja koja u nauci do dana nisu rešena i koja predstavljaju izazov za nova istraživanja.*

**Ključne reči: organizovani kriminalitet, socijalni konstrukt, istraživanje, mafije, kriminalne mreže.**

---

1 Autoru čini čast što je pozvan da svojim prilogom dopinese sadržaju spomenice u čast dragog učitelja, profesora Miroslava Đorđevića, doajena krivičnih nauka u Srbiji. Podsećanje na to sa kolikom je posvećenošću on svoje mlađe kolege uveravao u potrebu jasnog i preciznog izražavanja, uticalo je na odluku da u ovom tekstu ne bude ni jednom upotrebljen (u naučnim radovima inače čest) izraz „koncept“ jer prof. Đorđević smatra da se on može koristiti samo za ono što npr. studenti zabeleže na usmenom ispitu kao podsetnik o čemu će izlagati.

## 1. Uvod

Organizovani kriminalitet spada u kategoriju pojava o kojima laici najčešće smatraju „da znaju sve“. Za razliku od tih „sveznalica“, nauka još nije u stanju ni da odredi sadržinu ovog pojma (a time i njegove suštinske crte). Otuda ne čudi da i kriminolozi koji su se najviše bavili njegovim proučavanjem često ukazuju na nedoumice i konfuziju koje postoje u tom pogledu. Tako Jay Albanese /2000/ u radu *Uzroci organizovanog kriminaliteta* navodi primer šest najvećih kompanija koje proizvode sintetičke vitamine (tržište „teško“ više od milijarde dolara) koje su tokom 1999. na tajnim sastancima po hotelskim sobama uzetim na izmišljena imena formirale međunarodni kartel dogovorivši se da – osnivanjem fiktivnih firmi i na sve druge načine kojima se ostvaruje monopol-ski položaj u prodaji i uništava konkurencija – podele globalno tržište na šest delova kako bi zadržale ogromne profite iz posla kojim se bave. Sudski ishod je bio ruganje pravdi: dvojica stranaca, zastupnika farmaceutskih firmi nižeg ranga osuđeni su na kazne zatvora i tome je slučaj za pravni sistem okončan. Iz primera koji navodi Albanese može se sa puno osnova postaviti pitanje: u čemu je suštinska razlika između dogovora kriminalaca da podele teritoriju na kojoj će delovati i onemogućće konkurenciju od ovakvih postupaka koji, oficijelno ne spadaju u organizovani kriminalitet. Drugim rečima: šta to – ako ne ovakve protivpravne delatnosti, koje su planirane od većeg broja aktera i nanose ogromnu štetu na globalnom nivou – spada u organizovani zločin?

Skoro čitavu jednu deceniju svedoci smo sličnih pojava i kod nas. Godine 2006. pompezno najavljena „Afera indeks“ (optužnice podnete godinu dana kasnije, a suđenje započeto 2008) do sada nije okončana, što predstavlja najbolji primer ruganja pravdi u Srbiji. U zemlji čije zakonodavstvo usvaja najširu odredbu organizovanog kriminaliteta (po kojoj faktički sve što urade više lica po prethodnom dogovoru spada u ovu kategoriju), tužilaštvo tvrdi da je postojao višegodišnji razrađeni mehanizam korupcije u kome je mreža pokrivala sve fakultetske katedre i omogućavala da diplomu fakulteta dobije i neko ko faktički nije polagao ni jedan ispit – i to, ipak, nije označilo kao organizovani kriminalitet!?!<sup>2</sup>

Očigledno, radi se o izrazu koji, kako navodi Klaus von Lampe /2016:11/ predstavlja socijalni konstrukt, ili – jednostavnije rečeno, sadržaj pojma „organizovani kriminalitet“ određen je onim što oni koji poseduju moć pod tim podrazumevaju.

---

2 Na ovom mestu ne ulazimo u pitanje da li se te tvrdnje mogu dokazati i zašto postupak traje toliko dugo jer to je tema za druge analize.



Shvatanje o socijalnom konstruktivizmu, kako navodi Tim Newburn /2007:9/, kriminolozi su preuzeli iz socijalne psihologije.<sup>3</sup> Prvi su ga u svojoj nauci detaljnije razradili predstavnici teorije interakcionizma i etiketiranja i pripadnici kritičke kriminologije – preciznije zastupnici abolicionističkih shvatanja.<sup>4</sup> Čini se da ga je najbolje definisao Nils Christie, jedan od najznačajnijih predstavnika poslednjeg navedenog pravca, u knjizi *Prihvatljivi nivo kriminaliteta* u kojoj konstatuje.

Zločin po sebi ne postoji. Egzistira samo ljudska radnja, akt kome se daje različito značenje u nejednakim društvenim okolnostima. Akt i pridodato mu značenje su činjenice koje zapažamo. Izazov nam je da pratimo sudbinu akta u univerzumu značenja. Posebno, koji socijalni uslovi podstiču ili sprečavaju da određena radnja bude protumačena kao zločin /Christie, 2004:3/.

Doprinos razumevanju zločina kao socijalnog konstrukta dali su i autori iz krila kulturalne kriminologije. Tako Gary Potter i Victor Kappler u Uvodu u zbornik *Konstruisanje zločina* koji su priredili /2006:1/ ističu da verovatno nema fenomena koji više dira emocije ljudi i tako ustrajno utiče na javno mnjenje kao kriminalitet. U stvaranju predstave o zločinu (tu se, inače, mešaju glasine, tračevi, urbane legende i laži sa manipulisanjem iskonskim strahom ljudi za svoja i dobra sebi najbližih) najmanju ulogu imaju naučna saznanja. Autori se pitaju: ko ima najviše koristi od konstruisanja ovog svojevrsnog lavirinta? I odgovaraju: političari, funkcioneri pravosuđa, privatna industrija zaštite i mediji<sup>5</sup> koji određuju opredeljenje javnog mnjenja. Ono, zahvaljujući tim manipulacijama, pristaje na njihovo viđenje po kome je izlaz u drakonskom jačanju retribucije oličenom u paroli „više policije, više zatvorenih, dugotrajnije kazne i više egzekucija.“

Sve navedeno može se bez ostatka reći i za organizovani kriminalitet. Proces socijalne konstrukcije tog pojma za von Lampe-a je ključ za razumevanje zašto se u njegovom objašnjenju prepliću preterivanja, pogrešne interpretacije i mistifikacije, dok Letizia Paoli i Tom Beken /2014:26/ smatraju da navedeni proces nudi objašnjenje zašto je organizovani kriminalitet izraz iza koga stoji popularno zastrašivanje građana i s tim u vezi njihovo uveravanje kako su jedini izlaz dalji legislativni zahvati i institucionalne promene koje se često svode

---

3 Njegovim tvorcem smatra se sovjetski psiholog Lev Vygotsky koji je tvrdio da kognitivni proces počiva na socijalnim interakcijama, pa učenje nije prosto usvajanje novih sadržaja, već proces u kome se neko integriše u kolektivno iskustvo zajednice –v. <http://gsi.barkley.edu> .

4 -v. Ignjatović /2009:93 et seq./.

5 Vincent Sacco /1995/ objašnjava da u tom procesu konstruisanja zločina značajnu ulogu igraju mediji kao „posrednik između nevolja pojedinaca i javnih politika“.

na rešavanje kadrovskih problema i način da se obezbedi bolji materijalni status nekima od zaposlenih u državnoj birokratiji.<sup>6</sup>

## 2. Zašto tako malo znamo o organizovanom kriminalitetu?

Prvo objašnjenje nalazi se u samom poreklu ovog izraza. Kako se često navodi u literaturi, pojam „organizovani kriminalitet“ nije nastao u nauci već u medijskom prikazu nekih zločina i tako je daleko pre no što ga je usvojila kriminologija dobio sadržaj koji i dalje opstaje u dobrom delu javnosti. Ona podrazumeva da o tome već „dovoljno zna“ i ta predrasuda je ključ za razumevanje zašto naučna saznanja teško dopiru do građana.

Naravno, stvaraooci u oblasti prirodnih nauka ne sreću se sa ovim problemom. Teško da će bilo ko od njih na prvom času sa novom generacijom studenata sresti ijednog koji je spreman da se uključi u rešavanje nekog od problema iz termodinamike ili nuklearne fisije. Za razliku od njih, bruceši na pravnom fakultetu će se živo uključiti u diskusiju zašto ljudi vrše zločine i kako ih kažnjavati za takva dela.

Što je još gore, jedan broj kriminologa ne čini ni napor da se emancipuje od takvih laičkih shvatanja. Na ovo kao na opasnost posebne vrste pažnju je skrenuo Emil Durkhem još krajem XIX veka. U poznatom delu *Les rgles de la méthode sociologique* iz 1894. on tvrdi da naučnik u društvenim naukama pri određivanju predmeta istraživanja i tokom izvođenja dokaza mora na svaki način izbeći upotrebu onih pojmova koji su se uobličili izvan nauke i za potrebe u kojima nema ničeg naučnog... (on) treba da se oslobodi tih očiglednosti koje dominiraju duhom laika, da jednom za svagda zbacij jaram tih empirijskih kategorija koje usled dugotrajne naviknutosti postanu tiranske /Dirkem, 2012:57/.

Sledeći odgovor na navedeno pitanje vezan je za činjenicu da ni među samim kriminolozima ne postoji saglasnost koju od dve dominantne koncepcije organizovanog kriminaliteta treba usvojiti.<sup>7</sup> Pored te dileme, koja – kako ćemo videti i u nastavku ovog rada – ima važne konceptualne i praktične posledice, postoje i druge, od ne manjeg značaja, pomenuti samo neke:

kakav je njegov odnos sa drugim vidovima kriminalne aktivnosti, a naročito prema terorizmu, delima predatorskog imovinskog kriminaliteta koja se vrše u grupi, delima belog okovratnika i kriminalitetu korporacija?

Šta je osnovni pokretač njihovog delovanja (profiti ili/i vlast)

---

6 Slično tvrde i Cyrille Fijnaut i Letizia Paoli /2006:23/ koji smatraju da mitološka slika organizovanog kriminaliteta „Trajanski konj“ krivičnih nauka i prakse.

7 -v. detaljnije: Ignjatović /2016a/.

- da li je primena nasilja nužan element pojma organizovani zločin?
- da li etnička (rasna) pripadnost ima značaja za njegovo razumevanje?
- kakav je njegov odnos prema javnim (političkim i pravosudnim) funkcionerima?
- kakav je uticaj globalizacije na organizovani kriminalitet?
- kako mu se suprotstaviti i u kojoj meri tom postupku treba poštovati prava čoveka?

Treći doprinos konfuziji vezan je za potrebu da se organizovani kriminalitet odredi u pravnim kategorijama. Samo navođenje mnoštva pokušaja da se on definiše u nacionalnim pravnim sistemima i u međunarodnom pravu zapremilo bi obim monografije. Svako ko se pozabavi analizom tih ponuđenih rešenja jasno uvida koliko navedeni izraz izmiče pravnom načinu razmišljanja. Reč je o kriminološkoj kategoriji koju je teško izraziti pravnim terminima, uz poštovanje načela na kojima počiva pravna država. Stvar još više komplikuje to što kada je jednom data, pravna odredba organizovanog kriminaliteta ne može biti ignorisana od strane kriminologa. Ovo se naročito odnosi na definicije transnacionalnog organizovanog kriminaliteta usvojene od strane Ujedinjenih nacija i regionalnih organizacija (Evropska unija).

U takvoj situaciji, naučnicima ne preostaje ništa drugo no da se još istrajnije pozabave proučavanjem organizovanog zločina. Izlaganje koje sledi predstavlja istorijski osvrt koji bi trebalo da ukaže na neke od rezultata njegovog naučnog proučavanja. Kao podsećanje do čega se došlo i koja pitanja su ostala otvorena.

### **3. Kratak pregled istraživanja organizovanog kriminaliteta**

Prva izučavanja organizovanog zločina vezana su za SAD i Italiju. Kada govorimo o Italiji, u literaturi (Klaus von Lampe /2016:38/) se može naći podatak da su osnivač kriminologije Cesare Lombroso i etnolog Guiseppe Pitr u drugoj polovini XIX veka istina počeli proučavanje sicilijanske Mafije i napuljske Kamore, ali je izraz „organizovani kriminalitet“ u nauku ušao tek 1920-tih godina.

Isti autor tvrdi da su u SAD istraživanja organizovanog kriminaliteta prošla kroz nekoliko faza: 1) „klasičan period“ (1920-te godine); 2) „žurnalistički period“ – od 1930-tih do 1960-tih godina); 3) kasne 1960-te godine; 4) pojava akademske literature u kojoj je kritikovano poistovećivanje mafije sa organizovanim kriminalitetom; i 5) posle 1980-tih period skretanja pažnje na nove manifestacije organizovane kriminalne delatnosti, a naročito na njenu transnacionalnu dimenziju /*ibid.*/.

U daljem izlaganju ukratko ćemo ukazati na poznata istraživanja organizovanog kriminaliteta pre svega u SAD jer je u svetskim okvirima i u odnosu na ovo pitanje uticaj američkih kriminologa dominantan.

### 3.1. Začetnici – Landesco i Thrasher

U kriminološkoj literaturi /Abadinsky, 1981:75/ se iznosi podatak da je prvu monografsku publikaciju o organizovanom kriminalitetu u SAD napisao John Landesco 1929. godine. On je kao istraživač nevladine organizacije Udruženje za krivičnu pravdu Ilinoisa (e. *Illinois Association for Criminal Justice*) proučavao kriminalno podzemlje Čikaga i ostavio izvanredan prikaz kako je ono funkcionisalo pre Prohibicije i prvih godina primene ovog velikog zakonodavnog promašaja.

Najbolji primer organizovane kriminalne delatnosti tokom poslednje četvrtine XIX i početkom XX veka bilo je ilegalno kockanje i prostitucija.<sup>8</sup> Kada se radi o kockanju, Landesco /1929:45/ tvrdi da se način funkcionisanja organizovanog kriminaliteta u Čikagu može videti na primeru uspona jednog od aktera tog „biznisa“ – njegovo ime bilo je Mont Tennis. Po mišljenu pisca knjige *Organizovani kriminalitet u Čikagu*, „kompletna životna istorija jednog čoveka može obelodaniti praktično sve što se odnosi na ilegalno kockanje u tom gradu“ /Landesco, 1929:45/. Uz ostale prevarne metode, Tennis je došao na ideju da potkupi telegrafiste koji su mu javljali rezultate konjskih trka pre no što su ih znali kladioničari. Uspon od statusa samo jednog od aktera do preuzimanja glavne uloge u „poslu“ sa kladenjem na konjskim trkama (oko 1909) odigrao se zahvaljujući uništenju konkurencije nasiljem i korišćenjem policije kao oruđa za progon „drugih igrača“. Velike sume Tennis je odvajao za korumpiranje političara i policajaca, a kasnije je preuzeo akcije i u Telegrafskom servisu u Sinsinatiju. Zahvaljujući tome, u periodu pre Prohibicije postao je „car kladenja na konjskim trkama u SAD i Kanadi“ /Landesco, 1929:59/ koji je na platnom spisku imao policajce u dvadeset američkih gradova i zaposlene u osamnaest telefonskih i telegrafskih kompanija.

Kako navodi Howard Abadinsky /1981:75/, sa Prohibicijom je profit od ilegalnog kockanja opao, ali je Tennis „prodao svoje deonice“ dvojici novih „velikih igrača“ – preuzeli su ga George („Bugs“) Moran i Alphonse („Scarface Al“) Capone.

Prikaz organizovanog kriminaliteta u Čikagu koju je dao John Landesco ima dve bitne karakteristike: prvo, on je u kriminologiji začetnik onoga što bi se moglo nazvati „personalizovanje organizovanog zločina“. Ta orijentacija, koja je i do naših dana dobila veliki broj nastavljača, organizovani kriminalitet objašnjava kroz delovanje poznatih likova iz sveta kriminalnog podzemlja. Nije sporno da se, kako to smatra Pierre de Champlain /2004:1/, istorija kriminaliteta u SAD i Kanadi može ispričati i kroz priču o životu poznatih gangstera;

---

8 Među prvima, ovaj autor je dokazao da iza bordela u većini američkih gradova stoji kriminalno podzemlje /Landesco, 1929:25/.

takođe, jasno je da je ona vrlo privlačna i za pisce i za čitaoce. Međutim, ovaj pristup zanemaruje da je organizovani kriminalitet proizvod delovanja grupa ljudi i da ima svoj način funkcionisanja koji zavisi samo u manjoj meri od ličnih karakteristika „poznatih likova“. Zato se i događa da posle izlaska bilo kog pojedinca iz „posla“ nastavlja da funkcioniše sa novim akterima.

Drugo, slika organizovanog zločina u Americi, kako ju je Landesco nacrtao, je predstavljena u vrlo pesimističnim tonovima. On funkcioniše zahvaljujući korupciji političara i policije, kao i sposobnosti da se pronikne u načine zloupotrebe tehničkih novina kako bi se uspešnije „vodio biznis“. Ono što je najgore je da policija služi moćnim kriminalcima da bez primene sile eliminišu „nepoželjne aktere u poslu“. Pod vidom primene zakona, ona uklanja konkurente „velikim igračima“.

Iako Landesco nije prvi koji je ukazao na saradnju kriminalnog podzemlja i vlasti,<sup>9</sup> crna slika koju je on dao imala je posebnu težinu jer je bila plod dugogodišnjeg istraživanja. No bila je neprihvatljivija političarima i izvršnoj vlasti, pa su oni uz pomoć medija javnosti uskoro predstavili organizovani kriminalitet kao moćnu nacionalnu organizaciju u kojoj stranci imaju odlučujuću ulogu. I građani su tu priču vrlo brzo i lako „progutali“.

Mada se poznata knjiga *Gang* (radi se o prerađenoj doktorskoj disertaciji koju je 1926. odbranio Frederic Thrasher) pojavila pre Landesco-vog rada, navodimo je na ovom mestu jer je samo delimično povezana sa temom organizovanog kriminaliteta. Proučavajući čikaške gangove Thrasher /1927:36/ sebi postavlja zadatak da odgovori na pitanje šta je gang i u čemu se on razlikuje od drugih formi kolektivnog ponašanja kakvi su sportski klub, gomila, udruženje ili tajno društvo? Posle detaljne analize 1.313 takvih, dominantno maloletničkih grupa,<sup>10</sup> on je utvrdio njihove zajedničke karakteristike koje je sazeo u definiciji po kojoj je gang grupa koja u društvenim napuklinama<sup>11</sup> nastaje spontano,<sup>12</sup> da bi se zatim integrisala kroz sukobe. Karakterišu je sledeći tipovi ponašanja: odnosi licem u lice među članovima, snažan uticaj na promene njihovih osobi-

---

9 Letizia Paoli i Tom Beken /2014:15/ smatraju da je na to prvi put 1896. godine ukazalo njujorško Društvo za prevenciju zločina (e. New York Society for the Prevention of Crime), takođe kod ilegalnog kockanja i prostitucije koji su se u tom gradu odvijali uz zaštitu predstavnika vlasti.

10 Od navednog broja, samo njih 243 su u sastavu imali i punoletna lica.

11 „Napuklinama” (e. interstices) ovaj autor naziva međuprostor u kome (sadejstvom činilaca kakvi su nebriga gradske sredine i nemogućnost zasnivanja legitimnog identiteta u razdoblju mladalačke turbulencije) nastaje delinkventna potkultura /-v. Ignjatović, 2015:76/.

12 Martin Snchez-Jankowski /2003/ posebno insistira na ovom elementu koji odvaja gang od kriminalnih grupa starijih lica: mladi se rado pridružuju gangu zato što im ta zajednica omogućava da imaju drugare, zabavu i da konzumiraju stvari koje žele – kasnije, u nameri da do njih dođu, mogu početi da vrše inkriminisana dela.

na, kretanje u grupama, sukobi i planiranje. Rezultat kolektivnog ponašanja su uspostavljanje tradicije, spontane interne strukture, borbeni duh zajedništva, solidarnost, kolektivna svest i moral i vezanost za određenu teritoriju /Thrasher, 1927:57/.

U delu knjige čiji je naslov *Gang i organizovani kriminalitet* (e. *The Gang and Mob*) Thrasher ukazuje da maloletnički gang može prerasti u organizovanu kriminalnu grupu, odn. biti njen nukleus i navodi primer ganga pod nazivom *Dirty Dozen*. Superiorna organizacija, solidarnost i kolektivni moral daju takvim kriminalnim grupama stabilnost i njihove aktivnosti čine još destruktivnijim.

Takođe, ukazao je i kako su neki od čikaških kriminalnih sindikata koji su kršili Prohibiciju nastali iz gangova mladih. Opisuje je kako je Atletsko društvo (*Social Athletic*) koje su stvorili političari i mladi članovi radi rekreacije omladine počelo da, uz dozvoljene, vrši i kažnjive delatnosti. John Hagendorn /2010:956/ navodi da Thrasher nije primetio saradnju političara i kriminalnih grupa, što je u slučaju *Social Athletic* klubova postalo očigledno kada se u njihovo upravljanje uključio poverljivi čovek iz bande Al Capone-a.

U literaturi je nepodeljeno mišljenje da je Thrasher ne samo jedan od osnivača čuvene čikaške kriminološke škole, nego i začetnik nekoliko pravaca u toj nauci: teorije o potkulturama, diferencijalnoj asocijaciji, a u novije vreme, on se navodi kao jedan od utemeljivača interakcionizma i teorije etiketiranja.<sup>13</sup> Za temu kojom se bavimo u ovom radu, međutim, najznačajnije je njegovo ukazivanje na to da je jedan od modela formiranja organizovanih kriminalnih grupa njihovo izrastanje iz maloletničkih gangova.

Ono što mu se, međutim zamera je da se koncentrisao na gangove čiji članovi su bili maloletnici i belci. Zato su njegovi zaključci bili samo delimično primenjivi onda kada su posle II svetskog rata počeli da dominiraju grupe afro i latinoamerikanaca.

Najzad, treba ukazati na njegovu kritiku medijskog izveštavanja o kriminalitetu koje počiva na spektakularnim tvrdnjama i ukazivanju kako američko društvo ugrožavaju sve veći talasi zločina. Umesto navedenog, Thrasher se zalaže za ozbiljan pristup koji bi javnosti trebalo da „objasni korene pojave koji uključuju porodične probleme, siromaštvo, degradirane životne sredine, neefikasno religijsko i opšte obrazovanje, kao i neadekvatnu rekreaciju /Thrasher, 1927:491/.

---

13 To gledište zastupa kineski autor Xiaoming Chen /2002/ koji posebno naglašava da je Thrasher zastupao stav da prerana reakcija organa socijalne kontrole na devijantna ponašanja mladih mogu ove voditi u kriminalitet.

### 3.2. Donald Cressy: Organizovani kriminalitet = italoamerička mafija

Priča o jednom od velikana kriminologije (a Cressey je to zaista bio)<sup>14</sup> povezana je sa našom temom na više načina. Pre svega, njegovo gledište o postojanju moćne centralizovane organizacije koja drži čitavo kriminalno podzemlje SAD,<sup>15</sup> a čine je 24 velika udruženja – „familije“ čiji članovi su isključivo lica italijanskog porekla;<sup>16</sup> one su ustojene u vidu piramide (na čijem čelu stoji Gazda, srednji ešalon čine poručnici, a na najnižem mestu u hijerarhiji su „vojnici“); postoji poseban kodeks ponašanja članova i način na koji se „regrutuju kadrovi“; podela svih poslova kojima se organizovani kriminalitet bavi vrši se na legalne i ilegalne,<sup>17</sup> postale su „opšte mesto“ ne samo za mnoge naučnike, nego i za javnost u Americi i drugim delovima sveta.

Cressey je ove zaključke izveo iz dokumentacije koju mu je dostavio Federalni istražni biro (FBI), uz napomenu da su u pitanju „podaci dostupni samo šefu FBI i predsedniku SAD.“ On je od vlasti izabran „da američkoj javnosti konačno objasni šta je organizovani zločin“ jer je bio član Predsedničke komisije za primenu zakona i administraciju pravosuđa (e. *President's Comision on Law Enforcement and Administration of Justice – LEAJ*) koju je Lyndon Johnson fomirao pre svega iz političkih razloga.<sup>18</sup> Međutim, nije razjašnjeno kako je došlo do toga da baš Donald Cressey dobije mandat da napiše deo Izveštaja o organizovanom kriminalitetu /Cressey, 1967/,<sup>19</sup> ali je nesporno da je podatke iz tog dokumenta iskoristio za pisanje poznate monografije *Krada nacije – struktura i delovanje organizovanog kriminaliteta u Americi /1969/* koju

---

14 Henk van de Bunt /2010/ ga svrstava u pedeset najvećih mislilaca te nauke.

15 Jedan od najvećih autoriteta kriminologije u našem vremenu – Marcus Felson u knjizi *Zločin i svakodnevni život /1994/* negira ovo stanovište i ukazuje da je organizovani kriminalitet pre mreža pojedinaca koji deluju protivzakonito, bez vođenja iz nekakvog centra.

16 U grupi retkih uspešnih praktičara koji su dali doprinos u suzbijanju organizovanog kriminaliteta, nekadašnji državni tužilac SAD Ramesey Clark u knjizi *Kriminalitet u Americi /1971/* posebno kritikuje to što se na taj način zanemarivanje postojanja mnoštva malih, nezavisnih grupa koje deluju na ograničenim geografskim područjima i nemaju ništa zajedničko sa glamurom koji okružuje gangstere italijanskog porekla.

17 Oni kontrolišu ilegalno kockanje, reket, zelenaštvo, glavni su u dilovanju heroina, infiltrirali su se u radničke sindikate; ušli su i u legalni biznis (proizvodnja sladoleda, zarada od džu boks automata) ... Takođe, učestvuju u kampanjama za izbor javnih funkcionera u sve tri grane vlasti.

18 Time je Johnson ispunio svoje predizborno obećanje dato u situaciji kada je porasla zabrinutost javnosti zbog stanja kriminaliteta, a naročito organizovanog; takođe, želeo je da pomogne svom državnom tužiocu (Rober Kennedy) koji se sa puno energije posvetio borbi protiv kriminalnog podzemlja.

19 Cheryl Jonson i Gilbert Geis /2010:223/ tvrde da je to izdejstvovao njegov „klasić sa studija“ Lloyd Ohlin (sa Richard-om Clovard-om tvorac je teorije koja nosi naziv 'delinkvencija i mogućnosti').

mnogi poznavaoци ove materije – kao Peter Lupsha – smatraju „klasičnim delom“ o organizovanom kriminalitetu, a pisac predgovora jednom od brojnih izdanja ove knjige James Finckenauer /2008:xii/ navodi da je ona nezaobilazna – bez obzira da li se pisci saglašavaju sa stavovima koje je izneo Cressey – u svim kasnijim uticajnim monografijama o organizovanom zločinu.<sup>20</sup> Takođe, tvrdnje koje iznosi Cressey odlučujuće su delovale na zakonodavne inicijative, među kojima se posebno ističe poznati Zakon o organizacijama koje se bave reketom i korumpiranjem (*Recketeer Influenced and Corrupt Organizations - RICO*).

### 3.3. Kritike koncepcije organizovanog zločina koju zastupa Cressey

U kriminološkim radovima pobijan je skoro svaki od ključnih stavova koje iznosi ovaj autor, kao i njegov metodološki pristup, tj. oslanjanje samo na jednu vrstu podataka.

Mnogi kriminolozi tako kritikuju njegovo izjednačavanje organizovanog zločina sa Mafijom koje je najbolje izraženo u njegovoj poznatoj konstataciji da „onaj ko razume Koza nostru, shvata i organizovani kriminalitet u SAD“ /Cressey, 1969:21/. U knjizi *Mistika Mafije*, Dwight Smith /1975:311/ tvrdi da je Cressey podlegao mističnom verovanju o jednoj i jedinoj, svemoćnoj kriminalnoj organizaciji i stereotipima koji vezuju organizovani zločin samo za Italijane, odn. Sicilijance. Istina je da je to pojednostavljenje bilo vrlo zastupljeno u medijima i popularnoj kulturi, ali naučnici ne smeju podleći onome što je Francis Bacon nazvao „idolima trga i pozorišta“.<sup>21</sup>

Među najžešćim negatorima učenja o mafiji kao tajnom birokratskom kartelu koji „posluje“ na racionalnim principima je Joseph Albini. U knjizi *Američka Mafija – geneza legende* /1971/ autor kritikuje Cressey-a da zastupa istorijski ograničen pristup zbog čega su njegova objašnjenja i opisi fragmentarni /Albini, 1971:176/. Mnogo sistematičniji u kritici je ovaj autor u radu objavljenom nekoliko godina kasnije u kome nastoji da evaluiira doprinos proučavanju organizovanog kriminaliteta koji je dao Cressey. Pre svega, njegov lični utisak je da se ovaj plašio da će biti žrtva svemoćnog podzemlja i time se može tumačiti njegovo oslanjanje isključivo na obaveštajne podatke FBI i tvrdnja da je u ovoj oblasti nemoguće primeniti tehniku posmatranja sa učestvovanjem. Albini /1988/ jasno ističe da za većinu zabluda i pogrešnih tumačenja Cressey može zahvaliti selektivnim podacima koje je dobio od obaveštajaca i priznaje da bi svako ko bi se oslonio samo na te izvore došao do zaključka do

---

20 Radi se o delima čiji autori su: Abadinsky, Albanese, Lyman i Potter, Kenney i Finckenauer, kao i Paoli.

21 -v. Ignjatović /2015:206/.



kojih je došao Cressey. Ali, odmah mu zamera što nije ni pokušao da naučnoj javnosti prezentuje bar deo te dokumentacije.<sup>22</sup>

Redaju se dalji prigovori Cressey: a) nedoslednost u korišćenju termina koja je posledica činjenice da nije pošao od odgovarajuće definicije koja može usmeriti istraživanje; b) nema kritičke evaluacije podataka;<sup>23</sup> istorijsko objašnjenje kako je organizovani kriminalitet u SAD nastao iz sicilijanske Mafije je krajnje uprošćeno, smatra Albini /1988/. Ono što je najgore, slika organizovanog kriminaliteta koju je dao Cressey – kao mistična, mitološka, večita<sup>24</sup> i sveprisutna opasnost – usmerila je, opet, pažnju organa gonjenja samo na organizacije italijanskog porekla, tako da je ogroman broj dela iz ove oblasti ostao neotkriven jer učinioci nisu pripadali toj grupi. Kasnije, od predsednika Raegana formirana Predsednička komisija našla je da je učešće grupa italijanskog porekla u organizovanom zločinu u SAD manje od 0,1%.

Na navedene primedbe odgovorila su dvojica Cressey-ovih saradnika – Charles Rogovin i Frederick Martens.<sup>25</sup> – koji 1992. u časopisu *Revija za savremeno krivično pravosuđe* objavljuju rad „u odbranu Cressey-a“. Pokušavaju da ukažu kako većina navedenih prigovora ne stoji, kako u odnosu na metodološke propuste, tako i u odnosu na činjenice na kojima zasniva svoje stavove.<sup>26</sup>

Albini /1971/ smatra da se ključ za razumevanje organizovanog kriminaliteta nalazi u dijadičnom odnosu patron (zaštitnik) – klijent, pri čemu ovaj prvi omogućava da se uspostave kontakti kako sa drugim akterima iz sveta podzemlja, tako i sa državnim organima. Time on svom klijentu obezbeđuje razvoj poslova, ali i zaštitu od organa formalne socijalne kontrole. Klijent za to plaća patronu određenu sumu kao znak poštovanja

---

22 Utoliko pre što je, kako se navodi u časopisu LIFE od 07. marta 1969. (p.16), kao odgovor na tvrdnju koju je deceniju ranije izneo profesor Daniel Bell kako je postojanje nekakve alijanse u kriminalnom podzemlju običan mit – Cressey izjavio: „nijedan racionalan čovek koji bi pročitao dokaze koje sam video ne bi to mogao da ospori“.

23 Nekritički je prihvatio kao istinitu priču da se 11. septembra 1931. odigrao navodni „Dan čišćenja Mafije“ (e. Purge Day), kada je, kako su tvrdili mediji i izvori iz podzemlja, oko 40 lidera kriminalnih gangova italijanskog porekla izgubilo život u zaveri koju su skovali mladi članovi njihovih bandi. Za tu tvrdnju, nikada nisu pronađeni dokazi.

24 Njegov je stav da se mafija ne može eliminisati iz američkog društva i zato vlastima predlaže neku vrstu primirja sa njom, uz tolerisanje njene težnje da korumpira javne funkcionere i maksimalizuje profite.

25 Prvi je u karijeri zauzimao mesto direktora Udarnih odreda za organizovani kriminalitet, a drugi je karijeru počeo kao obaveštajac –v. Finckenaer /2008:xvii/.

26 Interesantna je naročito njihova odbrana od tvrdnje da Cressey nije pošao od dobre definicije organizovanog kriminaliteta. Autori se pozivaju na čuveni stav jednog poznatog američkog sudije (Peter Stewart) koji je rekao: „ja ne znam definiciju pornografije, ali odlično prepoznajem šta je to“.

I drugi autori gradili su svoje učenje o organizovanom kriminalitetu na kritici ideja koje je zastupao Cressey. Navešćemo, podsećanja radi,<sup>27</sup> samo neke od tih stavova koji na drugi način objašnjavaju organizovani zločin u SAD. Tako je Gay Talese u knjizi *Poštuj oca* /1971/ proučavajući organizaciju bande jednog od poznatih likova iz gangsterskog sveta (Joseph Bonano) utvrdio da ona (kao i ostale) počiva na srodstvu članova – krvnom ili onom „po Bogu“ (kumstvo). Francis Ianni sa Elizabeth Reuss-Ianni /1972/ takode smatraju da je kriminalno podzemlje Amerike sistem koji počiva na porodičnim vezama, a Annelise Anderson u knjizi *Biznis organizovanog kriminaliteta- jedna Koza nostra familija* /1979/ pokazuje kako je jedna od 24 velike bande o kojima govori Cressey (ima 75 članova i dodelila joj je pseudonim „Benguerra“), ima malo zajedničkog sa privrednim korporacijama.

Alan Block i William Chambliss u delu *Organizovani kriminalitet* /1981/ proučavaju ga kroz trgovinu opijuma i heroina, kako u SAD, tako i u Evropi. Posmatrajući je u istorijskom, političkom i ekonomskom kontekstu, zaključuju da je kapitalizam bio motorna snaga za širenje tržišta droga. Fokusriraju se naročito na trgovinu kokainom u Njujorku u drugoj deceniji XX veka, ali i na korupciju, prodor u radničke sindikate i niz drugih pojava u kojima dolazi do veze vlasti i legitimnog biznisa sa jedne i kriminalnog podzemlja, sa druge strane, pišu i o tome kako organizovani zločin integriše urbanu sirotinju u političku ekonomiju kapitalizma; kako i u SAD i Evropi „legitimni biznis“ lako sklizne u ilegalne aktivnosti; da pravni poredak u Americi nikada nije na isti način tretirao pripadnike različitih klasa; da je Zakon o kontroli organizovanog zločina (*Organized Crime Control Act*) iz 1970. poslužio za političku represiju; i kako je slika koja je u javnosti stvorena o organizovanom kriminalitetu poslužila da se „proguraju“ sporne zakonske odredbe.<sup>28</sup>

Chambliss je proučavao i organizovani kriminalitet u jednom američkom gradu u nastojanju da utvrdi koliko se ono o čemu su govorili državni organi i Cressey može videti u praksi. Imajući iskustva iz Sietla,<sup>29</sup> došao je do zaključka da organizovani zločin u tom gradu nije pod kontrolom Mafije i da su u njemu poslovni ljudi, političari, funkcioneri pravosuđa i sitni kriminalci povezani u „podzemnu, nevidljivu industriju“ za koju on ima poseban naziv: „mreža zločina“ /Chambliss, 1988/.<sup>30</sup>

27 -v. detaljnije: Ignjatović, Škulić /2012:39-43/.

28 -v. [www.ncjrs.gov](http://www.ncjrs.gov)

29 Ovaj nekonvencionalni autor izvanredne imaginativnosti izučavao je kriminalno podzemlje u tom gradu tako što je bukvalno „stavio glavu u torbu“ – ne krijući svoj identitet i cilj istraživanja, stupio je u kontakt sa „licima koja su već poznata policiji“ (floskula iz naših medija) i od njih zatražio da mu omoguće da utvrdi kako „posao funkcionise“.

30 Konceptija o organizovanom kriminalitetu kao protivzakonitoj delatnosti sa mrežnom strukturom prihvaćena je i od drugih autora – v. Škulić /2015:45/.

Veliki doprinos stvaranju drugačije slike o organizovanom kriminalitetu od one koju uporno promovišu političari, organi reda i mediji dao je Gary Potter u knjizi *Kriminalne organizacije – porok, reketiranje i politika u jednom američkom gradu*. Da bi objasnio o kakvoj se pojavi radi, autor je istraživao organizovani zločin u gradu koji je nazvao „Morisburg“.<sup>31</sup> U pitanju je industrijski grad na važnom putnom pravcu u kome živi oko 100.000 ljudi čiji godišnji budžet iznosi 22 miliona, a dohodak po glavi stanovnika je 4.500 dolara. Posle II svetskog rata, grad ekonomski nazaduje, pa njegova populacija svake decenije opada za oko 7%.

„Morrisburg“ ima dugu tradiciju poroka i iznuđivanja. Poslednjih godina XIX veka, tu je delovala i italijanska 'Crna ruka', a pominje se i u izveštaju koji je pripremio Kefauver-ov Komitet. Potter navodi da su u 1970-tim i 1980-tim kriminalne aktivnosti uglavnom vodile tri grupe („Gianellis“, „Akbars“ i „James Gang“). Došao je do velikog broja podataka o njihovom delovanju i kontaktima sa legitimnim biznisom i predstavnicima vlasti, na osnovu čega je zaključio da se organizovani kriminalitet ne može predstaviti kao italijanska Cosa Nostra „familija“, kubanski gang ili jevrejski zelenaš. On je „sveprožimajuća serija kriminalnih mreža koje u SAD cvetaju već duže od veka“. One postoje zahvaljujući potrebi ljudi za njihovim uslugama. Kada im ne bi trebalo kladenje, ne bi bilo ni kladionica. Ista je stvar i sa narkoticima, pornografijom i prostitucijom. Kada političari i predstavnici pravosuđa ne bi tolerisali i profitirali od organizovanih kriminalnih delatnosti, ne bi u gradovima postojali „rejoni poroka“. Baš kao i veliki američki koncerni, i organizovani zločin buja jer obezbeđuje usluge bitne za američki društveni, ekonomski i politički život. To nisu stranci, niti njihova zavera protiv američkog društva – naprotiv, oni su njegov proizvod /Potter, 1994:189/.

### 3.4. Preokupacija transnacionalnom dimenzijom organizovanog kriminaliteta

Oduvek je jedan broj organizovanih kriminalnih grupa svoje delatnosti vršio na teritoriji više država – od bande koju je vodio Jonathan Wild početkom XVIII veka,<sup>32</sup> pa preko širenja aktivnosti sicilijanske Mafije na tlo

---

31 Radi se o pseudonimu, kao i u slučaju oznaka kriminalnih bandi i legitimnih firmi koje u gradu deluju. Potter /1994:47/ navodi: „u terenskom istraživanju poverljivost je izuzetno značajna. U ovom slučaju, korišćeni su pseudonimi gradova koji su involvirani, lica koja su intervjuisana, svih živih ljudi (uključujući i biznismene) čija imena su u narativima pomenuta – takvi su stavljeni pod navodnike kako bi se razlikovali od onih čija prava imena i nazivi su navedeni”.

32 Frank Schmallerger /1996:348/ smatra da je za označavanje delatnosti ove kriminalne grupe po prvi put u istoriji upotrebljen izraz „organizovani kriminalitet“.

SAD sa kraja XIX i početke XX veka, sličnih primera sa kineskim Trijadama i japanskim Jakuzama ...

Sa procesom globalizacije koji je počeo da jača sa krizom socijalističkog društvenog uređenja i postepenim pretvaranjem sveta u unipolarni,<sup>33</sup> jača težnja za stvaranjem svetskog globalnog tržišta koje podrazumeva slobodu kretanja robe, novca, ljudi i ideja. Uz ove globalne tendencije, na Starom kontinentu počinje realizacija projekta „Evropa bez granica“ koji je sukcesivno doveo do ukidanja viznog režima i ubrzanja protoka ljudi i dobara.

Međutim, kao prirodna posledica ovog procesa, otvorilo je mogućnost da kriminalne organizacije mnogo lakše svoje aktivnosti prošire izvan granica matične zemlje i, naravno, one su tu šansu iskoristile. Zato se u kriminološkoj literaturi javljaju radovi koji se fokusiraju na ovu dimenziju organizovanog kriminaliteta.<sup>34</sup> Tako Frank Hagan u knjizi *Uvod u kriminologiju* /1990:476/ smatra da se organizovani kriminalitet ne može ograničiti na teritoriju bilo koje države ili dela sveta niti je vezan samo za liberalno demokratsko uređenje – naprotiv, on isto tako postoji i u korumpiranim diktatorskim režimima,<sup>35</sup> kao što se i kriminalne organizacije povezuju nezavisno od porekla i režima u kome su nastale. Hagan za takvu delatnost koristi izraz „*međunarodni organizovani kriminalitet*“.

John Martin i Anne Romano /1992:14/ koriste izraz „*multinacionalni organizovani kriminalitet*“ kao zajednički naziv za zabranjena dela koja prelaze granice jurisdikcije države ili na bilo koji način trajno utiču na kvalitet života građana u dve ili više država.<sup>36</sup> Radi se o delima čija priroda je multinacionalna jer se vrše zahvaljujući postojanju međunarodnih zločinačkih mreža. U ranijoj literaturi mogao se naći i termin „*prekogrančni* /-v. Ignjatović, Škulić, 2012:103/, kao i onih autora koji su insistirali na izrazu „*globalni organizovani kriminalitet*“.<sup>37</sup>

Ovaj poslednji termin revitalizuju Diana Siegel, Henk van de Bunt i Damin Zaitch saradnici Centra za informacije i istraživanje organizovanog kriminaliteta (e. *Center for Information and Research on Organized Crime – CIROC*) priređivači knjige u kojoj su objavili radove prezentovane na seminarima organizovanim od strane Instituta i Fakulteta za krivično pravo i krimi-

---

33 Vrlo brzo, nestaju dva „sveta“ Drugi (ili Svet komunizma) i Treći (ili Svet nesvrstanih).

34 Naravno, prvo u SAD jer je ta zemlja od svog nastanka bila poželjna destinacija za imigrante iz celog sveta /-v. Ignjatović, 2016/.

35 Autor se poziva na knjigu *Organizovani kriminalitet, globalna perspektiva* čiji autor Rober Kelly /1986/ je među prvima ukazao na tu okolnost.

36 To nisu neka nova dela, već njihovu specifičnost čine velika opasnost, odlična organizovanost učinilaca i integrisanost u ilegalne i ilegalne strukture moć država. Čak, autori smatraju da učinci imaju podršku države za njihovo vršenje.

37 Na primer: *Linea Raine* /1994/ i *Emilio Viano* /1999/.

nologiju Slobodnog univerziteta u Amsterdamu. U Predgovoru ovog Zbornika Henk van de Bunt i Diana Siegel /2003:3/ ukazuju da izraz „*globalni organizovani kriminalitet*“ najbolje odražava promene ovog tipa kriminalne aktivnosti u doba globalizacije, migracija i tehnološkog razvoja.

Bez obzira na ozbiljnost argumenata onih koji se opredeljuju drugačije, već skoro četvrt veka u nauci se najčešće koristi izraz „*transnacionalni organizovani kriminalitet*.“ Njegovim prometerom može se smatrati nekadašnji generalni sekretar INTERPOL-a Andre Bossard koji je u knjizi *Transnacionalni kriminalitet i krivično pravo* izneo mišljenje da se ovakvi zločini od drugih razlikuju po tome što učinilac radi njegovog vršenja prelazi iz jedne države u drugu ili se delatnost odvija na teritoriji barem dve zemlje /Bossard, 1990/.

U skladu sa navedenim trendom, došlo je do promena kako u poimanju organizovanog zločin, tako i na zakonodavnom planu. Kada se radi o prvoj konsekvenci, može se zapaziti da je u poslednjoj deceniji prošlog veka više autora unelo „internacionalni element“ u pojam organizovanog kriminaliteta. Među njima su i takvi poznavaoi ove oblasti kakvi su Namac Günter Kaiser i Italijan Ernesto Savona. Prvi je u svojoj definiciji uz ostale njegove bitne crte (- udruživanje više lica u profitno orijentisanu zajednicu; - postupanje po planu; - organizacionu strukturu; - povezivanje ilegalnih i legalnih aktivnosti; - fleksibilnu tehnologiju delovanja; - korišćenje tehničke infrastrukture; - vršenje uticaja na politiku, medije, javnu upravu, pravosuđe i privredu) naveo i - pokretnost i internacionalnost /Kaiser, 1993/. Drugi, pak, u bitne osobine (prestupnici su organizovani i upućeni na kooperativnost; koriste nasilje i korupciju; kriminalne aktivnosti prikrivaju učestvom u legalnim delatnostima; pribavljanje profita je osnovni cilj) svrstava i transnacionalnu prirodu, odn. to što te delatnosti prelaze nacionalne granice /Savona, 1995/.

Najveće promene su se ipak odigrale na terenu pravnog reagovanja na organizovani kriminalitet. Mogle su se i očekivati jer je internacionalizacija pojedinih kriminalnih aktivnosti zahtevala međunarodnu saradnju pravosudnih institucija različitih zemalja; ova je, opet, bila teško ostvariva ukoliko ne postoji minimalni zajednički sadržaj koji se podvodi pod pojam „organizovani kriminalitet“. Put kojim se do tog sadržaja može doći bilo je usvajanje Međunarodne konvencije iz Palerma<sup>38</sup> za čije donošenje su bile zainteresovane pre svega SAD, a ulogu „izvođača radova“ imale su Ujedinjene nacije (UN).<sup>39</sup> Kako se navodi u literaturi, /Edwards, Gill, 2006:8/ najmoćnija država savremenog sveta

---

38 Međunarodna konvencija protiv organizovanog kriminaliteta iz decembra 2000. godine.

39 -v. detaljno knjigu *Transnacionalni organizovani kriminalitet u međunarodnom pravu* čiji autor je Tom Obokata /2010/.

uspela je u tom procesu da nametne definiciju organizovanog kriminaliteta koja je njoj odgovarala, a koja je:

– preširoka, pri čemu se organizovani kriminalitet meša sa nekim drugim kriminalnim delatnostima (izjednačavanje „organizovanog” i sa drugim oblicima kriminalne delatnosti koje ugrožavaju značajna dobra i vrednosti – „najteži oblici kriminaliteta”);

– zasnovana na koncepciji o primarnom značaju organizacije u odnosu na delatnost („bitni su ljudi, a ne njihova dela”), sa svim posledicama takvog pristupa o kojima će biti reči u delu rada koji sledi.<sup>40</sup>

Na ovom mestu, treba naglasiti da je – i pored neosporne činjenice da u naše vreme organizovani kriminalitet dobija sve značajniju transnacionalnu dimenziju – izjednačavanje pojma „organizovani” i „transnacionalni organizovani kriminalitet” pogrešno i da počiva na pretpostavci da je veći broj kriminalnih organizacija razvio svoju delatnost širom sveta odn. u kontinentalnim razmerama. Pre svega, najnovija istraživanja pokazuju da je takvih organizacija vrlo malo i da su razmere takvih delatnosti mnogo manje od očekivanih.

U jednom od najnovijih brojeva revije *European Journal of Criminology* saradnici italijanskog istraživačkog centra Transcrime na Univerzitetu Sveto srce u Milanu koje je predvodio Francesco Calderoni, zajedno sa kolegom sa Univerziteta u Kardifu objavili su rad koji je rezultat proučavanja delatnosti četiri najuticajnije italijanske mafijaške organizacije (Cosa Nostra, Camorra, ‘Ndragheta i Apulijska mafija) izvan teritorije matične zemlje. Primenom složene metodologije koja se prevashodno oslanjala na javno objavljene izveštaje pravosudnih organa o saradnji i aktivnostima organizacija iz velikog broja zemalja u periodu 2000-2012, zaključak je da je samo jedna organizacija (‘Ndragheta) nastojala da stvori strukturisane grupe u inostranstvu, dok su ostale, koncentrišući se prevashodno na nekoliko razvijenih zemalja (Nemačka, Kanada, Australija i – naravno – SAD) težile da na drugi način ostvare učešće u nezakonitim delatnostima (pre svega trgovini narkoticima, manje u pranju novca) /Calderoni et al., 2016/.

Ovo potvrđuje stav koji je više puta u svojim radovima iznela Letizia Paoli /2002/ da i one organizacije koje su uspele da prošire svoju delatnost izvan granica matične zemlje u velikoj meri zavise od saradnje sa „domaćim” kriminal-

---

40 Treba naglasiti da je ova koncepcija mnogo prihvatljivija državama koje su decenijama osporavale da imaju problem sa organizovanim kriminalitetom. Sada im je jednostavnije da konstatuju postojanje njegove transnacionalne varijante na svom tlu, posebno ako se ona svodi kao delovanje stranaca. Podsećamo da su u mnogim zemljama – kao primer mogu biti navedene (nekadašnja Zapadna) Nemačka i Holandija – organi reda i naučnici jasno ukazivali da se društvo suočava sa organizovanim kriminalnim delatnostima, uz obaveznu napomenu da ih vrše stranci.

nim organizacijama jer nisu uklopljene u lokalne prilike i specifični ambijent. Čak i kod poslova za koje je poznato da se odvijaju u planetarnim razmerama – kakvo je dilovanje narkotika – neophodne su informacije o tome kome ponuditi „robu”, koga korumpirati, a koga eliminisati jer se pojavljuje u ulozi konkurenta.

### 3.5. Dilema: koja crta je suštinska – organizacija ili delatnost?

Poslednje decenije prošlog veka karakteriše nastavak polemika među kriminolozima o fundamentalnim pitanjima vezanim za organizovani kriminalitet, a pre svega šta su njegove ključne crte i da li je za njegovo razumevanje bitnije koncentrisati se na grupe koje ga vrše (ovde se traži odgovor na pitanje „ko?“) ili ono čime se bave („šta?“). Kada se radi o ovoj drugoj dilemi, očigledno je da su organi formalne socijalne kontrole, mediji i javnost bili bliži ideji da se organizovani zločin može razumeti pre svega preko grupa koje ga vrše i proučavanjem njihovog načina organizovanja.

Ova koncepcija je za veliki broj kriminologa bila manje prihvatljiva jer je usmeravao pažnju organa reda na traženje nekakvih dobro organizovanih, trajnih i stabilnih grupa, čije postojanje – sa izuzetkom italijanskih, ruskih i japanskih bandi – nisu mogli utvrditi. Za njih je mnogo prihvatljivije proučavati delatnosti kojima se grupe bave. Jer, bez obzira koju organizacionu formu koristi, organizovanog kriminaliteta nema bez iznuđivanja, pružanja nezakonitih dobara i usluga i drugih delatnosti usmerenih na maksimalizaciju profita. Sa druge strane, kako ističu mnogi autori, ne može se negirati ni činjenica da i način na koji se te delatnosti vrše zavisi i od karakteristika organizacija koje u tome učestvuju. To se vidi na primeru trgovine narkoticima koju različite organizacije obavljaju sa više ili manje upotrebe nasilja ili na različit način organizuju delatnost, što utiče i na mogućnost da organi reda otkriju nezakonite radnje.<sup>41</sup>

Treba istaći da je u novijoj literaturi moguće naći radove koji mogu poslužiti kao ilustracija prve, odn. druge orijentacije. Primer dela koje počiva na prihvatanju prve od navedenih koncepcija predstavlja knjiga *Organizovani kriminalitet – svetska perspektiva* čiji autori – Sean Grennan i Marjie Britz /2006:15/ organizovani kriminalitet objašnjavaju kroz izlaganje o kriminalnim grupama. Istražujući u Čikagu, oni su došli do zaključka da se ovakve grupe razlikuju od gangova po više kriterijuma (geografska teritorija i „granice svog područja“ imaju veći značaj za bande no za ulične gangove; ovi drugi najčešće imaju u sastavu

---

41 Načelno govoreći, veće su šanse da se otkrije glomazna grupa koje diluje drogu, nego malobrojna, labava organizacija koja trguje manjom količinom narkotika, pri čemu svaki od dilera nema više od dva do tri klijenta koje lično poznaje.

maloletnike i mlada punoletna lica, a organizovane kriminalne grupe starije članove), ali da između njih postoji ključna veza koja se sastoji u tome što (istina, ulični gangovi uglavnom nemaju potencijal da postanu organizovane kriminalne grupe, ali) su sve organizovane kriminalne grupe prvobitno bile gangovi.<sup>42</sup>

Autori inače smatraju da organizovane kriminalne grupa karakterišu sledeće osobine: 1. struktura i hijerarhija; 2. primena nasilja; 3. prepoznatljivost; 4. dugotrajnost; 5. regrutovanje; 6. preduzimačke aktivnosti; 7. ekskluzivan sastav; 8. striktna pravila i regulisanost; 9. ritualizam; 10. profitabilnost; 11. reketiranje legitimnog biznisa i infiltriranje u njega; 12. korupcija političara; 13. težnja za stvaranjem monopola; i 14. kriminalne aktivnosti.<sup>43</sup>

Polazeći od navedenih konstatacija, i uz ogradu da su neki od uličnih gangova postali kontinentalni fenomeni, saradujući intenzivno sa kriminalnim organizacijama punoletnih zločinaca, pisci o organizovanom kriminalitetu pišu izlažući o italijanskim kriminalnim organizacijama; rasističkim grupama koje šire ideologiju o rasnoj supremaciji; uličnim gangovima,<sup>44</sup> motorciklističkim, jamajčanskim, nigerijskim, kineskim, japanskim, vijetnamskim i koreanskim, hispano američkim, ruskim, irskim i ostalim gangovima koji deluju na svetskom planu (oni poreklom iz Trećeg sveta i istočnoevropski);<sup>45</sup> najzad, govori se i o terorističkim gangovima.<sup>46</sup>

Primer za drugu koncepciju je knjiga *Organizovani kriminalitet* koju su napisali Geoff Dean, Ivar Fahsing i Petter Gottschalk /2010/. U njoj se ovaj tip kriminalne aktivnosti izjednačava sa preduzimačkom delatnošću i dovodi se u vezu sa kriminalnim tržištem tvrdi se da postoji „kriminalno preduzetništvo kao globalna industrija“ u koju na primer spadaju – trgovina ženama i decom, „seks industrija“, trgovina narkoticima i doping sredstvima, ukradenim automobili-

---

42 Autorima se sa puno osnova mogu postaviti dve primedbe: jedna je konkretna i odnosi se na činjenicu da drugi istraživači nisu potvrdili navedenu tvrdnju o genezi kriminalnih grupa u Čikagu. Druga je načelne prirode: kako je moguće (sve da je i tačno kako su sve organizovane kriminalne grupe u jednom mestu nastale iz maloletničkih uličnih gangova) iskustva jednog grada proširiti na ceo svet (podsećamo, knjiga u naslovu ima „svetsku perspektivu“)?

43 Kao bitne crte gangova, autori navode: - organizovanost; - jasno se razaznaje ko su vođe; - ove grupe identifikuju se sa teritorijom; - udruživanje je kontinualno; - grangovi imaju specifične ciljeve; i – učestvuju u nezakonitim aktivnostima / Grennan, Britz, 2006:3/.

44 Logično se postavlja pitanje: otkuda oni ovde?

45 Govori se o albanskim, poljskim, mađarskim, bugarskim, čehoslovačkim i ciganskim gangovima. Eks- jugoslovenski se ne pominju, što samo govori o preterivanju koje naši mediji pothranjuju pričama o tome kako „žestoki momci“ sa ovih prostora vode kriminalno podzemlje u evropskim metropolama.

46 I pored navedenog objašnjenja, nije potpuno jasno zašto su autori napravili terminološku zbrku i izjednačili organizovane kriminalne grupe sa gangovima, kada su već na početku jasno ukazali da te dve pojave nisu identične.



ma, krijumčarenje alkohola i cigareta i drugo /ibid. p.37/. Kao da pričaju o legitimnom poslovanju, autori su knjigu podelili na celine u kojima izlažu o uspostavljanju „kriminalnog biznisa“ (vizija, planiranje, finansijski menadžment, mobilizacija resursa, obezbeđenje finansijskog kapitala, operativna logistika), njegovom širenju (gde značajnu ulogu imaju nasilje, korupcija i špijuniranje konkurenata), konsolidaciji (tu je od velikog značaja uspostavljanje kontakata sa drugim „preduzimačima“ – kako onima iz kriminalnog, tako i iz legitimnog biznisa) i pozicioniranju (cilj je maksimalizacija profita, a način da se do njega stigne u nekim situacijama je podela „lokalnog“ i „globalnog tržišta“ uz razvijanje prednosti u odnosu na konkurenciju.

Kao što je u prvoj knjizi kriminalno preduzetništvo u drugom planu (navedeno je tek kao šesta po značaju crta kriminalnih organizacija), tako je ovde pitanje grupnog organizovanja lica koja pripadaju kriminalnom podzemlju zanemareno.

Navedene rasprave traju već decenijama, ali one danas dobijaju na značaju zbog činjenice da je u međunarodnim aktima koji su doneti početkom ovog milenijuma došla do izražaja koncepcija koja prvenstvo daje odgovoru na pitanje „ko?“. Zato su u svim državama koje su usvojile Konvenciju o transnacionalnom organizovanom kriminalitetu organi formalne socijalne kontrole usmereni na traženje dugotrajnih, čvrsto i hijerarhijskih organizovanih grupa, koje uglavnom ne egzistiraju na njihovom tlu. U tome možda leži i objašnjenje relativno skromnih rezultata koje savremene države postižu u suprotstavljanju organizovanom zločinu.

Ako bi se trebalo opredeljavati, čini se da je umesto logike „ili – ili“ bolje primeniti koncepciju „i – i“, odn. „i delatnosti i ljudi“.47 Naime, nesporno je da je za određenje pojma organizovanog kriminaliteta od prevashodnog značaja proučavanje delatnosti kojima se bavi i to ne treba posebno dokazivati. Dakle, logika nas upućuje na zaključak da umesto traganja za „zaverama stranaca“ ili postojanju svemoćnih kriminalnih sindikata, „bosova“ i takozvanih „bordova kriminalnih glavešina“48 konstatujemo koje nedozvoljene delatnosti vrše organizacije kriminalaca i suzbijati ih istrajno. To ne znači da treba zanemariti kako su ova lica organizovana. Jer, od toga će, naravno, zavisiti i koje delatnosti i na koji način vršiti. Ali ova dimenzija ne može dobiti prioritet.

Upravo takav pristup primenio je Gary Potter u analizi organizovanog zločina u jednom američkom gradu. On je proučavanje kriminalnih grupa koje tu deluju kombinovao sa analizom nedozvoljenih aktivnosti kojima se bave: ile-

---

47 Ovaj stav je u duhu našeg zalaganja za kriminologiju kao nauku čiji predmet (kriminalni fenomen) uz ostale elemente, uključuje i delo i učinioca /-v. Ignjatović, 2015:19/.

48 Po uzoru na priču o Kupoli u Palermu koja upravlja sicilijanskom Mafijom.

galno kockanje, prevare i zelenašenje, trgovina narkoticima, omogućavanje nedozvoljenih seksualnih usluga, korumpiranje izvršne i pravosudne vlasti, veze sa legalnim biznisom (proizvodnjom uglja i odevnih predmeta, kao i sa finansijskim sektorom – osiguranjem i bankarstvom). Slično je postupio i Klaus von Lampe /2016:57 et seq./ koji u drugom delu svoje sistematske analize organizovanog kriminaliteta (naslov: „Empirijske manifestacije organizovanog kriminaliteta“) u poglavlju 4. piše o organizovanim kriminalnim aktivnostima, da bi sledeće posvetio pregledu kriminalnih struktura (organizacija).

#### 4. Zaključna razmatranja

Na primeru najpoznatijih istraživanja organizovanog kriminaliteta koja su do sada izvršena u kriminološkoj literaturi čitaocima je ukazano na ključne stavove do kojih su došli naučnici koji su odlučujuće uticali na način na koji danas shvatamo ovaj fenomen. Tvrdnje svakog od navedenih autora (podsetimo se samo nekih: Landesco, Thrasher, Cressey, Smith, Albini, Talesse, Block, Chambliss, Potter, Abadinsky, Albanese, Kaiser, Savona, Paoli, von Lampe ...) sadrže zrno istine i pomažu nam da jasnije sagledamo složeni mozaik koji odslikava organizovani zločin. U tom mozaiku ima mesta i za ljude sa dna društvene lestvice koji žele da uspeju u životu (obogate se) na nedozvoljen način, i beskrupuloznih iznuđivača, i onih koje su poroci uvukli u kriminalnu mrežu; ima i nedužnih žrtava i zavisnika koji traže proizvode i usluge bez kojih (im se čini da) ne mogu; u tom konglomeratu su i policajci i ostali funkcioneri pravosuđa koji su životom platili želju da iskorene ovo društveno zlo, ali i njihove korumpirane kolege koji umesto građanima služe kriminalnim klanovima; tu su i političari koji se vatreno zalažu za suzbijanje organizovanog kriminaliteta, ali i oni koji su sa njim uspostavili *modus vivendi* u kome obe strane dobijaju; deo priče su i građani koji su zastrašeni senzacionalizmom medija, ali istovremeno kupuju krijumčarenu robu jer im je to jeftinije; tu su i akteri u „nadzemnoj ekonomiji“ koji zbog organizovanih kriminalnih aktivnosti gube ogromne sume, ali i onaj deo legitimnog biznisa koji saraduje sa kriminalnim podzemljem. Najzad, kada se radi o državama, neke od njih priču o organizovanom kriminalitetu koriste kao paravan za uvođenje sveobuhvatne kontrole građana, druge za vođenje spoljne politike, treće ga tolerišu kada im donosi korist, četvrte su neposredno uključene u njegove delatnosti ...

Ono što, međutim, treba napomenuti je da i pored svih napora koje su do sada uložili mnogobrojni naučnici i njihove istraživačke institucije, i dalje ne posedujemo potpuno znanje o organizovanom kriminalitetu. Mnoštvo pitanja ostalo je otvoreno i na njih je potrebno potražiti odgovor (neka od njih pomenu-

ta su i u ovom radu). Zato je organizovani kriminalitet i u XXI veku otvoreno istraživačko polje koje predstavlja istinski izazov za poslenike u društvenim naukama. Sve je u njihovim rukama jer zavisi od njihove sposobnosti da sagledaju do sada zanemarene aspekte ovog fenomena i od spremnosti da ga istražuju timski.

## 5. Literatura

- Abadinsky H. /1981/, Organized Crime, Boston.
- Albanese J. /2000/, Causes of organized crime, Journal of Contemporary Justice, n° November.
- Albini J. /1971/, Americam Mafia- Genesis of Legend, New York.
- Albini J. /1988/, Donald Cressey's contributions to the study of organized crime, Crime & Delinquency, n° 3.
- Anderson A. /1979/, Bussines of Organized Crime- Cosa Nostra Family, Stanford.
- Block A., Chambliss W. /1981/, Organized Crime, New York.
- Bossard A. /1990/, Transnational Crime and Criminal Law, Chicago.
- Calderoni F. et al. /2016/, Italian mafias in the world- Systematic assessment of the mobility of criminal grooups, European Journal of Criminology n° 4.
- Chambliss W. /1988/, On the Take- From Petty Cooks to President, Bloomington.
- Champlain P. 2004/, Mobsters, Gangsters and Men of Honour- Cracking the Mafia Code, Toronto.
- Chen X. /2002/, Social control in China - Application of the labeling approach and the reintegrative shaming theory, International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology, n° 1.
- Christie N. /2004/, Suitable Amount of Crime, London.
- Clark R. /1971/, Crime in America, New York (u prevodu Biljane Simeunović objavljen je u Ediciji CRIMEN kao knjiga br. 8 godine 2009. u Beogradu).
- Cressey D. /1967/, The function and structure of criminal syndicates –Task Force report, Organized Crime, Washington.
- Cressey D. /1969/, Theft of Nation- Structure and Operations of Organized Crime in America, New York.
- Dean G., Fahsing I., Gottschalk P. /2010/, Organized Crime- Policing Illegal Business Entrepreneurialism, Oxford.
- de Champlain P. /2004/, Mobsters, Gangsters and Men of Honour, Toronto.
- Dirkem E. /2012/: *Pravila sociološke metode*, Novi Sad.

- Edwards A., Gill P. (ed.) /2006/, *Transnational Organized Crime-Perspectives on Global Security*, London.
- Felson M. /1994/, *Crime and Everyday Life – Insight and Implications for Society*, Thousand Oaks (u prevodu Natalije Lukić objavljen je u Ediciji CRIMEN kao knjiga br. 20 godine 2011. u Beogradu).
- Fijnaut C., Paoli L. /2006/, Introduction – in: *Organized Crime in Europe-Concepts, Patterns and Control Policies in EU and Beyond*, Dodrecht.
- Finckenauer J. /2008/, Introduction –in: *Cressey D.: Theft of Nation*, New Brunswick.
- Grennan S., Britz M. /2006/, *Organized Crime – Worldwide Perspective*, Upper Saddle River.
- Hagan F. /1990/, *Introduction to Criminology – Theories, Methods and Criminal Behavior*, Chicago.
- Hagedorn J. /2010/, *Thrasher Frederic: The Gang* – in: *Encyclopedia of Criminological Theory* (Cullen F., Wilcox P., eds.), vol 2, Los Angeles.
- Ianni F., Reuss-Ianni E. /1972/, *Family Business- Kindship and Social Control in Organized Crime*, New York.
- Ignjatović Đ /2005/, *Organizovani kriminalitet kao istraživački problem –in: Organizovani kriminalitet – stanje i mere zaštite* (Krivokapić V., Bejatović S., Banović B., eds.), Beograd.
- Ignjatović Đ /2009/, *Teorije u kriminologiji*, Beograd.
- Ignjatović Đ /2015/, *Kriminologija*, 12.ed., Beograd.
- Ignjatović Đ /2016/, *Migracije kao kriminološki problem: kriminalitet migranata- iskustva SAD*, *Strani pravni život* n° 2.
- Ignjatović Đ. /2016a/, *Organizovani kriminalitet u XXI veku – kontroverze i dileme* – in: *Suzbijanje organizovanog kriminala kao preduslov vladavine prava* (Ćirić J., ed.), Beograd.
- Ignjatović Đ., Škulić M. /2012/, *Organizovani kriminalitet*, Beograd.
- Jonson C., Geis G. /2010/, *Cressey Donald –in: Encyclopedia of Criminological Theory* (Cullen F., Wilcox P., eds.) vol. 1, Los Angeles.
- Kaiser G. /1993/, *Kriminologie- Ein Lehrbuck*, 3<sup>rd</sup> ed., Heidelberg.
- Kelly R. /1986/, *Organized Crime- Global Perspective*, Totowa.
- Landesco J. /1929/, *Organized Crime in Chicago*, Chicago.
- Martin J., Romano A. /1992/, *Multinational Crime- Terrorism, Espionage, Drug and Arm Trafficking*, Newbury Park.
- Newburn T. /2007/, *Criminology*, Cullompton.
- Obokata T. /2010/, *Transnational Organized Crime in International Law*, Oxford.

- Paoli L. /2002/, Paradoxes of organized crime, *Crime, Law and Social Change*, n° 1.
- Paoli L., Beken T. /2014/, Organized Crime- A Contested Concept – in: *Oxford Handbook of Organized Crime* (Paoli L., ed.), Oxford.
- Potter G. /1994/, *Criminal Organizations- Vice, Recketeering and Politics in an American Town*, Prosper Heights.
- Potter G., Kappler V. /2006/, Introduction –in: *Constructing Crime- Perspectives on Making News and Social Problems* (Potter G., Kappler V., eds.), 2<sup>nd</sup> ed., Long Grove.
- Raine L. /1994/: *Global Organized Crime- New Empire of Evil*, Washington
- Rogovin C., Martens F. /1992/, Evil that men do, *Journal of Contemporary Criminal Justice*, n° 1.
- Sacco V. /1995/, Media constructions of crime, *Annals of the American Academy of Political & Social Science*, n° May.
- Snchez-Jankowski M. /2003/, Gang and Social Change, *Theoretical Criminology*, n° 2.
- Savona E. /1995/, Organised Crime Across the Borders: Preliminary Results - in: *HEUNI Papers* n° 6 (Savona E. et al., eds.), Helsinki.
- Schmallegger F. /1996/, *Criminology Today*, Englewood Cliffs
- Smith D. /1975/, *Mafia Mistique*, New York.
- Škuljić M. /2015/, *Organizovani kriminalitet- pojam, pojavni oblici, krivična dela i krivični postupak*, Beograd.
- Talese G. /1971/, *Honor Thy Father*, New York .
- Thrasher F. /1927/, *Gang*, Chicago.
- van de Bunt H. /2010/, Donald Rey Cressey –in: *Fifty Key Thinkers in Criminology* (Hayward K., Maruna S., Mooney J., eds.), London.
- van de Bunt H., Siegel D. /2003/, Introduction –in: *Global Organized Crime- Trends and Developments* (Siegel D., ven de Bunt H., Zaitch D., eds.), Dodrecht.
- Viano E. /1999/, *Global Organized Crime and International Security*, Brookfield.
- von Lampe K. /2016/, *Organized Crime- Analyzing Illegal Activities, Criminal Structures and Extra-legal Governance*, Los Angeles.

**Đorđe Ignjatović**  
**Faculty of Law, Belgrade University**

## RESEARCH ON ORGANIZED CRIME

*This paper presents the key issues of organized crime researched by famous criminologists (among others Landesco, Thrasher, Cressey, Smith, Albin, Talesse, Block, Chambliss, Albanese, Potter, Abadinsky, Kaiser, Savona, Paoli, von Lampe ...). They have had a decisive influence on the way we understand it today and allowed us to better understand the parts of a complex mosaic that it embodies. In that mosaic there is a place for poor people from the bottom of the social ladder who want to get rich („to succeed in life“) illegally and for unscrupulous extortionists and those who were pushed due to vice into the criminal network; there are also innocent victims and drug addicts who seek products and services without which they (seemingly) can not; in this conglomerate are police officers and other officials of the judiciary who paid with their own life the desire to eradicate this social evil and also their corrupt colleagues who serve criminal clans instead citizens; there are politicians who honestly advocate for combating organized crime, and those who have established modus vivendi in which both parties win; the part of the story are citizens intimidated by media sensationalism but who in the same time buy smuggled goods because it is cheaper; the picture would not be complete without the actors in the „above-ground economy“ who due to organized crime have huge losses but also the part of the legitimate business which cooperates with the criminal underground. Finally, in respect to states, some of them use a story of organized crime in order to introduce a complete control of citizens, the other to achieve geostrategic objectives, the third tolerate when it brings them benefit, the fourth are indirectly involved in its activities...*

*However, it should be noted that despite all the efforts invested by many scientists and their research institutions, we still do not have complete knowledge on organized crime. Therefore, we are not able to give the answer to many questions (some are mentioned in this paper); organized crime in XXI century is therefore an open area for research that presents a real challenge for workers in social sciences. Much will depend on their ability to comprehend so far neglected aspects of this phenomenon and on their willingness to investigate in teams.*

**Key words:** *organized crime, social construct, research, mafia, criminal networks.*

**Prof. dr Milan ŠKULIĆ**  
Pravni fakultet  
Univerziteta u Beogradu

**Pregledni članak**  
**UDK: 343.222; 343.2/.7(73)**  
**Primljeno: 15. novembra 2016. god.**

## **OBJEKTIVNA ODGOVORNOST U KRIVIČNOM PRAVU SJEDINJENIH AMERIČKIH DRŽAVA**

*U radu se analizira koncept objektivne odgovornosti u krivičnom pravu Sjedinjenih Američkih Država, koji važi u odnosu na određeni veoma ograničeni krug krivičnih dela i predstavlja izuzetak u odnosu na načelo krivice i subjektivne odgovornosti kao pravilo u krivičnom pravu SAD.*

*Autor objašnjava osnovne elemente opšteg pojma krivičnog dela u Sjedinjenim Američkim Državama – objektivnu komponentu (actus reus) i subjektivnu komponentu (mens rea), te taj opšti pojam krivičnog dela povezuje sa delovanjem koncepta objektivne odgovornosti za krivično delo u određenim slučajevima.*

*Subjektivna komponenta opšteg pojma krivičnog dela predstavlja izraz delovanja načela krivice u krivičnom pravu SAD, a u odnosu na nju postoje određeni izuzeci kada se suprotno opštem pravilu o subjektivnom karakteru odgovornosti za krivično delo, uspostavlja objektivna odgovornost.*

*Autor zaključuje da se u našoj literaturi često ispoljava nerazumevanje u odnosu na pojam objektivne odgovornosti u krivičnom pravu SAD, te se ponekad čak i sreću pogrešni prevodi, pa i pogrešne interpretacije, izraza na engleskom u krivičnom pravu SAD (Strict Liability), koji se objašnjava kao „striktna odgovornost“ ili čak kao „stroga odgovornost“. To naravno, ne*

*odgovara suštini termina, koji se svodi na objektivnu odgovornost, odnosno odgovornost za delikt bez obzira na nepostojanje subjektivnog (mens rea) elementa, koji je inače neophodan u konstrukciji opšteg pojma krivičnog dela, te predstavlja izraz načela krivice i subjektivne odgovornosti, što je pravilo u odnosu na koje je objektivna odgovornost izuzetak.*

**Ključne reči: uporedno pravo, SAD, krivično pravo, krivično delo, krivica, odgovornost, objektivna odgovornost.**

### **1. Značaj načela krivice u savremenom krivičnom pravu**

Krivica osim što predstavlja konstitutivni element opšteg pojma krivičnog dela,<sup>1</sup> ima širi značaj u srpskom krivičnom pravu, pa se stoga, ona „podiže i na rang ustavnog načela“,<sup>2</sup> pa zato, načelo *nulla poena sine culpa*, označava da krivičnopravnoj represiji ima mesta samo ako učinjeno delo može da se učiniocu pripíše u krivicu, tako da se smatra delom u pogledu kojeg se može uputiti odgovarajući društveno-etički prekor.<sup>3</sup>

Kada je reč o odnosu krivice i krivične odgovornosti, u našoj se teoriji primećuje da je „i terminološki i suštinski“, krivica „centralni pojam, ona je osnov i uslov odgovornosti u krivičnom pravu, odgovara se ne zbog samog dela već zato što je učinilac kriv za ono što je učinio ili propustio da učini,<sup>4</sup> krivična odgovornost je konstatacija, sud o krivici.“<sup>5</sup>

Načelo krivice je i inače, imanentno savremenom krivičnom pravu, što se može uočiti i odgovarajućim uporednopravnim analizama, iako inače, oblici krivice, koje poznaje naše pozitivno krivično pravo (umišljaj, koji se deli na direktni i eventualni i nehat, koji može da bude svesni i nesvesni) nisu u normativno-dogmatskom smislu u svim savremenim krivičnim zakonodavstvima svrstani u oblike (vrste) krivice. U tom je pogledu krivičnopravni koncept krivice u srpskom zakonodavstvu sličniji krivičnom pravu SAD, nego nekih „klasičnih“ evropsko-kontinentalnim krivičnopravnim sistema. Tako, baš iz

---

1 Uporedi: M. Đorđević, Osnovni problemi krivične odgovornosti, zbornik Udruženja za krivično pravo i kriminologiju Jugoslavije, savetovanje na Zlatiboru, 23-25. septembra 1999, Beograd, str. 43.

2 To znači da bi izricanje kazne učiniocu koji je delo učinio bez krivice predstavljalo povredu principa pravne države.

3 Z. Stojanović, Komentar Krivičnog zakonika, Službeni glasnik, Beograd, 2012., str. 29.

4 Više o tome: I. Vuković, Krivična dela nepravog nečinjenja, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013, str. 21-24.

5 Z. Stojanović, Krivično pravo – opšti deo, 23. izdanje, Pravna knjiga, Beograd, 2016, str. 163.



činjenice da se u srpskom krivičnom pravu krivica smatra subjektivnim elementom krivičnog dela, te da ima svoja četiri oblika, odnosno četiri stepena, dva osnovna i dva „podstepena“, proizlazi očigledna sličnost sa konceptom o *mens rea* elementa u opštem pojmu krivičnog dela u SAD, jer bi se u osnovi *mens rea* i mogla smatrati jednom vrstom sinonima za krivicu.

Neka druga kontinentalno-evropska krivična prava, koja se inače, često smatraju svojevrsnim „uzorima“ u kontinentalnoj Evropi, krivicu tretiraju na bitno drugačiji način, To je na primer, slučaj u nemačkom krivičnom pravu.

Umišljaj i nehat se 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. 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.

Umišljaj i nehat u nemačkom krivičnom pravu *nisu formalno određeni 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. Iako krivica nije svrstana u opšti pojam krivičnog dela, te bez obzira što se umišljaj i nehat ne smatraju oblicima krivice, kao što je to slučaj u našem krivičnom pravu, nemačko krivično pravo poznaje *dva osnovna oblika krivice*: 1) *umišljajnu* – koja je pravilo i 2) *nehatnu* – koja može postojati samo onda kada se u pogledu određenih krivičnih dela, u zakonu izričito propisuje da se ono može učiniti i iz nehata.<sup>6</sup>

Načelo krivice postoji i ostvaruje dejstvo kako u klasičnim kontinentalno-evropskim krivičnopravnim sistemima, tako i u anglosaksonskom krivičnom pravu, bez obzira na inače, prilično velike razlike između ova dva osnovna velika („globalna“) uporednopravna krivičnopravna modela.<sup>7</sup>

---

6 Više o tome: M. Škulić, *Opšti pojam krivičnog dela u SAD – sličnosti i razlike u odnosu na srpsko krivično pravo*, tematska monografija: „Kaznena reakcija u Srbiji“, V deo, Beograd, 2015, str. 47-74.

7 Jednu od najupadljivijih razlika između ova dva osnovna velika uporednopravna modela krivičnog prava, predstavlja domašaj i dejstvo načela zakonitosti, jer iako je načelo zakonitosti, kako se to i u teoriji objašnjava, u osnovi poteklo iz novorođenih SAD, nastalih nakon revolucije koja je bila izrazito liberalnog karaktera, tako da je taj princip bio formalno sadržan u ustavim nekih država članica SAD, ono danas u Sjedinjenim Američkim Državama ispoljava bitno različiti karakter u odnosu na tradicionalno dejstvo tog principa (*nullum crimen nulla poena sine lege*), u zemljama kontinentalne Evrope.

Naime, suštinska razlika je što se krivična dela i kazne u mnogim državama koje pripadaju anglosaksonskim pravnim sistemima, gde je danas najtipičniji primer krivično pravo SAD, mogu

Savremeno krivično pravo počiva na „principu krivice“.<sup>8</sup> Samo skrivljeno protivpravno delo koje je zakonom određeno kao krivično delo, jeste krivično delo. Načelno se samo tada učiniocu takvog dela mogu izricati krivične sankcije, što se u prvom redu, odnosi na kaznu. Iz samog pojma i prirode krivice, u savremenom krivičnom pravu je opšte prihvaćen princip individualne i subjektivne odgovornosti.<sup>9</sup>

U teoriji se 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

---

propisivati ne samo zakonima, već i drugim izvorima prava. U stvari, u tom smislu se u anglosaksonskim državama, pre nego o načelu zakonitosti, može govoriti o „načelu pravnosti“ ili „principu propisanosti dela i kazne“. U tom smislu u SAD postoji pravilo da je pravom definisan, kako zločin, tako i kazna – „Law Defining the Crime and the Punishment“, ali se pod pravom ne podrazumeva samo zakonsko pravo, već u „stvaraoce prava“ („Lawmakers“), spadaju kako Kongres i organi državne legislature, tako i druge „javne vlasti“. To u stvari, znači da u izvore krivičnog prava SAD, spadaju samo zakoni, već i neki drugi formalni izvori prava, pa stoga, kada se u anglosaksonskim državama, pa naravno i u SAD, govori o krivičnom pravu, tada se po pravilu, ne misli samo na zakonsko krivično pravo, već na krivično pravo sadržano i u drugim izvorima prava, a što onda, poprilično odudara od ustaljenih shvatanja u kontinentalnoj Evropi. To znači da krivično pravo SAD još uvek izvire iz prilično heterogenih izvora: 1) većina krivičnopravnih odredbi je propisana zakonima (statutima) država, kao i zakonima (statutima) koji se donose na saveznom nivou; 2) krivično pravo je delom sadržano u trgovinskoj, sanitarnoj, zdravstvenoj, finansijskoj i poreskoj regulativi, koje se usvaja kako na saveznom, tako i na nivou država, odnosno regulatornih agencija; 3) jedan deo krivičnog prava izvire i neposredno iz Ustava SAD; te 4) krivično pravo se danas u retkim prilikama u nekim od država SAD stvara i kao common law, što je inače, po uzoru na takvo pravo Engleske, bio prvi i najraniji izvor krivičnog prava u SAD, a svodi se na svojevršno običajno pravo, odnosno obuhvata pravo i inkriminacije koje svojim odlukama stvaraju same sudije (judge-made crimes). Tako su na primer, u državi Masačusets (Massachusetts) u SAD, „common law“ krivična dela (zločini), kažnjivi čak i kada nikada nisu propisani statutom.“. Više o tome: T.J.Gardner and V.Mainan, *Criminal Law – Principles, Cases and Readings*, „West Publishing Company“, St. Paul, New York, Los Angeles, San Francisko, 1980, str. 30 i str. 31 i J.R.Nolan, *Massachusetts Practice – Criminal Law*, „West Publishing CO“, St. Paul, Minn., 1976, str. 2.

8 Ova konstatacija ipak, u prvom redu važi za kontinentalnu Evropu i klasično evropsko krivično pravo, a nešto je drugačije u anglosaksonskom pravnom svetu. Tako na primer, kako to ističe autor koji se citira u narednoj fusnoti H.H.Jescheck, (str. 24), krivično pravo SAD po pravilu, zahteva postojanje umišljaja ili nehata za postojanje krivičnog dela, ali poznaje takođe i slučajeve postojanja objektivne odgovornosti, koji se svode na kažnjivost i bez krivice (strict liability), što se detaljnije objašnjava u daljem tekstu.

9 Z. Stojanović, *Međunarodno krivično pravo*, deveto dopunjeno izdanje, Pravna knjiga, Beograd, 2016, str. 24.

meru krivice,<sup>10</sup> što u stvari, znači da kazna mora biti „pravična“, odnosno srazmerna na odgovarajući način, tako da po vrsti i meri odgovara stepenu krivice.

Postojanje obeležja krivičnog dela utvrđenih zakonom, kao i protivpravnosti, mora biti skopčano i sa postojanjem skrivljenosti, da bi se za takvo delo učinilac mogao smatrati odgovornim, što „kako se to uglavnom objašnjava“, znači da se učiniocu za njegovo delo može „prebaciti“ ili „prigovoriti“, a „pretpostavke za to su da je on sposoban da snosi krivicu, te da ne postoje okolnosti koje bi predstavljale „izvinjavajuće osnove“, kao što su to na primer, neotklonjiva pravna zabluda ili izvinjavajuća krajnja nužda“.<sup>11</sup>

U teoriji se ističe da „razlika između nepostojanja protivpravnosti i nedostajuće krivice, tj. između osnova koji opravdavaju delo koje bi inače (da nema takvih osnova), bilo krivično i onih koji delo čine neskrivljenim, leži u tome, da je ponašanje koje nije protivpravno od strane zakonodavca priznato kao zakonito i dozvoljeno, te ga kao takvog može preduzeti bilo ko, dok ponašanje koje se smatra neskrivljenim, nije kao takvo odobreno i stoga ostaje nedozvoljeno i zabranjeno“.<sup>12</sup>

## 2. Osnovni koncept krivičnog dela i krivice/krivične odgovornosti u krivičnom pravu SAD

U anglosaksonskom pravu uopšte, čiji su danas dominantni predstavnik Sjedinjene Američke Države, bez obzira što je inače Velika Britanija „kolevka“ tog velikog pravnog sistema,<sup>13</sup> je u istorijskom smislu veoma rano formulisan koncept krivične odgovornosti.

Englesko pravo je u svom izvornom obliku (*common law*), formulisalo koncept *krivične odgovornosti*, koja postoji kada su ispunjeni potrebni uslovi koji se tiču objektivne (*actus reus*) i subjektivne komponente (*mens rea*) krivičnog dela.

---

10 H.H.Jescheck und T.Weigend, Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil, Fünfte vollstndig neuberarbeitete und erweiterte Auflage, „Duncker & Humblot“, Berlin, 1996, str. 23.

11 C.Roxin, Strafrecht – Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. vollstndig neu bearbeitete Auflage, „Verlag C.H.Beck“, München, 2006, str. 197. Ovde treba imati u vidu (uz isticanje da problematika krivice, kao i uopšte, osnova krivičnopravne dogmatike, daleko prevazilazi temu ove knjige), da nemačko krivično pravo razlikuje dve vrste krajnje nužde: 1) izvinjavajuću (der entschuldigende Notstand), koja isključuje postojanje krivice i 2) opravdavajuću (der rechtsfertige Notstand), koja isključuje postojanje protivpravnosti.

12 Ibidem.

13 Više o tome: M. Škulić, Načelo zakonitosti u krivičnom pravu, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beograd, broj 1/2010, Beograd, 2010, str. 66-128.

Bazičnim principom američkog krivičnog prava se tako smatra učenje o tome da je svako krivično delo komponovano od dva elementa; *kriminalnog akta (criminal act)* i *kriminalne namere (criminal intent)*<sup>14</sup>, tako da nijedan od ova dva elementa, nije sam po sebi dovoljan da konstituiše krivično delo.<sup>15</sup>

Određena radnja, „Act” ili *actus reus*, uključuje u sebe neko protivpravno činjenje, ili propuštanje određene radnje u pogledu čijeg vršenja je postojala konkretna dužnost (ustanovljena zakonom, ugovorom ili specijalnim odnosom, poput moralne dužnosti i sl.), te je potrebno da između tog akta i posledice postoji kauzalna veza, dok se psihološki element (*mens rea*) po pravilu poistovećuje sa određenom kriminalnom namerom (*criminal intent*), a što se najčešće smatra jednom vrstom preduslova da se krivica u psihološkom smislu pripiše učinioocu (*guilty mind*), mada ona obuhvata i slučajeve nehata za koje se odgovara (*criminal negligence*).<sup>16</sup>

Termin *actus reus* se u anglosaksonskom krivičnom pravu objašnjava kao „guilty act” i upućuje na zabranjenu radnju po sebi,<sup>17</sup> čime se krivičnim pravom obuhvata delo u fizičkom smislu, kao određena radnja ili propuštanje (kada je propuštanje protivno zakonu), dok *mens rea* upućuje da je učinilac sa namerom odnosno umišljajno preduzeo svoj akt, ali što takođe uključuje i postojanje određenih „kriminalnih saznanja”, te u određenim slučajevima, ispoljavanje grubog nemara, nehata ili ostvarivanje određenog cilja, s tim da se osoba po pravilu ne može osuditi za krivično delo, ukoliko se ne dokaže da je radnju preduzela svesno, sa saznanjem, ili voljom.<sup>18</sup>

14 Namera ovde u stvari, pretežno označava oblik krivice, koji se inače, u našem krivičnom pravu, a slično je i u većini drugih evropskih krivičnih prava, označava kao umišljaj. Tako se na primer u nemačkom krivičnom pravu, razlikuju kao posebni, mada naravno, usko povezani krivičnopravni pojmovi – umišljaj (Vorsatz) i namera (Absicht). Inače, namera se u nemačkom krivičnom pravu teorijski pretežno označava kao posebna vrsta umišljaja, odnosno najteža forma umišljaja, ili „umišljaj prvog stepena“. Neki autori razlikuju i nameru koja je oblik umišljaja (Absicht) i „specijalnu“ nameru koju označavaju kao posebnu nameru (besondere Absicht), a koja je imanentna pojedinim krivičnim delima (element njihovog „subjektivnog bića“), poput namere da se oduzeta stvar protivpravno prisvoji, kada je reč o krađi. Više o tome: J.Wessels und W.Beulke, Strafrecht – Allgemeiner Teil – Die Straftat und Ihr Aufbau, „C.F.Müller Verlag“, Heidelberg, 2003, str. 77-78. Suprotno ovoj kontinentalno-evropskoj tradiciji, neke evropske države u relativno novije vreme u svojim krivičnim zakonima poistovećuju nameru sa umišljajem, kao što je to slučaj sa važećim „kaznenim“ zakonodavstvom Hrvatske. Više o razlikovanju namere i umišljaja u srpskom krivičnom pravu: V. Bajović, O činjenicama i istini u krivičnom postupku, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015., str. 40-46,

15 E.Eldefonso and A.R.Coffey, Criminal Law – History, Philosophy, Enforcement, „Harper & Row Publishers“, New York, 1981, str. 38.

16 Ibid., str. 39-41.

17 Zabranjenost radnje predstavlja samo drugi izraz za njenu protivpravnost.

18 J.P.Senna & L.G.Siegel, Criminal Justice, Eight Edition, „West/Wadsworth – An International Thomson Publishing Company“, Belmont, 1999, str. 117-118.

U tzv. „Common law” krivičnompravnom sistemu, koje se inače, smatra više procesno orijentisanom, se svako krivično delo sastoji iz dve komponente: s jedne strane, to su sve okolnosti na kojima se zasniva krivičnopravna odgovornost, a te okolnosti predstavljaju spoljašnje osobine kod svakog krivičnog dela („actus reus”) ili potiču iz unutrašnje strane („mens rea”); s druge strane, postoji pojam tzv. „odbrana” (*defences*), koji obuhvata sve osnove isključenja krivične odgovornosti i pri tom je takođe povezan sa određenim procesnim preprekama za krivično gonjenje, kao što je to na primer, zastarelost, tako da krivično delo postoji samo ako ne egzistira neki od tih isključujućih osnova.<sup>19</sup>

Klasična definicija krivičnog dela (zločina se) u američkoj i uopšte anglosaksonskoj koncepciji svodi na objektivistički pristup, tako da se kao osnovni element navodi radnja, dakle *actus reus* (u svoja dva modaliteta), uz označavanje da je potrebno da ne postoje osnovi isključenja protivpravnosti (tzv. odbrane ili opravdanja), te se deli na dve osnovne vrste, s obzirom na težinu. Prema ovakvom shvatanju; „zločin je namerna radnja ili njeno propuštanje, kojom se krši krivično pravo (zakonsko ili ono sadržano u sudskim precedentima), učinjenja bez postojanja određenih osnova isključenja protivpravnosti (odbrane – *defenses*) ili bez opravdavajućih razloga (*justification*) i koje je sankcionisano od strane države kao krivično delo ili prekršaj.”<sup>20</sup> U okviru ove definicije se *mens rea* manje upadljivo označava, ali je taj psihološki element ipak sadržan u određivanju da radnja izvršenja mora biti preduzeta namerno, što se u stvari svodi na „skriviljeno” činjenje ili nečinjenje, uz prouzrokovanje određene relevantne posledice, a što uključuje i slučajeve određenih formi nehata, zavisno od vrste krivičnog dela.

U odnosu na krivično delo, odnosno delo koje bi inače (da nema tih osnova), bilo krivično delo mogu se ispoljiti određeni osnovi koji isključuju njegovu postojanje. Ti osnovi se nazivaju „odbrane“ (*defenses*) i postoje u nekoliko oblika,<sup>21</sup> teorijski podeljenih prema određenim kategorijama:<sup>22</sup>

---

19 H. Satzger, Internationales und Europisches Strafrecht, Nomos, Baden-Baden, 2005, str. 177.

20 S.T.Reid, Crime and Criminology, Ninth Edition, „Mc Graw Hill“, Boston, 2000, str. 6.

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

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

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

2) odbrane koje isključuju krivicu za delo (izvinjavaju ga) ili opravdavaju činjenje takvog dela koje bi inače bilo krivično, gde spadaju: a) prinuda, b) krajnja nužda, v) pristanak povređenog,<sup>23</sup> g) pravna zabluda u nekim slučajevima,<sup>24</sup> d) stvarna zabluda pod određenim okolnostima, đ) postojanje alibija okrivljenog;

3) odbrane koje opravdavaju upotrebu sile, gde spadaju: a) samoodbrana, b) odbrana drugih lica, v) odbrana određenih materijalnih vrednosti, odnosno dobara, gde se posebno ističu – odbrana kuće, odnosno „doma“, te odbrana imovine; 4) odbrane zasnovane na ustavnim ili zakonskim propisima, gde spadaju: a) ustavni imunitet koji poseduju određena lica, b) druge forme imuniteta, v) delovanje načela *ne bis in idem*, te g) zastarelost krivičnog dela;

4) odbrane zasnovane na prethodnom nelegalnom delovanju nadležnih organa, gde spadaju: a) zabranjeno provociranje na krivično delo i b) krivično gonjenje zasnovano na nekom diskriminatorском kriterijumu u odnosu na okrivljenog.<sup>25</sup>

Neke od „odbrana“ u krivičnom pravu SAD, kao osnova isključenja krivičnog dela/krivične odgovornosti, isključuju postojanje krivice, a one se po izuzetku ne prihvataju, kada se radi o krivičnim delima u pogledu kojih deluje koncept objektivne odgovornosti, što praktično i predstavlja suštinu delovanja tog koncepta.

### 3. Subjektivni element krivičnog dela – *mens rea* i princip krivice u krivičnom pravu SAD

Kao što je to objašnjeno i u prethodnom tekstu, još je u klasičnom *common law* krivičnompravnom sistemu engleskog prava,<sup>26</sup> od kojeg izvorno i potiče krivično pravo SAD, ustanovljen *princip krivice* čija je suština u zahtevu da

---

23 Više o pristanku povređenog u našem krivičnom pravu: M. Đorđević, Krivičnopravni značaj pristanka povređenog, Pravni život, broj 4/1963, Beograd, 1963, str. 3-7.

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

25 Više o tome: J.M.Scheb and J.M.I.Scheb, Criminal Law and Procedure, Fourth Edition, „Wadsworth & Thomson Learning“, Belmont, 2002, str. 336-366.

26 Uporedi: I. Đokić, Umišljaj u engleskom krivičnom pravu, Pravni život, broj 9/2014, Beograd, 2014, str. 264-265.

krivično delo osim svoje objektivne komponente koja predstavlja njegov *actus reus*, ima i odgovarajući subjektivni element – *mens rea* („guilty mind“), što podrazumeva da „nema krivičnog dela bez kriminalne namere“,<sup>27</sup> pri čemu je klasičan *common law* pristup podrazumevao dve vrste kriminalne namere: 1) opšta (*General intent*) i specifična (*Specific intent*).<sup>28</sup>

Opšta namera podrazumeva preduzimanje određene radnje, bez uslovljavanja da se njome svakako mora postići određeni cilj, odnosno da ona mora biti svrsishodna. Specifična namera obrnuto, podrazumeva da se radnja vrši baš radi ostvarenja određenog cilja koji je krivičnopravno relevantan.

*Common law* sistem u krivičnom pravu SAD je vremenom razvio određene klasifikacije *mens rea* elementa, odnosno „kriminalne namere“ u sudskoj praksi, ali su postojale izuzetno velike razlike od suda do suda, odnosno od države do države, te je postojala jedna suviše velika skala brojnih subjektivnih elemenata, odnosno određenih „atributa“ uz konkretnu radnju koja je *actus reus* krivičnog dela poput: deliktno, zlovoljno, umišljajno, bezobzirno, nemarno, nehatno, predumišljajno, sa kažnjivim nehatom, sa velikom nemarom itd.<sup>29</sup>

Većina država SAD je vremenom prihvatila definicije iz Modela Krivičnog zakonika,<sup>30</sup> koji poznaje četiri vrste kriminalne namere, odnosno oblika krivice:<sup>31</sup>

Namerno (*Intentionally/Purposefully*) – učinilac namerno preduzima radnju da bi njome ostvario određeni cilj ili vrši radnju koja je propisana kao radnja izvršenja krivičnog dela, kada je osnovna ili jedina svrha takve radnje da prouzrokuje određeni rezultat ili da učinilac bude uključen u takvu radnju.<sup>32</sup>

---

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

28 J.M. Sheb and J.M. Sheb, op. cit. str. 81.

29 Ibid., str. 83-84.

30 Model Penal Code (MPC), § 2.02(2).

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

32 Inače, namera se u nekim zakonodavstvima potpuno poistovećuje sa umišljajem, a slično je i u krivičnom pravu SAD, gde se primarno radi o (pred)umišljaju, poput ubistva prvog stepena.

Drugačije je u nekim kontinentalno-evropskim zakonodavstvima, Tako se u nemačkoj teoriji namera najčešće smatra najvišim stepenom umišljaja (umišljaj prvog stepena), ili posebnom vrstom umišljaja, a kod nas je ona imanentna određenim krivičnim delima, kao poseban subjektivni 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

Svesno (*Knowingly*) – učinilac deluje na ovaj način (sa znanjem), kada je svestan prirode svoje radnje, kao i drugih okolnosti koje postoje, kao i kada je gotovo izvesno da će njegovo ponašanje dovesti do posledice, ili je svestan da velikom verovatnoćom da je njegovo ponašanje zabranjeno odnosno svestan je sa velikom verovatnoćom da postoje bitne okolnosti u odnosu na njegovo zabranjeno ponašanje.

Bezobzirno/nesmotreno (*Recklessly*) – učinilac svesno zanemaruje znatan i neopravdan rizik da će njegovo ponašanje koje je zabranjeno prouzrokovati određenu posledicu.

Kriminalno (nehatno) nemarno (*Negligently*) – učinilac deluje suprotno onome što se očekuje od „razumnog“ čoveka, koji nije bio svestan, iako je trebalo/mogao da bude svestan suštinskog neopravdanog rizika svog ponašanja kao i njegove zabranjene prirode.

#### **4. Objektivna odgovornost u krivičnom pravu SAD kao izuzetak od načela krivice**

Poseban oblik odgovornosti u krivičnom pravu SAD je *objektivna odgovornost*,<sup>33</sup> kada je dovoljna određena radnja učinioca sama po sebi, odnosno dovoljno je da postoji *actus reus*, a sasvim je irelevantan subjektivan odnos učinioca prema radnji kojom vrši krivično delo. Ovde se u stvari, uopšte ne zahteva dokazivanje postojanja *mens rea* elementa, što je krupan izuzetak u odnosu na princip krivice.

Koncept objektivne odgovornosti se u SAD primarno odnosi na civilno-pravne delikte, odnosno tiče se pre svega, obligacionog prava i naknade štete, ali ima svoju limitiranu primenu i u krivičnom pravu, najčešće kada se radi o nekim krivičnim delima koja su u isto vreme i građanskopravnog karaktera, ili su kazneni delikti, koji su prekršaji sa stanovišta srpskog zakonodavstva, poput prekoračenja brzine motornim vozilom u saobraćaju.

---

krivično delo čini u određenoj nameri, to po definiciji naglašava subjektivnu komponentu krivičnog dela, odnosno krivicu, što je potpuno suprotno, određenim relativno retkim primerima „objektivizacije“ odgovornosti za krivično delo. Više o tome: J. Čirić, *Objektivna odgovornost u krivičnom pravu*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2008, str. 11-12.

33 Ponekad se kod nas termin iz američkog krivičnog prava – strict liability, prevodi sasvim bukvalno, odnosno pogrešno kao „striktna“ ili čak „stroga“ odgovornost, što je u stvari pogrešan prevod, jer se tu suštinski radi o objektivnoj odgovornosti, tj. obliku odgovornosti za koji je dovoljna sama protivpravna radnja kao takva (određeno činjenje ili kažnjivo nečinjenje, odnosno propuštanje) i koja je naravno, propisana kao krivično delo, a uopšte nije neophodno utvrđivanje bilo kakvog subjektivnog odnosa učinioca prema takvoj radnji, što znači da ovaj mehanizam praktično isključuje *mens rea* element, te se stoga i svodi na objektivnu odgovornost.



U stvari, u SAD se koncept objektivne odgovornosti, ni ne utvrđuje faktički kao *oblik odgovornosti*, tj. sa stanovišta formalnog isključenja *mens rea* elementa, kao segmenta opšteg pojma krivičnog dela, sadržanom u opštem materijalnom krivičnom pravu, već se taj koncept vezuje za posebni deo krivičnog prava i formulisanje određenih konkretnih vrsta krivičnih dela za koja se „odgovara objektivno“, tj. u pogledu kojih je dovoljno da učinilac izvrši konkretnu radnju, a nije potrebno i da pri tom, u odnosu na tu radnju ispoljava određen i subjektivni odnos, kao što je to inače, nužno kada se radi o drugim uobičajenim vrstama delikata. Ovo se u američkoj krivičnopravnoj teoriji između ostalo, povezuje i sa jednom od opštih podela krivičnih dela na *mala in se* i *malla prohibita*.

*Mala in se* krivična dela su oni delikti koji se u društvu „inherentno“ ili iskonski smatraju pogrešnim ili se tretiraju kao „zlo“, poput klasičnih teških krivičnih dela, kao što su ubistva i razbojništva, silovanja ili tipičnih krivičnih dela protiv imovine, poput krađe itd, dok su *malla prohibita* ona krivična dela kod kojih je njihov „protivpravni“ karakter, odnosno njihova „pogrešnost“, nešto što je striktno propisano zakonom, a ne podrazumeva se da u pogledu takvih delikata ta ocena postoji i kod šire javnosti.

Američka krivičnopravna teorija, ona krivična dela koja se u krivičnom pravu SAD temelje na objektivnoj odgovornosti (*The Strict Liability Offenses*), generalno svrstava u najtipičnija krivična dela koja su *malla prohibita* karaktera.<sup>34</sup>

U krivična dela za koja se odgovara *objektivno* spadaju u SAD uglavnom delikti „regulatornog tipa“, poput onih koji se odnose na određene prehrambene i zdravstvene standarde. Još su se raniji primeri, odnosno slučajevi iz *common law* sistema uglavnom ticali kršenja saobraćajnih propisa, kao i propisa koji se odnose na proizvodnju hrane i pića, prodaju cigareta maloletnicima i sl.

U novije vreme se i u SAD često kritikuje sistem objektivne odgovornosti za pojedina krivična dela, pri čemu postoje dve osnovne vrste kritičkog pristupa ovom problemu: načelna kritika insistira na tome da je objektivna odgovornost neprihvatljiva kao krupan izuzetak od redovnog standarda subjektivne odgovornosti za krivično delo, dok drugi kritičari smatraju da objektivna odgovornost za neke delikte može da postoji, ali da ne treba da bude deo krivičnog prava, tj. da takvi delikti treba da ostanu kažnjivi, ali da ne treba više da budu krivična dela.

S druge strane, u teoriji se čak ističe da bez obzira na kritiku koncepta objektivne odgovornosti, ona i danas za određene delikte ima smisla, što se objašnjava na sledeći način: „Jedna stvar ostaje jasna. S obzirom na rapidnu

---

34 J. M. Sheb and J. M. Sheb, Jr., op. cit., str. 86.

urbanizaciju, tehnološko društvo, sa porastom svesti o neophodnosti zaštite javnog zdravlja, bezbednosti i životne sredine, objektivna odgovornost za krivična dela, tj. krivična dela za koja se odgovara objektivno, će postati čak prominentnija nego do sada.<sup>35</sup>

## 5. Zaključak

U našoj literaturi se često ispoljava nerazumevanje u odnosu na pojam i suštinu objektivne odgovornosti u krivičnom pravu SAD. Ponekad se čak i sreću pogrešni prevodi, pa i pogrešne interpretacije, izraza na engleskom u krivičnom pravu SAD (*Strict Liability*), koji se objašnjava kao „striktna odgovornost“ ili čak kao „stroga odgovornost“.

Naravno, u krivičnom pravu SAD, kao ni u drugim savremenim krivičnim pravima, ne postoji nikakva „striktna“ ili „stroga“ odgovornost. To naravno, ne odgovara suštini termina, koji se u stvari, svodi na objektivnu odgovornost, odnosno odgovornost za delikt bez obzira na nepostojanje subjektivnog (*mens rea*) elementa, koji je inače neophodan u konstrukciji opšteg pojma krivičnog dela, te predstavlja izraz načela krivice i subjektivne odgovornosti, što je pravilo u odnosu na koje je objektivna odgovornost izuzetak.

Savremeno krivično pravo se temelji na načelu krivice, koje između ostalog u svom izvornom smislu, podrazumeva i individualnu subjektivnu odgovornost za krivično delo. Određeni izuzeci koji donekle unose i neke elemente objektivne odgovornosti postoje i u savremenom krivičnom pravu, što je tipično kod nekih objektivnih uslova kažnjivosti, kao i u pogledu nekih oblika komandne odgovornosti, kada se odgovara i za nehat, pa čak i nesvesni nehat. Formalno posmatrano ni ovde se ne radi o klasičnoj (pravoj) objektivnoj odgovornosti, jer je nehat oblik krivice, ali se faktički to u osnovi u praksi može svesti na skoro objektivnu odgovornost.

Kada je reč o klasičnoj objektivnoj odgovornosti, gde učinilac odgovara čak i kada uopšte nije ispunjen subjektivni element krivičnog dela (poput *mens rea* komponente) u opštem pojmu krivičnog dela u SAD i uopšte u anglosaksonskom pravu, odnosno potpuno nezavisno od toga, ona je veoma retka u savremenom krivičnom pravu.

Tamo gde objektivna odgovornost postoji u krivičnom zakonodavstvu (poput nekih situacija u Sjedinjenim Američkim Državama), ona je striktno limitirana na neka veoma specifična krivična dela i njen se suštinski *ratio legis* temelji na određenim kriminalno-političkim razlozima, koji nalažu da se za tu

---

35 Ibid., str. 86-87.

vrstu delikata odgovara potpuno nezavisno od subjektivnog odnosa učinioca prema materijalnoj komponenti dela (ono što je *actus reus* komponenta u opštem pojmu krivičnog dela u SAD), zato što određene radnje po sebi ili određene posledice takvih radnji, podrazumevaju odgovarajuću „apriornu“ odgovornost, nezavisno od krivice učinioca.

Mehanizam delovanja objektivne odgovornosti se u krivičnom pravu SAD suštinski svodi na isključenje potrebe da se uopšte i dokazuje postojanje *mens rea* elementa u konkretnom slučaju, što je još jedan primer izuzetno velike veze u krivičnopravnom sistemu SAD između materijalnih krivičnopravnih instituta i dokaznih pravila, odnosno krivičnog procesnog prava.

Drugim rečima objašnjeno, konceptom objektivne odgovornosti se onemogućava određeni pravac odbrane u krivičnom postupku, jer učinilac takvog krivičnog dela, odnosno delikta u pogledu kojeg postoji objektivna odgovornost, ne može dokazivati da nije kriv za krivično delo,.

Suština koncepta objektivne odgovornosti u SAD se temelji na tome da onda kada se radi o takvoj vrsti delikta u odnosu na koji deluje takav koncept, učinilac ne može tvrditi da u pogledu svoje radnje ili posledice koja je nastupila usled njegove radnje, nije ispoljio odgovarajući (inače u pogledu većine krivičnih dela neophodan), subjektivni element, tj. ono što inače predstavlja sadržinu *mens rea* komponente u opštem pojmu krivičnog dela u Sjedinjenim Američkim Državama.

U krajnjoj liniji krivičnopravni koncept objektivne odgovornosti u SAD je veoma sličan objektivnoj odgovornosti koja postoji i u srpskom pravnom sistemu, a slično je u većini drugih kontinentalno-evropskih država, ali naravno, ne u krivičnom pravu, već u jednom segmentu građanskog prava, tj. u obligacionom pravu, kada se na takav način rešava problem naknade štete koja je nastala usled opasne stvari ili neke opasne delatnosti.

## 6. Literatura

- Bajović, V., O činjenicama i istini u krivičnom postupku, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015.
- Vuković, I., Krivična dela nepravog nečinjenja, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2013.
- Wessels J. und Beulke, W., Strafrecht – Allgemeiner Teil – Die Straftat und Ihr Aufbau, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2003.
- Gardner T.J. and Mainan, V., Criminal Law – Principles, Cases and Readings, West Publishing Company, St. Paul, New York, Los Angeles, San Francisco, 1980.

- Đokić, I., Umišljaj u engleskom krivičnom pravu, *Pravni život*, broj 9/2014, Beograd, 2014.
- Đorđević, M. Osnovni problemi krivične odgovornosti, zbornik Udruženja za krivično pravo i kriminologiju Jugoslavije, savetovanje na Zlatiboru, 23-25. septembra 1999, Beograd, 1999.
- Đorđević, M., Krivičnopravni značaj pristanka povrednog, *Pravni život*, broj 4/1963, Beograd, 1963.
- Eldefonso E. and Coffey, A.R. *Criminal Law – History, Philosophy, Enforcement*, Harper & Row Publishers, New York, 1981.
- Nolan, J. R. *Massachusetts Practice – Criminal Law*, West Publishing CO, St. Paul, Minn., 1976.
- Jescheck H. H. und Weigend, T., *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil, Fünfte vollstndig neuberarbeitete und erweiterte Auflage*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- Reid, S. T., *Crime and Criminology*, Ninth Edition, Mc Graw Hill, Boston, 2000.
- Roxin, C., *Strafrecht – Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. vollstndig neu bearbeitete Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2006.
- Satzger, H., *Internationales und Europisches Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2005.
- Senna, J. P. & Siegel, L.G., *Criminal Justice*, Eight Edition, West/Wadsworth – An International Thomson Publishing Company, Belmont, 1999.
- Scheb, J. M. and Scheb, J. M. I., *Criminal Law and Procedure*, Fourth Edition, Wadsworth & Thomson Learning, Belmont, 2002.
- Stojanović, Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2012.
- Stojanović, Z., *Krivično pravo – opšti deo*, 23. izdanje, Pravna knjiga, Beograd, 2016.
- Stojanović, Z., *Međunarodno krivično pravo*, deveto dopunjeno izdanje, Pravna knjiga, Beograd, 2016.
- Ćirić, J., *Objektivna odgovornost u krivičnom pravu*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2008.
- Škulić, M., *Načelo zakonitosti u krivičnom pravu*, Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beograd, broj 1/2010, Beograd, 2010.
- Škulić, M., *Opšti pojam krivičnog dela u SAD – sličnosti i razlike u odnosu na srpsko krivično pravo*, tematska monografija: Kaznena reakcija u Srbiji, V deo, Beograd, 2015.

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

\*

\*

\*

***Dr Milan Škulić***  
***Professor at the Faculty of Law***  
***University of Belgrade***

### ***STRICT LIABILITY IN THE CRIMINAL LAW OF THE UNITED STATES OF AMERICA***

In the paper is analyzed the concept of strict liability in criminal law of the United States, which applies in respect of certain very limited range of crimes and represent an exception to the principle of guilt and individual subjective responsibility as a rule in criminal law of the United States.

The author explains the basic elements of the general concept of a criminal offense in the United States - an objective component (*actus reus*) and subjective component (*mens rea*) and the general concept of crime associated with the concept of strict liability for a criminal offense in certain cases.

The subjective component of the general concept of the criminal offense is an expression of the principle of guilt in the criminal law of the United States, and in relation to it there are some exceptions when contrary to the general rule on the subjective nature of responsibilities for criminal offense. For some specific types of criminal offences is established strict liability.

The author concludes that in our literature there are often a lack of understanding in relation to the concept of strict liability in criminal law of the United States, and sometimes there are even erroneous translations and erro-

neous interpretations too of that term in English language of the criminal law of the United States, which explains wrong. This certainly does not correspond substantially term, which comes down to strict liability, i.e. means the absence of subjective (mens rea) elements, which is otherwise necessary in the construction of the general concept of the criminal offense, and it is an exception of the general principle of subjective guilt and responsibility, what is the rule.

**Keywords:** Comparative Law, Criminal Law, Criminal Offence, mens rea, responsibility, Strict Liability.

**Prof. dr Stanko BEJATOVIĆ**  
Pravni fakultet  
u Kragujevcu

**Pregledni članak**  
**UDK: 340.134:343.13(497.11)**  
**Primljeno: 15. novembra 2016. god.**

## **REFORMA KRIVIČNOG PROCESNOG ZAKONODAVSTVA SRBIJE I MEĐUNARODNI PRAVNI STANDARDI (USKLAĐENOST ILI NE?)**

*Predmet stručno-kritičke analize u radu su tri grupe pitanja. Prvo, tu je pitanje koje se tiče pojma i vrste međunarodnih pravnih standarda u oblasti krivičnog procesnog prava. Osnovni zaključak analize ove grupe pitanja je stav autora da danas prostor međunarodne zajednice kao celine karakteriše prisustvo ne malog broja standarda koji obzirom na ovo imaju bezmalo i univerzalni karakter. Slučaj npr. sa standardom efikasnosti krivičnopravne zaštite. Kao takvi sve više su prisutni u ne malom broju krivičnog procesnih zakonodavstva – istina negde manje a negde više). Polazeći od ovog autor, nakon opštih napomena o ovoj kategoriji standarda (u okviru druge grupe pitanja) obrazlaže razloge neophodnosti njihove implementacije u nacionalna krivičnog procesna zakonodavstva. Među ne malim brojem razloga ovog karaktera autor posebnu pažnju posvećuje analizi sledećih: To su: sve veći međunarodni karakter kriminaliteta, a posebno njegovih najtežih oblika čija je nužna posledica neminovnost preduzimanja kordiniranih, usaglašanih, zajedničkih akcija na polju borbe protiv istog, i to ne samo na regionalnom nivou, već i na nivou društva kao celine; drugo, sve veći broj međunarodnih pravnih akata i drugih stavova relevantnih međunarodnih subjekata u kojima su inkorporirani opšteprihvaćeni međunarodni pravni standardi i na taj način indi-*

rektno i preuzeta obaveza usaglašavanja sadržaja nacionalnih zakonskih tekstova sa ovim aktima; treće, neefikasnost krivičnih postupaka koja je takođe poprimila nadnacionalni karakter, a što ima za posledicu i traganje za različitim vrstama krivičnih postupaka zasnovanih na kriterijumu težine krivičnog dela što dalje za svoj rezultat ima i pojavu sve većeg broja pojednostavljenih formi postupanja u krivičnim stvarima; četvrto, izazovi organizovanog kriminala, korupcije i terorizma (a u nekim zemljama i ratnih zločina) koji neminovno dovode do stvaranja posebnih postupaka koji predstavljaju odstupanje od tradicionalnih krivičnog procesnih rešenja, a što se opravdava potrebom pojačanja krivične represije; peto, posmatrano u okvirima Evrope i ne samo Evrope tu su i sve brojnije odluke Evropskog suda za ljudska prava čijim se autoritativnim interpretacijama očituje dosegnuti nivo univerzalnosti ljudskih prava o kojima odlučuje; šesto, sve veći integracioni procesi koji pod uticajem različitih činilaca dolaze sve više do izražaja, a koji za svoju posledicu imaju i standardizaciju ne malog broja inistituta posebno iz krivičnog procesne oblasti; Sedmo, uticaj krivičnog procesne nauke – njenog dosadašnjeg razvoja i njenih dostignuća koja koristi savremeni civilizovani svet bez obzira o kojem njegovom delu se radilo; Osmo, jak i sasvim opravdan uticaj nauka i naučnih saznanja u drugim oblastima koje se ubrzano razvijaju u poslednjim decenijama i pokazuju rezultate sa značajnim implikativnim mogućnostima i u krivičnom postupku; deveto, izmenjeni, skoro unificirani pristup slobodama i pravima ne samo okrivljenog i lica oštećenog krivičnim delom već, i drugih učesnika krivičnog postupka, što neminovno za svoju posledicu ima i nužnost njihove implementacije u nacionalno krivičnog procesno zakonodavstvo koje se, sasvim opravdano, smatra i jednim od osnovnih seizmografa njihovog poštovanja; deseto, sve veća uloga i značaj međunarodnog krivičnog prava i međunarodnih pravosudnih institucija; Jedanaesto, uslov za članstvo u relevantne međunarodne asocijacije.

Treća, centralna grupa pitanja ovog rada posvećena je konkretnoj analizi stepena implementacije pojedinih međunarodnih pravnih standarda u dosadašnjem procesu reforme krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije (slučaj npr. sa standardima koji se tiču efikasnosti krivičnog postupka, koncepta istrage, jačanja sloboda i prava učesnika krivičnog postupka, prava na pravni lek i efikasan sistem pravnih lekova i mera za obezbeđenje prisustva



*okrivljenog u krivičnom postupku). U analizi ove grupe pitanja autor je posebnu pažnju posvetio svom viđenju načina i puteva potpune implementacije analiziranih standarda u krivično procesno zakonodavstvo Srbije, što po shvatanju autora treba da bude realizovano nastavkom rada na reformi njenog krivičnog procesnog zakonodavstva – pre svega ZKP započetom zakonodavnim aktivnostima u ovoj oblasti 2001. god.*

**Ključne reči: Međunarodni pravni standardi, Krivično procesno zakonodavstvo, Srbija, krivični postupak, krivičnoprocesni subjekti, Zakonik o krivičnom postupku, pravni sistem, implementacija, istraga, okrivljeni, pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima, sistem pravnih lekova, oštećeni.**

## **1. Međunarodni pravni standardi u oblasti krivičnog procesnog prava (Opšte napomene)**

Poslednjih nekoliko desetina godina nauku krivičnog procesnog prava, a time i krivičnoprocesno zakonodavstvo koje prati rezultate te nauke karakterišu ne male osobenosti. Posmatrano uopšte njihov zajednički imenitelj su ne samo obimne, već i izuzetno značajne promene u krivičnom procesnom zakonodavstvu. Promene su takvog obima i karaktera da pojedini autori, čini se ne bez osnova, govore i o istinskom prekomponovanju krivičnog horizonta.<sup>1</sup> Odnosno, promene su tako česte da se sa puno osnova može postaviti i pitanje: Da li su one u skladu sa po prilično konzervativnim karakterom ove grane prava?<sup>2</sup> Pojedinačno posmatrano nekolicke su osobenosti koje karakterišu krivičnopravnu nauku i krivičnoprocesno zakonodavstvo koje, sasvim opravdano prati rezultate nauke, ovog perioda. To su:

– *Izuzetan stepen dinamičnosti* koji za svoj rezultat ima izuzetno česte zakonodavne intervencije u zakonskim i podzakonskim aktima ovog karaktera. Iz godine u godinu sve su intezivnije zakonodavne aktivnosti koje za svoju posledicu imaju ne samo česte izmene i dopune krivičnoprocesnih zakona, već

---

1 M. Delmas-Marty, Introduction, in M. Delmas-Marty (sous la direction de), Procédures pénales d'Europe (Allemagne, Angleterre et pays de Galles, Belgique, France, Italie), Presses Universitaires de France, Paris, 1995, 31.

2 Bejatović, S., Efikasnost krivičnog postupka kao međunarodni pravni standard (Poglavlje 23 i krivično procesno zakonodavstvo Srbije,-,Norma, praksa i mere unapređenja), Zbor. „Evropske integracije i kazeno zakonodavstvo (Poglavlje 23,-,Norma, praksa i mere unapređenja)”, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Berograd, 2016, str. 329.

i donošenje potpuno novih zakonskih tekstova. Ilustracije radi, u prilog ispravnosti ovakve jedne konstatacije dovoljno je istaći samo izuzetno veliki broj zakonodavnih intervencija u krivičnoprocesnim zakonodavstvima svih država bivše Jugoslavije.<sup>3</sup> Ako se ovome doda i činjenica da skoro nema ni jedne evropske države koja u ovom vremenskom intervalu nije ne jednom već i po nekoliko puta izvršila manje ili veće izmene u svom krivičnom procesnom zakonodavstvu onda ovakva jedna konstatacija ne samo da još više dobija na svom značaju već čini se, takođe ne bez razloga, daje i pravo za postavljanje prednje formulisanog pitanja odnosa ovako čestih intervencija i po prilično konzervativne prirode krivičnog zakonodavstva uopšte, a time i krivičnog procesnog zakonodavstva kao njegove prirodne celine.

– *Sve veći značaj opšteprihvaćenih međunarodnih pravnih standarda u normativnoj razradi pojedinih krivičnoprocesnih instituta.* Danas, kao nikada pre sve je dominantniji uticaj opšteprihvaćenih – međunarodnih pravnih standarda iz ove grane prava<sup>4</sup> na nacionalna zakonodavna rešenja bez obzira na njihove nacionalne i druge specifičnosti. Iole detaljnija analiza razloga intervencija u najvećem broju krivičnoprocesnih zakonodavstva, posebno na prostoru bivše Jugoslavije, pokazuje da je jedan od glavnih ciljeva intervencije usaglašavanje konkretnog zakonskog teksta sa opšteprihvaćenim međunarodnim pravnim standardima iz ove oblasti. Svakako uz njihovo manje ili veće prilagođavanje društveno-političkim prilikama i drugim osobenostima konkretne države.

– *Stvaranje normativne osnove za povećanje efikasnosti krivičnog postupka.* Odnosno, stalno traganje za rešenjima koja će učiniti krivični postupak efikasnijim s tim da to ne ide na uštrb međunarodnim aktima i nacionalnim zakonodavstvom zagantovanih sloboda i prava učesnika krivičnog postupka.

– *Sve izraženija multilateralna i bilateralna međunarodna krivičnopravna saradnja i sve veća uloga međunarodnog krivičnog prava i međunarodnih pravosudnih institucija.*<sup>5</sup>

---

3 Vidi: Zbor. „Pravni lekovi u krivičnom postupku (Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni)”, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2016.

4 Pod međunarodnim pravnim standardima treba shvatiti ono što se stabilizovalo u svojoj elementarnoj pravnoj formi, bilo kao ideja, bilo kao pravna činjenica, što jeste, ili bi moglo predstavljati univerzalni minimum nekog pravnog pravila, nezavisno od toga da li je sastavni dio pozitivnog unutrašnjeg ili međunarodnog prava (N. Matovski, Međunarodni pravni standardi o kaznenom (krivičnom) postupku, RKK br. 3, 2009, str. 285). Odnosno, međunarodni pravni standard je pravni pojam, rezultat sublimacije pravnog iskustva i znanja, napredovanja norme do načela (V. Kambovski, Pravda i vnatrešni rabati na Evropskata unija, Praven fakultet „Justinijan Prvi“, Skopje, 2005, str. 311) (O tome vidi i : S. Beljanski, Međunarodni pravni standardi o krivičnom postupku, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2001. g. str. 10).

5 Vidi: S. Bejatović, Međunarodna krivičnopravna saradnja kao instrumenat suzbijanja kriminaliteta, Zbornik „Savremene tendencije krivične represije kao instrumenat suzbijanja kriminaliteta”, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2010, str. 93-114.

Kao rezultat iznesenih osobenosti trenutnog stanja krivičnog procesnog zakonodavstva kao celine danas više nego ikada ranije dolazi do sve većeg smanjenja razlika u krivičnoprocesnim zakonodavstvima pojedinih zemalja, odnosno danas više nego ikada pre pojedini krivičnoprocesni instituti, bez obzira iz kojih sistema (kontinentalnog ili anglosaksonskog) potiču, dobijaju sve više karakter univerzalnosti i kao takvi bivaju inkorporirani u najveći broj nacionalnih krivičnoprocesnih zakonodavstava (slučaj npr. sa raznim vidovima pojednostavljenih formi postupanja u krivičnim stvarima,<sup>6</sup> sa specifičnostima krivičnih postupaka za najteže oblike kriminaliteta,<sup>7</sup> sa krivičnopravnim tretmanom maloletničke delikvencije uopšte<sup>8</sup> i sl.<sup>9</sup>).

Obzirom na izneseno stanje krivičnog procesnog zakonodavstva uopšte neminovno se postavlja pitanje: Koje su to okolnosti koje su dovele do ovakvog stanja današnje nauke ove grane prava odnosno ovakvih osobenosti krivičnog procesnog zakonodavstva posmatrano uopšte? Okolnosti su višestruke. Među njima poseban značaj imaju sledeće:

*Prvo*, sve prisutniji internacionalni karakter kriminaliteta, a posebno njegovih najtežih oblika usled čega se, kao neminovnost, javlja i potreba preduzimanja kordiniranih, usaglašanih, zajedničkih akcija na polju borbe protiv istog, i to ne samo na regionalnom, već i na nivou međunarodne zajednice kao celine. Već poodavno iza nas su vremena kada je borba protiv kriminaliteta, a posebno njegovih najtežih oblika bila samo nacionalni problem. Već poodavno je kristalno jasno da kriminalna politika jedne zemlje ne može biti ograničena kineskim zidom, pa čak ni onda kada je reč o sasvim različitim tipovima društva. Iz godine u godinu sve je veći broj primera koji govore o zajedničkim akcijama međunarodne zajednice kada je u pitanju kriminalitet. Osnovni ili jedan od osnovnih razloga za ovakav trend je činjenica da savremeni kriminalitet, posebno neki njegovi pojavni oblici, više nije samo ili isključivo nacionalni problem, nego međunarodni, pa je neminovno preduzimanje zajedničkih mera u borbi protiv kriminaliteta, ne samo na regionalnom planu, nego i šire. Potreba

---

6 Vidi: V. Đurđić, Krivičnoprocesno zakonodavstvo kao normativna pretpostavka efikasnosti postupanja u krivičnim stvarima, Zbor. „Krivično zakonodavstvo, organizacija pravosuđa i efikasnost postupanja u krivičnim stvarima”, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2008, str. 9-39.

7 M. Škulić, Organizovani kriminalitet- Pojam i krivičnoprocesni aspekt, Dosije, Beograd, 2003.

8 Vidi: Aktelna pitanja maloletničke delikvencije, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2008.

9 Vidi: S. Bejatović, Međunarodni pravni standardi u oblasti krivičnog procesnog prava i način njihove implementacije u ZKP RS, Zbornik „Zakonodavni postupak i kazneno zakonodavstvo”, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2009, str. 75-119.

sprečavanja transnacionalnih kriminalnih aktivnosti nužno zahteva i transnacionalne mehanizme borbe protiv kriminaliteta<sup>10</sup>.

*Drugo*, stalan rast broja krivičnih predmeta, a da to nije istovremeno praćeno i odgovarajućim povećanjem broja sudija i tužilaca, kao i preterano inkriminisanje određenih ponašanja kao krivičnih dela,<sup>11</sup> što ima za posledicu i neefikasnost krivičnih postupaka koja je takođe poprimila nadnacionalni karakter<sup>12</sup>. Kriza u koju je zapalo, pre svega, kontinentalno krivično procesno zakonodavstvo po ovom pitanju imala je za posledicu i preispitivanje klasičnih procesnih načela (pre svega istražnog načela, načela sudske odgovornosti i načela istraživanja materijalne istine) i traganje za različitim vrstama krivičnih postupaka zasnovanih na kriterijumu težine krivičnog dela koje je predmet krivičnog postupka i ozakonjenje ne malog broja instituta svojstvenih anglosaksonskom pravnom sistemu i u krivičnoprocesnim zakonodavstvima kontinentalnog pravnog sistema. Slučaj pre svega sa institutom sporazuma o priznanju krivice-krivičnog dela<sup>13</sup>. U ovom kontekstu kada je reč o lakšim krivičnim delima određene smernice su date, pre svega, u *Preporuci N<sup>o</sup> R (87) 18* Komiteta ministara Saveta Evrope o pojednostavljenju krivične pravde<sup>14</sup> koja, u slučajevima ovih krivičnih dela, stavlja naglasak na skraćene postupke, poravnanje nadležnih državnih organa kao zamenu za krivično gonjenje i pojednostavljene forme postupanja, dok za druga krivična dela predlaže pojednostavljenje redovnog postupka, što sve za svoj rezultat ima i pojavu sve većeg broja pojednostavljenih formi postupanja u krivičnim stvarima.<sup>15</sup> Nasuprot ovom, izazovi organizovanog kriminala, korupcije i terorizma (a u nekim zemljama i ratnih zločina) doveli su do stvaranja posebnih postupaka koji predstavljaju odstupanje od tradicionalnih krivičnoprocesnih rešenja, što se opravdava potrebom pojačanja krivične represije.<sup>16</sup>

---

10 Simović, M., *Internacionalizacija suzbijanja organizovanog kriminaliteta*, Zbor. „Suzbijanje organizovanog kriminala kao preduslov vladavine prava”, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2016, str. 85-102.

11 J. Pradel, *Droit pénal comparé*, 2e édition, Dalloz, Paris, 2002, 603.

12 Vidi: Zbor. „Krivično zakonodavstvo, Organizacija pravosuđa i efikasnost postupanja u krivičnim stvarima”, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2008.

13 Vidi: Nikolić, D., *Sporazum o priznanju krivice*, JP Sl. glasnik, Beograd, 2009.

14 Recommendation N<sup>o</sup> R (87) 18 of the Committee of Ministers to Member States concerning the Simplification of Criminal Justice (Adopted by the Committee of Ministers on 17 September 1987 at the 410th meeting of the Ministers' Deputies).

15 O tome detaljnije vidi: Zbor. „Alternativne krivične sankcije i pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima”, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2009.

16 E. Rubi-Cavagna, *L'extension des procédures dérogatoires*, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n<sup>o</sup> 1, Paris, 2008, 24.

Treće, sve veći integracioni procesi koji pod uticajem različitih činilaca dolaze sve više do izražaja, a koji za svoju posledicu imaju i standardizaciju ne malog broja instituta posebno krivičnog procesne oblasti. Ta standardizacija je takva da i pored toga što nemamo unificirano krivično procesno zakonodavstvo ono sve više dobija karakter unifikacije tako da se, posmatrano npr. u okvirima Evrope po nizu instituta već danas može govoriti o njihovom supranacionalnom karakteru<sup>17</sup>. Ilustracije radi dovoljno je navesti samo činjenicu brojnosti pravnih dokumenata Evropske unije koje se odnose na ovu problematiku i koji potvrđuju, s obzirom na svoj sadržaj, ovakvu jednu konstataciju, a među njima poseban značaj ima upravo Lisabonski ugovor koji iako nije prihvatio najснаžniji supranacionalni model – unifikaciju krivičnog prava država članica Evropske unije, ipak se bitno udaljio od klasičnog međunarodnog pravnog modela koperacije i do sada najpotunije daje doprinos „evropeizaciji nacionalnog prava država članica.“<sup>18</sup> Kao rezultat svega ovog u okviru zemalja članica Saveta Evrope i Evropske unije dolazi do povećanog prilagođavanja nacionalnih krivičnih sistema evropskim standardima, pri čemu su u prvom planu instrumenti krivičnog procesnog karaktera. Jednom rečju može se reći da sve više nastaje evropski koncept krivičnog postupka zasnovan na modelu pravičnog procesa. Njegov stožer je pravo na pravično suđenje, predviđeno u članu 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima, koje predstavlja sudski izraz vladavine prava na kojoj se zasniva sama Konvencija.<sup>19</sup> Ovome dodajmo i to da o potrebi za uspostavljanje standarda pravičnog postupka govori i Povelja o osnovnim pravima Evropske Unije, potpisana u Nici 2000. godine,<sup>20</sup> koja sadrži upravo odredbu o pravu na pravično suđenje.<sup>21</sup> Pored ovog, krivični postupak je najčešći

---

17 I. Simović-Hiber, Konzervativnost krivičnih pravnih normi i realnost novih formi kriminaliteta, Zbornik „Krivično zakonodavstvo i standardi Evropske unije“, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2010.

18 Tiedemann, K., Die Europaisierung des Strafrechts, u: Kreuzer, Scheuing, Sieber; Die Europaisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union, Baden-Baden, 1977, str. 131.

19 Reč je o jednom od značajnih prava okrivljenog proklamovanog čl. 6. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Odnosno o vrhovnom („stožernom“) načelu krivičnog postupka čiju suštinu čini postupanje prema pojedincu u skladu sa autoritativnim pravnim standardima koje udovoljava normativnim očekivanjima (V. Đurđić, Načelo pravičnog postupka, Revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 3/2006, str. 67-93). Kao takvo, načelo pravičnog postupka kao međunarodni pravni standard obuhvata: Zabranu diskriminacije između stranaka; Pravo stranaka da prisustvuju krivičnom postupku i da budu saslušane; „Jednakost oružja“; Zabranu nezakonitih dokaza; Samostalnu i nezavisnu sudsku vlast; Pravo na odbranu i obavezno obrazloženje sudskih odluka.

20 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, (Charte n<sup>o</sup> 2000/C 364/01 du 18 décembre 2000, JOCE C.364 du 18 décembre 2000).

21 Reč je o stavu 2. člana 47. koji uređuje pravo na delotvoran pravni lek i pristup nezavisnom sudu.

predmet inicijativa i u okviru Trećeg stuba nazvanog Prostor slobode, bezbednosti i pravde, o čemu svedoče promene u materiji ekstradicije, međunarodne krivičnopravne pomoći, uzajamnog priznanja sudskih odluka, evropskog naloga za hapšenje, itd.<sup>22</sup> Crvena nit koja spaja navedene procesne ustanove je pojednostavljenje uslova za njihovu primenu, što za neposredni cilj ima efikasnije suprotstavljanje kriminalitetu. Međutim, u vezi sa ovim treba uzeti uobzir i još jednu ništa manje važnu činjenicu. Ona je vezana za značaj odluka Evropskog suda za ljudska prava čijim se autoritativnim interpretacijama očituje dosegnuti nivo univerzalnosti ljudskih prava o kojima odlučuje. Ovo posebno s obzirom na činjenicu da su odredbe Konvencije nedovoljne jer ona, pored klasičnih pravnih pravila, sadrži i manje precizna, fleksibilna pravna pravila – pravne standarde, koji kao koncentracija ideje prava čine polaznu osnovu i pravni temelj za uređenje svih važnih načela i opštih instituta krivičnog postupka<sup>23</sup>. Iz ovih razloga za razumevanje pravog značenja i suštine pravnih standarda Konvencije neophodno je i izučavanje odluka Evropskog suda za ljudska prava<sup>24</sup>. Na kraju u vezi sa ovim faktorom dodajmo i to da će on u vremenu koje je pred nama biti još aktuelniji budući da se opšteprihvaćeni – međunarodni pravni standardi i iz ove oblasti neprestano usavršavaju, a njihova aktuelnost svakim danom je sve veća.

*Četvrto*, uticaj krivičnopravne nauke – njenog dosadašnjeg razvoja i njenih dostignuća koja koristi savremeni civilizovani svet, koji je danas itekako prisutan. I upravo može se reći da se u tome nalazi i kriminalno-politički smisao i opravdanost održavanja komunikacija i davanja informacija o stanju i dostignućima nauke krivičnog prava u pojedinim zemljama i na pojedinim regionima i kontinentima koje se ostvaruju na međunarodnom planu putem Ujedinjenih nacija, regionalnih međunarodnih organizacija i institucija. Zahvaljujući ovome, i pored toga što postoje određene razlike koje su međusobno manje ili veće, a ponekad i suštinske, ipak se danas, posmatrano uopšte, može govoriti i o opštim tendencijama krivičnog procesne nauke i o njihovom ogromnom uticaju na zakonska rešenja konkretnih zemalja neovisno od toga o kakvom tipu društva se radi. Primer posebno vredan pažnje kada je reč o ovom

---

22 Više o tome vidi: S. Manacorda, *L'intégration pénale indirecte*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, n° 1, Paris, 2005, 10, 11.

23 V. Đurđić, *Evropski standardi zaštite sloboda i prava osumnjičenih i okrivljenih lica*, Zbornik „Krivično zakonodavstvo i standardi Evropske unije”, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2010.

24 S. Bejatović, *Krivičnog procesno zakonodavstvo kao instrumenat državne reakcije na kriminalitet*, Zbornik „Kriminal i državna reakcija: Fenomenologija, mogućnosti, perspektive”, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2011. str. 87.

faktoru su stavovi Međunarodnog udruženja za krivično pravo (AIDP) u okviru kojih, čini se upravo u najvećem mogućem stepenu, dolaze do izražaja zalaganja krivičnopravne nauke uopšte. Najbolja ilustracija za tako nešto je i rezolucija XVIII kongresa AIDP koji je održan u Istanbulu u septembru 2009. godine. U radu Kongresa je upravo konstatovano da „treba normativno ograničiti i redefinisati aktuelnu tendenciju „dinamizma i evolucije“ najtežih oblika kriminaliteta, u balansiranom odgovoru krivičnog prava na nužno širenje osnovnih pojmova, što uključuje i prethodno pitanje, problem odnosa opšteg i posebnog u krivičnim zakonima. U tekstu pomenute rezolucije (koje čak nose naslov: Proširenje formi pripremanja i saučesništva) eksplicitno se naglašava: „... radi se o novim inkriminacijama koje su odgovor na nove oblike kriminaliteta, najčešće organizovanog i transnacionalnog tipa, koji se razvio poslednjih godina na podlozi novih mogućnosti i kontradikcija savremenog globalizovanog društva. Polazeći od nesumnjive činjenice da je organizovani kriminalitet u svom internacionalizovanom obliku, između ostalih razloga plod tehnološkog i komunikacijskog progresa, moćniji u ugrožavanju bazičnih interesa društva i pojedinca nego do sada, lako se dolazi do zaključka da je nužno da reakcija bude efikasnija. Međutim, jasno je da tako prepoznat fenomen ne sme dovesti do ugrožavanja osnovnih (krivično)pravnih principa i osnovnih ljudskih prava i sloboda.“<sup>25</sup>

*Peto*, uticaj nauka i naučnih saznanja u drugim oblastima. Pored krivičnopravne nauke izuzetno značajna okolnost od uticaja na konstatovanu osobenost današnje krivičnog procesne, odnosno krivičnopravne nauke uopšte, a time i ove grane zakonodavstva sadržana je u jakom i sasvim opravdanom uticaju nauka i naučnih saznanja u drugim oblastima koje se ubrzano razvijaju u poslednjim decenijama i pokazuju rezultate sa značajnim implikativnim mogućnostima i u krivičnom postupku. Ilustracije radi može se navesti snažan razvoj medicinskih i tehničkih nauka koji imaju veliki uticaj na ne mali broj pitanja krivičnog procesnog prava posmatrano uopšte.<sup>26</sup> Slučaj npr. sa dnk analizom. Zatim, tu spadaju i mnogobrojna empirijska istraživanja koja su dovela do ne malog broja novih saznanja po pitanjima vezanim za krivični postupak, kao i praktična iskustva pojedinih zemalja u vezi sa ovim vidom suprotstavljanja kriminalitetu. Dalje, tu je i izmenjeni pristup slobodama i pravima ne samo okrivljenog i lica oštećenog krivičnim delom, već i drugih učesnika krivičnog postupka, kao jednom od najvećih vrednosti savremenog čovečanstva, vrednos-

---

25 Citirano po: I. Simović-Hiber, Konzervativnost krivičnopravnih normi i realnost novih formi kriminaliteta, Zbornik „Krivično zakonodavstvo i standardi Evropske unije“, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2010.

26 Vidi npr. B. Simonović, Indetifikciono veštačenje tragova nastalih na okviru pištolja na čauri, Revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 3/09.

ti čijim se seizmografom, sasvim opravdano, smatra upravo krivično procesno pravo, odnosno krivičnoproceno zakonodavstvo kao njegov rezultat.<sup>27</sup>

*Šesto, sve veća uloga i značaj međunarodnog krivičnog prava i međunarodnih pravosudnih institucija.* Na kraju, ali niukom slučaju ne kao manje važno, jedna od veoma bitnih okolnosti od uticaja na rešenja ne malog broja pitanja krivičnog procesnog prava je i sve veća uloga i značaj međunarodnog krivičnog prava i međunarodnih pravosudnih institucija. Ilustracije radi dovoljno je navesti sve prisutnji stav ne samo o povećanoj ulozi međunarodnog krivičnog prava, već i njegovoj o neposrednoj primeni i njegovom primatu nad nacionalnim zakonodavstvom.<sup>28</sup>

Iz iznesenog, iako kraćeg izlaganja, jasno je da i pored toga što postoje određene razlike po pojedinim pitanjima krivičnog procesnog prava, istina kod nekih manje a kod nekih veće, može se konstatovati da danas, posmatrano uopšte, postoji ne mali broj instituta i drugih rešenja koji predstavljaju opšteprihvaćene standarde ne samo u regionalnim okvirima, već i na nivou međunarodne zajednice kao celine. Posmatrano pojedinačno među najvažnije pravne standarde ovog karaktera kada je reč o krivičnom procesnom pravu uopšte spadaju: Pravo na pravično suđenje; Efikasan krivični postupak s tim da to nije na uštrb zakonitosti rešenja konkretne krivične stvari i ugrožavanja zagarantovanih sloboda i prava učesnika krivičnog postupka; Javnost suđenja; Načelo ne bis in idem; Jačanje sloboda i prava učesnika krivičnog postupka; Ustanovljavanje posebnih krivičnih postupaka i posebnih organa za pojedine vrste kriminaliteta (slučaj npr. sa organizovanim kriminalitetom, maloletničkom delikvencijom i sl); Predviđanje novih procesnih metoda i sredstava u postupku rasvetljavanja pojedinih krivičnih dela; Veća zaštita učesnika krivičnog postupka, a posebno interesa oštećenog lica; Pravo na pravni lek i efikasan sistem pravnih lekova; Predviđanje pritvora samo kao izuzetne mere za obezbeđenje prisustva u krivičnom postupku i povećanje broja mera obezbeđenja prisustva okrivljenog u krivičnom postupku.<sup>29</sup>

---

27 S. Bejatović, *Međunarodni pravni standardi o lišenju slobode i Ustav Republike Srbije*, Zbornik „Pravni sistem Srbije i standardi Evropske unije i Saveta Evrope”, Pravni fakultet Kragujevac, 2008. str. 55-68.

28 Slučaj. npr. sa našom zemljom gde je izričito propisano „Ustavom se jamče, i kao takva, neposredno primenjuju ljudska i manjinska prava zajamčena opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima i zakonima.....” (čl. 18. st. 2. Ustava Republike Srbije, Sl. glasnik RS, br. 98/2006).

29 Vidi: Zbornik „Krivično zakonodavstvo i standardi Evropske unije”, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2010.



## **2. Razlozi neophodnosti implementacije međunarodnih pravnih standarda u nacionalno krivičnog procesno zakonodavstvo**

Kao rezultat prednje iznesene činjenice postojanja ne malog broja standarda u oblasti krivičnog procesnog prava kao celine jedna od nespornih osobenosti današnjeg stanja krivičnog procesnog zakonodavstva uopšte, a ne samo zakonodavstva zemalja jednog regiona je sve veće smanjenje razlika u krivičnog procesnim zakonodavstvima pojedinih zemalja. Danas više nego ikada pre pojedini krivičnog procesni instituti, bez obzira iz kojih sistema (kontinentalnog ili anglosaksonskog) potiču, dobijaju sve više karakter univerzalnosti i kao takvi bivaju inkorporirani u najveći broj nacionalnih krivičnog procesnih zakonodavstava (slučaj npr. sa raznim vidovima pojednostavljenih formi postupanja u krivičnim stvarima – pre svega sporazumom o priznanju krivice – krivičnog dela,<sup>30</sup> sa specifičnostima krivičnih postupaka za najteže oblike kriminaliteta,<sup>31</sup> sa krivičnog pravnim tretmanom maloletničke delikvencije<sup>32</sup> i sl.<sup>33</sup>). U vezi sa ovakvim stanjem današnjeg krivičnog procesnog zakonodavstva postavlja se pitanje: Zašto je to tako? Pitanje na svojoj aktuelnosti posebno dobija ako se dovede u kontekst sa činjenicom da na ovakav stepen usaglašavanja nacionalnih krivičnog procesnih zakonodavstva ne obavezuje nijedan relevantni međunarodni pravni akt. Nije mali broj razloga koji utiču na ovakav jedan trend na polju krivičnog procesnog zakonodavstva uopšte. Nije mali broj razloga koji utiču na „neophodnost“ implementacije međunarodnih pravnih standarda u nacionalna krivičnog procesna zakonodavstva, što za svoj rezultat ima i sve veći stepen njihove ujednačenosti. Među brojem razloga ovog karaktera posebnu pažnju zaslužuju sledeći:

*Prvo*, sve veći međunarodni karakter kriminaliteta, a posebno njegovih najtežih oblika. Nužna posledica ovakve strukture kriminaliteta je neminovnost preduzimanja kordiniranih, usaglašanih, zajedničkih akcija na polju borbe protiv istog, i to ne samo na regionalnom nivou, već i na nivou društva kao celine. Već poodavno iza nas su vremena kada je borba protiv kriminaliteta, a posebno

---

30 Vidi: V. Đurđić, *Krivičnog procesno zakonodavstvo kao normativna pretpostavka efikasnosti postupanja u krivičnim stvarima*, Zbor. „Krivično zakonodavstvo, organizacija pravosuđa i efikasnost postupanja u krivičnim stvarima“, Srpsko udruženje za krivičnog pravnog teoriju i praksu, Beograd, 2008, str. 9-39.

31 Škulić, M., *Organizovani kriminalitet – Pojam i krivičnog procesni aspekt*, Dosije, Beograd, 2003.

32 Vidi: *Aktelna pitanja maloletničke delikvencije*, Srpsko udruženje za krivičnog pravnog teoriju i praksu, Beograd, 2008.

33 Vidi: Bejatović, S., *Međunarodni pravni standardi u oblasti krivičnog procesnog prava i način njihove implementacije u ZKP RS*, Zbornik „Zakonodavni postupak i kazneno zakonodavstvo“, Srpsko udruženje za krivičnog pravnog teoriju i praksu, Beograd, 2009. str. 75-119.

njegovih najtežih oblika samo nacionalni problem. Već poodavno je kristalno jasno da različitost rešenja u nacionalnim krivičnoprocesnim zakonodavstvima ne sme da bude prepreka efikasnosti suprotstavljanja kriminalitetu, a jedan od bitnih preduslova za to je i usaglašenost nacionalnog krivičnog procesnog zakonodavstva sa opšteprihvaćenim međunarodnim standardima koji su u funkciji ostvarivanja takvog jednog cilja. Potreba sprečavanja transnacionalnih kriminalnih aktivnosti nužno zahteva i transnacionalne mehanizme borbe protiv kriminaliteta, a oni su nema sumnje trasirani upravo u opšteprihvaćenim međunarodnim standardima po ovim pitanjima.

*Drugo*, sve veći broj međunarodnih pravnih akata i drugih stavova relevantnih međunarodnih subjekata u kojima su inkorporirani opšteprihvaćeni međunarodni pravni standardi i na taj način indirektno i preuzeta obaveza usaglašavanja sadržaja nacionalnih zakonskih tekstova sa ovim aktima. Primera radi ističemo već navedenu Preporuku N<sup>o</sup> R (87) 18 Komiteta ministara Saveta Evrope o pojednostavljenju krivične pravde koja, u slučajevima ovih krivičnih dela, stavlja naglasak na skraćene postupke, poravnanje nadležnih državnih organa kao zamenu za krivično gonjenje i pojednostavljene forme postupanja, dok za druga krivična dela predlaže pojednostavljenje redovnog postupka, što sve za svoj rezultat ima i pojavu sve većeg broja pojednostavljenih formi postupanja u krivičnim stvarima kao jednog od obeležja sadašnjeg stanja krivičnog procesnog zakonodavstva bez obzira kom pravnom sistemu pripada.<sup>34</sup>

*Treće*, neefikasnost krivičnih postupaka koja je takođe poprimila nadnacionalni karakter<sup>35</sup> a koja ima za posledicu i traganje za različitim vrstama krivičnih postupaka zasnovanih na kriterijumu težine krivičnog dela što dalje za svoj rezultat ima i pojavu sve većeg broja pojednostavljenih formi postupanja u krivičnim stvarima.<sup>36</sup>

*Četvrto*, izazovi organizovanog kriminala, korupcije i terorizma (a u nekim zemljama i ratnih zločina) koji su doveli do stvaranja posebnih postupaka koji predstavljaju odstupanje od tradicionalnih krivičnoprocesnih rešenja, a što se opravdava potrebom pojačanja krivične represije.<sup>37</sup>

---

34 Vidi: S. Bejatović, Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i njihov doprinos efikasnosti krivičnog postupka, Zbornik „Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima i alternativne krivične sankcije“, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2009, str. 98.

35 Vidi: Zbor. „Krivično zakonodavstvo, organizacija pravosuđa i efikasnost postupanja u krivičnim stvarima“, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2008.

36 O tome detaljnije vidi: Zbor. „Alternativne krivične sankcije i pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima“, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2009.

37 E. Rubi-Cavagna, L'extension des procédures dérogatoires, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, n<sup>o</sup> 1, Paris, 2008, 24.

*Peto*, posmatrano u okvirima Evrope i ne samo Evrope tu su i sve brojnije odluke Evropskog suda za ljudska prava čijim se autoritativnim interpretacijama očituje dosegnuti nivo univerzalnosti ljudskih prava o kojima odlučuje.

*Šesto*, sve veći integracioni procesi koji pod uticajem različitih činilaca dolaze sve više do izražaja, a koji za svoju posledicu imaju i standardizaciju ne malog broja instituta posebno iz krivičnog procesne oblasti. Ta standardizacija je takva da i pored toga što nemamo unificirano krivično procesno zakonodavstvo ono sve više dobija karakter unifikacije tako da se, posmatrano npr. u okvirima Evrope po nizu instituta već danas može govoriti o njihovom supranacionalnom karakteru.<sup>38</sup>

*Sedmo*, uticaj krivičnog pravne nauke – njenog dosadašnjeg razvoja i njenih dostignuća koja koristi savremeni civilizovani svet bez obzira o kojem njegovom delu se radilo.

*Osmo*, pored krivičnog pravne nauke tu je, nema dileme jak i sasvim opravdan uticaj nauka i naučnih saznanja u drugim oblastima koje se ubrzano razvijaju u poslednjim decenijama i pokazuju rezultate sa značajnim implikativnim mogućnostima i u krivičnom postupku. Zatim, tu spadaju i mnogobrojna empirijska istraživanja u mnogim zemljama koja su dovela do ne malog broja novih saznanja po pitanjima vezanim za krivični postupak, kao i praktična iskustva pojedinih zemalja u vezi sa ovim vidom suprotstavljanja kriminalitetu.

*Deveto*, izmenjeni, skoro unificirani pristup slobodama i pravima ne samo okrivljenog i lica oštećenog krivičnim delom, već i drugih učesnika krivičnog postupka, što neminovno za svoju posledicu ima i nužnost njihove implementacije u nacionalno krivičnog procesno zakonodavstvo koje se, sasvim opravdano, smatra i jednim od osnovnih seizmografa njihovog poštovanja.

*Deseto*, jedna od veoma bitnih okolnosti od uticaja na rešenja ne malog broja pitanja krivičnog procesnog prava jeste i sve veća uloga i značaj međunarodnog krivičnog prava i međunarodnih pravosudnih institucija, a što će još više doći do izražaja početkom aktivnog rada Stalnog Međunarodnog krivičnog suda.

*Jedanaesto*, uslov za članstvo u relevantne međunarodne asocijacije. Slučaj npr. sa Savetom Evrope i Evropskom unijom.

---

38 Simović-Hiber, I., Konzervativnost krivičnih pravnih normi i realnost novih formi kriminaliteta, Zbornik „Krivično zakonodavstvo i standardi Evropske unije”, Srpsko udruženje za krivičnog pravnu teoriju i praksu, Beograd, 2010.

### **3. Reforma krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije i međunarodni pravni standardi (Postojeće stanje, načini i putevi potrebnog stepena implementacije)**

U skladu sa iznesenim koje sa jedne strane govori o egzistenciji ne malog broja međunarodnih pravnih standarda u oblasti krivičnog procesnog prava, a sa druge strane o razlozima neophodnosti njihove implementacije u nacionalna krivičnog procesna zakonodavstva u stručnoj javnosti Srbije već od samog početka rada na reformi njenog krivičnog procesnog zakonodavstva prisutna je rasprava po ovom pitanju. Odnosno, prisutno je pitanje ne o neophodnosti implementacije ovih standarda u njeno krivično procesno zakonodavstvo već pitanje: U kojem su stepenu ovi standardi već inkorporirani u njenom krivičnom procesnom zakonodavstvu i kako to zakonodavstvo u potrebnom stepenu usaglasiti sa ovim standardima? Pitanje je postavljeno već sa radom na izradi Zakonika o krivičnom postupku iz 2001. god. i prisutno je u radu na svim njegovim kasnijim izmenama i dopunama. Ovako formulisano pitanje rezultat je vladajućeg stava stručne javnosti Srbije o nespornoj kriminalno-političkoj opravdanosti inkorporiranja ovih standarda u nacionalna krivičnog procesna zakonodavstva uopšte, a time i Srbije. Obzirom na ovo za pozdraviti je stav nadležnih organa Republike Srbije koji su uključeni u postupak rada na reformi njenog krivičnog procesnog zakonodavstva da među ključne ciljeve te reforme upravo stave cilj „što potpunija harmonizacija zakonodavstva sa ovim standardima“<sup>39</sup>. Zahvaljujući tako formulisanom cilju ne mali broj intervencije izvršenih već donošenjem ZKP 2001. godine kojim je započeo proces reforme i njegovim kasnijim izmenama i dopunama preduzete su upravo s ovim ciljem.<sup>40</sup> Trend novih rešenja u krivičnom procesnom zakonodavstvu Srbije započeo donošenjem ovog zakonskog teksta s navedenim ciljem nastavljen je njegovim kasnijim izmenama i dopunama. Sa ovim intervencijama u krivičnom procesnom zakonodavstvu Srbije ne samo da se nije stalo već su one i intezivirane izmenama i dopunama ZKP iz avgusta meseca 2009. godine<sup>41</sup> koje donose do tada najznačajnije novine po pitanju stvaranja normativne osnove za efikasniji krivični postupak i to prevashodno putem ozakonjenja pojednostavljenih

---

39 Vidi: Ilić, G., Krivično procesno zakonodavstvo Republike Srbije i standardi Evropske unije, Zbornik, „Krivično zakonodavstvo i standardi Evropske unije”, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2010, str. 34-56.

40 Vidi: Bejatović, S., Mere za povećanje efikasnosti i pojednostavljenje krivičnog postupka, Zbornik „Osnovne karakteristike Predloga novog jugoslovenskog krivičnog zakonodavstva. Udruženje za krivično pravo i kriminologiju Jugoslavije”, Beograd, 2000.str.145-155.

41 Sl. glasnik RS, br.72/09.

formi postupanja u krivičnim stvarima (pre svega sporazuma o priznanju krivice).<sup>42</sup> No i ovde nije kraj. Postupak je nastavljen i kao rezultat istog dobili smo novi ZKP 2011. god. Ovaj zakonski tekst doneo je takve novine da se slobodno može reći da on predstavlja radikalni raskid sa dotadašnjom krivičnom procesnom tradicijom Srbije. Istina Zakonik sadrži i neka od ranije ustaljena krivičnoprocesna rešenja, ali njihova normativna razrada je znatno drugačija. Među brojnim novinama ovakvog karaktera posebno se ističu one koje se tiču: devalvacije načela istine, potpune adverzijalne konstrukcije glavnog pretresa, značajnog minimiziranja uloge krivičnog suda u postupku utvrđivanja istine, ozakonjenja načela suđenja u razumnom roku, promene procesnog položaja ključnih procesnih subjekata, širenje mogućnosti upotrebe načela oportuniteta krivičnog gonjenja, promene koncepta istrage, širenja mogućnosti zaključenja sporazuma o priznanju krivičnog dela kao reprezentativne forme pojednostavljenog postupanja u krivičnim stvarima, pripremnog ročišta, sadržaja i mogućnosti ograničenja trajanja završnih reči, titulala prava na ulaganje zahteva za zaštitu zakonitosti i dr.<sup>43</sup>

Ne ulazeći u konkretan – detaljniji prikaz navedenih i drugih novina koje je doneo ovaj zakonski tekst<sup>44</sup> može se, posmatrano u kontekstu ovog rada konstatovati da je ZKP iz 2011. god. doneo niz novina koje su načelno posmatrano u funkciji osnovnog cilja procesa reforme – u funkciji stvaranja normativne osnove za dostizanje željenog stepena efikasnosti otkrivanja i dokazivanja izvršenih krivičnih dela, a time i u funkciji njegovog usaglašavanja sa jednim od ključnih standarda krivičnog procesnog zakonodavstva u ovoj oblasti uopšte. Međutim njihova normativna razrada u ne malom broju slučajeva ne samo da nije u toj funkciji, već i svojom praktičnom primenom može da da i potpuno suprotan efekat. Primera za ispravnost ovakve jedne konstatacije je ne mali broj. Ilustracije radi navodi samo neke od njih.

– *Minimiziranje uloge suda u postupku dokazivanja.* Jedna od novina koju je doneo ZKP iz 2011. god., jeste i minimiziranje uloge suda u postupku dokazivanja, odnosno oslobađanje obaveze suda da prikuplja i izvodi dokaze, oslobađanje suda od odgovornosti za izvođenje dokaza i za utvrđivanje istine – potpunog i istinitog činjeničnog stanja nezavisno od aktivnosti stranaka kao tra-

---

42 Bejatović, S., *Izmeni i dopune ZKP i pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima*, Revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 2/09, str.21-40.

43 Vidi: Bejatović, S., *Organizovani kriminalitet i krivičnopravni instrumenti suprotstavljanja (Stanje u Srbiji i mere unapređenja)*, Zbor. „Suzbijanje organizovanog kriminala kao preduslov vladavine prava”, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2016., str. 63-84.

44 Vidi: Škulić, M., *Novi Zakonik o krivičnom postupku – Očekivanja od primene*, Zbor. „Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena”, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2013, str. 3-34.

dicionalnog evrokontinentalnog tipa krivičnog postupka. Ovakvim rešenjem u krivični postupak Srbije uvodi se anglosaksonski – adverzijalni stranački postupak, a time i napušta načelo istine kao njegovo dosadašnje ključno obeležje.<sup>45</sup> Na strankama je sada odgovornost za pribavljanje i izvođenje dokaza, sud je lišen obaveze da istražuje istinu o krivičnoj stvari i stavljen je u položaj da se samo stara o zakonitosti i kontinuitetu glavnog pretresa.<sup>46</sup> Umesto ranije predviđenih instrumenata utvrđivanja istine (npr. predviđanjem obaveze suda da istinito i potpuno utvrdi činjenice koje su od važnosti za donošenje zakonite odluke ili utvrđivanja sudske istine na osnovu slobodnog sudijskog uverenja i sl.) propisano je da odluku kojom presuđuje krivičnu stvar „sud može zasnivati samo na činjenicama u čiju je izvesnost uveren” (čl. 16. st. 4), pošto prethodno „nepriistrasno oceni izvedene dokaze” (čl. 16. st. 2). Sada sud samo izuzetno po službenoj dužnosti može narediti izvođenje pojedinih dokaza, ali ni tada u cilju utvrđivanja istine već samo radi otklanjanja protivrečnosti ili nejasnoća u već izvedenim dokazima.<sup>47</sup> Izbacivanje odgovornosti suda za prikupljanje i izvođenje dokaza pa time i za utvrđivanje potpunog i istinitog činjeničnog stanja zasigurno nije u funkciji efikasnosti krivičnog postupka, a time ni u funkciji adekvatnosti državne reakcije na kriminalitet uopšte. Uz to, ovakvo rešenje dovelo je i do nemalog broja nelogičnosti drugih zakonskih rešenja koja takođe nisu u kontekstu efikasnosti krivičnog postupka, a time ni u funkciji adekvatnosti nadležnih državnih organa na polju borbe protiv kriminaliteta što posebno dolazi do izražaja kod njegovih najtežih oblika. Npr. kako objasniti da u situaciji kada sud nema odgovornost za izvođenje i pribavljanje dokaza, a time ni obavezu da utvrđuje istinu u krivičnom postupku, postoji mogućnost pobijanja njegove presude žalbom zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja, tj. zbog nedostataka nastalih prevashodno radnjama krivičnog procesnih stranaka (čl. 437. tač. 3). Drugim rečima: Kako povezati pravo stranaka na pobijanje sudske odluke zbog nedostataka za koje su jedino one odgovorne? Čini se da je svaki komentar suvišan.

– *Odsustvo jasnog koncepta istrage.* Jedno od najaktuelnijih pitanja u radu na reformi krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije jeste pitanje koncepta istrage. I teorija i praksa skoro da su saglasni da od načina rešavanja ovog

---

45 Bejatović, S., *Krivično procesno pravo*, Sl. glasnik, Beograd, 2016, str. 107-111.

46 Đurđić, V., *Izgradnja novog modela krivičnog postupka Srbije na redefinisanim načelima krivičnog postupka*, Zbor. „Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva (Normativni i praktični aspekt)”, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2012, str. 74-78.

47 Škulić, M., *Dokazi i dokazni postupak na glavnom pretresu*, Zbor. „Glavni pretres i suđenje u razumnom roku (Regionalna krivičnog procesna zakonodavstva i iskustva u primeni)“, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2015, str. 183-193.

pitanja zavisi, u nemalom stepenu, pitanje efikasnosti ne samo istrage već i efikasnosti krivičnog postupka kao celine<sup>48</sup> kao jednog od ključnih ciljeva reforme uopšte. Upravo zahvaljujući takvom pristupu, jedna od krucijalnih osobenosti procesa reforme krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije jeste napuštanje sudskog koncepta istrage u ZKP iz 2011. god. i ozakonjenje novog (po stavu zakonodavca) tužilačkog koncepta istrage.

U vezi sa zalaganjem stručne javnosti Srbije za promenu koncepta istrage prisutno je, sasvim opravdano, i shvatanje da tužilački koncept istrage nije bezrezervno u funkciji koja se od njega očekuje. I kod tužilačkog koncepta istrage otvorena su brojna pitanja i od načina njihovog rešavanja zavisi i ostvarenje ciljeva tužilačkog koncepta istrage. Među pitanjima ovog karaktera poseban značaj imaju ona koja se tiču: Organa koji treba da sprovede istragu; Ovlašćenja aktivnih subjekata istrage, odnosno u kom obimu ista treba dati pojedinim subjektima istrage? Zatim, tu je i pitanje: Da li su sudski organi koji sprovedu istragu dovoljno stručni iz oblasti kriminalistike čije znanje u ovom postupku najviše dolazi do izražaja? Potom, na koji način zaštititi slobode i prava okrivljenog lica u toku istrage? Ili, koji sistem – model tužilačke istrage je najprikladniji posmatrano sa aspekta kako njene efikasnosti tako i efikasnosti krivičnog postupka kao celine, ali da to ne ide nauštrb međunarodnim aktima i nacionalnim zakonodavstvom zagarantovanih sloboda i prava subjekata istrage, i dr.<sup>49</sup> U okviru ovih, i ne samo ovih, pitanja, pitanje efikasnosti istrage jedno je od njenih aktuelnijih pitanja uopšte iz razloga što je dobro poznato i nesporno da je efikasno sprovedena istraga jedan od veoma bitnih faktora efikasnosti krivičnog postupka kao celine. Samo u slučajevima normiranja tužilačkog koncepta istrage na načelima svojstvenim njemu on je u funkciji očekivanog. U protivnom toga nema. S obzirom na ovo, postavlja se kao ključno pitanje: Kako normativno razraditi tužilački koncept istrage da bi bio u funkciji ostvarivanja cilja koji se očekuje od njega, a to je efikasnost uz puno poštovanje međunarodnim aktima i nacionalnim zakonodavstvom zagarantovanih sloboda i prava okrivljenog i drugih učesnika istražnog postupka? Postizanje ovako postavljenog cilja

---

48 Radulović, D., Konceptija istrage u krivičnom postupku u svetlu novog krivičnog procesnog zakonodavstva, Zbor. „Savremene tendencije krivičnog procesnog prava u Srbiji i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva”, OEBS Misija u Srbiji, Beograd, 2012, str. 11-23.

49 Vidi: Bejatović, S., Tužilački koncept istrage kao jedno od obeležja savremenog krivičnog procesnog zakonodavstva zemalja bivše SFRJ i u Srbiji, Zbor. „Pravo zemalja u regionu”, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2010, str. 242-265; Radulović, D., Konceptija istrage u krivičnom postupku u svetlu novog krivičnog procesnog zakonodavstva, Zbor. „Savremene tendencije krivičnog procesnog prava u Srbiji i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva”, OEBS Misija u Srbiji, Beograd, 2012, 11-23.

moгуće je pod uslovom da je tužilački koncept istrage normativno razrađan uz puno poštovanje principa na kojima počiva ovaj koncept.<sup>50</sup> Obzirom na ovo, kao ključno postavlja se pitanje: Da li je novi koncept istrage u ZKP RS iz 2011. god. razrađan u skladu sa željenim stepenom njegove normativne razrade, odnosno u skladu sa zalaganjem većinskog dela stručne javnosti Srbije, a i šire? Iole ozbiljnija analiza odredaba Zakonika o novom konceptu istrage govori da ne, da je Srbija ZKP iz 2011. god. dobila ne tužilački koncept istrage već koncept paralelne istrage. Ilustracije radi, navodimo samo nekoliko primera. *Prvo*, mogućnost pokretanja istrage dozvoljena je i protiv nepoznatog učinioca; *Drugo*, za pokretanje istrage dovoljan je najniži stepen sumnje – osnov sumnje, tj. isti onaj stepen sumnje koji se traži i za postupanje policije u predistražnom postupku; *Treće*, jedno od najdiskutabilnijih rešenja ove faze postupka u novom ZKP je njegov čl. 301. st. 1, po kojem osumnjičeni i njegov branilac mogu samostalno prikupljati dokaze i materijal u korist odbrane. *Četvrto*, iako je istraga u načelu tužilačka, može da dođe do uključivanja policije u preduzimanju pojedinih dokaznih radnji, pod uslovom da joj to javni tužilac poveri (čl. 299. st. 4. ZKP); *Peto*, pored policije u istragu može da se uključi i sudija za prethodni postupak ukoliko javni tužilac odbije predlog osumnjičenog i njegovog branioca za preduzimanje dokazne radnje ili ako o predlogu ne odluči u roku od osam dana od dana podnošenja predloga. U tom slučaju osumnjičeni i njegov branilac mogu podneti predlog sudiji za prethodni postupak i ako predlog usvoji, sudija za prethodni postupak nalaže javnom tužiocu da preduzme dokaznu radnju u korist odbrane i određuje mu rok za to (čl. 302. ZKP); *Šesto*, predviđena je mogućnost da se u određenim slučajevima za preduzimanje određenih dokaznih radnji uključi i sud u smislu što on sam ne preduzima dokaznu radnju, nego nalaže javnom tužiocu da preduzme dokaznu radnju (čl. 302. st. 1-3. ZKP). Shodno ovakvom rešenju može se zaključiti da javnom tužiocu kao rukovodiocu ne samo predistražnog postupka, nego i istrage, neko drugi (sud) nalaže da preduzme dokaznu radnju i to u korist odbrane. Rešenje više nego diskutabilno.<sup>51</sup>

Iznesena i ne samo iznesena rešenja novog koncepta istrage predmet su, čini se sasvim opravdane, nemale kritike stručne javnosti Srbije i kao takva mogu opravdano dovesti u pitanje funkcionisanje novog koncepta istrage u skladu sa očekivanim. Nije mali broj rešenja novog koncepta istrage ovog karakte-

---

50 Vidi: Bejatović, S., Tužilački koncept istrage kao jedno od obeležja savremenog krivičnog procesnog zakonodavstva zemalja bivše SFRJ i u Srbiji, Zbor. „Pravo zemalja u regionu”, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2010, str. 242-265).

51 Škulić, M. Ilić, G., *Reforma u stilu „jedan korak napred – dva koraka nazad”*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd, 2012, str. 124-136 .



ra. Primera radi navodimo samo tri. *Prvo*, jedan od opšteprihvaćenih stavova kako teorije tako i prakse kada je reč o pokretanju krivičnog postupka, jeste i stav da on mora biti uslovljen ispunjenjem materijalnog uslova konkretizovanog u postojanju činjenica i okolnosti konkretnog krivičnog događaja koje osnovano upućuju na zaključak, ukazuju na to da je određeno – konkretno lice izvršilac krivičnog dela koje mu se stavlja na teret – tj. postojanjem osnovane, a ne samo osnova sumnje. Pokretanje i vođenje krivičnog postupka ne može se zasnivati na pretpostavkama. Mora biti zasnovano na stvarnim – konkretnim podacima. Pitanje je: Da li je samo na osnovu osnova sumnje (kao što je to slučaj sada) ili i samo na osnovu indicija moguće pokretanje krivičnog postupka s obzirom na sve njegove implikacije? Naše je, i ne samo naše, mišljenje da ne. Ako se ovom doda i činjenica da se u smislu odredbe čl. 7. tač. 1 krivični postupak smatra pokrenutim donošenjem naredbe o sprovođenju istrage, pitanje postaje još aktuelnije, odnosno izneseni stav još opravdaniji; *Drugo*, shodno čl. 295. st. 1. tač. 2. Zakonika, mogućnost pokretanja istrage postoji i protiv „nepoznatog učinioca kada postoje osnovi sumnje da je učinjeno krivično delo“. I ovo rešenje je, čini se više nego opravdano, izloženo kritici. Ono kao takvo ne samo da nema opravdanja, već je i u direktnoj suprotnosti i sa nemalim brojem opšteprihvaćenih rešenja u krivičnom materijalnom i procesnom zakonodavstvu. Tako, na primer, u suprotnosti je sa odredbom čl. 14. st. 1. i 2. KZ RS iz koje jasno proizlazi da „nema krivičnog dela bez krivice“, a pitanje krivice moguće je posmatrati samo u kontekstu konkretnog, a ne nekog nepoznatog lica. Ili, opravdano se mora postaviti i pitanje odnosa ove odredbe sa čl. 286. st. 1. Zakonika u kojoj je, sasvim ispravno, propisano postupanje policije u tzv. predistražnom postupku koji obuhvata i slučajeve „kada postoje osnovi sumnje da je izvršeno krivično delo za koje se goni po službenoj dužnosti, a učinilac krivičnog dela je nepoznat“ i sl.; *Treće*, u st. 1. čl. 301. Zakonika propisano je „osumnjčeni i njegov branilac mogu samostalno prikupljati dokaze u korist odbrane“. U vezi sa ovako datim rešenjem postavljaju se tri pitanja. *Prvo*, da li se na ovaj način u našem krivičnom procesnom zakonodavstvu uvodi ne tužilački model istrage, već paralelna istraga? Da li na ovakav jedan način položaj lica protiv kojeg se sprovodi istraga zavisi od njegovog materijalnog statusa, odnosno da li se na ovakav jedan način pravi razlika među licima protiv kojih se sprovodi istraga prema kriterijumu njihovog imovnog stanja? Zatim tu je i pitanje: Da li su dokazi koje prikupe osumnjčeni i njegov branilac u funkciji zadatka istrage iz st. 2. čl. 295. Zakonika, a time i u skladu sa osnovnim razlogom prelaska sa sudskog na tužilački koncept istrage (njena efikasnost)? U tužilačkom konceptu istrage moraju da budu predviđeni mehanizmi obezbeđenja prikupljanja dokaza kako na štetu, tako i u korist lica protiv kojeg

se sprovodi istraga na način koji će biti u skladu sa njenim zadatkom i njenom efikasnošću. Da li je to slučaj u konkretnom? Mišljenje autora rada je – ne;<sup>52</sup>

– *Nelogičnosti normiranja pojednostavljenih formi postupanja u krivičnim stvarima*. Jedna od osobenosti procesa reforme kao celine je stalno širenje polja mogućnosti primene pojednostavljenih formi postupanja. Posmatrano u ovom kontekstu ozakonjenje instituta sporazuma o priznanju krivice jedna je od važnijih osobenosti koje je doneo proces reforme. Zakonom o izmenama i dopunama ZKP iz 2009. god. dolazi do njegovog ozakonjenja kao jedne od dominantnih formi postupanja u krivičnim stvarima uopšte. Za relativno kratko vreme sporazum je pokazao svoju punu opravdanost i stalno je prisutan trend širenja njegove primene<sup>53</sup>. Međutim, za razliku od izvornih rešenja ZKP iz 2011. god., donosi brojne novine u normativnoj razradi ovog instituta. Npr. predviđena je mogućnost primene sporazuma kod svih, pa i najtežih krivičnih dela.<sup>54</sup> Ili, tu je odsustvo propisivanja minimuma krivične sankcije koja se može predložiti u ponuđenom tekstu sporazuma o priznanju krivičnog dela. Zatim, protiv presude kojom je prihvaćen sporazum o priznavanju krivičnog dela postoji mogućnost ulaganja žalbe i sl. Neupuštajući se u nabranjanje drugih odredaba Zakonika o sporazumu<sup>55</sup>, čini se da se navedene, i ne samo navedene, odredbe kojima je normativno razrađen sporazum u ZKP RS iz 2011. god. ozbiljno mogu staviti pod znak pitanja i da pojedine od njih nisu u funkciji efikasnosti krivičnog postupka kao ključnog razloga normiranja instituta sporazuma. Odnosno, skoro da se može zaključiti da u njegovoj normativnoj razradi nisu, u potrebnoj meri, uzeti u obzir preovlađujući stavovi naše, i ne samo naše, stručne javnosti, kao i relevantni standardi u vezi sa istim. Podsećanja radi, treba i ovde istaći da su navedena pitanja ujedno i najaktuelnija pitanja u stručnoj javnosti kada je reč o sporazumu uopšte. Stav autora jeste puna kriminalno-politička opravdanost ozakonjenja mogućnosti zaključenja sporazuma o priznanju krivičnog dela. Međutim, opravdano se može staviti pod znak pitanja veći broj rešenja njegove normativne razrade u tekstu novog ZKP. Navodimo samo najdiskutabilnija: *Prvo*, iole ozbiljnija analiza radova

---

52 O drugim kritikama ovog koncepta istrage vidi: Bejatović, S., Tužilački koncept istrage kao jedno od obeležja savremenog krivičnog procesnog zakonodavstva zemalja bivše SFRJ i u Srbiji, Zbor. „Pravo zemalja u regionu”, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2010, str. 242-265.

53 Škulić, M., Novi Zakonik o krivičnom postupku – očekivanja od primene, Zbor. „Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena”, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2013, str. 33-68.

54 Upoređi čl. 282a prethodnog ZKP i čl. 313. st. 1. novog ZKP RS.

55 O tome opširnije vidi: Zbor. „Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima”, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2015.

posvećenih problematici sporazuma pokazuje da je, sasvim opravdano, standard da sporazum treba da bude vid pojednostavljenog postupanja koji svoju primenu treba da nađe pre svega kod krivičnih dela koja pripadaju grupi tzv. lakšeg i srednjeg kriminaliteta. Uostalom, to je slučaj i sa drugim formama pojednostavljenog postupanja u krivičnim stvarima. U skladu sa iznesenim evropskim standardima, pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima namenjene su rešavanju lakših krivičnih dela, krivičnih dela koja imaju manji stepen društvene opasnosti, što samo po sebi nameće i manje angažovanje materijalnih sredstava i vremena nego u slučajevima kada se radi o težim, a posebno najtežim krivičnim delima. Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima treba da počivaju na načelu srazmernosti između procesne forme i predmeta suđenja, i to tako da u toj diferencijaciji osnovna prava procesnih subjekata predstavljaju graničnu liniju ispod koje se ne sme ići na uprošćavanje procesne forme. S obzirom na ovo, čini se da nije u skladu sa prirodom sporazuma dozvoljavanje mogućnosti njegove primene i za najteža krivična dela. Uz ovo, ovakvim jednim rešenjem stvara se, sasvim nepotrebno, i mogućnost sumnje u njegovu eventualnu zloupotrebu, o čemu se takođe mora voditi računa u njegovom normiranju. *Drugo*, rešenje po kojem nema izričitog propisivanja minimuma ispod kojeg ne može da se predloži krivična sankcija u ponuđenom tekstu sporazuma o priznanju krivičnog dela takođe ozbiljno može da se dovede u pitanje. Pored iznesenih argumenata koji govore u prilog opravdanosti postavljanja i ovakvog jednog pitanja, treba uzeti u obzir i opštu svrhu izricanja krivične sankcije. Potpuno je nesporno da se ona postiže, pored ostalog, samo pod uslovom adekvatno izrečene krivične sankcije. Da li tako nešto garantuje rešenje po kojem i za teška krivična dela može da bude izrečena i blaga, zašto ne reći i najblaža, krivična sankcija, što je moguće pretpostaviti, a što bi bilo u skladu sa čl. 321. st. 1. tač. 3. Zakonika? Stav je autora da komentar nije potreban. *Treće*, obavezan element teksta sporazuma je, pored ostalog, i sporazum o vrsti, meri ili rasponu kazne ili druge krivične sankcije (čl. 314. st. 1. tač. 3). S obzirom na ovakvu formulaciju, može se zaključiti da se stranke mogu sporazumeti samo o rasponu kazne u okviru zakonskog raspona kažnjavanja (npr. kazna od tri do pet godina zatvora), a da se sudu prepusti da u okviru „dogovorenog raspona“ izrekne konkretnu meru kazne određene vrste. Ovakva jedna mogućnost pre svega nije u skladu sa odredbom čl. 317, po kojoj sud presudom prihvata sporazum kada utvrdi da su ispunjeni određeni uslovi. S obzirom na ovo, postavlja se pitanje: Kako sud može prihvatiti sporazum u kojem je u pogledu krivične sankcije dogovoren samo raspon kazne? Koja se kazna u takvim slučajevima izriče u osuđujućoj presudi? Pored ovog, ako se prihvati (a to je moguće prema čl. st. 1. tač. 3. ZKP) da sud u slučajevima kada je u spo-

razumu dogovoren samo raspon kazne može slobodno izreći bilo koju meru kazne u okviru „dogovorenog raspona“ onda se mora postaviti pitanje: Kako sud može izreći bilo koju kaznu, tj. odrediti meru određene vrste kazne ako uopšte nije izvodio dokaze koji se tiču propisanih okolnosti kao parametara odmeravanja kazne? Umesto bilo kakvog komentara, mišljenje autora jeste da je takva jedna mogućnost više nego nelogična. Ako se po ugledu na neka druga zakonska rešenja<sup>56</sup> želela predvideti mogućnost da se stranke dogovore samo o rasponu kazne, a da se sudu prepusti da, u slučaju prihvatanja sporazuma, u okviru tog raspona izrekne konkretnu meru kazne, onda se morala propisati i obaveza suda da izvede dokaze na osnovu kojih će utvrditi činjenice od kojih zavisi konkretna mera kazne. Četvrto, jedno od rešenja novog ZKP kada je reč o sporazumu o priznavanju krivičnog dela, koje se ozbiljno može staviti pod znak pitanja, posebno u kontekstu načela suđenja u razumnom roku, jeste i rešenje po kojem je predviđena mogućnost ulaganja žalbe protiv presude kojom je prihvaćen sporazum o priznavanju krivičnog dela od strane javnog tužioca, okrivljenog i njegovog branioca. Više je argumenata koji se mogu istaći protiv opravdanosti ovakvog jednog rešenja. Među njima poseban značaj imaju tri. *Prvo*, sporazum o priznavanju krivičnog dela treba da bude institut koji za rezultat svoje primene ima efikasniji krivični postupak. Da li se ovakvim jednim rešenjem to postiže? Sigurno ne. Nasuprot, doprinosi se odugovlačenju postupka, i to bez ikakve potrebe. *Dalje*, razlozi za mogućnost ulaganja žalbe ne samo da nemaju svoje opravdanje, već mogu i da govore o neozbiljnoj pripremljenosti glavnih subjekata pregovaranja i odlučivanja o sporazumu pre svega na ročištu na kojem se odlučuje o sporazumu, što ne bi smelo ni da se pretpostavi.<sup>57</sup>

Ili, kada je reč o skraćenom krivičnom postupku onda i pored opravdanosti širenja polja njegove primene prisutne su i dve čini se ne samo negativnosti, već i kontradiktornosti. Prva dozvoljava mogućnost da se odredbe o skraćenom postupku primenjuju i pred posebnim odeljenjima Višeg suda u Beogradu. Druga nemogućnost primene odredaba o skraćenom krivičnom postupka kod svih krivičnih dela za koja se krivično gonjenje preduzima po privatnoj tužbi.<sup>58</sup> Veoma je teško,

---

56 Slučaj pre svega sa SAD (Vidi: Brkić, S., Dogovoreno priznanje (plea bargaining) u angloameričkom pravu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2003, br. 1-2; Damaška, M., Sudbina angloameričkih procesnih ideja u Italiji, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, Vol. 13, 2006, br. 1.

57 O kritikama drugih rešenja sporazma vidi: Zbor. „Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima”, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2015.

58 Bugarski, T., Posebni krivični postupci u novom ZKP-u – skraćeni krivični postupak i ročište za izricanje krivične sankcije, Zbor. „Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena”, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2013, str. 212-228.

ako ne i nemoguće, naći argumente opravdanosti ovih dvaju rešenja. Zato stav autora da ona nisu ne samo u funkciji efikasnosti krivičnog postupka posmatrano uopšte već ni u skladu sa prirodom ove pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima.

– *Način normiranja pripremnog ročišta.* Jedna od ne malog broja novina uređenja glavnog pretresa prema važećem tekstu ZKP je i uvođenje pripremnog ročišta. Njegov *ratio legis* je zasnovan na adverzijalnoj konstrukciji glavnog pretresa i cilj mu je da se stranke što je moguće ranije u procesno-stadijumskom smislu, izjasne u pogledu svojih „dokaznih intencija“ u odnosu na budući glavni pretres i da se na taj način omogući sudu pred kojim će se glavni pretres odvijati, da na odgovarajući način planira vreme održavanja, trajanje i tok glavnog pretresa, što bi sve trebalo da bude u funkciji njegove efikasnosti<sup>59</sup>. Uz to, na ovaj način se i omogućava obostrano „otvaranje karata,, stranaka u pogledu njihove buduće planirane dokazne aktivnosti na glavnom pretresu. Kao takvo ono predstavlja stadijum krivičnog postupka koji je prema zakonskoj sistematici svrstan među elemente pripremanja za održavanje glavnog pretresa. Po svojoj sadržini se svodi na odgovarajuće izjašnjavanje stranaka o predmetu optužbe, davanje određenih dokaznih obrazloženja, ispoljavanja relevantne dokazne inicijative i uopšte, predstavlja svojevrsno preliminarno „suočavanje“ stranaka pred sudom, primenom načela kontradiktornosti. Uz to, tu je i mogućnost suda da već u toj pripreмноj fazi pre održavanja glavnog pretresa, donese niz važnih odluka, među koje spada i rešenje o obustavi krivičnog postupka, kao vidu njegovog okončanja.<sup>60</sup>

Obaveznost održavanja pripremnog ročišta zavisna je od prirode krivičnog dela posmatranog sa aspekta kriterijuma vrste i iznosa propisane krivične sankcije. Shodno ovom kriterijumu održavanje pripremnog ročišta je obavezno kod krivičnih dela sa propisanom kaznom zatvora od dvanaest godina i više, a kod blažih krivičnih dela (krivična dela za koje je propisana kazna zatvora do dvanaest godina) do njegovog izostanka dolazi u slučaju da predsednik veća smatra da s obzirom na prikupljene dokaze, sporna činjenična i pravna pitanja ili složenost predmeta održavanje pripremnog ročišta nije potrebno (*fakultativnost održavanja*). Inače u cilju efikasnosti glavnog pretresa kao celine određeno je i vreme za određivanje ročišta. Shodno čl. 346. ZKP predsednik

---

59 Bubalović, T., „Jednakost oružja” i njegova afirmacija u okviru prava na odbranu (Regionalni komparativni osvrt), Zbor. „Savremene tendencije krivičnog procesnog zakonodavstva u Srbiji i regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva (Normativni i praktični aspekti)”, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2012, str. 204-214.

60 Škulić, M., Načelo pravičnog vođenja krivičnog postupka i načelo istine u krivičnom postupku, Pravni život, br. 9, tom I, Beograd, 2010, str. 587-611.

veća je u obavezi da odredi pripremno ročište najkasnije u roku od 30 dana ako je optuženi u pritvoru, odnosno u roku od 60 dana ako je optuženi na slobodi, računajući od dana prijema potvrđene optužnice u sud. U slučaju da ne postupi na ovakav način obavezan je da obavesti o tome predsednika suda koji će preduzeti mere da se pripremno ročište odmah odredi. U slučaju da su javni tužilac, optuženi i njegov branilac postigli sporazum o priznanju krivičnog dela u odnosu na određene tačke optužnice, predsednik veća će odrediti pripremno ročište za deo optužnice koji nije obuhvaćen sporazumom. Inače, četiri su osnovna pravila njegovog održavanja. *Prvo*, na pripremnom ročištu se stranke izjašnjavaju o predmetu optužbe, obrazlažu se dokazi koji će biti izvedeni na glavnom pretresu i predlažu novi dokazi, utvrđuju se činjenična i pravna pitanja koja će biti predmet raspravljanja na glavnom pretresu, odlučuje se o sporazumu o priznanju krivičnog dela, o pritvoru i o obustavi krivičnog postupka, kao i o drugim pitanjima za koja sud oceni da su od značaja za održavanje glavnog pretresa. *Drugo*, pripremno ročište se održava pred predsednikom veća, bez prisustva javnosti. *Treće*, u pozivu za pripremno ročište predsednik veća će upozoriti stranke i oštećenog da se na pripremnom ročištu može održati glavni pretres<sup>61</sup>. *Četvrto*, na pripremno ročište shodno se primenjuju odredbe o glavnom pretresu, osim ako Zakonikom nije drugačije određeno (čl. 345. st. 1-4).

Polazeći od iznesenih, kao i drugih osobenosti pripremnog ročišta u stručnoj javnosti Srbije prisutno je, čini se sasvim opravdano, shvatanje da je ono kao takvo, zbog svoje izuzetne komplikovanosti nekorisno i da nije ne samo u funkciji efikasnosti glavnog pretresa, već i da nepotrebno odugovlači postupak. Obzirom na ovo čini se opravdanim zalaganje za ukidanje održavanja pripremnog ročišta i iznalažanje boljeg i efikasnijeg sistema sudske kontrole optužnice koje bi bilo u skladu sa promenjenim konceptom istrage<sup>62</sup>.

– *Sistem pravnih lekova i (ne)efikasnost krivičnog postupka*. Proces reforme krivičnog procesnog zakonodavstva doneo je niz novina i kod sistema pravnih lekova. Određeni broj novina je u funkciji normativne osnove za povećanje efikasnosti krivičnog postupka, a time i adekvatnosti državne reakcije na kriminalitet. Slučaj npr. sa obavezom presuđenja od strane drugostepenog suda ako je u istom predmetu prvostepena presuda već jedanput ukidana. Ili, tu je i propisivanje rokova za postupanje – odlučivanje po

---

61 U slučaju ovakvog održavanja glavnog pretresa postavlja se pitanje odnosa čl. 345. st. 3. prema kojem se pripremno ročište održava bez prisustva javnosti i odredbe čl. 362. st. 1. prema kojoj je javnost glavnog pretresa pravilo (Glavi pretres je javan).

62 Bejatović, S., Glavni pretres i njegov doprinos obezbeđenju suđenja u razumnom roku, Zbor. „Glavni pretres i suđenje u razumnom roku (Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni)“, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2015, str. 9-33.

uloženom pravnom leku i sl<sup>63</sup>. No, sa druge strane postoje i rešenja koja nisu u funkciji cilja predviđanja mogućnosti prava na upotrebu pravnog leka, a time ni u funkciji efikasnog rešenja krivične stvari. Slučaj npr. sa institutom odlučivanja prvostepenog suda povodom uložene žalbe. Suština instituta se ogleda u tome da u slučaju da su u žalbi iznete činjenice i predloženi novi dokazi koji prema oceni predsednika veća prvostepenog suda mogu doprineti svestranom raspravljanju predmeta dokazivanja, veće će ponovo otvoriti glavni pretres i nastaviti dokazni postupak. Protiv nove presude prvostepenog suda kojom je potvrđena ili preinačena ranija presuda može se izjaviti žalba u skladu sa odredbama Zakonika (čl. 443. st. 2-4). Rešenje predstavlja do sada potpuno neuobičajeni zakonski mehanizam sa stanovišta našeg dosadašnjeg krivičnog postupka i nije sasvim jasan *ratio legis* takve zakonske mogućnosti. Verovatno je želja zakonodavca da na takav način rastereti drugostepeni sud i ubrza postupak. No imajući u vidu da se protiv nove presude prvostepenog suda kojom je potvrđena ili preinačena ranija presuda može izjaviti žalba opravdano je pitanje koliko se ovakvim jednim rešenjem postiže taj cilj. Slično je i sa nesaglasnosti pojedinih osnova mogućnosti izjavljivanja žalbe (Pogrešno ili nepotpuno utvrđeno činjenično stanje kao žalbeni osnov) i poprilično pasivnom ulogom suda u utvrđivanju činjeničnog stanja uopšte.<sup>64</sup>

X  
X X X

Analiza pitanja koja čine sadržinu rada jasno pokazuje dve stvari. Prvo postojanje ne malog broja međunarodnih pravnih standarda u oblasti krivičnog procesnog prava, standarda koji poprimaju sve više karakter univerzalnosti. Drugo, postojanje niza argumenata koji ukazuju na neophodnost inkorporiranja ovih standarda i u nacionalna krivičnoprocesna zakonodavstva. Obzirom na ovo, posmatrano sa aspekta Republike Srbije, sasvim je opravdan stav njenih nadležnih organa i njene stručne javnosti da svoje krivičnoprocesno zakonodavstvo usaglasi sa ovim standardima.

---

63 Vidi: Škulić, M., Žalba kao redovan pravni lek (Pojam, vrste i osnovne karakteristike), Zbor. „Pravni lekovi u krivičnom postupku (Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni)”, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2016, str. 117-146.

64 Opširnije vidi: Bejatović, S., Pravni lekovi u krivičnom postupku kao instrumenti zakonitosti rešenja krivične stvari (Pojam, vrste, stanje i iskustva u primeni), Zbor. „Pravni lekovi u krivičnom postupku (Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni)”, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2016, str. 9-30.

Završena analiza nekih od rešenja pozitivnog krivičnog procesnog zakonodavstva Republike Srbije govori da je njegov ne mali broj rešenja, načelno posmatrano, u skladu sa ovim standardima. Međutim, ako se ova problematika posmatra sa aspekta konkretne normativne razrade niza načelno opravdanih rešenja dolazi se do sasvim drugačijeg zaključka. Ne mali broj načelno opravdanih instituta i drugih rešenja nisu normirana na način koji ih stavlja u funkciju pre svega željenog stepena efikasnosti krivičnog postupka, a time i potrebnog stepena usaglašenosti sa iznesenim standardima u ovoj oblasti. Broj takvih rešenja nije mali (slučaj npr. sa novim konceptom istrage, ne malim brojem pitanja pojednostavljenih formi postupanja, sistemom pravnih lekova i sl.). Obzirom na ovo, a u cilju što potpunije harmonizacije krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije sa ovim standardima neophodno je nastaviti rad na reformi krivičnog procesnog zakonodavstva i u tom radu obratiti posebnu pažnju upravo otklanjanju ovih nedostataka i njihovom normiranju u skladu sa iznesenim standardima, svakako uz prilagođavanje našim uslovima.

### **Literatura**

- Banović, B., Evropski nalog za hapšenje, Zbor. „Krivično zakonodavstvo Srbije i standardi Evropske unije,” Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2010.
- Banović, B., Posebne dokazne radnje i novi ZKP, Zbor. „Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva (Normativni i praktični aspekt)“, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2012.
- Banović, B., Policija i nova rešenja u ZKP, Zbor. „Nova rešenja u kaznenim zakonodavstvu i njihiva praktična primena“, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu“, Beograd, 2013.
- Bejatović, S., Međunarodni pravni standardi u oblasti krivičnog procesnog prava i način njihove implementacije u Zakonik o krivičnom postupku, Zbor. „Zakonodavni postupak i kazneno zakonodavstvo“, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2009.
- Bejatović, S., Krivičnopravni instrumenti suprotstavljanja terorizmu i drugim krivičnim delima nasilničkog karaktera, Zbor. „Terorizam i druga krivična dela nasilničkog karaktera i krivičnopravni instrumenti suprotstavljanja”, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Teslić, 2016.
- Bejatović, S., Pravni lekovi u krivičnom postupku kao instrumenti zakonitosti rešenja krivične stvari (Pojam, vrste, stanje i iskustva u primeni), Zbor. „Pravni lekovi u krivičnom postupku (Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni)“, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2016.



- Bejatović, S., Oduzimanje nezakonito stečene imovine i prevencija kriminaliteta, Zbor. „Krivične i prekršajne sankcije i mere: Izricanje, izvršenje i uslovni otpust“, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2016.
- Bejatović, S., Efikasnost krivičnog postupka kao međunarodni pravni standard (Poglavlje 23 i krivično procesno zakonodavstvo Srbije-Norma, praksa i mere unapređenja), Zbor. „Evropske integracije i kazneno zakonodavstvo (Poglavlje 23-Norma, praksa i mere unapređenja)“, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2016.
- Bejatović, S., Organizovani kriminalitet i krivičnopravni instrumenti suprotstavljanja (Stanje u Srbiji i mere unapređenja), Zbor. „Suzbijanje organizovanog kriminala kao preduslov vladavine prava“, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2016.
- Bejatović, S., Krivičnopravni instrumenti suprotstavljanja terorizmu i drugim krivičnim delima nasilničkog karaktera, Zbor. „Terorizam i druga krivična dela nasilničkog karaktera i krivičnopravni instrumenti suprotstavljanja“, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Teslić, 2016.
- Bejatović, S., Kaznena politika i reforma krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije (doslednost ili ne), Zbor. „Krivično zakonodavstvo – De lege lata et de lege ferenda“, Banja Luka, 2015.
- Bejatović, S., Krivičnoprocesni instrumenti efikasnosti borbe protiv kriminaliteta (normativni i praktični aspekt). Pravna riječ, br. 44/2015.

#### **4. Banja Luka**

- Bugarski, T., Osnovi ulaganja žalbe i zakonitost rešenja krivične stvari, Zbor. „Pravni lekovi u krivičnom postupku – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva, iskustva u primeni i mere unapređenja“, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2016.
- Bubalović, T., Odluke višeg suda o žalbi protiv kaznene presude – Zakonsko uređenje i neka iskustva u praksi sudova Republike Hrvatske, Zbor. „Pravni lekovi u krivičnom postupku – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva, iskustva u primeni i mere unapređenja“, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2016.
- Ćirić, J., Srpsko i evropsko krivično pravo, Zbor. „Krivično zakonodavstvo Srbije i standardi E-vropske unije“, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2010.
- Đurđić, V., Izgradnja novog modela krivičnog postupka Srbije na redefinisanim načelima krivičnog postupka, Zbor. „Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva“, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2012.

- Đurđić, V., Evropski standardi zaštite sloboda i prava osumnjičenih i okrivljenih, Zbor. „Krivično zakonodavstvo Srbije i standardi Evropske unije”, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2010.
- Đurđević, Z., Lisabonski ugovor: prekretnica u razvoju kaznenog prava u Evropi, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol. 15, br.2/2008
- Radulović, D., Sistem pravnih lekova i reforma Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore (norma i praksa), Zbor. „Pravni lekovi u krivičnom postupku – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva, iskustva u primeni i mere unapređenja“, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2016.
- Ilić, G., Javni tužilac kao jedini subjekat prava na podnošenje zahteva za zaštitu zakonitosti – Da ili ne?, Zbor. „Pravni lekovi u krivičnom postupku – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva, iskustva u primeni i mere unapređenja“, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2016.
- Ilić, G., Krivično procesno zakonodavstvo Republike Srbije i standardi Evropske unije, Zbor. „Krivično zakonodavstvo i standardi Evropske unije“, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2010.
- Ivičević Karas, E., Sustav pravnih lijekova i reforma hrvatskog kaznenog postupka (Osnovne značajke i iskustva u primjeni), Zbor. „Pravni lekovi u krivičnom postupku – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva, iskustva u primeni i mere unapređenja“, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2016.
- Lažetić-Bužarovska, G., Reforma krivičnog procesnog zakonodavstva Makedonije i sistem pravnih lekova (zakon i praksa), Zbor. „Pravni lekovi u krivičnom postupku – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva, iskustva u primeni i mere unapređenja“, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2016.
- Sieber, U., Die Zukunft des Europäischen Strafrechts, Sonderdruck aus Band 121/2009, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 2009.
- Simović, M., Internacionalizacija suzbijanja organizovanog kriminaliteta, Zbor. „Suzbijanje organizovanog kriminala kao preduslov vladavine prava“, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2016.
- Simović, M., Ustavno pravo na žalbu u krivičnim stvarima: Međunarodni standardi i praksa u Bosni i Hercegovini, Zbor. „Pravni lekovi u krivičnom postupku – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva, iskustva u primeni i mere unapređenja“, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2016.
- Tiedemann, K., Die Europaisierung des Strafrechts, u: Kreuzer, Scheuing, Sieber; Die Europaisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union, Baden-Baden, 1977
- Fišer, Z., Pravni lekovi u krivičnom postupku u Sloveniji, Zbor. „Pravni lekovi u krivičnom postupku – Regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva,

- iskustva u primeni i mere unapređenja“, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2016.
- Škulić, M., Žalba kao redovan pravni lek (Pojam, vrste i osnovne karakteristike), Zbor. „Pravni lekovi u krivičnom postupku (Regionalna krivičnog procesna zakonodavstva i iskustva u primeni)“, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2016.
  - Škulić, M., Novi Zakonik o krivičnom postupku – Očekivanja od primene, Zbor. „Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena“, Srpsko udruženje za krivičnog pravnu teoriju i praksu, Beograd, 2013
  - Škulić, M., Odnos načela istine i pojednostavljenih formi krivičnog postupka, Zbor. „Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – Regionalna krivičnog procesna zakonodavstva i iskustva u primeni, Misija OEBS u Srbiji, Beograd, 2013.
  - Škulić, M./Ilić, G., Reforma u stilu „Jedan korak napred – dva koraka nazad“, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Beograd, 2012.

**Professor Stanko BEJATOVIĆ,**  
**Faculty of law, University of Kragujevac**

**EUROPEAN LEGAL STANDARDS IN THE FIELD OF CRIMINAL  
PROCEDURAL LAW AND THE INDISPENSABILITY OF THEIR  
IMPLEMENTATION INTO THE NATIONAL LEGISLATION**

*The subject matter of this paper is the critical analysis of the three groups of issues. The first deals with the notion and the variety of the international legal standards in the field of Criminal Procedural Law. The author's main conclusion is that numerous standards with almost universal character exist on the level of the international community as a whole. Having said that, the author further explains the reasons which justify the necessity of the implementation of those standards in the national legislations regardless of the type of the legal system in question (continental or Anglo-Saxon). Finally, the third group of questions is devoted to the analysis of the degree of implementation of certain standards in the positive criminal procedural legislation in Serbia (those related to the efficiency of criminal proceedings, diversity principle, the concept of investigation, protection of the human rights and freedoms of defendants, the right to appeal, the system of legal remedies and the measures for ensuring the presence of the accused at the trial). The author has devoted special consideration to articulating desirable ways of further implementation of those standards into the Serbian legislation with particular emphasis on the need for the adoption of the new Criminal Procedure Code.*

**Key words:** *International legal standards, Criminal Procedural legislation; Serbia, Criminal Procedure, Criminal Procedure Code, Legal System, Implementation, Investigation, Diversion of Criminal proceed.*

**Dr Vojislav ĐURĐIĆ**  
**Pravni fakultet Univerziteta u**  
**Nišu**

**Pregledni članak**  
**UDK: 343.214**  
**Primljeno: 15. novembra 2016. god.**

## **ANALOGIJA KAO METOD TUMAČENJA KRIVIČNOG I KRIVIČNOG PROCESNOG PRAVA**

*U prvom delu rada autor iznosi opšte učenje o analogiji i najpre analogiju posmatra kao vrstu zaključivanja, tumačeći da je analogijski zaključak na prethodnoj indukciji zasnovana dedukcija, a potom kao vrstu tumačenja prava, izlažući stavove opšte teorije prava o zakonskoj i pravnoj analogiji. U vezi s raspravom o mestu analogije u teoriji prava, autor podseća na shvatanje pandektista da je analogija postupak koji se nalazi u sredini između tumačenja prava u strogom smislu reči i samog stvaranja prava. Prvi deo rada se završava izlaganjem protivrečnih gledišta o postojanju pravnih praznina, kojim dominira autorov stav da se od svog nastanka, analogija u pravu vezuje za pravne praznine i služi kao sredstvo za njihovo popunjavanje.*

*Dopuštenost analogije u materijalnom krivičnom pravu predmet je sveobuhvatne rasprave u drugom, centralnom delu rada. Iz detaljne analize njihovog međusobnog odnosa, izvodi se zaključak da načelo legaliteta određuje limite dopuštenosti i primene analogije u krivičnom pravu. Na tim temeljima je izgrađen zaključak da je u savremenom krivičnom pravu pravna analogija uvek zabranjena pošto je direktno suprotna načelu legaliteta, a primena zakonske analogije se ne isključuje izvan zabranjene zone, determinisane ovim načelom. Posebnu pažnju autor posvećuje analogiji intra legem, koju poima kao treći vid analogije i smatra je*

*dopuštenim metodom tumačenja krivičnopravnih normi. Interpretira je kao način tumačenja zakona kojim se na osnovu sličnosti rešava konkretan slučaj u okviru zakona, kad sam zakon upućuje na argument sličnosti.*

*U trećem delu rada izneta su teorijska shvatanja o primeni analogije prilikom tumačenja krivičnoprocesnih pravnih normi.*

**Gljučne reči: krivično pravo, tumačenje prava, pravne praznine, analogija, analogija intra legem, krivično procesno pravo.**

### 1. Poimanje analogije

U pravnoj literaturi se o analogiji uobičajeno raspravlja u izlaganjima vezanim za tumačenje prava. U toj oblasti je analogija nastala i za nju je značajna. Iz istorijskog razdoblja pravnog razvitka, negde s početka dvadesetog veka, kad je analogija bila aktuelni izazov za pravnu nauku da se teorijski uobliči, ostalo je zabeleženo da „postaviti pitanje tumačenja znači postaviti pitanje analogije.“<sup>1</sup> Sasvim je razumljiv motiv kojim je inspirisan nastanak ove sentence o značaju analogije, ako se uzme u obzir da je poređenje „sama suština poimanja i, po tom osnovu, da bi se zaveo red među stvarima, da bi se one razumele i prilagodile našem shvatanju, analogija je neophodna.“<sup>2</sup>

Pojam „analogija“ potiče od grčke reči *analogía* kojim se označava „delimična sličnost između dve pojave ili pojma, istovrsnost, podudarnost“.<sup>3</sup> Polazeći od ovakvog značenja, analogija se može objasniti kao zaključivanje od sličnog na slično. U suštini je rezonovanja putem analogije da se po zapaženoj sličnosti između dveju stvari u jednoj ili više tačaka, izvodi zaključak da su one slične još po nekom neprimećenom obeležju. Zato se i smatra da analogija zaključuje iz sličnosti dveju stvari u izvesnim tačkama, na njihovu sličnost u ostalom (Kant), te da predstavlja samo predviđanje o onome što bi posmatranje i rezonovanje mogli neposredno otkriti da su okolnosti to dopuštale (Liar)<sup>4</sup>.

U pravnoj teoriji se analogija posmatra kao *vrsta zaključivanja* ili kao *vrsta tumačenja* prava.<sup>5</sup> Uistinu, s obzirom na različita gledišta o tome da li se

---

1 Živan Spasojević, Analogija i tumačenje – prilog proučavanju metoda u privatnom pravu, (reprint), Beograd, 1996, str. 15.

2 Ž. Spasojević, op. cit., str. 18.

3 „Analogija“ u: Veliki rečnik stranih reči i izraza, „Prometej“, Novi Sad, 2008.

4 Hamelin, L’analogie, L’année philosophique de 1902. (citirano prema Ž. Spasojeviću, op. cit., str. 18).

5 Dr Toma Živanović, Sistem sintetičke pravne filozofije, Beograd, 1959, str. 833.

analogijom samo tumači pravo ili stvara pravna norma, ima i onih koji je razvrstavaju u „tehničke metode stvaranja prava“<sup>6</sup>.

### 1.1. Analogija kao vrsta zaključivanja

Osim uobičajenog značenja delimične sličnosti među objektima, analogija označava i jednu *osobenu vrstu zaključivanja*: analogija je zaključivanje iz *delimične* sličnosti dva različita objekta na dalju njihovu sličnost ili i na njihovu *potpunu, apsolutnu* sličnost (na njihov *identitet*).<sup>7</sup> Stvari koje se podudaraju u više odnosa (obeležja) podudaraju se i u drugim. Međutim, ako bi bilo ma i jednog obeležja koje protivreči analogijskom zaključku („instanca protiv njega“), ovaj bi bio nevažeći. Danas prevladava gledište da je analogijski zaključak *na prethodnoj indukciji zasnovana dedukcija*.

Ni o vrednosti analogijskog zaključka nema jedinstvenog gledišta. Po jednom mišljenju zaključak izveden na osnovu analogije isto toliko je pouzdan kao i svaki drugi deduktivan zaključak, razume se ukoliko mu je tačna premisa. Ipak se ovaj sud donekle relativizuje pošto se prihvata da je analogijski zaključak induktivno-deduktivan. Nepouzdanost analogijskog zaključka izjednačava se nepouzdanošću induktivnog zaključka, odakle i potiče. Iz činjenice što su u jednom slučaju dva obeležja tako vezana da jedno proističe iz drugog nije sasvim pouzdano zaključiti da su i u svim ostalim slučajevima ta dva obeležja isto tako povezana. Tu ne pomaže ni logika jer se postojanje te veze između dva obeležja kao i da je ona opšta za sve takve slučajeve, utvrđuje sociološkom analizom. Tek kad se to utvrdi logika služi da se iz tako dobijenog induktivnog zaključka na osnovu sličnosti izvede zaključak. Međutim, sociološka analiza je empirijska pa stoga nikad ne može biti pouzdana kao čisto logički deduktivan zaključak.

Drugi teoretičari su kategorični u stavu da se ne može izjednačiti vrednost zaključka analogijom sa induktivnim zaključkom, smatrajući da je zaključak po analogiji najčešće manje siguran od induktivnog zaključka. Dok je deduktivan zaključak potpuno siguran, a induktivan verovatan – zaključak po analogiji je manje-više nesiguran. I pored toga što analogijski zaključak nije potpuno izvestan, njemu se pridaje veliki značaj za razvoj nauka, gde daje bar pravac istraživanja i pronalaženja.<sup>8</sup>

Iz samog logičkog pojma analogije jasno je da se zaključivanje mora vršiti po bitnim osobinama dva objekta da bi bilo tačno. Što je broj sličnih

---

6 Radomir D. Lukić, Metodologija prava, Beograd, 1983, str. 127.

7 T. Živanović, Sistem ..., str. 833.

8 Vidi: T. Živanović, Sistem ..., str. 834.

osobina dva objekta na osnovu kojih se izvodi konkluzija veći, verovatnost konkluzivnog zaključka po analogiji je sve veća. Time analogijski zaključak postaje pouzdaniji i zato mu je vrednost veća.

## 1.2. Analogija kao vrsta tumačenja ili stvaranja prava

### 1.2.1. Pojam i vrste analogije u pravu

U raspravi o analogiji najpre treba utvrditi ima li joj mesta u pravu i šta ona predstavlja. Ova pitanja su tesno vezana za tumačenje, jednu od najdiskutabilnijih oblasti u pravu.

Tumačenje uopšte (tj. hermenautika) se poima kao „delatnost kojom se utvrđuje značenje (smisao) neke materijalne pojave, koja je upotrebljena kao znak da bi se dotično značenje saopštilo“.<sup>9</sup> Cilj je tumačenja da nešto nejasno objasni, učini jasnim, razumljivim i shvatljivim, pa se „uvek sastoji u utvrđivanju smisla neke pojave“<sup>10</sup>. Tumačenje prava je samo jedna vrsta tumačenja uopšte i predstavlja *utvrđivanje pravnog značenja pravne norme*. To je „zaključivanje iz danih zakonskih tekstova, kojima se ima da utvrdi smisao (značenje, duh) ili razlog“.<sup>11</sup>

U teoriji prava razlikuje se tumačenje u užem i širem smislu. *Tumačenje u užem smislu* postoji kad je neposredni predmet tumačenja jedna norma ili nekoliko tesno povezanih normi. Označava se kao pravo tumačenje zato što se tumači norma koja postoji. Međutim, kako je značenje svake norme vezano za niz drugih normi i za ceo sistem prava, tumačenje neke pravne norme javlja se kao tumačenje nekog pozitivnog prava kao celine. Za razliku od pravog tumačenja, iznalaženje jedne pojedinačne norme za slučaj pravne praznine predstavlja *tumačenje u širem smislu*. Po jednim, to i nije pravo tumačenje jer tumač u ovom slučaju tumači pravnu normu koja takoreći i ne postoji. Uistinu on se oslanja na postojeće norme pa izgleda kao da ih tumači mada se stvarno samo ugleda na njih<sup>12</sup> Prema suprotnom gledištu, i kod tumačenja u širem smislu neposredni predmet tumačenja su pravne norme, ali ne jedna norma već jedan ili više skupova pravnih normi ili čitav pravni sistem. Zato se i za ovo tumačenje kaže da predstavlja tumačenje normi koje postoje, a ne onih koje ne postoje, ali da je tumačenje sistema prava na osnovu njegovog „duha“ veoma retko.<sup>13</sup>

---

9 R. Lukić, B. Košutić, D. Mitrović, Uvod u pravo, Beograd, 2000, str. 503.

10 Dragan M. Mitrović, Uvod u pravo, Beograd, 2009, str. 297.

11 T. Živanović, Sistem ..., str. 834.

12 R. Lukić, Teorija ..., str. 265.

13 D. Mitrović, op. cit., str. 300.



Analogija je upravo vezana za ovu drugu vrstu tumačenja – za tumačenje prava u širem smislu. Interpretacija prava pomoću analogije odgovor je i kritika ideja o sveobuhvatnosti zakona koje su vodile ka *nepokretnosti prava*. Učenja o analogiji vezuju se za pojavu evolucionističkih i socioloških škola koje su tražile nove puteve za primenu i proučavanje prava, namesto stare egzegetičke škole, koja se isključivo koristila formalnom i deduktivnom logikom zasnovanom na zakonskim tekstovima. Jedno od najpoznatijih dela iz tog vremena, ne samo u našoj pravnoj književnosti, jeste doktorska teza „Analogija i tumačenje – prilog proučavanju metoda u privatnom pravu“ Živojina Spasojevića, branjena na pariskom pravnom fakultetu 1911. godine. Zato kao najbolja ilustracija razloga i načina nastanka analogije neka posluže njegovi stavovi iz doktorske teze: (1) U vremenima neposredno posle kodifikacije „ona se primenjivala a da se nije shvatala i na skoro istovetan način“, a ukoliko se udaljavamo od trenutka izrade i proglašenja zakona, njena upotreba postaje sve češća, njena nužnost i njena primena se nagoveštavaju, pošto „nužnost suđenja, punoća zakona i analogija čine samo jedno“. (2) U razdoblju posle tog vremena više se ne prihvata dogma o zakonodavčevoj volji kao apsolutnoj istini, počinje se ići za sudskom praksom i priznaje se umerena dedukcija, što pokazuje da pravno rezonovanje ne podnosi onu krutost iz prethodnog vremena; poimanje analogije se proširuje sa pojavom ideje da je cilj koji treba postići ono što utiče na njenu primenu.<sup>14</sup>

Od svog nastanka sve do danas analogija se uobičajeno shvata kao glavno sredstvo za popunjavanje pravnih praznina. U biti je analogije tumačenje po sličnosti: *na jedan slučaj koji nije uređen pravnom normom, pa zbog toga predstavlja pravnu prazninu, primenjuje se pravna norma kojom je uređen neki drugi slučaj bitno sličan ovom koji predstavlja pravnu prazninu*. Dva slučaja su bitno slična ako su im slične bitne a različite one sporedne osobine. Da bi se primenila analogija potrebno je da u oba slučaja, pravno regulisanom i neregulisanom, postoji isti društveni interes koji se štiti pravnom normom koja će se pomoću analogije primeniti. Analogija je moguća samo kad se utvrdi da u slučaju koji predstavlja pravnu prazninu postoji isti društveni interes kao u pravno regulisanom slučaju. U protivnom, analogiji nema mesta. Utvrditi društveni interes znači utvrditi *ratio legis*, tj zakonski razlog zbog kojeg je konkretna norma doneta, što se postiže pomoću ciljnog tumačenja. To znači da se teleološkim tumačenjem otkriva postoji li društveni interes da se i na slučaj koji predstavlja pravnu prazninu primeni pravna norma koja je upravo iz istog tog zakonskog razloga doneta za sličan slučaj. Bitna sličnost između pravnom normom regulisanog i pravno neregulisanog slučaja, kao uslova za primenu

---

14 Ž. Spasojević, op. cit., str. 25. i 26.

analogije, svodi se na identičnost interesa i ciljeva (*ratio legis*) koji se pravnom normom štite, a utvrđuje se ciljnim tumačenjem.<sup>15</sup> Može se zaključiti da se analogijom pravna norma kojom je regulisan jedan slučaj proširuje i na drugi pravno neregulisan zato što u oba slučaja postoji isti zakonski razlog.

Uobičajeno se analogija deli na zakonsku (*analogia legis*) i pravnu (*analogia iuris*). Kod zakonske analogije se konkretna pravna norma predviđena za jedan slučaj primenjuje na drugi sličan, neregulisan slučaj, a kao logičko sredstvo predstavlja zaključivanje *od posebnog sličnog na slično posebno*. Kod zakonske analogije se iz jednog konkretnijeg pravila izvodi jedno apstraktnije: iz jednog zakonskog propisa koji se odnosi na izvestan slučaj, izdvajaju se one karakteristike tog slučaja zbog kojih je taj propis i donet, potom se utvrđuje da te iste karakteristike postoje i kod drugog slučaja, o kojem nema nikakvog propisa, onda se zaključuje da se postojeći propis ne odnosi samo na slučaj koji se u njemu pominje nego i na sve slučajeve u kojima postoje iste bitne karakteristike.<sup>16</sup>

Kad se na pravnu prazninu primenjuje opšte pravno načelo izvedeno iz više normi ili celog pravnog sistema, to je *pravna analogija*. U biti je pravne analogije primena izvesnog *principa* izvedenog iz niza zakonskih propisa po njegovoj sličnosti s duhom tih propisa.<sup>17</sup> Kod pravne analogije se opšta načela izvode iz mase konkretnih normi kojima se regulišu razni konkretni slučajevi i primenjuju na slučajeve neobuhvaćene tim konkretnim normama. Od obične primene opštih načela koja su kao takva neposredno formulisana (propisana), analogija se razlikuje po tome što kod nje tumač sam izvodi ta opšta načela.<sup>18</sup>

Budući da se zakonska analogija vezuje za konkretnu normu iz istog zakona koji se tumači, a pravna analogija za masu pravnih normi ili za sistem prava u celini, smatra se da zakonskoj analogiji ima mesta *kad je zakon nejasan*, a pravnoj kad u zakonu postoji *pravna praznina*.

Kad se posmatra kao logičko sredstvo, analogija „u svom genusu znači zaključivanje od sličnog na slično“. *Zakonska: od posebnog sličnog na slično posebno, pravna: od sličnog opšteg na slično pojedinačno*.

Postoji još podela analogije na: (a) *delimičnu* i (b) *potpunu*. Kod delimične analogije (*analogia partialis*) opšta pravna norma se izvodi iz nekoliko posebnih normi. Kod potpune analogije (*analogia totalis*) ona se izvodi iz „duha“ celokupnog prava i predstavlja opšte pravno načelo. Po pitanju ove

---

15 R. Stepanov, G. Vukadinović, Teorija prava II, Novi Sad, 2002, str. 117. i 118.

16 Radomir Lukić, Teorija države i prava – II Teorija prava, Beograd, 1991, str. 271.

17 T. Živanović, Sistem ..., str. 835.

18 R. Lukić, Teorija..., str. 272.

klasifikacije, jedni smatraju da je u pitanju podela pravne analogije,<sup>19</sup> dok su drugi mišljenja da se ona u dobroj meri podudara sa podelom analogije na zakonsku i pravnu.

Na kraju još treba reći da se analogija mnogo više upotrebljava u *common law* sistemu pošto ga odlikuje precedentno pravo koje sadrži mnogo manje apstraktnih pravnih normi nego kodifikovano kontinentalno pravo,<sup>20</sup> tj. manje opštih principa nego zakoni.<sup>21</sup>

### 1.2.2. Da li je analogija oblik tumačenja ili način stvaranja prava?

U teorijskim shvatanjima najčešće se analogija vezuje za tumačenje prava i popunjavanje pravnih praznina. Nasuprot rečenom, u pravnoj teoriji ima i onih koji analogiju izmeštaju izvan polja tumačenja prava. Ti teoretičari postavljaju kao prethodno pitanje da li se pravne praznine uopšte popunjavaju tumačenjem prava. Tumače se u pravom smislu norme, razume se norme koje postoje, kažu oni, ali kako je moguće tumačiti nepostojeće norme. Kod popunjavanja pravnih praznina zaista i nema tumačenja u pravom smislu nego tobožnji tumač stvara pravo. Prilikom primene analogije (i pravila *argumentum a contrario*) on se oslanja na postojeće norme predstavljajući sebi da ih se pridržava, da ih tumači, a u stvari se samo ugleda na njih pri stvaranju sopstvene norme. Zato, po njihovom mišljenju, popunjavanje pravnih praznina, pa i metodom analogije, spada u stvaranje ili primenu prava (pretežno u stvaranje), a ne u tumačenje prava.<sup>22</sup> I zakonska analogija, prema ovom shvatanju, predstavlja „slobodno stvaranje prava“, pre nego primenu norme.<sup>23</sup> Po njihovom mišljenju, dva su razloga zbog kojih se meša popunjavanje pravnih praznina sa tumačenjem prava: Prvo, zato što tumačenje teorijski nije dovoljno razgraničeno od stvaranja, na jednoj, i primene prava, na drugoj strani. Drugo, zato što se zastupa gledište da onaj koji primenjuje pravo treba uistinu da ga primenjuje tumačeći ga, ali ne i da ga stvara jer bi se time kršio princip podele vlasti, pa se stoga stvaranje prava predstavlja kao tumačenje, odnosno primena.<sup>24</sup>

U vezi s raspravom o mestu analogije u teoriji prava, treba podsetiti da se još u Vindšajdovim pandektama, analogija shvatala kao postupak koji se nalazi u sredini između tumačenja u strogom smislu reči i samog stvaranja

---

19 R. Lukić, B. Košutić, D. Mitrović, op. cit., str. 566.

20 R. Lukić, Teorija ..., str. 272.

21 Dr Đorđe Tasić, Analogija, Branič, br. 5/1934, str. 254.

22 R. Lukić, Metodologija ..., str. 127.

23 Radomir Lukić, Teorija države i prava – II Teorija prava, Beograd, 1991, str. 272.

24 R. Lukić, Metodologija ..., str. 127.

prava. S jedne strane, ona se oslanja na pisani zakon i zahvaljujući pretpostavci organskog jedinstva zakona, pokušava da otkloni nedostatke misli i da popuni praznine zakonskog propisa. S druge strane, analogija koja zaključuje iz celine opšteg duha pravnog sistema, nužno se uzdiže iznad zakonskog teksta i traži načela u prirodi pozitivnih stvari. Kako se analogija, s jedne strane oslanja na pisani tekst, a s druge, neminovno daje sudiji ulogu „da sam kroji pravnu normu“, u vezi s tim izgleda da je tačna ona Hegelova misao da u posledicama naše delatnosti ima navek nečega više od onoga što se htelo.<sup>25</sup>

### 1.2.3. Odnos analogije i ekstenzivnog tumačenja

Analogija je argument logičkog iznalaženja pravog značenja norme, a ekstenzivno tumačenje je zasnovano na širini značenja zakonske norme. Pošto su u pitanju pojmovno različite kategorije, o njihovom razgraničenju ima smisla raspravljati u delu u kom se preklapaju, u kome su slične. Apriori posmatrano, te zajedničke ili dodirne tačke mogle bi se pronaći u slučajevima i obimu primene ova dva oblika tumačenja prava. Ekstenzivnim tumačenjem se višeznačnim rečima u pravnoj normi daje šire značenje i to značenje utvrđuje kao ono pravo pošto najviše odgovara cilju norme koja se tumači. Za razliku od toga, analogijom se pravna norma kojom je regulisan jedan slučaj proširuje i na drugi pravno neregulisani slučaj.

Upravo u ovakvom njihovom poimanju se može naći polazište da se razluče: za ekstenzivno tumačenje potrebno je da postoji *višeznačna norma*, a za primenu analogije, *pravna praznina*. I ovo moguće uporište dovodi se u pitanje shvatanjem da pravnoj analogiji ima mesta kad postoje pravne praznine a zakonskoj, kad je zakon nejasan, čime se ova druga može stopiti sa slučajevima koji iziskuju ekstenzivno tumačenje. Ali i nezavisno od tog shvatanja, teško je utvrditi kad se tumač kreće unutar zakona, jer se ne može precizno odrediti kad se širim značenjem norme izlazi izvan zakona, a s druge strane, ne zna se uvek u kojoj je meri analogija potčinjena zakonskim izrazima, na stranu što se i ti izrazi mogu uže i šire tumačiti. Za egzaktno razlikovanje analogije i ekstenzivnog tumačenja zasad nije predložen neki objektivni univerzalni kriterijum pa se može reći da je ta granica fluidna.

Objašnjenje ove razlike u pravnoj teoriji se vezuje za pitanje da li se slučaj može podvesti pod gramatički smisao norme. O ekstenzivnom tumačenju je reč kad se tačan smisao norme nalazi pomoću proširivanja gramatičkog smisla norme koja se primenjuje baš na slučaj koji je u njoj *predviden*, dok se kod

---

25 Vidi: M. Tucaković, II, str. 82.

analogije pravni propis primenjuje „baš na slučaj za koji je tačno utvrđeno da ga *norma ne obuhvata*.<sup>26</sup> Drugim rečima, analogija se razlikuje od ekstenzivnog tumačenja po tome što se ekstenzivnim tumačenjem ne može preći preko sadržine samog propisa, tačnije preko mogućeg značenja koje sadrže reči. Kod ekstenzivnog tumačenja su, dakle, stvari i situacije sadržane u zakonskom tekstu. Kod tumačenja pomoću analogije, međutim, ide se preko toga, na stvari i situacije zakonom nepredviđene. Ipak, između njih ne mogu se postaviti čvrste granice jer se jednoj reči može dati i posve „neuobičajeno“ značenje, u kom slučaju se ta granica lako briše.<sup>27</sup>

Razlikovanje između ekstenzivnog tumačenja i analogije značajno je prvenstveno s teorijskog aspekta i nema neke velike praktične važnosti, izuzev za krivično pravo gde to može biti od koristi, pošto je, načelno uzev, primena analogije u krivičnom pravu zabranjena.<sup>28</sup>

#### *1.2.4. Pravne praznine i argument analogije*

Od svog nastanka, analogija u pravu vezuje se za pravne praznine. Pojavila se u pravnoj praksi i pravnoj teoriji kao sredstvo za njihovo popunjavanje.

Pravnim prazninama se smatraju društveni odnosi koji nisu regulisani pravom, iako bi zbog društvenog interesa trebalo da jesu.<sup>29</sup> Reč je o važnim i konfliktnim društvenim odnosima koji ili nisu uopšte uređeni, ili su nepotpuno uređeni pravnim normama, a trebalo bi da budu.<sup>30</sup> Kad zakonopisci i drugi normotvorci ne uoče određene društvene odnose koje treba regulisati, ili ih uoče ali im ne pridaju veću važnost pa ostanu pravno neregulisani, takvi odnosi predstavljaju pravne praznine. Najkraće rečeno, pravna praznina je „sve ono na šta nema odgovora u zakonu“, a što se „javi pred sudom [ili drugim organom] na rešenje“.<sup>31</sup>

Pravne praznine treba razlikovati od drugih odnosa koji nisu regulisani pravom, a ne predstavljaju pravne praznine, ali ne postoji kriterijum za egzaktno razlikovanje u svakom pojedinačnom slučaju. Ti odnosi se ne mogu apsolutno razgraničiti pa su moguće i greške. Za njihovo razgraničenje kao opšta preporuka je da se pažljivo analiziraju ti društveni odnosi s ciljem da se utvrdi šta je korisnije za pravo – da se odnos prepusti slobodnom regulisanju ili da se popuni pojedinačnom normom kako bi se u ponašanju manje grešilo. Smatra se da

---

26 R. Lukić, Teorija ..., str. 272.

27 Đ. Tasić, Analogija ..., str. 255.

28 Isto tako: Đ. Tasić, Analogija ..., str. 255.

29 D. Mitrović, op. cit., str. 301.

30 N. Visković, op. cit., str. 260.

31 M. Tucaković, I, str. 25.

je za takvu procenu važnije pravilno utvrđivanje cilja od strogog pridržavanja načela zakonitosti, a takvo postupanje ocenjuje se kao dopušteno pošto se radi o odnosu koji nije regulisan pravom.<sup>32</sup> Upravo je ova argumentacija još jedan razlog protiv primene analogije u krivičnom pravu.

U pogledu pravnih praznina, kao osnovno pitanje postavlja se da li one uošte postoje. Rasprava o tome se vodi dugo i oštro, a rezultat su dva suprotstavljena gledišta. Prema jednom gledištu, pravnih praznina uopšte nema, a svoj stav obrazlažu dvama glavnim, međusobno posve suprotnim razlozima. Prvo, pravnih praznina nema zato što je pravo potpun sistem – ono što nije neposredno propisano, regulisano je posredno, višom, apstraktnijom normom, što se utvrđuje logičkim putem pošto je pravo logički zatvoren i zaokružen sistem. Drugo, pravnih praznina nema zato što neregulisano i ne potpada pod pravo.<sup>33</sup>

Shvatanja da pravne praznine ne postoje, bez obzira o kojoj teoriji je reč, neprihvatljiva su budući da su one neminovnost – „pravo nikad ne može potpuno da obuhvati život koji je uvek složeniji i brži od prava“.<sup>34</sup> Razlozi su, dakle, dvojaki: (1) pošto su život i stvarnost vrlo *složeni*, zakonopisci ne mogu da obuhvate sve što treba da obuhvate, niti da „*vide* sve što postoji i što mora da se pravno reguliše“; (2) život i stvarnost su pored toga i *dinamični*, pa nije moguće sve *predvideti* što će se vremenom kao novo pojaviti i razviti, te zakonodavac zato ne može ni da to pravno reguliše.<sup>35</sup> Zato što se taj nesklad ne može preduprediti, pravnih praznina nesumnjivo ima i mora ih biti u svakom pravnom poretku. „Da bi jedan pravni poredak bio bez pravnih praznina, morao bi da svaki odnos koji dolazi u pravo sadrži jedan pravni propis, a to je nemoguće, a s druge strane, da pravni poredak bude tako promenljiv da se menja paralelno s promenama života, što bi opet bilo i tehnički nemoguće i nekorisno“.<sup>36</sup> Praznine su neizbežne posebno prilikom velikih kodifikacija, „koje sadrže beskonačno mnogo rešenja povodom svake misli pisaca zakona koji se na njima nisu mogli uvek dovoljno zadržavati da bi razjasnili sve pojedinosti“.<sup>37</sup>

Prema vremenu nastanka praznine se dele na *početne* (primarne), koje nastaju *ab initio* – u vreme donošenja pravnog propisa, i *naknadne* (sekundarne) koje nastaju tek posle donošenja propisa. Prvim je uzrok ljudski nemar, a drugim ljudska nesavršenost.<sup>38</sup> Ma kako zakonodavac i zakonopisci savršeno

---

32 D. Mitrović, op. cit., str. 301.

33 Radomir Lukić, Metodologija prava, Beograd, 1983, str. 126.

34 D. Mitrović, op. cit., str. 301.

35 R. Lukić, Teorija ..., 265.

36 R. Lukić, Teorija ..., str. 265.

37 Ž. Spasojević, op. cit., str. 15.

38 D. Mitrović, op. cit., str. 301.

radili, zakon ostaje produkt jedne naročite veštine – zakonodavne tehnike, i „kao takav on je samo jedna aproksimacija onoga što u stvari postoji, ali nikad prava slika realnosti“ (Ž. Spasojević, *O jurisprudenciji*, Arhiv, 1912).

Prema obimu pravne neregulisanosti društvenih odnosa, pravne praznine mogu biti *prave* i *neprave*. *Prave* praznine nastaju u slučaju kad je neki društveni odnos regulisan opštom pravnom normom ali neki njegov sastavni deo nije regulisan. *Neprave* pak postoje kad čitava oblast nije regulisana opštim normama pa se nesmetano mogu primenjivati norme kojima se regulišu neke druge oblasti.<sup>39</sup>

U pravnoj teoriji se različito interpretira kako se popunjavaju pravne praznine. Ipak, većina je saglasna u jednom: pravne praznine se popunjavaju naknadno, i to pojedinačnim pravnim normama. Jedni smatraju da se popunjavanje pravnih praznina vrši tako što se sud ili drugi organ oslanja na sudsku ili drugu pravnu praksu, pravnu nauku, običaje, moralna shvatanja, itd.<sup>40</sup> Drugi pak preciziraju načine popunjavanja pravnih praznina uočavajući da sudu, državnom organu ili kome drugom ovlašćenom na primenu prava, za popunjavanje pravnih praznina stoje na raspolaganju: (1) analogija (ili *argumentum a contrario*), (2) običajno pravo i (3) samostalno stvaranje pravne norme – upravo po navedenom redosledu.<sup>41</sup> Kao kriterijum za ovakvu klasifikaciju načina popunjavanja pravnih praznina naziru se pravni izvori – zakon, običaj i precedent.

## 2. Dopuštenost analogije u tumačenju krivičnog zakona

### 2.1. Načelo legaliteta – limit za primenu analogije u krivičnom pravu

Analogija se više primenjuje u onim pravnim oblastima koje su manje izgrađene (npr. u oblasti upotrebe kompjutera, zaštite potrošača i sl.), a ima i grana zakonodavstva u kojima je posve iz drugih razloga zabranjena njena primena, poput krivičnog zakonodavstva. Za razliku od drugih grana prava, primena analogije kao oblika logičkog tumačenja krivičnopravnih normi „svedena je na najmanju meru“,<sup>42</sup> zbog važenja načela legaliteta: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. U krivičnom materijalnom pravu načelo legaliteta je neprikosnoveno – ono određuje granice tumačenja krivičnog zakona uopšte, pa i logičkog tumačenja pomoću argumenta analogije.

---

39 Ibidem.

40 Ibidem.

41 R. Lukić, *Teorija ...*, str. 266.

42 N. Srnzetić, A. Stajić, Lj. Lazarević, *Krivično pravo – Opšti deo*, Beograd, 1978, str. 106.

Za razumevanje na koji način i u kom obimu je načelo legaliteta prepreka za primenu analogije u materijalnom krivičnom pravu, potrebno je ukazati na njegovo dejstvo uopšte i njegov uticaj na određivanje granica tumačenja krivičnopravnih normi.

Načelo legaliteta ima višestruko dejstvo, a ogleda se u sledećem: (1) samo zakon može biti izvor krivičnog prava (*nullum crimen sine lege scripta*), čime se isključuje primena običajnog prava; (2) isključeno je stvaranje novih inkriminacija putem analogije (*nullum crimen sine lege stricta*); (3) merodavan je samo zakon koji važi u vreme izvršenja krivičnog dela: *nullum crimen, nulla poena sine lege* (ovaj zahtev se još u teoriji označava kao princip zabrane retroaktivnog dejstva krivičnog zakona - *nullum crimen sine lege praevia*); (4) opisi bića krivičnih dela u zakonskim normama moraju biti jasni i precizni.<sup>43</sup> Ovako shvaćeno načelo zakonitosti osigurava garantivnu funkciju krivičnog prava – zaštitu sloboda i prava čoveka.

Svojim dejstvom načelo legaliteta određuje i granice tumačenja krivičnih normi. Najpre, zbog važenja ovog načela posebno je izražen zahtev da je zakonski tekst početak i osnov svakog tumačenja. *Vernost zakonskom tekstu* dovodi tumačenje do pravog smisla i granica zakona – što više ga poštovati, a što manje se udaljavati od njega. Međutim, pošto bi potpuno robovanje tekstu zakona otežalo osavremenjavanje zakona u sudskoj praksi i zanemarilo bi značenje konstantnih društvenih promena, u krivičnopravnoj nauci prevladava zalaganje za slobodnijim utvrđivanjem smisla zakona. Razume se da je sam tekst granica tumačenju u smislu da sprečava stav koji bi u biti bio suprotan onome što znače same reči zakonskog teksta.<sup>44</sup> Sledeća specifičnost tumačenja inkriminacija vezana je za osnovnu funkciju krivičnog prava – zaštitu određenih vrednosti, koja se ne sme gubiti iz vida pri svakom tumačenju. *Utvrđivanje zaštitnog objekta* temeljna je pretpostavka za ispravno tumačenje krivičnog zakona. Otkrivanjem objekta zaštite saznajemo šta hoće zakonodavac da zaštiti nekom krivičnom normom, šta je njen cilj. Tom spoznajom objekta zaštite, postaje jasan pravi smisao i značenje norme koja se tumači. Otuda je ovo tumačenje prema objektu zaštite osobena odlika teleološkog tumačenja u krivičnom pravu. Pored objekta, za tumačenje krivičnog zakona značajan je i *obim krivičnopravne zaštite*. Fragmentarni, parcijalni karakter krivičnopravne zaštite određuje granice do kojih se može ići u tumačenju: za utvrđivanje pravog smisla norme mora se znati u kom obimu norma koja se tumači pruža zaštitu

---

43 Cf. Franjo Bačić, *Krivično pravo – Opšti dio*, Zagreb, 1978, str. 100; Zoran Stojanović, *Krivično pravo – Opšti deo*, Beograd, 2004, str. 40.

44 Franjo Bačić, *op. cit.*, str. 105.



nekom dobru (zaštićeno dobro ne uživa krivičnopravnu zaštitu od svih napada već samo nekih, po pravilu najtežih). Za utvrđivanje odnosa između zakonskih bića pojedinih krivičnih dela, naročito međusobno bliskih, značajna je i *visina zaprećene kazne*. Na kraju, zabranjeno je svako tumačenje protivno suštini i svrsi načela legaliteta u krivičnom pravu, kao garantu pravne sigurnosti pri tumačenju krivičnog zakona.

Izneto tumačenje granica primene analogije dominira savremenim krivičnim zakonodavstvima, a ako se uzmu u obzir opšti istorijski razvoj krivičnog prava i pojedinačna rešenja u uporednom pravu, može se zaključiti da zakonodavci po tom pitanju imaju ili su imali različite stavove: (1) da je analogija *izričito zabranjena*, ali je ovakav zakonodavni postupak veoma redak; (2) da nema izričite zabrane nego se *propisuje načelo legaliteta*, pa iz propisane sadržine i dikcije norme o ovom neprikosnovenom načelu proizlazi da je analogija zabranjena; (3) da se unošenjem tzv. generalnih klauzula u dispoziciju krivičnopravne norme u pojedinim odredbama predviđa analogija *intra legem*; (4) da zakonsku ili pravnu analogiju ili obe zajedno, dotično zakonodavstvo poznaje kao *opšti pravni institut*.<sup>45</sup>

## 2.2. Opravdanje i polje važenja zabrane analogije u krivičnom materijalnom pravu

Krivičnopravnim propisima se štite najvažnija dobra ljudi i za njihovo kršenje propisuju najteže sankcije, pa se neprikosnoveno važenje principa zakonitosti javlja kao nužno za osiguranje pravne sigurnosti građana.<sup>46</sup> To je i osnovni razlog da se zabrani analogija u krivičnom pravu, kao sredstvo stvaranja novih krivičnih dela, pošto je direktno suprotna smislu i funkciji ovog osnovnog principa krivičnog prava. I u našem krivičnom pravu takva analogija je zabranjena. Nije dopušteno da sud kvalifikuje kao krivično delo neku radnju ako u krivičnom zakonu nije predviđena kao krivično delo iako je slična nekom zakonom predviđenom krivičnom delu. Takva zabrana nije izričito propisana ali proizlazi iz odredbe čl. 1. KZS<sup>47</sup> o načelu legaliteta: „Nikome ne može biti izrečena kazna ili druga krivična sankcija za delo koje pre nego što je učinjeno zakonom nije bilo određeno kao krivično delo, niti mu se može izreći kazna ili druga krivična sankcija koja zakonom nije bila propisana pre nego što je krivično delo učinjeno“. Princip legaliteta podignut je na rang ustavnog načela

---

45 Cf. Stanko Pihler, Analogija u krivičnom pravu, Anali, br. 1-2/1971, str. 152.

46 Uporedi: R. Lukić, Teorija..., str. 272.

47 Krivični zakon Srbije (Sl. glasnik RS, br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012 i 104/2013).

i važi za sva kažnjiva dela, a regulisan je u odredbama o *pravu na pravnu sigurnost u kaznenom pravu* (čl. 34. st. 1. Ustava<sup>48</sup>). Iz garancije da nema krivičnog dela ni kazne bez zakona, koja se označava kao princip određenosti dela i kazne u zakonu, primenom pravila *argumentum a contrario*, kao oblika logičkog tumačenja, zaključuje se da krivično delo i kazna ne mogu biti određeni normom izvan zakona, što znači ni normom nastalom u postupku stvaranja prava primenom analogije. *Zabranjena je, dakle, ona analogija kojom se stvaraju nova krivična dela*: ne može se kvalifikovati kao krivično delo neko ponašanje čoveka, ma koliko bilo društveno opasno i štetno, ako zakonom nije predviđeno kao krivično delo. Takva analogija se isključuje iz krivičnog prava kao direktno suprotna načelu legaliteta jer stvara pravnu nesigurnost i omogućava samovolju, arbitrnost i zloupotrebe od strane sudskih organa. Upravo zaštita sloboda i prava čoveka od svake proizvoljnosti i mogućih zloupotreba od strane suda, predstavlja odlučujući motiv za zabranu analogije kojom se stvara novo krivično delo, makar ono bilo i slično s nekim od zakonom predviđenih. Ukratko rečeno, značenje i funkcija načela legaliteta determinišu obim važenja, granice i zabranjenu zonu analogije u krivičnom pravu.

Zabrana analogije u krivičnom pravu nije sama sebi cilj, pa stoga ne predstavlja apsolutnu zabranu. Ta zabrana služi da se preduprede i onemoguće arbitrnost i zloupotrebe kojima se ugrožavaju slobode i prava čoveka. Analogija u krivičnom pravu samo ne sme da bude sredstvo kojim će se dovesti u pitanje zakonitost rada sudova, pravna sigurnost i ustavom i međunarodnim dokumentima garantovane slobode i prava čoveka, i to u granicama koje osigurava načelo legaliteta. Time su postavljene granice zabranjene analogije u krivičnom pravu.

Polazeći od ovako određene svrhe i granica zabrane analogije, u krivičnopravnoj književnosti se smatra da zabrana obuhvata naročito:

- zabranu one analogije kojom se stvara novo krivično delo primenom krivičnih propisa kojima se reguliše najbliži slučaj (npr. kad bi neko ponašanje koje u zakonu nije predviđeno kao krivično, sud kvalifikovao kao krivično delo primenom one zakonske odredbe kojom je neko sasvim slično ponašanje inkriminisano kao krivično delo);
- zabranu da se analogijom stvaraju novi kvalifikovani oblici nekog osnovnog krivičnog dela (npr. proglašavanjem neke okolnosti kvalifikatornom, a koja kao takva nije previđena kod tog krivičnog dela ali je ista ili slična sa nekom kvalifikatornom okolnošću predviđenom kod nekog drugog sličnog ili srodnog krivičnog dela;

---

48 Ustav Republike Srbije (Sl. glasnik RS, br. 98/2006).

- zabranu da se tumačenjem po analogiji kazna pooštri; i
- zabranu pravne analogije, tj zabranu da se krivično delo ili kazna stvori pojedinačnom pravnom normom na osnovu opštih principa krivičnog zakonodavstva ili duha čitavog pravnog poretka.<sup>49</sup> U svim ovim slučajevima primenom analogije zakon se menja i dopunjava na štetu okrivljenog, što je u direktnoj suprotnosti sa načelom zakonitosti u krivičnom pravu, pa se zato ti slučajevi nalaze u zoni zabranjene analogije.

U prve tri pomenute situacije očigledno je reč o zakonskoj analogiji koja je zabranjena, pa bi se moglo zaključiti da je u savremenom krivičnom pravu *pravna analogija uvek zabranjena* pošto je direktno suprotna načelu legaliteta, a *primena zakonske analogije se ne isključuje* izvan zabranjene zone, determinisane istim ovim načelom.

Danas se pravna analogija smatra nedopuštenom, ali ni ta zabrana nije apsolutna ni univerzalna. U istoriji krivičnog zakonodavstva poznato je da je Nemačka u jednom periodu svog pravnog razvitka izričito propisivala u svom krivičnom zakonodavstvu i mogućnost primene pravne analogije. U vreme fašističke nemačke države u njenom krivičnom zakonodavstvu bila je dozvoljena i zakonska i pravna analogija. Pravna analogija uvedena je 1935. godine donošenjem Zakona o izmenama Krivičnog zakonika. Odredbama § 2 ovog krivičnog kodeksa predviđeno je da će se kazniti svako ko učini delo koje je zakon proglasio kažnjivim ili koje prema *osnovnom duhu* nekog krivičnog zakona i *zdravom shvatanju naroda* zaslužuje kaznu. „Osnovni duh zakona“ i „zdravo narodno shvatanje“ su veoma široki pojmovi pod koje je mogla da se podvede svaka radnja koja je na bilo koji način ugrožavala nacionalsocijalistički poredak, što je sudovima i administrativnim organima dalo određene ruke u određivanju kažnjivih dela. Reakcija na ovakvo rešenje bila je veoma oštra tako da je ovo pitanje došlo pred najviši međunarodni forum, pa je Stalni sud međunarodne pravde ovu nemačku novelu krivičnog zakonika odbacio kao zakonsko rešenje.<sup>50</sup>

### 2.3. Analogija intra legem

Izvan granica polja zabranjene analogije koje su, kao što smo objasnili, određene načelom legaliteta, i u krivičnom zakonodavstvu dopušteno je tumačenje pomoću analogije kao sredstva logičkog tumačenja.

---

49 F. Bačić, op. cit., str. 111. i 112; uporedi: N. Srnzetić, A. Stajić, Lj. Lazarević, Krivično pravo – Opšti deo, Beograd, 1978, str. 106.

50 Opširnije: S. Pihler, Analogija u krivičnom pravu, Anali, br. 1-2/1971, str. 152.

U krivičnopravnoj teoriji dopuštenom se smatra „analogija kao način tumačenja zakona“ kojim se na osnovu sličnosti rešava konkretan slučaj u okviru zakona (*intra legem*). Ova analogija postoji onda kada zakonodavac u konkretnoj normi krivičnog zakona precizno ne predvidi sve situacije u kojima se ta norma ima direktno primenjivati već ostavlja normu otvorenom i izričito upućuje da se na isti način kao u zakonom određenoj situaciji ima primenjivati norma i na slične situacije ali koje zakonom nisu precizno određene. Ima mišljenja da je ovakva analogija bliska ekstenzivnom tumačenju, ali s njim nije istovetna, a „nalazi se na prelazu od ekstenzivnog tumačenja jednog postojećeg zakonskog teksta ka analogiji kojom se stvara pravo“.<sup>51</sup> Tako se u krivičnopravnoj teoriji, pored zakonske i pravne analogije, dodaje i treći oblik tumačenja prava putem analogije – analogija *intra legem*.<sup>52</sup>

Opšteprihvaćeno je stanovište da analogiji ima mesta u krivičnom pravu u svim slučajevima kad sam zakon upućuje na argument sličnosti, na okolnosti, ponašanja i situacije koje su slične onima opisanim u biću krivičnog dela. U tim slučajevima bića krivičnih dela određena su u zakonu pomoću tzv. *generalne klauzule*. Za označavanje sličnosti, u dispoziciji norme koristi se izraz „drugi“ za opis radnje krivičnog dela, sredstva ili objekta radnje i sl., sa značenjem istovetan ili sličan. Primera radi, kod krivičnog dela otmice radnja ovog dela određena je egzemplarnim navođenjem i upućivanjem na analogiju: „ko silom, pretnjom, obmanom ili na drugi način odvede ili zadrži neko lice“ (čl. 134. KZS). U Posebnom delu Krivičnog zakonika, kao tzv. generalna klauzula veoma često je korišćena sintagma „na drugi način“ (čak kod 52 krivična dela) ili „na drugi sličan način“, a u upotrebi su još sintagme kojima se precizira na koji se segment sličnosti načina izvršenja dela misli: „na drugi protivpravan način“, na „drugi nedozvoljen“, „drugi odgovarajući“ ili „drugi prevaran“ način itd.

Iako su upotrebljene generalne klauzule prilično široke, konstrukcije dispozicije krivične norme ne dopuštaju da se bilo koja delatnost, naročito ne neodgovarajuća, podvede pod zakonsko biće krivičnog dela. Najpre, navođenjem više pojmova kojima se određuje opis dela u samoj normi koja se tumači, s kojima nove situacije moraju biti slične, određuju se polje sličnosti i granice u kojima tumač može tražiti smisao i značenje te krivičnopravne norme. Pored toga, svaka od tih delatnosti mora odgovarati i svim ostalim elementima bića krivičnog dela koje se tumači. Iz rečenog sledi da je tumač dvostruko ograničen: s jedne strane u samoj normi navedeni su *pojmovi koji određuju*

---

51 N. Srnzetić, A. Stajić, Lj. Lazarević, op. cit., str. 106.

52 Vidi: Stanko Pihler, Proces primene analogije u krivičnom pravu, Naša zakonitost, br. 9/1970, str. 673- 678.

granice sličnosti, a s druge strane, ta nova slična delatnost mora odgovarati i svim ostalim elementima posebnog bića krivičnog dela koje se tumači. I pored svoje opštosti, dakle, ovakve formule isključuju mogućnost da se pod biće krivičnog dela koje je pomoću njih određeno, podvedu situacije koje bi imale sadržaj koji ne odgovara smislu i značenju inkriminacije koja se tumači. Time su dovoljno čvrsto određene granice tumačenja koje osiguravaju da se prilikom iznalaženja pravog smisla krivičnopravne norme ne iziđe izvan zakonskog teksta neopravdano široko.

Ovakve zakonske konstrukcije dispozicije krivičnopravne norme pomoću tzv. generalne klauzule korišćene su i u Opštem delu KZS. Tako, kod skrivljene neuračunljivosti (*akciones libere in causa*), prilikom određivanja kako se neko može dovesti u stanje u kojem ne može da shvati značaj svog dela ili da upravlja svojim postupcima, u zakonu je navedeno: „upotrebom alkohola, droga ili na drugi način“ (čl. 20. KZS). Upućivanja na argument sličnosti ima i u odredbama o drugim opštim institutima krivičnog prava, na primer: kod odgovornosti urednika – „drugo javno glasilo“ (čl. 38. KZS); kod odgovornosti za dela učinjena auditivnim i video sredstvima – kad odgovara proizvođač tih „ili sličnih sredstava namenjenih širem krugu lica“ (čl. 39. KZS); kod uslovnog otpusta – „druge okolnosti“ koje pokazuju da je postignuta svrha kažnjavanja, odnosno koje ukazuju na opravdanost opozivanja uslovnog otpusta (čl. 46. i 47. KZS); kod opštih pravila o odmeravanju kazne – „i druge okolnosti koje se odnose na ličnost učinio-ca“ (čl. 54. KZS), itd. Takvih zakonskih formula koje upućuju na primenu analogije u Opštem delu Krivičnog zakonika ima u odredbama dvadeset pet članova. U kojoj meri se tzv. generalna klauzula koristi u Opštem delu KZS možda najbolje odslikavaju odredbe čl. 112. KZS u kojima su data značenja upotrebljenih zakonskih izraza – od tridesetak stavova ovog člana, kojima se po pravilu definišu korišćeni pojmovi, u jednoj trećini je upotrebljen pojam „drugi“ sa značenjem „sličan“ ili „istovetan“. Ovi kvantitativni podaci pokazuju da se ne može zanemariti kvantum upućivanja na analogiju *intra legem* u zakonskim definicijama opštih krivičnopravnih instituta i da je ima u opštem, a ne samo u posebnom delu KZS, kako se to uobičajeno navodi u krivičnopravnoj literaturi.

I kod opštih instituta se u dispoziciji sa tzv. generalnom klauzulom po pravilu navodi više pojmova s kojima nova situacija mora biti slična. Navedeni pojmovi pomažu tumaču da odredi pravo značenje norme, ali istovremeno određuju granice sličnosti. Izvan sličnosti s tim pojmovima norma se ne može tumačiti, čime se značenje klauzule sužava i ujedno određuje dozvoljeni obim primene analogije *intra legem*.

Bez obzira da li je reč o zakonskom definisanju opštih instituta krivičnog prava ili o zakonskom opisu posebnih bića krivičnih dela, zakonske konstrukcije

pomoću tzv. generalnih klauzula po pravilu dovoljno precizno određuju značenje krivičnopravne norme i ujedno obim primene ove vrste analogije. Na taj način je omogućeno da se krivičnim normama obuhvate raznolike i mnogobrojne situacije iz života i sve ono novo što nastane, a treba da podleže krivičnim propisima, a s druge strane da dovoljno određeno izražavaju sadržaj i značenje norme koja se tumači. Međutim, problem nastaje onda kad nije precizno formulisana ni sama dispozicija norme na koju generalna klauzula treba da se naslanja. Osim što sama po sebi ne bi bila dovoljno precizna, dispozicija postaje još nepreciznija zakonskim upućivanjem na slične situacije. Zbog te opasnosti, može se postaviti pitanje da li takva određenost dela i kazne ne protivreče načelu legaliteta.

Što je krivičnopravna norma nepreciznija sve smo bliži primeni analogije kao metodu stvaranja, a ne tumačenja prava, a sve dalje od garancija koje pruža načelo legaliteta. Zato se u krivičnopravnoj literaturi s pravom insistira da krivična dela moraju biti jasna, precizna i što više konkretna, kako bi se međusobno razlikovala i kako bi odgovarala načelu legaliteta. Međutim, određeni nivo opštosti normi je nužan zbog složenosti života i dinamičnog razvoja društva. To su dva suprotstavljena zahteva koja se postavljaju pred zakonodavca, koji za sobom povlače i dve međusobno suprotne opasnosti. Insistiranje na preciznosti i konkretnosti norme može odvesti zakonodavca u nepreglednu kazuistiku, a da se opet ne obuhvate sve situacije koje treba podvesti pod krivične propise. Nasuprot tome, preterano insistiranje na opštosti norme, kako bi se obuhvatilo bogatstvo životnih situacija koje postoje ili će tek nastati, stvara opasnost da krivičnopravne norme postanu u tolikoj meri apstraktne da se ne vidi njihov pravi smisao. Ova druga opasnost upravo je izražena kod tumačenja po analogiji na koju sam zakon upućuje: jednovremenom upotrebom „kaučuk pojmova“ za opis dela i tzv. generalne klauzule, koja prilikom iznalaženja značenja treba da se na njih osloni, nastala bi opasnost od stvaranja „kaučuk paragrafa“ zbog čijeg bi se visokog nivoa opštosti moglo zaključiti da takva zakonska konstrukcija ne zadovoljava zahtev određenosti dela u zakonu. Otuda su te neprecizne, nejasne i preširoko određene dispozicije u direktnoj suprotnosti s načelom legaliteta u krivičnom pravu.

U vezi s neodređenošću dela u zakonu, nastaloj zbog nepreciznih, nejasnih i suviše apstraktnih normi u krivičnom zakonodavstvu, može se postaviti pitanje postoji li kakva pravna zaštita od takvih zakonodavčevih postupaka. To pitanje su još odavno postavili naši krivičnopravni teoretičari i ujedno izrazili očekivanje da će proces dalje demokratizacije krivičnog prava dovesti da se i ovoj komponenti načela legaliteta osigura zaštita pred ustavnim sudom.<sup>53</sup>

---

53 F. Bačić, op. cit., str. 101.

Ukoliko je o ovom drugom slučaju reč, može se tumačiti da je zbog neodređenosti dela i kazne u zakonu direktno povređeno načelo legaliteta, predviđeno krivičnopravnim i ustavnim odredbama. U Ustavu je ovo neprikosnoveno načelo krivičnog prava regulisano u odeljku o *ljudskim pravima i slobodama*, odredbama člana 34. kojima se proklamuju garancije *prava na pravnu sigurnost*: „Niko se ne može oglasiti krivim za delo koje, pre nego što je učinjeno, zakonom ili drugim propisom zasnovanim na zakonu nije bilo predviđeno kao kažnjivo, niti mu se može izreći kazna koja za to delo nije bila predviđena“ (st. 1); „Krivična dela i krivične sankcije određuju se zakonom“ (st. 2). Otuda se može tumačiti da je neodređenost dela i kazne zbog neprecizne, nejasne ili posve apstraktne formulacije nekog posebnog bića krivičnog dela, bez obzira na uzroke pa i kad je tome uzrok zakonsko upućivanje na analogiju, direktno suprotno načelu legaliteta. Takva povreda načela legaliteta predstavljala bi grubo kršenje osnovnog ljudskog prava označenog kao „pravna sigurnost u kaznenom pravu“. I pored očigledne povrede ustavnih normi u takvim slučajevima, ipak se nameće pitanje ima li pravnog puta za ustavnopravnu zaštitu, misli se izvan redovnog postupka za ocenu ustavnosti nekog zakona, pa i krivičnog.

U traganju za odgovorom na ovo pitanje, kao jedino sredstvo došla bi u obzir ustavna žalba. Međutim, ustavna žalba je dopuštena jedino protiv pojedinačnog pravnog akta državnog organa kojim je povređeno ili uskraćeno neko osnovno ljudsko pravo ako su iscrpljena ili uopšte nisu predviđena druga pravna sredstva za njihovu zaštitu (čl. 170. US). Otuda se ustavnom žalbom ne bi mogao pobijati krivični zakon koji pri određivanju nekog posebnog bića krivičnog dela ne zadovoljava zahtev određenosti dela u zakonu, ali bi ona bila moguća ako se krivičnom presudom povredi ustavom garantovano ljudsko pravo vezano za taj zahtev. Takva mogućnost bi mogla nastati u slučaju ako je u krivičnoj presudi primenjena zakonska odredba kojom je posebno biće krivičnog dela nejasno, neprecizno ili apstraktno određeno, ili je takav opis dela nastao primenom analogije *intra legem*, pa se zbog toga može oceniti da je neodređenost dela u toj meri izražena da je u direktnoj suprotnosti s načelom legaliteta, tj. da je povređena odredaba člana 34. stav 1. Ustava, pod daljim uslovom da su protiv takve sudske odluke iscrpljeni svi redovni i vanredni pravni lekovi. Pojednostavljeno rečeno, protiv krivične presude najviše sudske instance kojom je povređeno načelo legaliteta zbog nejasnog i nepreciznog određivanja bića krivičnog dela moguća je ustavna žalba zbog povrede prava na pravnu sigurnost u kaznenom pravu. Ona je moguća protiv krivične presude zbog neodređenosti opisa krivičnog dela, bilo da ta neodređenost postoji u samom zakonu ili je nastala primenom analogije *intra legem*. Tim pre je ustavna žalba dopuštena kad krivični sud primeni zakonsku ili pravnu analogiju (mada se primena ove poslednje ne da zamisliti).

Zbog neodređenosti dela (i kazne) u zakonu može se pokrenuti i postupak pred Evropskim sudom za ljudska prava u Strazburu zbog povrede člana 7. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kojim je garantovano „kaznjavanje samo na osnovu zakona“. I Evropski sud stoji na stanovištu da organ sudske vlasti koji primenjuje krivični zakon ne sme ga tumačiti preširoko, tj. analogijom, izuzev ako takva primena zakona ide u korist okrivljenom, pa zbog toga zakonodavstva država moraju jasno formulisati normu krivičnog zakona i imati odredbe dovoljno predvidive i pristupačne.<sup>54</sup>

#### 2.4. Zakonska analogija u krivičnom pravu

U opštoj istoriji krivičnog zakonodavstva bilo je i zakonodavstava koja su poznavala i eksplicite predviđala primenu zakonske analogije. U tim zakonodavstvima zakonska analogija je bila definisana kao opšti institut krivičnog prava. Mogućnost primene analogije najpre je bila predviđena u Sovjetskom Savezu, nepunu deceniju posle Oktobarske revolucije. U ruskom Krivičnom zakoniku iz 1926. godine (koji je stupio na snagu 01. 01. 1927) analogija je bila formulisana na sledeći način: „Ako neko društveno opasno delo nije direktno predviđeno ovim Zakonikom, onda se osnovi i granice odgovornosti za nj' određuju prema onim članovima Zakonika koji predviđaju najbližnja po vrsti krivična dela“ (čl. 16. KZSRFSR). Iz ovakve zakonske formulacije jasno proizlazi da je bila uvedena zakonska analogija, ali se iz citirane zakonske definicije uočava da je u priličnoj meri njen pojam proširen. Unošenjem u definiciju takve klauzule kojom se dopušta da se na zakonom nepredviđeno krivično delo primene krivični propisi koji se odnose na krivično delo „najbližnje *po vrsti*“, načelno uzev, obim primene zakonske analogije proširen je tako da se približava pravnoj analogiji. Treba reći da se u krivičnom zakonodavstvu Sovjetskog Saveza analogija zadržala prilično dugo, čitave tri decenije. Tek je ukinuta donošenjem Osnova krivičnog zakonodavstva SSSR-a iz 1958. godine.

I jugoslovensko krivično zakonodavstvo, istina u veoma kratkom istorijskom razdoblju, poznavalo je zakonsku analogiju. Krivičnim zakonom FNRJ iz 1948. godine<sup>55</sup> uvedena je analogija kao opšti institut. Teško je reći „koliko su praktične, pravopolitičke potrebe, a koliko uticaji sovjetskog krivičnog zakonodavstva“<sup>56</sup> usloveli njeno uvođenje u naše krivično zakonodavstvo posle Drugog svetskog rata. Uvedena je u poglavlju o krivičnoj odgovornosti, odred-

---

54 Slučaj G v. France, presuda od 27. septembra 1995.

55 Službeni list FNRJ, br. 106/1947, od 13. decembra 1947.

56 S. Pihler, Analogija u krivičnom pravu, Anali, br. 1-2/1971, str. 153.



bama člana 5. st. 3. pomenutog zakona, a formulacija je glasila: „Za ono društveno opasno delo koje, iako nije izričito određeno u zakonu, *po sličnosti svojih obeležja odgovara* krivičnom delu koje je u zakonu izričito određeno, postoji krivična odgovornost. U takvom slučaju osnovi odgovornosti i granice kažnjivosti utvrđuju se po propisima za ono krivično delo prema čijim je obeležjima ustanovljena krivična odgovornost“. Pošto je predviđena analogna primena propisa za najbližije krivično delo, a ne primena onih „zakonskih članova“ koji se odnose na krivično delo „najbližije po vrsti“, očigledno je reč o zakonskoj analogiji. Bila je kratkog veka – postojala je i primenjivala se u sudskoj praksi svega tri godine. Zakonska analogija je ukinuta Krivičnim zakonikom FNRJ iz 1951. godine.

Savremena krivična zakonodavstva izričito ne predviđaju primenu zakonske analogije ali se smatra da zakonska analogija nije totalno zabranjena i da je njena primena ipak moguća u polju tumačenja i primene krivičnih propisa, u granicama određenim načelom legaliteta. Radi pronalaženja nedostajućih rešenja u zakonu, dopuštena je primena zakonske analogije ako to ide u korist okrivljenog, a ne protivreči drugim krivičnim propisima i krivičnopravnim principima. Primera radi, sud se može poslužiti ovakvom analogijom naročito u materiji o isključenju protivpravnosti, pošto ta oblast u većem delu nije dovoljno regulisana.<sup>57</sup>

Za primenu zakonske analogije zalažu se i u drugim krivičnopravnim oblastima. Ima mišljenja da je izuzetno moguće primeniti ovu vrstu analogije kad se tumače zakonske odredbe: (1) o osnovima koji isključuju postojanje krivičnog dela, (2) o osnovima koji isključuju kažnjivost ili služe za odmeravanje kazne, i (3) koje se odnose na sve one okolnosti koje stvaraju povoljnu situaciju za okrivljenog.<sup>58</sup>

### 3. Analogija u krivičnom procesnom pravu

U procesnoj teoriji opšteprihvaćeno je gledište da za krivično procesno zakonodavstvo važe opšta pravila tumačenja bez ikakvih ograničenja u pogledu pojedinih sredstava ili oblika tumačenja. Pre svega, polazi se od istog pojma tumačenja, koje se kao u opštoj teoriji prava shvata kao tumačenje *u užem smislu*, kada se tumače postojeće krivičnoprocesne norme, i tumačenje *u širem smislu*, kada se tumače nepostojeće pravne norme. Učenje teorije prava o metodima, sredstvima i oblicima tumačenja primenjuju se i u krivičnom procesnom pravu. Kod tumačenja postojećih krivičnoprocesnih normi primenjuju se uobičajena

---

57 F. Bačić, op. cit., str. 112.

58 J. Tahović, Komentar krivičnog zakonika, Beograd, 1962, str. 10.

sredstva tumačenja – jezik, logika, sistem prava, istorija i cilj norme. Osnovno značenje norme utvrđuje se jezičkim tumačenjem, a kako jezičko značenje ne mora biti i pravo, koriste se i ostale vrste tumačenja: logičko i sistematsko tumačenje, koja se označavaju kao unutrašnja jer se zasnivaju na elementima samog prava, te istorijsko i ciljno tumačenje, koja se označavaju kao spoljašnja pošto se zasnivaju na sociološkom ispitivanju društvenih okolnosti od uticaja na nastanak pravne norme i njen cilj.

Za krivično procesno zakonodavstvo se smatra da nema previše pravnih praznina ali se one ne isključuju. I popunjavanje pravnih praznina interpretira se istovetno kao u opštoj teoriji prava. Uobičajeno se izlaganje o tumačenju i popunjavanju pravnih praznina vezuje za *analogiju*, razlog suprotnosti (*argumentum a contrario*) i *opšta pravna načela*. Ali, za razliku od krivičnopravne, u krivičnoprocesnoj literaturi su izlaganja o analogiji oskudna i daleko manjeg obima.

Nesporno je u procesnoj literaturi da je analogija kao način popunjavanja pravnih praznina dopuštena u krivičnom procesnom pravu, ali se klasifikacije analogije razlikuju od onih uobičajenih u opštoj teoriji prava. Najpre, sreće se podela na zakonsku i sudsku analogiju.<sup>59</sup> Tumači se da prvopomenuta analogija postoji kad se u samom procesnom zakonu upućuje na njenu primenu, dok se sudska analogija izjednačava sa pojmom analogije uopšte. Među pristalicama ovako shvaćene „zakonske“ analogije različito se interpretira kad ona postoji. Po jednim, zakonska analogija postoji u slučajevima izričito predviđenim u zakonu, a najčešće se ustanovljava formulacijom „shodno će se primeniti“.<sup>60</sup> Drugi pak smatraju da ona samo predstavlja „način pravnog regulisanja istih ili veoma sličnih procesnih situacija“ i da tu, u stvari, pravnih praznina i nema, pa tako shvaćenu analogiju razvrstavaju na potpunu i ograničenu. Kao primer za potpunu analogiju navode odredbe ZKP kojim se propisuje da organ unutrašnjih poslova postupa sa licem lišenim slobode od strane građana na isti način kao da ga je sam lišio slobode: „Organ unutrašnjih poslova postupiće po članu 227. ovog zakonika“ (čl. 230. *in fine* ZKP/2001). Za ograničenu analogiju smatraju da je označena u samom zakonu ili je konkretizuje sam sud, a kao primer navode slučaj kad se u zakonskim odredbama o sumarnom postupku upućuje na shodnu primenu odredaba o opštoj formi postupka (čl. 495. st. 1. ZKP).<sup>61</sup>

Ima i onih pisaca koji ne vrše nikakvu klasifikaciju već prosto govore o primeni analogije u krivičnom procesnom pravu, smatrajući da se u prvom redu

---

59 Vidi: Drago Radulović, *Krivično procesno pravo*, Podgorica, 2002, str. 49; Prof. dr Stanko Bejatović, *krivično procesno pravo*, Beograd, 2015, str. 45; Prof. dr Zagorka Jekić, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2001, str. 20.

60 D. Radulović, *op. cit.*, str. 49.

61 Z. Jekić, *op. cit.*, str. 20.

analogija primenjuje u slučajevima „izrično predviđenim u samom zakonu“, a kao primer navode član zakona u kome se upućuje na shodnu primenu drugih zakonskih odredaba (sadašnji čl. 584. st. 4. ZKP), kao i u slučajevima postojanja pravnih praznina.<sup>62</sup>

Ako se izneta shvatanja iz procesne literature dovedu u vezu sa poimanjem analogije u opštoj teoriji prava, može se zaključiti da je u krivičnom procesnom pravu dopuštena i zakonska i pravna analogija. Stoga treba tumačiti da zakonska analogija postoji kad se na jednu procesnu situaciju koja nije regulisana zakonom primenjuje norma koja važi za njoj bitno sličnu ali zakonom predviđenu situaciju, upravo na osnovu te sličnosti. Pravna analogija bi postojala kad bi se na zakonom neregulisanu procesnu situaciju, tj. na pravnu prazninu, primenilo neko opšte pravno načelo, izvedeno iz više normi jednog ili više pravnih izvora (*analogia partialis*) ili iz čitavog pravnog sistema, iz „duha“ celokupnog prava (*analogia totalis*).

I pored toga što nije zabranjena, teško se može zamisliti da u procesnom pravu nastane potreba za pravnom analogijom. Nezamisliva je, naime, toliko gruba greška ili previd zakonodavca da se neregulisana procesna situacija ne može podvesti ni pod koju zakonsku odredbu na osnovu argumenta analogije. To bi značilo da u odnosu na pravnu prazninu nijedna slična procesna situacija nije propisana zakonom, pa se mora iz „duha“ pravnog sistema izvesti neko pravno načelo koje treba primeniti na neregulisanu procesnu situaciju. Mnogo je veća verovatnoća da nastane slučaj u kome se primenjuje zakonska analogija. Zbog čestih izmena procesnog kodeksa, žurbe pri donošenju zakona ili nepažljivog formulisanja i redakcije teksta, naročito prilikom izrade potpuno novog kodeksa kojim se zadire u prirodu i strukturalne elemente krivičnog postupka, mogu nastati *neodredene i besmislene norme*, pa i same *pravne praznine*. Ako se ima u vidu i iskustvo pri noveliranju srpskog krivičnog procesnog zakonodavstva, tim uzrocima koji izazivaju povećanu potrebu za tumačenjem u užem i širem smislu, treba još dodati *nedovoljno poznavanje nomotetike, korišćenje neadekvatne zakonske leksike, potpuno izostavljanje redakcije zakonskog teksta i nezamislivu žurbu* da se tekst procesnog zakona izradi i usvoji u parlamentu. Otuda i povećana potreba za tumačenjem uopšte, što podrazumeva i tumačenje u širem smislu pomoću analogije.

Nastale neodredene norme uobičajeno se ispravljaju jezičkim tumačenjem, bilo da se iznalazi normalno, usko ili šire značenje, a tzv. besmislene norme i ostalim vrstama tumačenja prava u užem smislu. Nasuprot njima, moguće pravne praznine i pojedine besmislene norme ispravljaju se i primenom

---

62 Dr Tihomir Vasiljević, Krivično procesno pravo SFRJ, Beograd, 1981, str. 32. i 33.

zakonske analogije. U teoriji prava se besmislenim normama smatraju one norme čiji su unutrašnji elementi međusobno protivrečni (unutrašnja protivrečnost), kao i norme međusobno protivrečne (spoljašnja protivrečnost), koje zbog toga nemaju jezičko značenje. Ako se radi o ovoj prvoj vrsti besmislenih normi, a ustanovi se da takva procesna norma nije posledica očigledne omaške, ili da se i pored utvrđene omaške ne može utvrditi njeno jezičko značenje, u tom slučaju se norma smatra nepostojećom, a procesna situacija na koju se odnosi pravnom prazninom. Kad nastanu dve protivrečne procesne norme, tj. kad je reč o spoljašnjoj protivrečnosti, moguće je utvrditi da jedna postoji, a druga, njoj protivrečna da ne važi, ili da obe postoje ali da jedna predstavlja izuzetak u odnosu na drugu, ili da nijedna od njih ne može da važi već da postoji pravna praznina.<sup>63</sup> U svim slučajevima, dakle, kad nastane ili se ima smatrati da postoji pravna praznina, mogu se primenjivati uobičajena sredstva za njihovo popunjavanje, pa i analogija. S obzirom da se u opisanim slučajevima pravne praznine nastale zbog protivrečnosti u jednoj konkretnoj normi ili između dve pojedinačne norme, što ukazuje da je reč o situacijama koje su bile uređene ili se mogu urediti pojedinačnom procesnom normom, smisleno je zaključiti da se radi o pravnim prazninama koje se mogu popuniti zakonskom analogijom.

Inače, prilikom utvrđivanja da li postoje pravne praznine u procesnom zakonodavstvu, treba biti obazriv. Treba razlikovati praznine nastale propustom zakonodavca, tj. slučajne praznine, od onih koje su nastale svesno. Zato je za primenu analogije neophodno da se sa sigurnošću utvrdi da je u pitanju slučajna pravna praznina, a ne namerno izostavljanje da se reguliše neka procesna situacija ili kakav procesni institut ili neki njegov segment, pošto analogiji nema mesta ako je nešto svesno isključeno ili je obim primene neke norme svesno ograničen. Delotvornu pomoć za rešavanje ovog pitanja može pružiti uzimanje u obzir celog sistema zakona (tj. sistematsko tumačenje) i načela na kojima je izgrađen dotični procesni institut, krivični postupak u celini ili neki njegov strukturalni element. U vezi sa utvrđivanjem postojanja pravnih praznina treba još reći da tamo gde nema mesta ekstenzivnom tumačenju, kod kojeg se uzima najšire značenje upotrebljenih pojmova, tim pre nema mesta analogiji kod koje se izlazi izvan jezičkog značenja zakonskog teksta.

U opštoj teoriji prava smatra se da je analogija jedno sredstvo ciljnog tumačenja, te je za njenu primenu potrebno da postoji bitna sličnost između situacije koja predstavlja pravnu prazninu i one zakonom regulisane pod čiju normu se pravna praznina podvodi. Ta sličnost normativnih ciljeva (*ratio legis*) bitna je i za primenu zakonske analogije u krivičnom procesnom pravu. Primena

---

63 Opširnije o besmislenim i nejasnim normama vidi: D. Mitrović, op. cit., str. 316.

analogije ograničena je i objektivnim ciljevima krivičnog postupka, a mora biti u skladu i sa osnovnim načelima na kojima je izgrađen i uređen krivični postupak.<sup>64</sup>

Pored pravne analogije koja nije zabranjena ali je teško zamisliti da može nastati potreba za njom i zakonske analogije koja je moguća i ima joj mesta kao u svim drugim granama prava, u krivičnom procesnom pravu ipak je najčešća tzv. *analogia intra legem*. Reč je o analogiji na koju se upućuje u samom zakonskom tekstu, korišćenjem tzv. generalnih klauzula, o čemu je bilo reči u izlaganju o analogiji u materijalnom krivičnom pravu. Za upućivanje na argument sličnosti u procesnom zakoniku koriste se skoro iste formulacije generalnih klauzula kao u Krivičnom zakoniku, a najviše „i drugi“, „ili drugi slični“, itd., sa značenjem sličan ili istovetan. Upotrebljavaju se takođe i izrazi pomoću kojih se bliže određuje sličnost između zakonom pomenutih procesnih situacija i one zakonom nepredviđene na koju treba rasprostrti važenje jedne iste norme, kao što su: „ili *drugim* sredstvom“ – kod podnošenja krivične prijave (čl. 281. st. 1. ZKP); „i *drugi organ*“ – prilikom određivanja subjekata dužnih da poštuju pretpostavku nevinosti (čl. 3. st. 2. ZKP) ili određivanja obazrivog postupanja kod prikupljanja obaveštenja (čl. 282. st. 6.); „i *drugih očiglednih* pogrešaka u pisanju“ – kod ispravljanja zapisnika (čl. 240. st. 3. ZKP), itd. Ove generalne klauzule se skoro u istom, istina ne velikom, broju upotrebljavaju u opštem delu procesnog zakonika koliko u odredbama o toku krivičnog postupka.

I u procesnoj normi se redovno upotrebljava više izričito navedenih pojmova s kojima nova, eksplicite u zakonu nepredviđena situacija mora biti slična. To pomaže tumaču da iznađe pravo značenje norme, ali se time istovremeno određuju granice sličnosti, tj. dozvoljeni obim primene analogije *intra legem*.

U procesnom kodeksu se upotrebljava još jedna klauzula, pored već pomenutih, koje nema u Krivičnom zakoniku. Reč je o upućivanju na *shodnu primenu odredaba* procesnog zakonika. Tako je predviđeno: „odredbe o izuzeću sudija i sudija porotnika *shodno će se primenjivati i na javne tužioce*“ (čl. 42. st. 1. ZKP); odredbe „koje se odnose na veštake *shodno se primenjuju na tumače*“ (čl. 87. st. 4. ZKP); itd. Zakonska formula „shodno će se primeniti“ ima značenje da će se zakonske odredbe primeniti na sličan, odgovarajući način. Ukupno se u procesnom zakoniku dvadeset tri puta upućuje na „shodnu primenu“, od toga trinaest puta u opštim odredbama, a deset puta u odredbama o toku krivičnog postupka.

I ovde je reč o analogiji *intra legem* jer se u samom zakonu upućuje da će se odredbe koje važe za jedan procesni institut, procesni subjekt ili procesnu radnju, ili za formu postupka, ili samo za neku procesnu situaciju ili okolnost, – primeniti na njima sličan pomenuti procesni pojam, i to u granicama te sličnosti.

---

64 T. Vasiljević, op. cit., str. 33.

Upućuje se dakle na argument sličnosti: iz istih razloga zbog kojih odredbe zakona važe za jedan zakonski uređen procesni pojam, one treba da važe i za drugi, njima sličan ili istovetan. Tumač najpre treba da utvrdi elemente sličnosti između zakonom uređenog procesnog pojma i onog na koji treba shodno primeniti odredbe kojima je uređen ovaj prvi. Time se ne iscrpljuje njegov zadatak pošto nakon utvrđivanja sličnosti ne može, kao kod ostalih generalnih klauzula, da odmah primeni normu koja se tumači. Razlog tome je što se po pravilu kod ove generalne klauzule upućuje na shodnu primenu ne jedne nego većeg broja zakonskih odredaba, što stvara problem pošto nije uvek moguća primena svake od tih odredaba, pa je zadatak tumača *da ustanovi koje se od njih, u kom obimu i na koji način mogu primenjivati*, saobrazno smislu i cilju tih zakonskih normi. Primera radi, na izuzeće veštaka shodno se primenjuju odredbe o izuzeću sudije (čl. 42. ZKP). Među zakonskim osnovima za izuzeće sudija ima onih koji se mogu primeniti na veštaka (npr. odgovarajući stepen krvnog srodstva i dr.) ali i onih koji se ne mogu primeniti, kao što je učešće sudije u donošenju meritorne odluke koja se pobija žalbom (čl. 37. st. 1. tač. 4. ZKP). Jasno je da veštak ne vrši sudsku funkciju i zato ne može učestvovati u donošenju sudskih odluka, pa se iz tog razloga osnov za izuzeće sudija koji se tiče donošenja sudskih odluka niukom slučaju, po logici stvari, ne može primeniti na veštaka.

Ima mišljenja da je upućivanje na shodnu primenu odredaba koje je predviđeno u samom zakonu, samo „osobena pravna tehnika“ prilikom zakonskog regulisanja upotrebom upućujućih pravnih normi, a ne vid tzv. zakonske analogije.<sup>65</sup> Gledište se može prihvatiti samo u slučaju kad se norma na koju zakon upućuje, doslovno i u potpunosti primenjuje na neregulisanu procesnu situaciju ili procesni institut. U suprotnom, kad se na neregulisanu procesnu situaciju, odnosno procesni institut ne može doslovno i u celosti primeniti norma na koju sam zakon upućuje, pa zbog toga deo te procesne situacije ili procesnog instituta i dalje ostane neregulisan, u tom slučaju nastaje pravna praznina koja se popunjava argumentom sličnosti. Dakle, na segment procesne situacije ili procesnog instituta koji i dalje ostane neregulisan kad se doslovce primeni norma na koju upućuje sam zakon, prilikom tumačenja primenjuje se analogija *intra legem*, kojom se rešava nastala pravna praznina. Tada nije reč o pravnoj tehnici, već o tumačenju prava putem analogije.

#### 4. Zaključna razmatranja

Na temelju teorijske rasprave o analogiji kao vrsti zaključivanja i vrsti tumačenja prava, koja je u radu prikazana, zauzet je stav da se od svog nastan-

---

<sup>65</sup> M. Škulić, Krivično procesno pravo, Beograd, 2014, str. 10.

ka, analogija u pravu vezuje za pravne praznine i da služi kao sredstvo za njihovo popunjavanje. U raspravi o mestu analogije u teoriji prava, izneti argumenti inspirisani su idejom da analogija predstavlja postupak koji se nalazi u sredini između tumačenja prava u strogom, užem smislu reči i samog stvaranja prava.

Polje važenja analogije u krivičnom materijalnom pravu ograničeno je načelom legaliteta – *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Savremena krivičnopravna doktrina stoji na stanovištu da je pravna analogija uvek zabranjena, pošto je direktno suprotna načelu legaliteta, a da se primena zakonske analogije ne isključuje izvan zabranjene zone, determinisane ovim načelom. Dopuštenom se, pak, smatra analogija *intra legem* u čijoj biti je način tumačenja zakona kojim se na osnovu sličnosti rešava konkretan slučaj u okviru zakona. Ima joj mesta kad su zakonske konstrukcije dispozicije krivičnopravne norme izgrađene pomoću tzv. generalne klauzule, tj. kad sam zakon upućuje na argument sličnosti.

Među krivičnoprocesnim teoretičarima opšteprihvaćeno je stanovište da je dopuštena primena analogije prilikom tumačenja krivičnog procesnog prava, s tim što pored zakonske i pravne analogije, poznate u opštoj teoriji prava, analogiju razvrstavaju na zakonsku i sudsku, a pojedini teoretičari negiraju zakonsku analogiju smatrajući je osobenom pravnom tehnikom.

## 5. Literatura

- Bačić, F. (1978), Krivično pravo – Opšti dio, Zagreb.
- Hamelin, (1902), L'analogie, L'année philosophique.
- Jekić, Z. (2001), Krivično procesno pravo, Beograd.
- Lukić, R. (1983), Metodologija prava, Beograd.
- Lukić, R. (1991), Teorija države i prava – II Teorija prava, Beograd.
- Lukić, R. Košutić, B. Mitrović, D. (2000), Uvod u pravo, Beograd.
- Mitrović, D. (2009), Uvod u pravo, Beograd.
- Pihler, S. (1970), Proces primene analogije u krivičnom pravu, Naša zakonitost, br. 9.
- Pihler, S. (1971), Analogija u krivičnom pravu, Anali, br. 1-2.
- Radulović, D. (2002), Krivično procesno pravo, Podgorica;
- Spasojević, Ž. (1996), Analogija i tumačenje – prilog proučavanju metoda u privatnom pravu, (reprint), Beograd.
- Srnzetić, N., Stajić, A., Lazarević, Lj. (1978), Krivično pravo – Opšti deo, Beograd.
- Stepanov, R. Vukadinović, G. (2002), Teorija prava II, Novi Sad.
- Stojanović, Z. (2004), Krivično pravo – Opšti deo, Beograd.
- Škulić, M. (2014), Krivično procesno pravo, Beograd.

- Tahović, J. (1962), Komentar krivičnog zakonika, Beograd.
- Tasić, Đ. (1934), Analogija, Branič, br. 5.
- Tucaković, M. (1936), Problem zakonske i pravne analogije (svršetak), Branič, br. 2.
- Tucaković, M. II, str. 82.
- Vasiljević, T. (1981), Krivično procesno pravo SFRJ, Beograd.
- Veliki rečnik stranih reči i izraza, (2008), Prometej, Novi Sad,.
- Visković, N. (2001), Teorija države i prava, Zagreb.
- Živanović, T. (1959), Sistem sintetičke pravne filozofije, Beograd.

\*

\*

\*

***Prof. Vojislav Đurđić, LL.D.***

***Full Professor, Faculty of Law, University of Niš***

### ***ANALOGY AS A METHOD OF INTERPRETATION OF CRIMINAL LAW AND CRIMINAL PROCEDURE***

*In the first part of this paper, the authors present the general theory on analogy, which is first observed as a kind of conclusion and then as a kind of interpretation of law. In the former case, reasoning by analogy is defined as a process of deductive reasoning based on the prior inductive reasoning. In the latter case, the authors present different standpoints of the general legal theory on the statutory and legal analogy. With regards to the debate on the position of analogy in the theory of law, the authors point out to the theoretical standpoint of the Pandectists that analogy is a process which is half way between the interpretation of law in the strict sense and the act of creating the law. The first part of the paper also contains an elaboration on the contradictory standpoints on the existence of legal gaps, which are closely related to the authors' opinion that the concept of analogy in law has always been associated with and served as an instrument for filling in the legal gaps.*



*In the central part of the paper, the authors provide a comprehensive discussion on the admissibility of analogy in the substantive criminal law. Relying upon the detailed analysis of their mutual relations, the authors conclude that the principle of legality determines the limits of admissibility and application of analogy in criminal law. On these grounds, the authors draw a conclusion that the legal analogy is always prohibited in the contemporary criminal law because it is in direct contradiction with the principle of legality; on the other hand, the application of statutory analogy shall not be excluded outside the prohibited zone, which is determined by this principle. In particular, the authors focus on the analogy intra legem, which is perceived as a third type of analogy and considered to be an admissible method for interpreting the norms of criminal law. This type of analogy is designated as a method for interpreting legal rules on the basis of similarity, where the specific case is resolved within the given legal framework when the law makes allowances for the argument of similarity.*

*In the third part of the paper the author presents the theoretical concepts referring to the application of analogy in the interpretation of criminal procedural provisions*

**Key words:** *criminal law, interpretation of law, legal gaps, analogy, analogy inter legem, criminal procedural law.*



**Prof. dr Snežana SOKOVIĆ**  
Pravni fakultet  
Univerzitet u Kragujevcu

**Pregledni članak**  
**UDK: 343.85(497.11)**  
**Primljeno: 15. novembra 2016. god.**

## **SAVREMENI MODELI REHABILITACIJE I DOMAĆA PRAKSA – OSVRT NA PRIMENU KONCEPTA PROCENE RIZIKA<sup>1</sup>**

*U radu su prikazane suštinske karakteristike i modeli savremenog koncepta rehabilitacije. Na osnovu analiza relevantnog pravnog okvira autor ukazuje da primenjeni model rehabilitacije u domaćem zakonodavstvu sadržinski predstavlja prihvatanje globalnih ideja nove penologije i menadžmenta rizika, obzirom da je procena rizika normativno implementirana kao sistemski penološki princip. Analiza sudske prakse u pogledu odlučivanja o uslovnom otpustu zasnovanom na proceni rizika, pokazuje da je koncept procene rizika stran i nejasan domaćim sudovima, povodom čega autor otvara pitanje (ne)kritičke implementacije globalnih trendova. Uporedo sa ukazivanjem na potrebu kritičke recepcije globalnih penoloških trendova usled kulturološke i institucionalne nekompatibilnosti, rad ima za cilj i podizanje prepoznatljivosti savremenih karakteristika i modela rehabilitacije.*

**Ključne reči: izvršenje kazne zatvora, rehabilitacija, procena rizika, recepcija globalnih trendova.**

---

<sup>1</sup> Rad je nastao u okviru naučno-istraživačkog projekta „Razvoj metodologije evidentiranja kriminaliteta kao osnova efikasnih mera za njegovo suzbijanje i prevenciju” Fakulteta za specijalnu edukaciju i rehabilitaciju Univerziteta u Beogradu (ev. broj 179044), koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

## **1. Uvod: globalni tokovi i razvoj koncepta rehabilitacije u domaćoj praksi**

Mesto i uloga rehabilitacije u penološkoj reakciji na kriminalitet znatno se menjala, od napuštanja koncepta rehabilitacije sedamdesetih godina prošlog veka do ovovremenog povratka u središte penološkog interesovanja. U kontekstu kaznenog populizma kao globalne karakteristike savremenih modela kontrole kriminaliteta, uvođenje rehabilitacije na centralnu poziciju savremenih penalnih strategija na prvi pogled izgleda neočekivano i protivurečno. Istorijski posmatrano, praktična realizacija koncepta rehabilitacije se sukcesivno kretala od penitencijarnog modela zasnovanog na radu, disciplini i moralnoj edukaciji, preko terapijskog koji usvaja koncept „tretmana”, jer delikt vidi isključivo kao rezultat individualne patologije, i socijalno-terapijskog koji koriguje prethodni model oprecionalizacijom shvatanja da se sposobnost za življenje u skladu sa zakonima može naučiti i u zatvorskim uslovima kroz specifičan proces humane interakcije.<sup>2</sup> U kontekstu nove penologije i savremenih karakteristika društvene reakcije na kriminalitet socijalno-terapijski model se gubi, a povratak rehabilitacije temelji na značajno transformisanom konceptu. Radi se o globalnom trendu, a regionalne varijacije u poimanju koncepta rehabilitacije, kao i u vezi drugih ideja kontrole kriminaliteta, prate globalne tokove sa recepcijom koju često karakteriše nedoslednost i zanemarivanje institucionalne i kulturološke nekompatibilnosti.<sup>3</sup> Kako je penološka oblast kontrole kriminaliteta u domaćim uslovima od posebnog značaja imajući u vidu brojnost i karakteristike zatvoreničke populacije, suštinsko razumevanje globalnih tokova je vrlo značajno za njihovu kritičku recepciju.

Razvoj koncepta rehabilitacije osuđenih lica na domaćem terenu do devedesetih godina prošlog veka samo okvirno i sa kašnjenjem prati globalne tokove. Mada je ideja o prevaspitanju, odnosno resocijalizaciji kao svrsi kažnjavanja i u tom periodu normativno dominantna,<sup>4</sup> generalno postoji značajna nedoslednost u tumačenju pojmova popravljanje, resocijalizacija, prevaspitanje, rehabilitacija, tretman, socijalna adaptacija.<sup>5</sup> Resocijalizaciju, kao normativno proklamovani terapijski koncept rehabilitacije prati i nekonzistentnost osnovnih ideja sistema krivičnih sankcija i unutrašnje kontroverze između

---

2 Rotman, E, (1995), *Beyond Punishment*, A. Duff & D. Garland (ed.), *A Reader on Punishment* (str. 281-306), London: Oxford University Press.

3 Breneselović, L, (2011), *Recepcija „restorativne pravde” kao primer nekritičkog diskursa u pravnoj sociologiji: slučaj Srbije*; *Sociološki pregled*, 45(1), 45-66.

4 Milutinović, M, (1992), *Penologija*, Beograd: Savremena administracija, 287.

5 Atanacković, D, (1988), *Penologija*, Beograd: Naučna knjiga, 134.

opštih principa i mehanizama odgovornosti.<sup>6</sup> Suštinsko bavljenje programima rehabilitacije predstavlja izuzetak,<sup>7</sup> realne okolnosti svodile su resocijalizaciju uglavnom na poželjan cilj, praktično ostvariv u nekim boljim uslovima. Sumnja u resocijalizaciju kao terapijski koncept rehabilitacije se materijalizuje tek krajem devedesetih i kasnije. Kao simptom globalnog trenda, i sa kašnjenjem, u novom kaznenom zakonodavstvu se i formalno napušta termin resocijalizacija, a svrha izvršenja kazne zatvora se određuje kao usvajanje društveno prihvatljivih vrednosti sa ciljem lakšeg uključivanja u uslove života nakon izdržavanja kazne zatvora.<sup>8</sup> Naredni period karakteriše eskalacija problema rasta zatvoreničke populacije i preopterećenost zatvorskih kapaciteta, kao i potreba modernizovanja penitencijarnog sistema u kontekstu evropskih integracija. Pod pritiskom naglašene potrebe za brzom i efikasnom reformom penološkog sistema, recepcija globalnih trendova se ubrzava, jer se čini da se tu nalaze gotova, već definisana toliko potrebna rešenja. Kako se prihvatanje globalnih trendova najčešće odvija prenosom ideja, strategija i prakse angloameričkog pravnog prostora, njihovu implementaciju u domaći pravni sistem prati rizik nedoslednosti i institucionalne i kulturološke nepodudarnosti.

## **2. Karakteristike savremenog koncepta rehabilitacije**

Značenje i funkcionalna obeležja savremene rehabilitacije određuju opšte karakteristike savremenih sistema kontrole kriminaliteta, a posebno kontekst nove penologije, koja je prevashodno usmerena na održavanje sistema kontrole rizičnih grupa prestupnika uz minimalne troškove, na upravljanje prestupništvom, a ne na resocijalizaciju i rehabilitaciju prestupnika.

Najizrazitije karakteristike savremenog koncepta rehabilitacije jesu racionalni utilitarizam kao konceptualno-teorijski osnov, upravljanje rizikom kao suština, naglašena ekspresivna funkcija u odnosu na instrumentalnu, kao i nove organizacione forme.<sup>9</sup>

Utilitarni ciljevi savremene rehabilitacije nisu usmereni na počinioca krivičnih dela (kao što je to slučaj sa ranijim terapijskim modelima), nego na zajednicu i potencijalne žrtve. Procena utilitarnih efekata rehabilitacionih pro-

---

6 Bavcon, Lj., (1960), Nekoliko primedaba u vezi sa primenom krivičnih sankcija u praksi naših sudova, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, 66/4, 18-27; Pihler, S., (1974): Svrha kazne u jugoslovenskom krivičnom pravu, *Penologija*, 74/2, 19-25;

7 Vodopivec, K. (1974), Eksperiment u Logatecu, Pokušaj uvođenja novih koncepcija u vaspitni zavod, Beograd.

8 Zakon o izvršenju krivičnih sankcija, *Sl. glasnik RS*, 85/2005.

9 Robinson, G. (1999), Risk Management and Rehabilitation in the Probation Service: Collision and Collusion; *The Howard Journal*, 38 (4), 421-44.

grama jeste racionalana a ne idealistička, rehabilitaciju opravdavaju rezultati putem kojih se podiže stepen sigurnosti u društvu i smanjuje rizik novog vršenja krivičnih dela. Rehabilitativni programi su korisni jer smanjuju povrat, čine građane i društvo sigurnijim i produktivnijim, pa su kao takvi primarno usmereni na identifikaciju, klasifikaciju i upravljanje prestupničkim grupama razvrstanim prema stepenu rizika njihovog ponašanja u odnosu na normirani poredak. Funkcija nove rehabilitacije je pretežno ekspresivnog karaktera u smislu demonstracije racionalnog pristupa krivičnom delu i prestupniku, usmerena je na održavanje integriteta sistema socijalne kontrole, ne uključuje dodatne društvene ciljeve kao što je eliminisanje kriminaliteta i socijalno reintegrisanje prestupnika.<sup>10</sup> U organizaciono-finansijskom smislu novu rehabilitaciju karakteriše javno-privatno partnerstvo u održavanju bezbednosti, privatizacija i koncept „plaćanja prema rezultatima”.<sup>11</sup>

### **3. Savremeni modeli rehabilitacije**

Uočavanje više relevantnih modela rehabilitacije dokumentuje različite pristupe i različita razmišljanja o savremenoj rehabilitaciji. Određeni modeli, očekivano, u potpunosti predstavljaju izraz aktuelnog koncepta formalne socijalne reakcije, dok drugi značajno odstupaju i formiraju se kao kritička reakcija na dominantne tokove. Uslovno, i sa različitim varijacijama, mogu se razlikovati preventivni, protektivni i mešoviti modeli.

#### **3.1. Preventivni model**

Najznačajnijim karakterističnim savremnim modelom rehabilitacije osuđenih lica smatra se model rizika i potreba, RNR model (Risk/Need/Resonsivity)<sup>12</sup>, koji se razvija početkom devedestih i primenjuje u praksi duže od dve decenije i značajno oslikava karakteristike „nove rehabilitacije”. Suštinski, RNR nije teorijski model rehabilitacione intervencije već predstavlja sistematizovani set principa efektivne korektivne intervencije koji omogućava korišćenje niza različitih terapeutskih programa. Kriminološko-teorijski zasnovan na multifaktorskom pristupu kriminalnom ponašanju, kao i na psihološkim teorijama o anti-

---

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> Cavadino, M., Dignan, J., Mair, G. (2013). *The Penal System, An Introduction*, London: SAGE Publications, 156; Franko Aas, K. (2013). *Globalization & Crime*, London: SAGE Publications., 155.

<sup>12</sup> Andrews, D. A., Bonta, J., Hoge, R. D. (1990). *Classification for Effective Rehabilitation: Rediscovering Psychology*, *Criminal Justice and Behavior*, 17(1), 19-52.

socijalnom ponašanju, ovaj model se oslanja na empirijski potvrđena i jasno i koncizno definisana saznanja o faktorima kriminalnog ponašanja<sup>13</sup> i u prvi plan ističe princip rizika (ukazuje na kategorije prestupnika na koje treba primeniti tretman), princip kriminogenih potreba (ukazuje na šta treba usmeriti tretman) i princip responsivnosti (ukazuje na potreban način sprovođenja tretmana). Na istim principima, za potrebe predikcije kriminalnog ponašanja i klasifikacije osuđenika, razvijani su i usavršavani posebni instrumenti procene rizika. Poslednja, četvrta generacija ovih instrumenata povezuje procenu rizika i odlučivanje o pitanjima vezanim za status osuđenika.<sup>14</sup>

Princip rizika zasnovan je na shvatanju da se kriminalno ponašanje može predvideti i da nivo rizika prestupnika određuje i potrebu i nivo tretmana. Na osnovu empirijski potvrđenog saznanja da su aktuarski instrumenti efikasniji i precizniji u proceni rizika u odnosu na nestruktuirane kliničke procene, princip rizika podrazumeva primenu aktuarskih instrumenata za procenu rizika radi izdvajanja prestupnika visokog rizika prema kojima treba primeniti korektivni tretman.

Princip kriminogenih potreba ukazuje na empirijski potvrđene dinamičke faktore rizika čija je promena povezana sa promenom verovatnoće recidiva. Najznačajnije kriminogene potrebe, odnosno faktori rizika („Central Eight”) su: istorija antisocijalnog ponašanja, antisocijalni obrazac licnosti (agresivnost, impulsivnost, rizično ponašanje, bezobzirnost, nepoštovanje drugih, niska samokontrola, niska kontrola besa), antisocijalna kognicija (prokriminlano orjentisani stavovi, vrednosti, verovanja i lični identitet), antisocijalno okruženje i relativna izolacija u odnosu na prosocijalne osobe („socijalna podrška kriminalnog ponašanja”); problemi u porodici/braku, problemi na poslu/školi, nedostatak ili vrlo malo prosocijalnih slobodnih aktivnosti, zloupotreba psihoaktivnih supstanci. Prva četiri faktora se izdvajaju kao posebno značajni („The Big Four”), dok su nekriminogene potrebe prestupnika, takođe dinamičke i promenljive, zbog empirijski potvrđene slabe veze sa recidivizmom samo sekundarno značajne za korektivnu rehabilitaciju. Pomoći osuđeniku da se oseća bolje je poželjno i opravdano uzimajući u obzir razloge humanosti i potrebu motivisanosti, ali neće nužno dovesti do redukcije recidiva.

Princip responsivnosti govori o programskoj sadržini tretmanskim intervencija i podrazumeva generalnu i specijalnu responsivnost. Princip generalne responsivnosti ukazuje na to da je empirijski potvrđena efikasnost programa zasnovanih na kognitivnim, bihevioralnim teorijama i teorijama socijalnog

---

13 Andrews, D. A., Bonta, J., (2010), *The psychology of criminal conduct*, (5th ed.), New Providence/New York: LexisNexis, 79.

14 *Ibid*, 317.

učenja. Ovi programi podrazumevaju različite terapijske intervencije, a odabir konkretnog programa treba da se zasniva na principu specijalne responsivnosti, odnosno na potrebi da konkretan tretman odgovara sposobnostima prestupnika i njegovim kapacitetima za učenje (kognitivne sposobnosti, anksioznost, verbalna inteligencija, interpersonalna senzitivnost).

Meta analize su potvrdile efikasnost RNR rehabilitativnih programa u pogledu redukcije recidiva, generalno i u odnosu na različite kategorije prestupnika (nasilje, seksualni kriminalitet, kriminalitet žena), kao i prediktivnu vrednost instrumenata procene rizika zasnovane na RNR modelu.<sup>15</sup>

### 3.2. Protektivni model

Rehabilitacioni modeli osuđenih lica zasnovani na proceni rizika kritikovani su zbog prevashodnog usmerenja na faktore rizika i na potrebe zajednice u smislu prevencije recidiva, čime se zanemaruju potrebe osuđenika neophodne za funkcionalan socijalni život.<sup>16</sup> Umesto preventivnih modela „rehabilitacije osuđenika za potrebe zajednice”, predlažu se protektivni modeli „rehabilitacije osuđenika za samog osuđenika”, čime zajednica umesto bivšeg osuđenika sa potisnutim kriminogenim potrebama dobija bivšeg osuđenika ojačanih kapaciteta za socijalnu reintegraciju i ličnu prosocijalnu percepciju. Suština korektivne rehabilitacije ne treba da bude samo upravljanje rizikom eventualnog budućeg prestupništva i prevencija recidiva, potreban je novi model rehabilitacije, koji je, zadržavajući snagu i preciznost RNR modela, fokusiran pre svega na dobrobit osuđenika, odnosno na ukupno „dobar život”, koji kao takav isključuje kriminalitet.<sup>17</sup>

Protektivni model rehabilitacije, „model dobrog života” („Good Life Model, GLM”) predstavlja teorijski okvir za različite programe tretmana i zasniva se na pozitivnoj kriminologiji<sup>18</sup> i kriminološkim shvatanjima o faktorima odustajanja od kriminalnog ponašanja.<sup>19</sup> Termin „dobar život” upućuje na način života u kome osoba može da zadovolji svoje bazične potrebe, fizičke, socijalne i psihološke prirode na socijalno prihvatljiv način. Podizanje sposobnosti osuđenika da unapredi kvalitet svog života, redukuje verovatnoću recidiva i omogućava neophodnu promenu antisocijalnog životnog stila u prosocijalni.

---

15 Ibid, 65.

16 Ward, T., Brown, M., (2004), The good life model and conceptual issues on offender rehabilitation, *Psychology, Crime & Law*, 10(3), 243-257.

17 Ward, T. Maruna, S., (2007), *Beyond the risk paradigm*, London: Routledge.

18 Ronel, N., Elisha, E., (2011), A Different perspective: Introducing positive Criminology, *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 55(2), 305-325.

19 Maruna, S.,(2001), *Making good: How ex-convicted reform and rebuild their lives*, Washington DC: American Psychological Association.



Zastupnici ovog modela, polazeći od brojnih psiholoških, socioloških, bioloških i antropoloških istraživanja kao osnovna i univerzalna dobra u ljudskom životu („primarna dobra”) navode: (zdrav)život, posedovanje potrebnih znanja, zadovoljavajuće radne i slobodne aktivnosti, ličnu autonomiju, unutrašnji mir i emotivnu sigurnost, zadovoljavajuće porodične, intimne i druge relacije, uključenost u zajednicu, spiritualnost, sreću i kreativnost. Stil života i lična vrednosna opredeljenja određuju prioritete i individualizuju sadržaj dobrog života. Ostvarivanje osnovnih dobara odvija se putem sekundarnih ili instrumentalnih dobara dostupnih u međurelaciji sa drugima (na primer, pohađanje škole obezbeđuje potrebna znanja). Zadovoljenje bazičnih potreba ometaju ili onemogućavaju različite prepreke, eksternog (socijalni, kulturološki, interpersonalni faktori), ili internog karaktera (lični stavovi, uverenja, vrednosne orijentacije) i vode ka kriminalnom ponašanju, kao društveno neprihvatljivom načinu ostvarenja osnovnih potreba. U osnovi, problemi tekućeg života prestupnika, a takođe i planova za budući život, se svode na nedostatak kapaciteta (internih ili eksternih) za ostvarenje osnovnih dobara, na nezadovoljavajući obim njihovog ostvarenja, na upotrebu i raspoloživost neadekvatnih sredstava za njihovo ostvarenje ili na nemogućnost održavanja koherentnosti primarnih dobara u smislu konflikta dobara i nepostojanja hijerarhijske jasnoće. Rehabilitacija treba da bude usmerena na utvrđivanje konkretnih prepreka (faktora rizika), zatim na pružanje preciznih, razumnih i individualizovanih mogućnosti za dobar život i, posebno na jačanje potrebnih kapaciteta prestupnika za njihovo ostvarenje. Polazna tačka jeste razumevanje osuđenika u pogledu toga šta za njega u realnim okolnostima podržmeva „dobar život”, nakon čega sledi usmeravanje na dostupna sekundarna dobra podobna da se njima ostvare nedostajuća primarna dobra na društveno prihvatljiv način. Na osnovu toga se zajedno sa osuđenikom u cilju bihevioralnih promena utvrđuje rehabilitacioni plan („plan rehabilitacije dobrog života”), kao vrlo detaljno razrađen plan dnevnih aktivnosti u skladu sa postavljenim ciljevima. Konkretno tretmanske intervencije usmerenu su pozitivno, na holističku rekonstrukciju, za razliku od modela procene rizika koji su usmereni isključivo na eliminaciju faktora rizika ili upravljanje postojećim faktorima rizika.<sup>20</sup> Kao empirijska podrška modelu dobrog života navode se uglavnom studije slučaja i manji broj empirijskih studija.<sup>21</sup>

---

20 Ward, T., Brown, M., (2004), The good life model and conceptual issues on offender rehabilitation, *Psychology, Crime & Law*, 10(3), 243-257.

21 Looman, J., Abracen, J., (2013), The Risk Need responsivity Model off Offender Rehabilitation: Is There Really a Need For a Paradigm Shift?; *International Journal of Behavioral Consultation and Therapy*, 8(3-4), 30-36.

Poređenje preventivnog modela, modela procene rizika i zaštitnog modela, modela dobrog života, ne ukazuje na jasnu prednost jednog modela. Redukciju povrata, kao osnovni cilj, RNR model nastoji da postigne menadžmentom rizika budućeg kriminalnog ponašanja prestupnika, dok GLM model ponovno vršenje krivičnih dela nastoji da spreči povećanjem kapaciteta osuđeniku da svoje potrebe zadovolji na društveno prihvatljiv način. Mada GLM model nije evaluiran rigoroznim dugoročnim studijama i generalno nije empirijski podržan u meri u kojoj i RNR model, raspoloživi empirijski podaci ukazuju da GLM programi kod osuđenika razvijaju bolje razumevanje pozitivne strane sebe samih i svoje budućnosti, dok RNR modeli unapređuju razumevanje svog kriminalnog ponašanja. Na prvi pogled naglašeno različita terminologija ovih modela implicira i moguće značajne sadržinske razlike. Međutim, suštinski ova dva modela povezuje inverzivno preklapanje, primarna dobra modela dobrog života jesu inverzna postavka faktora rizika RNR modela („Central Egiht”). Dok je u pogledu RNR modela jasno da se temelji na kognitivno-bihevioralnom pristupu i da je i u ekonomsko-organizacionom smislu precizno postavljen, orijentacija GLM modela ka naglašeno humanističkoj dimenziji tretmana donekle zapostavlja menadžersku dimenziju i ove segmente manje precizno definiše.<sup>22</sup>

### 3.3. Modeli terapijske jurisprudencije

Savremena kritika RNR modela kao i GLM modela temelji se na činjenici da oba modela neguju isključivo kliničko-psihološki pristup konceptu rehabilitacije i da i jednom i drugom nedostaje uvažavanje činjenice da se proces rehabilitacije odvija u okvirima krivičnog sistema. Drugim rečima, nedostaje definisanje pravnog okvira komplementarnog kliničko-psihološkom razumevanju rehabilitacije osuđenih lica.<sup>23</sup> Oba modela temelje se na internoj responsivnosti i, na različite načine, naglašavaju značaj motivacije osuđenog lica da se menja i ulogu terapeuta u tome, dok se eksterna presponsivnost, uklapanje rehabilitacionog procesa u širi krivičnopravni kontekst zanemaruje.<sup>24</sup> U tom smislu od značaja za razumevanje savremenih pristupa problemu rehabilitacije osuđenih lica svako jeste i koncept terapijske jurisprudencije.

Terapijska jurisprudencija suštinski predstavlja koncept koji promoviše terapijski aspekt primene prava, proučava efekte pravnih normi i nji-

---

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> Birgden, A., (2008), *Offender Rehabilitation: A Normative Framework for Forensic Psychologists*, *Psychiatry, Psychology and Law*, 15(3), 450-468.

<sup>24</sup> Birgden, A., (2004), *Therapeutic Jurisprudence and Responsibility: Finding The Will and The Way in Offender Rehabilitation*, *Psychology, Crime & Law*, 10(3), 283-295.

hove primene, na emocije, ponašanje i mentalno zdravlje ljudi. Tradicionalno, normativni pristup karakteriše kruti formalizam, mehanička korektnost primene normi koja zanemaruje stvarne posledice primene prava. Koristeći saznanja drugih nauka, pre svega psihologije, psihijatrije, kriminologije, filozofije, socijalne medicine, koncept terapeutske jurisprudencije ukazuje na koji način primena prava može svoje formalnopravne okvire da dopunjuje terapeutskim učinkom i doprinosi kako dobrobiti subjekata na koje se primenjuje, tako i samoj zajednici.<sup>25</sup>

Izvorno usmeren na podizanje terapeutskih kapaciteta jurisprudencije (primene prava) u vezi sa problemima mentalnog zdravlja, terapeutski pristup primeni prava, naglašavanjem psihološkog pristupa uporedo sa formalno normativnim, proširen je na druge grane prava, a delom je uticao i na fomiranje posebnih sudova („problem solving courts”), među kojima su najpoznatiji sudovi za drogu (drug treatment courts). Sagledavanje rehabilitacije prestupnika u perspektivi terapeutske jurisprudencije omogućava ravnotežu pravnih i terapeutskih principa i dodaje kliničko-psihološkoj dimenziji rehabilitacije komplementaran pravni okvir. Efektivna rehabilitacija u kontekstu terapeutske jurisprudencije počiva na balansu prava zajednice i prava osuđenika, pri čemu se pravo zajednice na zaštitu od budućih povreda očitava u primeni menadžmenta rizika recidiva osuđenih lica po principima RNR modela, dok se terapeutska dimenzija prava osuđenika ostvaruje primenom tretmanskog koncepta GLM modela.<sup>26</sup>

Naglašavanje prava osuđenika kao ravnopravnih i komplementarnih sa pravima zajednice, zahteva i (re)definisanje prava na rehabilitaciju. Druga strana prava osuđenika na rehabilitaciju jeste obaveza države da obezbedi potrebne servise za podršku i pomoć, koji mogućnost osuđenika za prosocijalnu organizaciju života i odustajanje od kriminaliteta čini realnim.<sup>27</sup>

#### **4. Rehabilitacija u domaćoj praksi i/ili recepcija globalnih trendova**

O relevantnom modelu rehabilitacije zastupljenom u domaćoj penološkoj praksi zaključuje se na osnovu odgovarajućih normi pozitivnog zakonodavstva. Mada nedostaju istraživanja koja bi bliže i detaljnije prikazala rehabilitaciju u praksi, relevantni pravni okvir ukazuje da je procena rizika normativno implementirana kao sistemski penološki princip.

---

25 Ibid.

26 Birgden, A., (2008), Offender Rehabilitation: A Normative Framework for Forensic Psychologists, *Psychiatry, Psychology and Law*, 15(3), 450-468.

27 Raynor, P., Robinson, G., (2009): Why Help Offenders: Arguments for Rehabilitation as a Penal Strategy, *European Journal of Probation*, 1(1), 3-20; Ward, T.(2009): Dignity and Human Rights in Correctional Practice, *European Journal of Probation*, 1(2), 112-127.

Zakon o izvršenju krivičnih sankcija (ZIKS, čl. 43)<sup>28</sup> svrhu izvršenja kazne zatvora vezuje pre svega za sprečavanje recidiva i propisuje da je svrha izvršenja kazne zatvora da osuđeni tokom izvršenja kazne, primenom odgovarajućih programa postupanja, usvoji društveno prihvatljive vrednosti u cilju lakšeg uključivanja u uslove života posle izvršenja kazne kako ubuduće ne bi činio krivična dela. Rehabilitacija kao primena programa postupanja svakako zauzima centralno mesto u postupku izvršenja kazne zatvora, a zakon propisuje da se, u cilju ostvarivanja programa postupanja, sa osuđenim postupa na osnovu utvrđenih kapaciteta, potreba i stepena rizika na način koji u najvećoj meri odgovara njegovoj ličnosti (ZIKS, čl. 44). U prijemnom odeljenju, u fazi opservacije, se upoznaje ličnost osuđenog, utvrđuje stepen rizika, kapacitet za promenu i individualne potrebe u cilju određivanja individualizovanog programa postupanja (ZIKS, čl. 74). Pravilnik o tretmanu, programu postupanja, razvrstavanju i naknadnom razvrstavanju osuđenih lica predviđa individualno prilagođavanje tretmana prema osuđenom licu kroz utvrđivanje programa postupanja koje se vrši na osnovu procene rizika, kapaciteta osuđenog i njegovih potreba.<sup>29</sup> Procene se vrše na osnovu vrlo detaljnih upitnika u toku boravka osuđenika u prijemnom odeljenju. Rizik se procenjuje kao nizak, srednji ili visok, a kapaciteti osuđenika za promenu kao očuvani, delimično očuvani ili bitno umanjeni. Procenjene kategorije rizika i kategorije kapaciteta za promenu praktično određuju dalji tok boravka osuđenika u zavodu. Od kategorije u koju je osuđenik razvrstan na osnovu procene zavisi klasifikacija i reklasifikacija, kao i mogućnost i obim dobijanja proširenih prava i pogodnosti po osnovu dobrog vladanja.

Ovome treba dodati i to da odluka o uslovnom otpustu osuđenih lica zavisi od procene rizika, pa i Zakonik o krivičnom postupku zahteva od veća koje odlučuje po molbi za uslovni otpust da posebno ima u vidu i „procenu rizika osuđenog” (ZKP, čl. 567. st.1).<sup>30</sup> Rizikom i potrebama osuđenih lica se bavi i Zakon o probaciji u izvršenju vanzavodskih sankcija i mera koji zahteva od poverenika da radi supervizije uslovnog otpusta sačini poseban program nadzora, zasnovan, između ostalog i na „identifikovanju kriminogenih rizika i potreba” lica uključenog u probaciju (ZoP, čl. 9. st. 2).<sup>31</sup>

Očito je da primenjeni model rehabilitacije sadržinski predstavlja prihvatanje ideja nove penologije i menadžmenta rizika. Nije potrebna detaljna analiza navedenih pravnih akata da bi se uočila zakasnela, ali prilično verna recep-

---

28 Zakon o izvršenju krivičnih sankcija, Sl. glasnik RS, 55/2014.

29 Pravilnik o tretmanu, programu postupanja, razvrstavanju i naknadnom razvrstavanju osuđenih lica, Sl. glasnik RS, 66/2015.

30 Zakonik o krivičnom postupku, Sl. Glasnik RS, 55/2014.

31 Zakon o probaciji u izvršenju vanzavodskih sankcija i mera, Sl. Glasnik RS, 55/2014.

cija globalnih trendova, što samo po sebi svakako nije negativno. Potreba da se organizovanije i savremenije uredi penitensijarni sistem je evidentna, naročito imajući u vidu preopterećenost zatvorskih kapaciteta i visok nivo recidiva. Međutim, evidentno je i da zatvorski sistem Srbije nije isto što i zatvorski sistem SAD, ni u kvantitativnom ni u kvalitativnom smislu. Stanje i struktura kriminaliteta, kao i karakteristike osuđeničke populacije su različite. Krivično-pravni sistemi, posebno sistemi odmeravanja i izricanja krivičnih sankcija se značajno razlikuju. Srbija sa kvotom osuđenika od 148, i SAD sa osuđeničkom kvotom od 698,<sup>32</sup> nemaju istu potrebu za „menadžmentom osuđeničke populacije”.

Osim toga, domaće krivično pravo, i pod naletom kaznenog populizma, još uvek je u većoj meri korektivno i rehabilitativno nego retributivno.<sup>33</sup>

Nisu raspoloživi podaci o iskustvima primene sistema procene rizika za potrebe određivanja programa postupanja i razvrstavanja osuđenih lica u toku izdržavanja kazne zatvora, ali sumiranje sudske prakse u pogledu odlučivanja o uslovnom otpustu zasnovano na proceni rizika, pokazuje da je koncept procene rizika stran i nejasan domaćim sudovima.<sup>34</sup> Sudovi teško prihvataju činjenicu da je samo kvantitativan izraz rizika na osnovu koga se vrši svrstavanje u određenu kategoriju rizika dovoljan osnov za individualnu odluku, jer, u krajnjoj liniji, i svaka kategorija podrazumeva raspon od najmanjeg do najvećeg broja bodova. Poseban problem predstavlja srednji stepen rizika i posledice koje proizvodi, pa je sudovima nejasno da li je to kvantitet rizika koji isključuje ili neisključuje uslovni otpust. Neprihvatljivo je i to da kategorisanje srednjeg rizika povlači iste posledice za sve osuđenike u toj kategoriji.<sup>35</sup> Sudovima je posebno nejasno u kakvoj je vezi procena rizika koju ZKP traži kao osnov za odluku o uslovnom otpustu, sa statističkom procenom rizika iz Upitnika za procenu rizika koju predviđa Pravilnik i koja se sudovima prezentuje u okviru izveštaja o vladanju osuđenog lica u toku izdržavanja kazne zatvora<sup>36</sup>, budući da se procena rizika za potrebe utvrđivanja programa postupanja na početku izdržavanja kazne

---

32 Walmsley, R., (2015), World prison Population List, 11th ed, London: International Center for Prison Studies.

33 Breneselović, L., (2011), Recepcija „restorativne pravde” kao primer nekritičkog diskursa u pravnoj sociologiji: slučaj Srbije; Sociološki pregled, 45(1), 45-66.

34 Alimpić, M., (2015), Uslovni otpust u praksi sudova sa područja Novosadske Apelacije, I. Stevanović, A. Batričević (ur.), Krivične i prekršajne sankcije i mere: izricanje, izvršenje i uslovni otpust (str. 407-427), Beograd, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja; Damjanović, D., (2015), Uslovni otpust u praksi sudova sa područja Kragujevačke Apelacije, I. Stevanović, A., Batričević (ur.), Krivične i prekršajne sankcije i mere: izricanje, izvršenje i uslovni otpust, (str. 401-407), Beograd, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja.

35 Ibid.

36 Ibid.

zatvora i potrebna procena rizika recidiva kao osnov za uslovni otpust i nadzor u toku uslovnog otpusta značajno razlikuju.<sup>37</sup>

## **5. Zaključak**

Izvesno je da nova rehabilitacija predstavlja značajno promenjen koncept klasične rehabilitacije. Razmatrano u širem kontekstu, savremeno vraćanje rehabilitacije u središte novih penalnih strategija ne izgleda neočekivano i kontradiktorno. Uklapanje u savremene pretežno punitivno-populističke strategije kontrole kriminaliteta daje novoj rehabilitaciji legitimitet u konceptualno-teorijskom smislu. U smislu praktične prihvatljivosti novu rehabilitaciju podržava popularnost novih rehabilitativnih programa, zasnovana na ekonomskoj računici i na činjenici da se njihovi ciljevi mogu lakše prezentovati i evaluirati. Mehanizam reafirmacije koncepta rehabilitacije, kao ni karakteristike nove rehabilitacije, ne mogu se jasno uočiti bez razumevanja savremenih globalnih socio-ekonomskih i kulturoloških kretanja i uočavanja njihovog uticaja na sistem kontrole kriminaliteta. To je posebno značajno obzirom na činjenicu da savremene globalističke ideje o rehabilitaciji osuđenih lica, kao i o kontroli kriminaliteta generalno, uglavnom dolaze iz angloameričkog pravnog i socio-kulturološkog prostora, pa kritička implementacija zahteva poznavanje i razumevanje njihove geneze.

Recepcija ideja nove rehabilitacije kao globalnog penološkog trenda u nacionalnim penološkim sistemima otvara posebna pitanja, posebno značajna za zemlje u tranziciji, budući da je tranzicija suštinski sredstvo globalizacije kako kapitala, tako i svih pratećih socijalnih tokova. Kako globalni ekonomsko-socijalni trendovi dolaze sa angloameričkog područja, a tranzicione zemlje uglavnom nisu ni geografski ni kulturološki locirane u istom prostoru, implementacija globalnih trendova u tranzicionim zemljama jeste kompleksna i nužno zahteva značajno prilagođavanje i socio-kulturnu validaciju. Na žalost, promišljena i prilagođena implementacija izostaje najčešće u zemljama u tranziciji. Pritisnite realno postojećom potrebom reformisanja i unapređenja svojih penitensijarnih sistema u uslovima tranzicionih nestabilnosti, upravo ove zemlje lako upadaju u spiralu nametnutih pogrešnih percepcija i nekritičkog usvajanja gotovih rešenja. Reforme putem kojih se usvajaju globalni trendovi, nisu, ili su malim delom,

---

<sup>37</sup> Soković, S., (2015), Uslovni otpust – penološki aspekt, I. Stevanović, A. Batrićević (ur.), Krivične i prekršajne sankcije i mere: izricanje, izvršenje i uslovni otpust (str. 407-427), Beograd: Institut za kriminološka i sociološka istraživanja.

rezultat unutrašnjih potreba nacionalnih sistema, uglavnom su izraz shvatanja o tome kako sistem treba da izgleda u svetlu savremenih rešenja.

Mada nedostaju istraživanja koja bi bliže i detaljnije prikazala rehabilitaciju u praksi, relevantni pravni okvir domaćeg zakonodavstva ukazuje da je procena rizika normativno implementirana kao sistemski penološki princip. Nisu raspoloživi podaci o iskustvima primene sistema procene rizika za potrebe određivanja programa postupanja i razvrstavanja osuđenih lica u toku izdržavanja kazne zatvora, ali sumiranje sudske prakse u pogledu odlučivanja o uslovnom otpustu zasnovano na proceni rizika, pokazuje da je koncept procene rizika stran i nejasan domaćim sudovima. Prva iskustva praktične primene normativno implementirane kvantitativne procene rizika kao sistemskog penološkog principa u krivično-pravni sistem Srbije pokazuju da bi se (velika) očekivanja mogla pretvoriti i u (velika) razočarenja.

\*

\*

\*

***Snežana Soković, Full professor, Ph.D***  
***Faculty of Law, University of Kragujevac***

***CONTEMPORARY MODELS OF REHABILITATION AND  
DOMESTIC PRACTICE - REVIEW OF THE CONCEPT OF  
RISK ASSESSMENT APPLICATION***

*The paper presents the essential characteristics and models of the contemporary concept of rehabilitation. Based on the analysis of relevant legal framework, the author points that the applied model of rehabilitation in domestic legislation in content represents acceptance of global ideas of new penology and risk management, since that the risk assessment is implemented normatively as systemic penological principle. Analysis of the judicial practice regarding the decision on conditional release based on risk assessment, shows that the concept of risk assessment is alien and unclear to national courts, and on this occasion the author raises the question of (non)critical implementation of global trends. Along with the pointing to the need for critical reception of global penological trends due to cultural and institutional incompatibility, the paper aims to raise the recognizability of contemporary characteristics and models of rehabilitation.*

***Keywords:*** *imprisonment execution, rehabilitation, risk assessment, reception of global trends*





*Prof. dr Miodrag N. SIMOVIĆ,*  
*Pravni fakultet Univerziteta*  
*u Banjoj Luci,*  
*god.*

*Prof. dr Vladimir M. Simović,*  
*Fakultet za bezbjednost i zaštitu*  
*Nezavisnog univerziteta u Banjoj Luci*  
*Doc. dr Marina M. Simović,*  
*Fakultet pravnih nauka*  
*Univerziteta „Apeiron” u Banjoj Luci*

*Pregledni članak*

*UDK: 342.7(497.6) 341.231.14*

*Primljeno: 15. novembra 2016.*

## **KONVENCIJA ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA U PRAKSI USTAVNOG SUDA BOSNE I HERCEGOVINE: NAJNOVIJA PRAKSA U KRIVIČNIM PREDMETIMA (II)**

*Prema Reformskoj agendi za Bosnu i Hercegovinu za period od 2015. do 2018. godine, postoji potreba da se osigura nepovratno osnaživanje vladavine prava, koje mora biti izgrađeno na osnovama konkretnog napretka u borbi protiv organizovanog kriminala, terorizma i korupcije. Sve operativne i institucionalne aktivnosti će imati za cilj da osiguraju građanima u cijeloj Bosni i Hercegovini sigurnije okruženje bez korupcije. U isto vrijeme, vlasti na svim nivoima u BiH će povećati svoje zalaganje da se povrati povjerenje građana u institucije odgovorne za vladavinu prava, razvojem kapaciteta, odgovornosti, profesionalizma i integriteta. U tome se posebna angažovanost očekuje od Ustavnog suda Bosne i Hercegovine kao originalne institucije bh. ustavnog prava koji je u poziciji kreativnog procesa donošenja sudskih odlu-*

*ka i razvoja prava kroz preuzimanje evropskih standarda i u sudsku praksu nacionalnih sudova u Bosni i Hercegovini.*

*Ustav Bosne i Hercegovine utvrđuje direktnu primjenu Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, i to nezavisno od njene ratifikacije. U ovoj državi se ta konvencija doista citira i primjenjuje gotovo svakodnevno. Pored toga, u ovoj državi je dopuštena apelacija zbog povrede ove konvencije.*

*Nesporna je činjenica da su u proteklim godinama, uprkos pojačanom sudijskom dijalogu, sukobi između Evropskog suda za ljudska prava i nekih država potpisnicama Konvencije postali brojniji i oštriji. To se odnosi, prije svega, na Ujedinjeno Kraljevstvo nakon presuda suda u Strasburu vezane za politička prava zatvorenika. Ujedinjeno kraljevstvo nije samo insistiralo na sazivanju konferencije u Brightonu, 19. i 20. aprila 2012. godine i preuzimanju načela supsidijarnosti u Konvenciju, već ide i dalje. I u Švajcarskoj je skepsa prema Konvenciji tako porasla da mnogi sudovi odbijaju provesti kontrolu srazmjernosti. Pitanje je u kojoj se mjeri to raspoloženje može odraziti na ustavne sudove i druge zemlje, te uticati na do sada pozitivne stavove prema Konvenciji.*

**Ključne riječi: Ustav Bosne i Hercegovine, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, pravo na ličnu slobodu i sigurnost ličnosti, pravo na pravično suđenje, Evropski sud za ljudska prava, Evropska konvencija za zaštitu ljudska prava i osnovnih sloboda.**

## 1. Uvod

U nizu međunarodnih dokumenata o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, jedan od uzora u stvaranju Ustava Bosne i Hercegovine iz 1995. godine bila je i Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda<sup>1</sup> koja danas slovi kao najefikasniji sistem ljudskih prava u svijetu, a Evropski sud za ljudska prava<sup>2</sup> kao važan i autonoman izvor autoriteta u pogledu prirode i sadržaja osnovnih prava u Evropi. U takvim okolnostima, prihvatanje Evropske konvencije, a time i ustanovljene prakse Evropskog suda, bitno je uticalo na razvitak ustavnog sudovanja. Od same ratifikacije pa do danas,

1 U daljem tekstu: Evropska konvencija.

2 U daljem tekstu: Evropski sud.

Ustavni sud Bosne i Hercegovine<sup>3</sup> je glavni nosilac primjene ove konvencije, a time i prihvatanja prakse Evropskog suda.

Kao i u većini drugih zemalja<sup>4</sup>, najveći prodor u ustavno sudovanje BiH učinio je standard Evropskog suda o sadržaju i obimu prava na pravično suđenje. On je imao ne samo edukativan, već i snažan korektivni efekat na samu praksu Ustavnog suda. Povećan broj utvrđenja povreda člana 6. stav 1. Evropske konvencije, s obzirom na različite aspekte, bio je, opet, onaj nužni podsticaj za prestrojavanje Ustavnog suda i njegove prakse razmatranja povreda ustavnih prava. Naime, povrede prava na pristup sudu, na obrazloženu odluku, arbitrarnost organa vlasti i slično primorali su Ustavni sud na korigovanje svoje dugogodišnje prakse. I najveći broj apelacija podnesenih Ustavnom sudu danas se razmatra u odnosu na povredu prava na pravično suđenje.

Evropeizacija je u BiH moguća samo pod uslovom da ugrađeni konvencijski standardi dobiju dimenziju ustavnih prava i kao takvi budu utkani u konvencijske standarde jer ustavna prava zajamčena Ustavom BiH nose u sebi i vrijednosti koje su izraz ustavnog i nacionalnog identiteta ove države<sup>5</sup>. Stoga,

- 3 U daljem tekstu: Ustavni sud. Nadležnost Ustavnog suda je propisana isključivo Ustavom BiH. Sve odluke ovog suda su konačne i obavezujuće. Ustavni sud sam određuje koji subjekti implementiraju odluke ovog suda, mjere koje treba poduzeti i rokove unutar kojih će se mjere provoditi.
- 4 U Presudi Ustavnog suda Ruske Federacije broj 12-P/2016 od 19. aprila 2016. godine utvrđena je nemogućnost izvršenja Presude Evropskog suda za ljudska prava od 4. jula 2013. godine u predmetu Anchugov i Gladkov protiv Rusije (predstavke br. 11157/04 i 15162/05), koja je donesena na osnovu odredaba člana 3 („Pravo na slobodne izbore“) Protokola broj 1 uz Evropsku konvenciju - onako kako ih je protumačio Evropski sud, u skladu sa Ustavom Ruske Federacije, njegovim članovima 3 (st. 1-3), 15 (st. 1. i 4), 32 (st. 1. i 2), 46 (stav 3) i 79. Radilo se o mjerama opšteg karaktera koje podrazumijevaju izmjene i dopune u zakonodavstvu Rusije (te samim tim i promjenu sudske prakse koja se na njima zasniva), kojima bi se dozvolilo ograničavanje izbornih prava ne svim osuđenima koji izdržavaju kaznu zatvora. Ustavni sud Ruske Federacije je ocijenio da je izvršenje pomenute presude Evropskog suda u suprotnosti sa članom 32 stav 3 Ustava Ruske Federacije koji ima prednost i vrhovnu pravnu snagu u pravnom sistemu Rusije i znači obaveznu zabranu izbornih prava (bez izuzetaka) svim osuđenima koji izdržavaju kaznu zatvora u mjestima predviđenim za lišavanje slobode.
- 5 Venecijanska komisija Vijeća Evrope se na svom 106. Plenarnom zasjedanju, održanom 12. marta 2016. godine, složila sa inicijativom predsjednika Ustavnog suda Republike Armenije za održavanje konferencije o ustavnom nadzoru. Komisija je zadužila G.G. Harutyunyana da za 107. Plenarno zasjedanje pripremi i prezentira odgovarajući koncept organizacionih mehanizama za održavanje navedenog foruma pri tome uzimajući u obzir moguće primjene „Kontrolne liste koja se odnosi na vladavinu prava“ (usvojene na 106. Plenarnom zasjedanju Venecijanske komisije) u procesu sistemskog ustavnog nadzora. Hitnost održavanja međunarodne konferencije o ustavnom nadzoru uslovljena je neophodnošću: razvoja efikasnijih pravnih mehanizama za prevazilaženje deficita konstitucionalizma u modernom društvu, isključivanje mogućnosti gomilanja negativne društvene energije koja nakon postizanja kritične mase može dovesti do društvene kataklizme; identifikovanje „uskih grla“ kod osiguravanja održive i dinamične supremacije ustava, te dalje poboljšavanje instrumenata sudske ustavne kontrole; učinkovite garancije vladavine prava

pitanje gdje su ustavna prava u BiH - nije pitanje za Evropski sud nego pitanje na koje treba odgovarati Ustavni sud svojom praksom<sup>6</sup>.

## **2. Pravo na život i pravo da se ne bude podvrgnuto torturi, neljudskom ili ponižavajućem postupku ili kažnjavanju (u odnosu na porodice nestalih lica)**

Ustavni sud je u predmetu broj AP 1423/13 od 3. februara 2016. godine zapazio da predmetne apelacije pokreću pitanje pronalaženja tijela nestalih srodnika, rasvjetljavanje okolnosti pod kojima su oni nestali, te u vezi s tim provođenje istraga pred nadležnim organima, u smislu člana 2. Evropske konvencije, koji kao pozitivnu obavezu državi nalaže provođenje nezavisne i efikasne istrage radi rasvjetljavanja okolnosti pod kojima su njihovi srodnici nestali. Nečovječno i nehumano postupanje apelanti vide u činjenici što tijela njihovih srodnika još uvijek nisu pronađena ni nakon više od 20 godina od njihovog nestanka, što su nestale srodnike zbog toga morali proglašavati nestalim, te što Fond za nestala lica, koji je shodno Zakonu o nestalim licima<sup>7</sup> formiran, još uvijek nije počeo operativno funkcionisati. Predmetne apelacije, takođe, pokreću pitanje informisanja porodica nestalih lica o preduzetim aktivnostima u vezi sa nestankom njihovih srodnika, postupanja nadležnih organa u svim segmentima, kao i naknade nematerijalne štete zbog boli i pitanje koju trpe sve ove godine zbog neznanja o sudbini svojih srodnika, odnosno zbog dužine trajanja postupaka na pronalaženju tijela i rasvjetljavanju okolnosti nestanka.

---

(pravne države); osiguranje održivog demokratskog razvoja; identifikovanje mogućnosti za primjenu „Elementa vladavine prava” za provođenje stalne ustavne dijagnostike i nadzora; konstruisanje preciznih preporuka radi usaglašavanja instrumenata za vršenje sistemskog ustavnog nadzora, uz primjenu „Elementa vladavine prava” u različitim pravnim sistemima. Predloženo je da se održi trodnevna konferencija u Yerevanu od 20. do 23. oktobra 2016. godine u kombinaciji sa godišnjom međunarodnom konferencijom u Yerevanu posvećenoj tematskim pitanjima ustavnog sudovanja.

- 6 Primarni fokus ustavnih reformi u Bosni i Hercegovini je provedba odluke Evropskog suda u predmetu Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine. Proglašenje neuspjeha netransparentnih pregovora, koje je predvodio komesar za proširenje Stefan Füle, u proljeće 2014. godine – zaustavilo je cijeli proces. Niti je Evropska unija dalje pokušavala da facilitira proces, niti su bosansko-hercegovački lideri pokušali da pronađu rješenje između sebe. Cijeli proces je zaustavljen nakon Opštih izbora u oktobru 2014. godine, kada su njemački i britanski ministri inostranih poslova pokrenuli tzv. njemačko – britansku inicijativu. Evropska unija je tim činom prihvatila svoj neuspjeh, te je otišla korak dalje, uklanjajući provedbu odluke „Sejdić i Finci” sa liste uslova koji moraju biti ispunjeni kako bi Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju stupio na snagu, što se i dogodilo 1. juna 2015. godine.

7 Službeni glasnik BiH, broj 50/04.

Ispitujući opravdanost postavljenih prigovora u okolnostima konkretnih slučajeva, Ustavni sud se osvrnuo i na dosadašnju praksu Ustavnog suda usvojenu u sličnim predmetima, ali i na noviju praksu Evropskog suda u sličnim činjeničnim i pravnim okolnostima.

U tom pravcu Ustavni sud podsjeća da je u Odluci broj AP 3783/09<sup>8</sup>, raspravljajući o sličnom činjeničnom i pravnom pitanju u kontekstu apelacija podnesenih zbog nestanka lica za vrijeme rata na teritoriji Bosne i Hercegovine, utvrdio kršenje prava apelanata na zabranu nehumanog postupanja iz člana II/3b) Ustava BiH i člana 3. Evropske konvencije, kao i povredu prava na porodični život iz člana II/3f) Ustava BiH i člana 8. Evropske konvencije, temeljeći takav stav na dosadašnjoj praksi Ustavnog suda<sup>9</sup>. Ustavni sud je u citiranoj odluci, između ostalog, podsjetio nadležne organe vlasti „da su u skladu sa zakonskom obavezom dužni i obavezni da po službenoj dužnosti pokrenu krivično gonjenje u slučaju postojanja krivičnog djela“. Ustavni sud je u citiranoj odluci posebno naglasio „da je od nestanka srodnika apelanata protekao dugi niz godina i da u tom kontekstu svako odlaganje provođenja temeljite i sveobuhvatne istrage, s obzirom na vremensku distancu, nadležnim organima objektivno otežava put u procesu rasvjetljavanja okolnosti njihovog nestanka, otkrivanja lica odgovornih za njihov nestanak, kao i njihovo procesuiranje“. U vezi sa prigovorima da Zakon o nestalim licima nije primijenjen u punom kapacitetu, Ustavni sud je u citiranoj odluci zapazio „određene pomake u provođenju Zakona o nestalim licima, u prvom redu, stavljanjem Instituta za nestala lica u operativnu funkciju, međutim“, kako je naglašeno u citiranoj odluci, „za rješavanje tako složenog i delikatnog zadatka, prije svega na pronalaženju tijela, te rasvjetljavanju okolnosti njihovog nestanka, potrebna je sveukupna i kontinuirana saradnja na svim nivoima vlasti, paralelno djelovanje svih koju su uključeni u proces traženja nestalih i utvrđivanja okolnosti njihovog nestanka, kao i stalna razmjena informacija, koja mora biti dostupna i raspoloživa apellantima“.

Ustavni sud je istakao i to da „sama okolnost da postoje evidencije nestalih lica, imajući u vidu relevantne odredbe Zakona o nestalim licima koje regulišu obavezu osiguranja informacija i obaveznost razmjene i saradnje (čl. 4. i 6. Zakona o nestalim licima) u vezi sa odredbama Zakona o krivičnom pos-

---

8 Vidi, Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 3783/09 od 20. decembra 2012. godine, dostupna na web-stranici Ustavnog suda [www.ustavnisud.ba](http://www.ustavnisud.ba).

9 Vidi, između ostalih, Ustavni sud, Odluka broj AP 129/04 od 27. maja 2005. godine, objavljena u Službenom glasniku BiH, broj 58/05 i Službenom glasniku Republike Srpske, broj 72/05, te Odluka broj AP 143/05 od 14. marta 2006. godine, objavljena u Službenom glasniku BiH, broj 80/05, Službenom glasniku Republike Srpske, broj 193/05 i Službenim novinama Federacije BiH, broj 3/06, obje dostupne i na web-stranici Ustavnog suda [www.ustavnisud.ba](http://www.ustavnisud.ba).

tupku BiH<sup>10</sup> koje regulišu obavezu nadležnih tužilaštava, pred ta tužilaštva stavlja obavezu da preduzmu poslove u vezi sa otkrivanjem i gonjenjem učinilaca krivičnih djela u smislu obaveze istraživanja spornih događaja – što se u konkretnim slučajevima, dakle, svodi na istraživanje i pronalazak lica koja se mogu dovesti u vezu sa nestankom srodnika apelanata. Ustavni sud podsjeća, takođe, da u svojoj dosadašnjoj praksi, iako je utvrđivao kršenje prava apelanata, nije dosuđivao pravičnu naknadu, u smislu Pravila Ustavnog suda, koju su apelanti tražili.

Ustavni sud, takođe podsjeća i na praksu Evropskog suda usvojenu u predmetima protiv Bosne i Hercegovine koji su pokretali gotovo identično činjenično i pravno pitanje<sup>11</sup>. Ustavni sud zapaža da je Evropski sud u citiranom predmetu utvrdio standarde za postupanje u predmetima koji su pokretali pitanje nestalih lica za vrijeme ratnih dešavanja u BiH. Dalje, Ustavni sud podsjeća da je Evropski sud u citiranom predmetu u okviru dopustivosti razmotrio aplikaciju u kontekstu kompatibilnosti *ratione materiae* pravila od šest mjeseci, iscrpljivanja domaćeg prava i statusa žrtve<sup>12</sup>, proglašavajući aplikaciju dopustivom. Zanimljivo je da se Evropski sud u citiranom predmetu bavio blagovremenošću aplikacije (pravilo od šest mjeseci) *proprio motu*, zaključivši nakon detaljne analize da je apelantica još uvijek mogla realno da očekuje da će biti provedena efikasna istraga kada je ona podnijela svoju aplikaciju 2004. godine, te da je, shodno tome, aplikantica postupala sa prihvatljivom ekspeditivnošću, u smislu pravila od šest mjeseci. Evropski sud je u meritumu detaljno razmotrio prigovore aplikantice o kršenju prava iz čl. 2, 3. i 5. Evropske konvencije, te u konačnici presudio da u aplikanticinom slučaju nema kršenja navedenih prava<sup>13</sup>.

U kontekstu navodnog kršenja člana 3 Evropske konvencije, Evropski sud je u citiranom predmetu, između ostalog, naveo da „fenomen nestanka osobe predstavlja poseban teret za rodbinu nestalih koja nema nikakvih informacija o sudbini voljenih osoba i trpi duševni bol zbog neizvjesnosti. Praksa Suda od samog početka prepoznaje da situacija u kojoj se nalazi rodbina predstavlja nečovječno i ponižavajuće postupanje suprotno članu 3. Bit povrede nije u tome da su ozbiljno povrijeđena ljudska prava u pogledu nestale osobe; ona leži u stavovima i reagovanjima organa vlasti na takvu situaciju kada im je prezentovana. Ostali relevantni faktori uključuju srodničku bliskost, posebno

---

10 Službeni glasnik BiH, br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09 i 72/13.

11 Vidi, Evropski sud, između ostalih, Palić protiv Bosne i Hercegovine, aplikacija broj 4704/04, presuda od 15. februara 2011. godine i dr.

12 Vidi, Palić protiv Bosne i Hercegovine, st. 44-60.

13 Vidi, Palić protiv Bosne i Hercegovine, st. 61-81.

odnose te veze, stepen u kojem je član porodice bio prisutan događaju o kojem je riječ i učešće člana familije u pokušajima da pribavi informacije o nestaloj osobi. Utvrđivanje takve povrede nije ograničeno samo na slučajeve u kojima je država odgovorna za nečiji nestanak, nego može nastati i onda kada vlasti ne reaguju na zahtjev koji upućuje rodbina radi pribavljanja informacija ili na prepreke na koje oni nailaze i kada ih ostavljaju da sami otkrivaju svaku pojediničnost vezanu za nestanak, što se može smatrati flagrantnim, kontinuiranim i bezobzirnim zanemarivanjem obaveze da se razjasni gdje se nestala osoba nalazi, kao i sudbina te osobe“.

Dalje, Evropski sud je prilikom odlučanja imao u vidu da je Dom za ljudska prava u BiH<sup>14</sup> utvrdio da je suprug aplikantice zaista bio žrtva nasilnog nestanka, te našao brojne povrede Konvencije u vezi s tim, pri čemu je aplikantici dosuđena naknada za nematerijalnu štetu. Evropski sud je prilikom odlučanja imao u vidu da su posmrtni ostaci nestalih srodnika (nakon odluke Doma za ljudska prava) pronađeni i da je nezavisna i efikasna istraga, ipak, provedena, iako sa zakašnjenjem, pa je zaključio da se, iako je aplikantica pretrpjela patnje i dalje ih trpi, reagovanja relevantnih organa ne mogu svrstati u nečovječno i ponižavajuće postupanje, te shodno tome da nije bilo kršenja člana 3. Evropske konvencije.

Evropski sud je nakon citirane odluke u više svojih odluka koje su pokretale slično činjenično i pravno pitanje odbacio aplikacije u kontekstu kršenja čl. 2. i 3. Evropske konvencije<sup>15</sup>. Ustavni sud podsjeća da su osnovni prigovori aplikantata bili da nadležne vlasti nisu provele efikasne istrage o nestanku i smrti njihovih srodnika, te da su vlasti pokazale potpunu nezainteresiranost za njihove patnje. Evropski sud je u predmetu *Lejla Fazlić protiv Bosne i Hercegovine* imao u vidu da je Ustavni sud 17. jula 2007. godine donio odluku kojom je utvrdio kršenje prava iz čl. 3 i 8 Evropske konvencije u odnosu na aplikantnicu i ostale iz 227. sličnih predmeta, kojom je naloženo vlastima da aplikantici i ostalim apelantima pruže sve informacije kojim raspolažu, a tiču se sudbine i pronalaženja nestalih osoba. U kontekstu prigovora u vezi sa kršenjem prava na život iz člana 2 Evropske konvencije, Evropski sud je u citiranim predmetima, između ostalog, imao u vidu da je Haški tribunal (ICTY) do tada osudio 16 osoba u vezi sa ratnim zločinima počinjenim 1992. godine na području Prijedora, uključujući i one koji se odnose na događaje u kojima su nestali srod-

---

14 U daljnjem tekstu: Dom za ljudska prava.

15 Vidi, Evropski sud, između ostalih, odluke Munira Mujkanović i drugi protiv Bosne i Hercegovine i Lejla Fazlić i drugi protiv Bosne i Hercegovine, aplikacija br. 47063/08 i dr. i 66758/09 i dr., odluke od 3. juna 2014. godine i dr.

nici aplikanata najvjerojatnije izgubili živote. U vezi s tim, Evropski sud je ocijenio da je odgovorna država mogla izvršiti svoju obavezu iz člana 2. doprinoseći radu Haškog tribunala, s obzirom na to da je Haški tribunal imao primat u odnosu na domaće sudove i da je mogao preuzeti istrage i postupke domaćih organa u bilo kojoj fazi u interesu međunarodne pravde.

Evropski sud je prilikom odlučanja ocijenio efikasnost rada državnog suda (Sud BiH) u konkretnim slučajevima u kojima su procesuirani odgovorni za krivična djela koja se tiču etničkog čišćenja na području Prijedora. Evropski sud je usvojio stav da je brzina tih postupaka bila u okviru rokova navedenih u Državnoj strategiji za ratne zločine, nalazeći da su ti rokovi razumni (naime, planirano je da se najsloženiji predmeti i predmeti najvišeg prioriteta procesuiraju do kraja 2015, a svi ostali predmeti ratnih zločina do kraja 2023. godine). Evropski sud je zaključio da se krivične istrage provode razumnom brzinom, pa je uzimajući u obzir posebne okolnosti koje su vladale u Bosni i Hercegovini do 2005. godine, te veliki broj predmeta ratnih zločina pred domaćim sudovima, naveo da nije pokazano da je u provođenju istrage povrijeđen minimum standarda koji zahtijeva član 2. Evropske konvencije. U kontekstu kršenja člana 3 Evropske konvencije, Evropski sud je, takođe, usvojio stav da se aplikacije moraju odbaciti, u skladu sa članom 35. st. 3(a) i 4. Evropske konvencije, pri čemu je priznao težinu fenomena nestanka i patnju aplikanata, ali je usvojio stav da se reakcije vlasti u okolnostima konkretnih slučajeva ne mogu smatrati neljudskim ili ponižavajućim postupanjem.

Evropski sud je u citiranim predmetima, u kontekstu prigovora aplikanata u vezi sa neosnivanjem fonda, istakao da aplikanti nisu pokazali da bi bilo koji od navedenih faktora mogao ukazivati na to da postoji osnov da se zaključi da je povrijeđen član 3. Evropske konvencije. U tom pravcu je navedeno da su svi aplikanti pribavili rješenja o proglašavanju njihovih srodnika umrlim prije stupanja na snagu spornih propisa, pa čak i pod pretpostavkom da bi se zbog toga moglo pokrenuti pitanje kršenja člana 3. Evropske konvencije, argumenti aplikanata da su zbog toga osjećali pritisak da svoje nestale proglase umrlim – nisu se odnosili na konkretne aplikante. Evropski sud je, takođe, prilikom odlučanja imao u vidu da isplata finansijske pomoći srodnicima nestalih osoba nije otpočela, jer fond još uvijek nije osnovan, ali da aplikanti nisu pokazali da bi oni imali pravo na takvu pomoć shodno Zakonu o nestalim licima. Konačno, imajući u vidu zaključke u vezi sa prigovorima aplikanata u kontekstu čl. 2. i 3. Evropske konvencije, Evropski sud je zaključio da predmeti pritužbi ne otkrivaju bilo kakve naznake povrede čl. 5, 8. i 13. Evropske konvencije, pa je i te pritužbe odbacio smatrajući da je taj dio aplikacija očigledno neosnovan. Isti stav Evropski sud je kontinuirano slijedio i u novijim odlukama donesenim



povodom aplikacija podnesenih protiv Bosne i Hercegovine koje su pokretale identična pitanja<sup>16</sup>.

Dovodeći navedene stavove Evropskog suda u vezu sa predmetnim slučajevima, Ustavni sud je ispitao da li bi oni, s obzirom na dosadašnju praksu Ustavnog suda, u okolnostima konkretnih slučajeva mogli biti primjenjivi, budući da se radi o gotovo identičnim činjeničnim okolnostima u kontekstu pitanja koja se predmetnim apelacijama pokreću.

Ustavni sud, prije svega, podsjeća da apelanti do momenta podnošenja apelacija, prema njihovim tvrdnjama, nisu imali informacije o nestalim srođnicima, o njihovim posmrtnim ostacima, niti o tome da li se u vezi sa nestankom njihovih srođnika vodi nezavisna i sveobuhvatna istraga, niti ih je bilo ko u vezi s tim informisao, pa je upravo to bio razlog da apelanti tokom 2013. i 2014. godine pokrenu postupke pred Ustavnim sudom. Ustavni sud podsjeća da je radi pribavljanja relevantnih informacija tokom postupka – komunicirano sa Institutom za nestala lica BiH i Tužilaštvom BiH, koji su detaljno informisali Ustavni sud o nestalim licima iz predmetnih apelacija.

Pored spornog pitanja koje se predmetnim apelacijama pokreće, a tiče se pronalaženja tijela srođnika apelanata i njihove identifikacije (koja je, u međuvremenu, u cijelosti, odnosno preliminarno završena, što je za apelante svakako značajna činjenica, jer su posmrtni ostaci njihovih srođnika nakon dugogodišnje strepnje, boli i čekanja, ipak, pronađeni za šta velike zasluge imaju Institut za nestala lica i svi drugi relevantni organi u okviru svojih nadležnosti), Ustavni sud zapaža da predmetne apelacije pokreću i pitanje rasvjetljavanja svih okolnosti spornih događaja u kojima je došlo do nestanka i ubistva srođnika apelanata. U vezi s tim, Ustavni sud podsjeća da pozitivne obaveze, u smislu Evropske konvencije, pred državu postavljaju obavezu da objasni nestanak i smrt, kako da se identifikuje i procesuiraju svaki počinilac nezakonitih radnji u vezi s tim. Shodno stavu Evropskog suda, istraga mora biti nezavisna od svih koji su bili umiješani u događaje, biti efikasna u smislu da se na osnovu nje mogu utvrditi činjenice i da može dovesti do identifikacije i kažnjavanja odgovornih, mora biti dostupna srođnicima žrtve u mjeri u kojoj je to neophodno da bi se zaštitili njihovi legitimni interesi, te se mora provesti u razumno kratkom vremenu<sup>17</sup>. U tom

---

16 Vidi, Evropski sud, Šeremet protiv BiH, aplikacija broj 29620/05, odluka od 8. jula 2014. godine; Nail Demirović i dr. protiv BiH, aplikacija broj 35372/09; Melika Muratspahić protiv BiH, aplikacija broj 31865/06 i Samka Zuban i Jasmina Hamidović protiv BiH, aplikacije br. 7175/06 i 8710/06, sve odluke su donesene 2. septembra 2014. godine, te konačno odluka Žerajić i Gojković protiv BiH od 13. novembra 2014. godine.

17 Op. cit., Munira Mujkanović i drugi protiv Bosne i Hercegovine, tačka 37, Lejla Fazlić i drugi protiv Bosne i Hercegovine, tačka 34 i Žerajić i Gojković protiv BiH, tačka 28.

pravcu apelanti prigovoraju da ni nakon duže od 20 godina od kada su njihovi srodnici nestali – još uvijek nisu rasvijetljene okolnosti pod kojima su nestali, niti raspolažu bilo kakvim informacijama o tome.

Ustavni sud podsjeća da je upravo zbog toga zatražio odgovor Tužilaštva BiH, budući da apelanti nisu raspolagali informacijama o tome da li se u vezi sa nestankom njihovih srodnika provode nezavisne i sveobuhvatne istrage. Ustavni sud zapaža da je Tužilaštvo BiH u odgovoru na apelacije, između ostalog, navelo da istrage koje se vode za zločine na području opštine Prijedor tokom 1992. godine, koje se odnose i na apelacije br. AP 1423/13 i AP 1948/13, još uvijek nisu okončane zbog nedostatka očevidaca – svjedoka ili neposrednih materijalnih dokaza o izvršiocima. U tako složenoj situaciji za Ustavni sud je ohrabrujuća činjenica da Tužilaštvo BiH, i pored poteškoća sa kojima se susreće u istražnim postupcima, ne namjerava odustati od otkrivanja učinilaca, sve dok bude postojao i najmanji trag koji vodi ka odgovornim licima.

Ustavni sud podsjeća da je u svojoj dosadašnjoj praksi razmatrao slično činjenično i pravno pitanje u odnosu na dužinu trajanja istraga u postupcima kršenja ljudskih prava apelanata za vrijeme ratnih dešavanja u BiH<sup>18</sup>. U citiranoj odluci Ustavni sud je, između ostalog, podsjetio da su tokom rata na teritoriji Bosne i Hercegovine učinjena teška i masovna kršenja međunarodnog humanitarnog prava, čija je posljedica bio gubitak života velikog broja ljudi, veliki broj lica se još uvijek vodi kao nestala, kao i druge povrede osnovnih ljudskih prava i sloboda, kao što su opisani događaji iz apelacija, te je pred nadležnim organima veliki i složen zadatak da sve te događaje rasvijetle, istraže i procesuiraju. Ustavni sud je, uzimajući u obzir odgovore Tužilaštva BiH i činjenicu da su nadležni organi sa aspekta pozitivne obaveze države nesporno preduzeli i još uvijek preduzimaju odgovarajuće mjere za rasvjetljavanje događaja iz apelacije, i pored činjenice da istražni postupci još uvijek nisu okončani, zaključio da navodi apelanata o neaktivnosti nadležnih organa na rasvjetljavanju događaja iz apelacije nisu osnovani, te da nije utvrđeno kršenje prava iz člana II/3b) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 3. Evropske konvencije.

Ustavni sud smatra da se navedeni stavovi, *mutatis mutandis*, mogu primijeniti i na konkretne slučajeve iz citiranih apelacija. Prije svega, Ustavni sud podsjeća da je nesporna činjenica da Tužilaštvo BiH provodi istražne radnje i preduzima aktivnosti na rasvjetljavanju spornih događaja u vezi sa nestankom lica na području Prijedora, da su neki odgovorni do sada već i procesuirani, o čemu se Evropski sud iscrpnije bavio u citiranim odlukama, npr. *Lejla Fazlić i*

---

18 Vidi, Ustavni sud, *mutatis mutandis*, Odluka broj AP 3067/09, od 20. decembra 2012. godine, dostupna na web-stranici Ustavnog suda [www.ustavni.sud.ba](http://www.ustavni.sud.ba).

*dr. protiv Bosne i Hercegovine*, pa u takvim okolnostima u kontekstu apelacionih prigovora Ustavni sud ne zapaža pasivnost i neučinkovitost nadležnih organa. Činjenica da istražni postupci još uvijek nisu okončani tužilačkom odlukom *per se* – ne vodi zaključku da su nadležni organi pasivni i neučinkoviti.

Pri tome Ustavni sud ukazuje da ovakvo utvrđenje u okolnostima ovih apelacija u cijelosti korespondira sa stavom Evropskog suda u vezi sa članom 2. Evropske konvencije<sup>19</sup>, prema kojem „procesna obaveza iz tog člana ne predstavlja obavezu koja se odnosi na rezultat, nego na način vršenja istrage“. Ključno pitanje je da li su domaći organi učinili sve što se moglo razumno očekivati od njih u okolnostima ovog konkretnog slučaja<sup>20</sup>. U tom kontekstu je Evropski sud ocijenio osnivanje Instituta za ljudska prava, te istakao: „Dalje, značajni resursi su izdvojeni kako bi se obavio obiman forenzički i naučni rad na terenu, uključujući i ekshumaciju na pretpostavljenim mjestima ukopa, sakupljanje, smještanje identifikacija posmrtnih ostataka, kao i sistematsko upoređivanje putem savremenih genetičkih baza podataka (uporedi *Aslakhanova i drugi*, citirana u tekstu, tačka 226). Ovo je omogućilo otkrivanje mnogih masovnih grobnica širom Bosne i Hercegovine, poput nedavno otkrivene grobnice koja sadrži ostatke stotina žrtava sa područja Prijedora, kao i identifikaciju hiljada nestalih osoba.“ Osim toga, Evropski sud je ocijenio (tačka 36) da je do sada osuđeno 16 osoba u vezi sa ratnim zločinima počinjenim 1992. godine na području Prijedora [...]. Uz to, državni sud je do sada kaznio sedam osoba za zločine počinjene u kontekstu etničkog čišćenja na području Prijedora, a istraga o nekim drugim zločinima počinjenim na tom području je u toku.

Evropski sud je dalje u tački 37. navedene odluke istakao: „Evidentno je da nisu kažnjeni svi direktni počinioci mnogih zločina koji su počinjeni u kontekstu etničkog čišćenja na području Prijedora. Sud razumije da je za aplikante frustrirajuće to što su imenovani potencijalni osumnjičeni, ali još uvijek nisu poduzete dalje mjere. Međutim, član 2. se ne može tumačiti tako da zahtijeva od vlasti da pokrenu krivično gonjenje bez obzira na raspoložive dokaze. [...]. U svjetlu navedenog, Sud smatra da je istraga bila efikasna u smislu da može dovesti do identifikacije i kažnjavanja odgovornih za nestanak i smrt srodnika aplikanata (vidi, *Palić*, citirana u tekstu, tačka 65, gdje Sud smatrao da je istraga bila efikasna uprkos činjenici da nije bilo osuđujućih presuda).“ Osim toga, istaknuto je: „Što se tiče kritika aplikanata u pogledu dostupnosti istrage i postojanja dovoljnog uvida javnosti, Sud je već naglasio važnost prava žrtava i

---

19 Op. cit., Lejla Fazlić i drugi protiv BiH, tačka 35.

20 Vidi, analogno, Osman protiv Ujedinjenog Kraljevstva, 28. oktobar 1998, tačka 116, Izvještaji 1998-VIII.

njihovih porodica i nasljednika da saznaju istinu o okolnostima događaja u kojima je došlo do masovne povrede osnovnih prava – kao što je pravo na život. Međutim, ovaj aspekt te procesne obaveze ne zahtijeva da aplikanti imaju uvid u policijske spise ili kopije svih dokumenata za vrijeme istrage koja je u toku ili da budu konsultovani ili obavještavani o svakoj poduzetoj mjeri (*Asocijacija „21. decembar 1989“ i drugi*, citirana u tekstu, tačka 106 i *Gürtekin i drugi*, citirana u tekstu, tačka 29). Ne može se automatski zahtijevati da se porodicama dostave imena potencijalnih osumnjičenih protiv kojih nije prikupljeno dovoljno dokaza da bi se pokrenulo krivično gonjenje. [...] U tom pogledu Sud želi naglasiti da se procesna obaveza iz člana 2 mora tumačiti na način da ne nameće nemoguć ili nesrazmjeran teret vlastima (*Osman*, citirana u tekstu, tačka 116 i *Palić*, citirana u tekstu, tačka 70). S obzirom na navedeno i činjenice konkretnih apelacija, te izjašnjenja Instituta za nestala lica i Tužilaštva BiH, Ustavni sud ukazuje da su navedeni stavovi Evropskog suda u cijelosti primjenjivi i na apelacije br. AP 1423/13 i AP 1948/13, budući da nadležne institucije, odnosno javna vlast nije prekršila „nijednu dužnost u pogledu razumne ekspeditivnosti ili obavještanja srodnika u skladu sa članom 2. Evropske konvencije“.

Podržavajući praksu Evropskog suda, a imajući u vidu okolnosti konkretnih slučajeva, i to, između ostalog, ponašanje apelanata, kao i nadležnih organa vlasti, Ustavni sud nije mogao izvesti zaključak da su nadležni organi u konkretnim slučajevima bili pasivni i neučinkoviti, čija bi posljedica bilo kršenje prava apelanata iz člana II/3a) Ustava BiH i člana 2. Evropske konvencije i člana II/3b) Ustava BiH i člana 3. Evropske konvencije.

### **3. Pravo na ličnu slobodu i bezbjednost (pritvor mentalno oboljelih osoba)**

U odluci broj AP-440/16 od 12. maja 2016. godine Ustavni sud je podsjetio da je o istom ili sličnom činjeničnom i pravnom osnovu odlučio u svojoj Odluci broj AP 2472/11 od 31. januara 2013. godine, u kojoj je razmatrao apelaciju apelantice kojoj je oduzeta poslovna sposobnost i koja je na osnovu rješenja Službe socijalne zaštite donesenim na osnovu federalnog Zakona o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite porodice sa djecom<sup>21</sup> i kantonalnog Zakona o socijalnoj zaštiti, zaštiti civilnih žrtava rata i zaštiti porodice sa djecom<sup>22</sup>, smještena u Javnu ustanovu Zavod za zbrinjavanje mentalno-invalidnih lica „Drin“ Fojnica<sup>23</sup>, a nakon te odluke su slijedile i

---

21 Službeni glasnik Federacije BiH, br. 36/99, 54/04, 39/06 i 14/09.

22 Službeni glasnik Unsko-sanskog kantona, br. 5/00 i 7/01.

23 U daljnjem tekstu: Zavod.

druge odluke<sup>24</sup>. U ovim odlukama Ustavni sud je detaljno ukazao na kriterije koji, prema praksi Evropskog suda, moraju biti ispunjeni da bi se pritvor mentalno oboljelog lica smatrao kao pritvor koji nije „proizvoljan“, tj. da bi bio ispunjen zahtjev „zakonitosti“ u smislu člana 5. stav 1e Evropske konvencije<sup>25</sup>. Dalje, primjenjujući te kriterije na situaciju koja je razmatrana u navedenoj odluci, Ustavni sud je zaključio da nije bilo sudske odluke ni prilikom prinudne hospitalizacije, niti prilikom smještaja apelantice u Zavod. Ustavni sud je naročito ukazao da je u tom slučaju apelantica smještena u Zavod na osnovu federalnog Zakona o osnovama socijalne zaštite i kantonalnog Zakona o socijalnoj zaštiti, ali da nisu uzete u obzir odredbe Zakona o zaštiti lica sa duševnim smetnjama<sup>26</sup>, koji propisuje način i postupak za utvrđivanje duševne poremećenosti pred nadležnim domaćim organom, kao i potrebu da se ispita da li vrsta i stepen „duševne poremećenosti“ opravdavaju prinudno zatvaranje takvog lica. Takođe, Ustavni sud je ukazao da odredbe tog zakona propisuju ograničeno trajanje pritvora, odnosno prinudnog smještaja uz obavezu da zdravstvena ustanova u kojoj se lice nalazi, po potrebi, dostavlja sudu izvještaje o zdravstvenom stanju tog lica. Ustavni sud je u navedenoj odluci zaključio da je Centar za socijalni rad imao mogućnost da postupi u smislu navedenih odredaba Zakona o zaštiti lica, ali da nije postupao u skladu sa navedenim zakonom, pa je utvrdio kršenje apelanticeinog prava iz člana 5. stav 1e Evropske konvencije, ocijenivši da njeno lišavanje slobode, tj. prinudni smještaj u ustanovu, nije „zakonit“, kako to zahtijeva Evropska konvencija<sup>27</sup>.

Ustavni sud je, dalje, u citiranoj Odluci broj AP 2472/11 razmatrao i pitanje da li je apelantici omogućeno da o produžetku njenog lišavanja slobode, odnosno prinudnog smještaja odlučuje „sud“ u određenim vremenskim intervalima, kako to propisuje član 5. stav 4. Evropske konvencije. S tim u vezi, Ustavni sud je u navedenoj odluci istakao da federalni Zakon o osnovama socijalne zaštite i kantonalni Zakon o socijalnoj zaštiti, na osnovu kojih je apelantica smještena u Zavod, ne predviđaju obavezan nadzor nad zakonitošću lišavanja slobode, odnosno prinudnog smještaja koji mora vršiti sud ili organ koji mora biti „nezavisan od izvršne vlasti i strana u postupku“, kako to predviđa Evropska konvencija. Nasuprot tome, obrazloženo je da odredbe Zakona o zaštiti lica predviđaju obaveznu odluku suda, tj. da isključivo sud odlučuje o prinudnom

---

24 Npr., AP 2440/11 od 16. maja 2013. godine i AP 2038/11 od 12. juna 2013. godine, sve odluke objavljene na [www.ustavnisud.ba](http://www.ustavnisud.ba).

25 Vidi, npr., AP 2472/11, tač. 39-40, te 42 i 44.

26 Službene novine Federacije BiH, br. 37/01, 40/02, 52/11 i 14/13. U daljnjem tekstu: Zakon o zaštiti lica.

27 Vidi AP 2440/11, tačka 46.

smještaju duševno poremećenog lica, zatim, da isključivo sud odlučuje o produženju prinudnog smještaja, kao i o otpustu iz zdravstvene ustanove. Imajući u vidu činjenicu da je već prethodno konstatovao da Služba socijalne zaštite nije postupala u smislu navedenih odredaba Zakona o zaštiti lica, nego da je apelanticin prinudni smještaj izvršila u smislu odredaba Federalnog zakona o osnovama socijalne zaštite i Kantonalnog zakona o socijalnoj zaštiti koji ne predviđaju niti jedan kriterij koji mora biti ispunjen u smislu člana 5. stav 4. Evropske konvencije – Ustavni sud je u tački 50. navedene odluke zaključio da je na ovaj način prekršeno apelanticino pravo iz člana 5. stav 4. Evropske konvencije<sup>28</sup>.

Dovodeći navedene stavove Ustavnog suda i Evropskog suda u vezu sa činjenicama konkretnog predmeta, Ustavni sud zapaža da je apelant takođe lišen slobode i smješten u Zavod na osnovu zahtjeva apelantovog brata kao staraoca apelanta rješenjem Opštinskog suda od 21. januara 2014. godine, te da u pogledu smještaja apelanta u Zavod uopšte nije učestvovala nadležna služba socijalne zaštite, pri čemu nije ispoštovana procedura propisana Zakonom o zaštiti lica, a što sve ukazuje na proizvoljnost i nezakonitost lišavanja slobode apelanta. Budući da se apelant nalazi u Zavodu, bez ikakvog sudskog preispitivanja produženja njegovog smještaja u smislu odredaba Zakona o zaštiti lica, Ustavni sud smatra da su stavovi koji su izneseni u navedenim odlukama Ustavnog suda i Evropskog suda primjenljivi i na konkretni slučaj, pa u ovoj odluci Ustavni sud nije posebno obrazlagao kršenje prava iz člana II/3d) Ustava BiH i člana 5. stav 1e i stav 4. Evropske konvencije, nego se pozvao na obrazloženje i razloge date u navedenoj odluci broj AP 2472/11, budući da se razlozi navedeni u toj odluci mogu primjeniti i na ovu odluku. S obzirom na to, Ustavni sud smatra da postoji kršenje apelantovog prava iz člana II/3d) Ustava BiH i člana 5. stav 1e i stav 4. Evropske konvencije.

---

28 U vezi s navedenim, Ustavni sud ukazuje da je i Evropski sud razmatrao tri aplikacije koje su pokretale slična činjenična i pravna pitanja u kontekstu smještaja u Zavod na osnovu rješenja donesenih od strane Službe socijalne zaštite u smislu odredaba federalnog Zakona o osnovama socijalne zaštite i kantonalnog Zakona o socijalnoj zaštiti (Evropski sud, presuda od 3. novembra 2015. godine, Hadžimejlić i drugi protiv Bosne i Hercegovine, aplikacije br. 3427/13, 74569/13 i 7157/14). Evropski sud je ukazao da je Ustavni sud zaključio da postoji kršenje prava iz člana 5. stav 1e Evropske konvencije, budući da aplikanti nisu lišeni slobode primjenom odredaba Zakona o zaštiti lica koji propisuje mogućnost, uslove, način i postupak zadržavanja, odnosno pritvaranja lica sa mentalnim poremećajima, te da njihovim lišavanjem slobode, nije ispunjen zahtjev „zakonitosti“ u smislu Evropske konvencije. Pored toga, Evropski sud je ukazao da je Ustavni sud zaključio da postoji i kršenje člana 5. stav 4. Evropske konvencije jer nije bilo sudskog preispitivanja zakonitosti lišenja slobode aplikantata, te da je Ustavni sud shodno navedenom naredio nadležnim centrima za socijalni rad da preduzmu mjere kako bi se osiguralo poštovanje prava aplikantata iz člana 5. st. 1. i 4. Evropske konvencije.

#### **4. Pravo na pravično suđenje i načelo *in dubio pro reo***

U vezi sa apelantovim navodima o kršenju principa *in dubio pro reo*, Ustavni sud u predmetu broj AP 333/13 od 17. februara 2016. godine zapaža da je apelacijom na kršenje ovog principa ukazano zbog njegove nedosljedne primjene, konkretnije da su se dokazi, a naročito apelantov iskaz, trebali ocijeniti u apelantovu korist, a ne na njegovu štetu. U vezi s tim je ukazano na pogrešne zaključke redovnih sudova prema kojima u konkretnom slučaju nije postojala krajnja nužda koja bi isključila apelantovu krivicu.

Ustavni sud naglašava da je princip *in dubio pro reo* garantovan članom 6. stav 2. Evropske konvencije. U tom pogledu, ukoliko postoji sumnja da je određeno lice (optuženi) izvršilo krivično djelo, takva sumnja treba ići u korist optuženom. Dakle, kada ima sumnju, sud mora primijeniti princip *in dubio pro reo*, što je i bitan elemenat prava na pravično suđenje iz člana 6. Evropske konvencije<sup>29</sup>. Međutim, prema mišljenju Ustavnog suda, princip *in dubio pro reo* ne može biti doveden u pitanje ukoliko je sprovedena cjelovita analiza svih izvedenih dokaza u obrazloženju sudske odluke koja takvu eventualnu sumnju otklanja. U kontekstu izlaganja prethodnih tačaka ove odluke (ocjene dokaza), Ustavni sud smatra da analiza i ocjena svih sprovedenih dokaza, naročito apelantovog iskaza koji je doveden u vezu sa svim ostalim izvedenim dokazima, ne ostavljaju utisak proizvoljnosti ili nelogičnosti u pogledu zaključka suda o apelantovoj krivici, dajući jasne i logične razloge, uz obrazloženja koja ni po čemu ne izgledaju proizvoljno i koja zadovoljavaju standarde Evropske konvencije. Stoga, Ustavni sud smatra da u konkretnom slučaju nije povrijeđen princip *in dubio pro reo* iz člana 6. stav 2. Evropske konvencije, pa su apelantovi navodi i u ovom dijelu neosnovani.

#### **5. Odnos krivičnog i parničnog postupka (u kontekstu prava na pravično suđenje)**

Apelant je u predmetu broj AP 525/13 od 28. aprila 2016. godine tvrdio da ni u krivičnom, ni u disciplinskom postupku ni jednim validnim dokazom nije dokazano da je počinio krivično djelo krađe i radnju teže povrede radne obaveze, kao i da tuženi nije dokazao da postoji neka njegova radnja koja predstavlja povredu radne obaveze kojom joj je pričinjena šteta, a koja nije krivično djelo za koje je već pravnosnažno oslobođen. U suštini, iz apelantovih navoda

---

<sup>29</sup> Vidi, Evropski sud, Barbera, Messeque i Jabardo protiv Španije, presuda od 6. decembra 1988. godine, Serija A broj 146, stav 77. i Odluka Ustavnog suda, broj AP 5/05 od 14. marta 2006. godine, stav 29, objavljena u Službenom glasniku BiH, broj 49/06.

proizlazi da smatra da, s obzirom da je u povodu istog činjeničnog osnova oslobođen od optužbi da je počinio krivično djelo – ne može biti oglašen odgovornim za težu povredu radne obaveze.

Ustavni sud u vezi s ovim apelacionim navodima prvenstveno zapaža da je apelant predmetnom apelacijom osporio presudu Vrhovnog suda Republike Srpske donesenu u parničnom postupku u kojem je odlučivano o „zaštiti prava iz radnog odnosa”. Nadalje, Ustavni sud primjećuje da je Vrhovni sud u obrazloženju osporene odluke ukazao da je sud vezan samo pravnosnažnom osuđujućom presudom donesenom u krivičnom postupku, i to u pogledu postojanja krivičnog djela i krivice, ali ne i presudom kojom je, kao u konkretnom slučaju, apelant oslobođen od optužbi. Nadalje, Vrhovni sud Republike Srpske je ukazao da su disciplinska odgovornost i krivica samostalne odgovornosti koje se utvrđuju u posebnim postupcima, pa da se zbog toga u povodu istog životnog događaja paralelno mogu voditi i disciplinski i krivični postupak, te da u tom slučaju disciplinski organ ne utvrđuje postojanje krivičnog djela i krivice, već postojanje povrede radne obaveze i disciplinsku odgovornost. Imajući u vidu član 12. stav 3. Zakona o parničnom postupku<sup>30</sup> prema kojem je sud u parničnom postupku vezan pravnosnažnom osuđujućom presudom u krivičnom postupku u pogledu postojanja krivičnog djela i krivice, odnosno da navedenom odredbom nije isključena mogućnost da se i u tom slučaju u povodu istog događaja utvrđuje građanska odgovornost prema pravilu o teretu dokazivanja koja vrijede u građanskom postupku, Ustavni sud smatra da su neosnovane tvrdnje apelanta da je pogrešan zaključak Vrhovnog suda da je odluka tuženog zakonita, s obzirom da je u povodu istog događaja zbog kog je utvrđeno da je počinio težu povredu radne dužnosti, u krivičnom postupku – oslobođen od optužbi da je počinio krivično djelo.

S druge strane, u pogledu apelantovih navoda da mu je povrijeđeno pravo na pravično suđenje iz člana 6. st. 2. i 3. Evropske konvencije, Ustavni sud ukazuje da se navedeni stavovi člana 6. ove konvencije tiče isključivo prava lica u vezi sa „krivičnom optužbom“. S obzirom na to da se, dakle, u predmetnom sudskom postupku odlučivalo o apelantovom tužbenom zahtjevu usmjerenom na poništenje odluke tuženog i uspostavi prava iz radnog odnosa, a ne o „krivičnoj optužbi“ protiv apelanta, odnosno da je član 6. stav 1. Evropske konvencije primjenjiv s aspekta garancija koje pruža „građanski“ nivo prava na pravično suđenje, Ustavni sud, podržavajući vlastitu praksu u predmetima koji su sa ovog aspekta pokretali slična pitanja<sup>31</sup>, nije ulazio u daljnje ispitivanje ovih apelantovih navoda.

<sup>30</sup> Službeni glasnik Republike Srpske, br. 58/03, 85/03, 74/07, 63/07 i 49/09.

<sup>31</sup> Vidi, mutatis mutandis, Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP-690/11 od 10. aprila 2014. godine, tačka 29 i mutatis mutandis, AP 147/09 od 23. februara 2012. godine, tačka 82, dostupne na [www.ustavnisud.ba](http://www.ustavnisud.ba).



## **6. Pravo na pravično suđenje i pravo na privatni i porodični život, dom i prepisku**

Ustavni sud je u svojoj praksi već usvojio jasan stav da se na pitanje da li apelant ima ili da li će imati pravično suđenje pred redovnim sudovima – ne može odgovoriti dok je postupak u toku. Saglasno praksi Ustavnog suda i Evropskog suda, pitanje da li je poštovano načelo pravičnog suđenja treba sagledati na osnovu postupka u cjelini. S obzirom na složenost krivičnog postupka, eventualni procesni propusti i nedostaci koji se pojave u jednoj fazi postupka mogu biti ispravljeni u nekoj od narednih faza istog tog postupka. Slijedeći to, nije moguće, u načelu, utvrditi da li je krivični postupak bio pravičan – dok se postupak pravnosnažno ne okonča<sup>32</sup>.

U konkretnom slučaju (predmet broj AP 470/15 od 28. aprila 2016. godine) iz raspoloživih dokaza proizlazilo je da krivični postupak protiv apelanta još uvijek nije pravnosnažno okončan. U vezi s tim, Ustavni sud primjećuje da osporena rješenja o zabrani komunikacije sa vanjskim svijetom, osim sa braniocem, tokom trajanja pritvora i krivičnog postupka, ne predstavljaju utvrđenje osnovanosti krivične optužbe protiv apelanta, u smislu člana 6. stav 1. Evropske konvencije<sup>33</sup>. Saglasno navedenom, imajući u vidu odredbe člana 18. stav (3) tačka 1) Pravila Ustavnog suda, Ustavni sud zaključuje da je apelacija, u odnosu na povredu prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava BiH i člana 6. stav 1. Evropske konvencije – preuranjena.

Osnovna svrha člana 8 Evropske konvencije jeste zaštita pojedinaca od arbitrarnih miješanja vlasti u njihova prava garantovana članom 8. Evropske konvencije<sup>34</sup>. U konkretnom slučaju Ustavni sud je morao utvrditi da li su se javne vlasti osporenim rješenjima umiješale u apelantovo pravo na poštovanje njegovog privatnog i porodičnog života i, ako je to slučaj, da li je to miješanje bilo opravdano. Ovaj uslov se, u skladu sa značenjem termina Evropske konvencije, sastoji iz više elemenata: (a) miješanje mora biti zasnovano na domaćem ili međunarodnom zakonu; (b) zakon o kojem je riječ mora biti primjereno dostupan tako da pojedinac bude primjereno upućen na okolnosti zakona koje se mogu primijeniti na dati predmet; (c) zakon, takođe, mora biti for-

---

32 Vidi, Evropski sud, Barbera, Meeseque i Jabardo protiv Španije, presuda od 6. decembra 1988. godine, Serija A broj 146, stav 68. i Ustavni sud, Odluka broj U 63/01 od 27. juna 2003. godine, tačka 18, objavljena u Službenom glasniku BiH, broj 38/03.

33 Vidi, mutatis mutandis, Ustavni sud, Odluka broj AP 3271/13 od 23. decembra 2013. godine, dostupna na [www.ustavnisud.ba](http://www.ustavnisud.ba), tačka 26.

34 Vidi: Evropski sud, Kroon protiv Holandije, presuda od 27. oktobra 1994. godine, serija A, broj 297-c, stav 31.

mulisan sa odgovarajućom tačnošću i jasnoćom kako bi se pojedincu omogućilo da prema njemu prilagodi svoje postupke<sup>35</sup>.

Ustavni sud iz obrazloženja osporenih rješenja zapaža da se sporno ograničenje apelanta u komunikaciji sa vanjskim svijetom, osim sa braniocem, suštinski odnosilo na apelantovu suprugu i oštećenu. Shodno tome, Ustavni sud smatra da je sporno ograničenje rezultiralo miješanjem javne vlasti u apelantovo pravo na privatni i porodični život, u smislu člana 8. stav 1. Evropske konvencije. Nadalje, Ustavni sud je morao utvrditi opravdanost ovog miješanja u smislu člana 8. stav 2. Evropske konvencije, odnosno, da li je ono bilo u skladu sa zakonom i da li je bilo neophodno u demokratskom društvu – da bi se postigao jedan od ciljeva navedenih u članu 8 stav 2 Evropske konvencije.

Ustavni sud zapaža da su osporena rješenja donesena na osnovu Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH<sup>36</sup> – ZKPFBiH koji u članu 158 propisuje da pritvorenici imaju pravo na komunikaciju sa vanjskim svijetom, osim u slučajevima kada ta prava mogu biti ograničena, kako to propisuje citirani član. Dakle, Ustavni sud smatra da je „miješanje“ u apelantovo pravo na privatni i porodični život propisano zakonom. Osim toga, Ustavni sud zapaža da je ZKPFBiH javno objavljen u službenom glasilu, da je njegov tekst jasan, pristupačan i predvidiv, te su time zadovoljeni i ostali elementi „zakonitog miješanja“ u apelantovo pravo iz člana 8. Evropske konvencije.

Nadalje, Ustavni sud podsjeća da miješanje koje je u skladu sa zakonom - mora istovremeno biti i neophodna mjera u demokratskom društvu u svrhu postizanja zakonitih ciljeva iz člana 8 stav 2 Evropske konvencije. „Neophodno“ u ovom kontekstu znači da miješanje odgovora „pritislima društvenih potreba“ i da postoji razumna relacija proporcionalnosti između miješanja i zakonitog cilja kojem se teži<sup>37</sup>.

Ustavni sud zapaža da je cilj koji se želi postići mjerama ograničavanja prava i sloboda pritvorenih lica, na način na koji to predviđa član 158. ZKPFBiH, osiguranje nesmetanog provođenja krivičnog postupka, odnosno onemogućavanje ometanja krivičnog postupka, što jeste zakonit cilj u demokratskoj državi. Pri ostvarivanju tog cilja neophodno je, međutim, postići razuman odnos proporcionalnosti između tog zakonitog cilja, s jedne strane, te zaštite apelantovog prava na privatni i porodični život, s druge strane. U vezi s

---

35 Vidi: Evropski sud, Sunday Times protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 26. aprila 1979. godine, serija A, broj 30, stav 49.

36 Službene novine Federacije BiH, br. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13 i 59/14.

37 Vidi: Evropski sud, Niemietz protiv Njemačke, presuda od 16. decembra 1992. godine, serija A, broj 251.

tim, Ustavni sud zapaža da odredbe člana 158. stav 3. ZKPFBiH uopšteno propisuju da pritvorenik ima pravo da održava povjerljivu prepisku sa bilo kojom drugom osobom. Izuzetak je kada sudija za prethodni postupak donese pisanu i obrazloženu odluku o nadzoru takve povjerljive prepiske ili rješenje kojim se zabranjuje takva povjerljiva prepiska zbog štetnog djelovanja na tok postupka. U konkretnom slučaju, Ustavni sud zapaža da su redovni sudovi, prilikom donošenja osporenih rješenja, imali u vidu okolnost da se apelant sumnjiči da je počinio krivično djelo protiv oštećene kao apelantove mladb. kćerke. Nadalje, kako je navedeno u obrazloženju osporenih rješenja, uvidom u sadržaj prepiske koju je apelant razmjenjivao sa suprugom, uočeno je da bi takva prepiska mogla štetno djelovati na daljnji tok glavnog pretresa u svjetlu činjenice da apelantova supruga i oštećena još uvijek nisu bile saslušane u svojstvu svjedoka na glavnom pretresu. Pri tome, Ustavni sud iz obrazloženja osporenih rješenja zapaža da se navedeno ograničenje nije odnosilo na ostale članove porodice apelanta, odnosno druge osobe.

Prema praksi Evropskog suda, bilo koji pritvor koji je zakonit prema članu 5. Evropske konvencije nameće, po samoj svojoj prirodi, ograničenja u privatni i porodični život, pri čemu apelant u konkretnom slučaju i ne osporava rješenja o određivanju pritvora u smislu člana 5. Evropske konvencije, niti u tom pravcu bilo što prigovora. Nadalje, bitan dio zatvorenikovog prava na poštovanje porodičnog života je taj da mu zatvorske vlasti omogućavaju održavanje kontakta sa užom porodicom. U isto vrijeme, Evropski sud priznaje da su neke mjere kontrole nad zatvorenikovim kontaktima sa vanjskim svijetom potrebne i da same po sebi nisu inkompatibilne sa Evropskom konvencijom<sup>38</sup>. Naime, Ustavni sud iz obrazloženja osporenih rješenja zapaža da apelantu suštinski nije bila uskraćena komunikacija sa ostalim članovima uže porodice, što uključuje i prepisku sa drugim licima, izuzev sa suprugom i oštećenom. U tom pravcu, Ustavni sud iz raspoloživih dokaza zapaža da je apelant ostvarivao redovan telefonski kontakt sa članovima uže porodice (sinom i majkom), a nakon što je supruga na glavnom pretresu dala iskaz u svojstvu svjedoka i sa suprugom, kada su zapravo i prestali razlozi za sporno ograničenje u odnosu na suprugu i kada je Kantonalni sud donio rješenje kojim je apelantu dozvoljena komunikacija sa suprugom. Ustavni sud takođe zapaža da je sporno ograničenje ostalo na snazi isključivo u odnosu na oštećenu koja se na glavom pretresu izjasnila da apelanta više ne želi da vidi, čime je Kantonalni sud zapravo ispoštovao volju oštećene, što se u okolnostima konkretnog slučaja ne može smatrati proizvoljnim.

---

38 Vidi: Evropski sud, *Ostrovar protiv Moldavije*, presuda od 15. februara 2006. godine, stav 105. i Evropski sud, *Messina protiv Italije*, broj 2, presuda od 28. septembra 2000. godine, st. 66. i 72.

Shodno navedenom, a imajući u vidu okolnosti konkretnog slučaja, posebno prirodu krivičnog djela za koje je apelant nepravnosnažno oglašen krivim i kažnjen kaznom zatvora u trajanju od 14 godina, a koje se reflektovalo upravo na odnose između članova apelantove uže porodice, Ustavni sud smatra da je izrečena mjera ograničenja u odnosu na suprugu bila svedena na period koji je bio neophodan za postizanje legitimnog cilja, a to je u konkretnom slučaju nesmetano provođenje krivičnog postupka, pri čemu je sporno ograničenje bilo u skladu sa zakonom. Dakle, imajući u vidu okolnost da je sporno ograničenje u odnosu na apelantovu suprugu trajalo upravo onoliko koliko je to bilo neophodno za postizanje legitimnog cilja, kao i činjenicu da je sporna zabrana komunikacije i dalje na snazi u odnosu na oštećenu, pri čemu je ispoštovana volja oštećene, Ustavni sud zaključuje da osporenim rješenjima nije narušen razuman odnos proporcionalnosti u zaštiti zakonitog cilja kojem se teži, s jedne strane, i zaštite apelantovog prava na privatni i porodični život, s druge strane. Na osnovu navedenog, Ustavni sud zaključuje da nije povrijeđeno apelantovo pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, doma i prepiske iz člana II/3f) Ustava BiH i člana 8. Evropske konvencije.

### **7. Kažnjavanje samo na osnovu zakona**

U predmetu broj AP 2874/13 od 8. decembra 2015. godine Ustavni sud je zaključio da nema kršenja člana 7. Evropske konvencije kada je primijenjen Krivični zakon Bosne i Hercegovine<sup>39</sup> (KZBiH) kojim je zločin protiv čovječnosti propisan kao krivično djelo i propisana kazna za njegovo izvršenje, iako taj zakon nije bio na snazi u vrijeme izvršenja predmetnog djela. Razlog tome je što stav 2. člana 7. Evropske konvencije, odnosno član 4a KZBiH dopušta izuzetke u retroaktivnoj primjeni materijalnog zakona kada se radi o predmetima koji se tiču ratnih zločina i zločina kršenja međunarodnog humanitarnog prava koje su prihvatili civilizovani narodi, a predmetni slučaj predstavlja izuzetak od pravila iz stava 1. člana 7. Evropske konvencije.

Ustavni sud ukazuje na to da je istovjetna pravna pitanja već razmatrao u više svojih odluka počevši od Odluke broj AP 519/07<sup>40</sup>. Identičan stav Ustavni sud je kontinuirano slijedio u svojoj praksi<sup>41</sup>. U navedenim odlukama Ustavni sud je dodatno naglasio da predmetni stav korespondira i stavu Evropskog suda

---

39 Službeni glasnik BiH, br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 i 8/10.

40 Vidi: Ustavni sud, Odluka broj AP 519/07 od 29. januara 2010. godine, dostupna na internetskoj stranici Ustavnog suda [www.ustavnisud.ba](http://www.ustavnisud.ba).

41 Vidi: npr., odluke broj AP 1232/09 od 10. oktobra 2012. godine i broj AP 2143/11 od 24. aprila 2014. godine, takođe dostupne na internetskoj stranici Ustavnog suda [www.ustavnisud.ba](http://www.ustavnisud.ba).

iskazanom u predmetu *Boban Šimšić protiv BiH*<sup>42</sup> u kome je takođe razmatrao pitanje primjene KZBiH iz 2003. godine u pogledu krivičnog djela zločin protiv čovječnosti iz člana 172. KZBiH, koje je počinjeno prije stupanja na snagu navedenog zakona, u kontekstu aplikantovih navoda o povredi prava iz člana 7. Evropske konvencije.

S tim u vezi, Ustavni sud podsjeća na to da je u navedenim odlukama, u suštini, istakao da je Evropski sud u predmetu *Šimšić* razmatrao aplikaciju aplikanta koji je 2007. godine osuđen za progon kao zločin protiv čovječnosti u odnosu na djela počinjena 1992. godine. U navedenoj odluci Evropski sud je ukazao na sljedeće (tačka 23): „(...) Pošto ova djela nisu predstavljala zločin protiv čovječnosti prema domaćem pravu sve do stupanja na snagu Krivičnog zakona iz 2003. godine, evidentno je iz dokumenata navedenih u tač. 8-13 (Povelja Međunarodnog vojnog suda [1945], Rezolucija broj 95 (I) Generalne skupštine Ujedinjenih naroda o afirmaciji principa međunarodnog prava priznatih u Povelji Nirnberškog suda [1946], Principi međunarodnog prava priznati u Povelji i presudi Nirnberškog suda [1950], Nirnberški principi koje je usvojila Komisija za međunarodno pravo [1950], Konvencija o nezastarijevanju ratnih zločina i zločina protiv čovječnosti [1968], Statut Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju – ICTY [1993] i Rimski statut Međunarodnog krivičnog suda od 17. jula 1998. godine) da su ova djela, u vrijeme kada su počinjena, predstavljala zločin protiv čovječnosti prema međunarodnom pravu. U tom smislu, primjećuje se da su u ovom slučaju ispunjeni svi sastavni elementi zločina protiv čovječnosti: djela su izvršena u kontekstu šireg i sistematičnog napada usmjerenog protiv civilnog stanovništva i aplikant je bio svjestan ovih napada (suprotno slučaju *Korbely*, citiran, §§ 83-85)“. Najzad, Evropski sud je zaključio (tačka 25): „(...) da su aplikantova djela, u vrijeme kada su izvršena, predstavljala krivično djelo definisano s dovoljno dostupnosti i predvidivosti prema međunarodnom pravu“, te da su aplikantovi navodi o povredi člana 7. Evropske konvencije očigledno neosnovani.

Dalje, Ustavni sud podsjeća i na to da je Evropski sud u predmetu *Maktouf i Damjanović*<sup>43</sup>, podsjećajući na stav iz predmeta *Šimšić*, istakao (tačka 55): „(...) Neki zločini, konkretno zločini protiv čovječnosti, u domaći zakon su uvedeni 2003. godine. Sud BiH i entitetski sudovi, stoga, nemaju nikakve druge mogućnosti nego da primjenjuju Krivični zakon iz 2003. godine u takvim predmetima. Sud je smatrao da je irelevantna činjenica da zločini protiv čovječnosti nisu predstavljali krivično djelo prema domaćem zakonu tokom rata 1992-1995,

---

42 Vidi: Evropski sud, odluka o dopustivosti od 10. aprila 2012. godine.

43 Vidi: Evropski sud, *Maktouf i Damjanović*, presuda od 18. jula 2013. godine.

s obzirom na to da su ta djela u to vrijeme predstavljala krivično djelo prema međunarodnom pravu“.

U kontekstu navedenog, Ustavni sud smatra da su na okolnosti konkretnog slučaja u potpunosti primjenjivi razlozi iz odluke Evropskog suda u predmetu *Šimšić*. Naime, i u konkretnom slučaju apelant je proglašen krivim za krivično djelo zločin protiv čovječnosti iz člana 172. KZBiH, koje je počinio kao dio širokog i sistematičnog napada protiv civilnog stanovništva, svjestan tog napada i da njegove radnje čine dio tog napada. Radnje izvršenja krivičnog djela apelant je preduzeo 1995. godine, tj. u vrijeme kada domaćim zakonom nije bilo propisano krivično djelo zločin protiv čovječnosti, ali su te radnje predstavljale zločin protiv čovječnosti prema međunarodnom pravu koje je važno u vrijeme njihovog izvršenja. U tom smislu, Ustavni sud smatra da primjena KZBiH iz 2003. godine ne dovodi u pitanje garancije iz člana 7 Evropske konvencije, jer je djelo za koje je apelant proglašen krivim bilo propisano u međunarodnom pravu u vrijeme kada je počinjeno.

## **8. Pravo na nediskriminaciju**

Prema praksi Evropskog suda, pravo na nediskriminaciju iz člana 14. Evropske konvencije je akcesorno pravo. To znači da ovaj član ne osigurava nezavisno i samostalno pravo na nediskriminaciju, već se, prema njemu, na diskriminaciju može pozvati samo u vezi sa „uživanjem prava i sloboda garantovanih Evropskom konvencijom“. Prema praksi Evropskog suda, diskriminacija postoji samo ako se lice ili grupa lica u istoj situaciji različito tretiraju, a ne postoji neko objektivno i razumno opravdanje za različit tretman<sup>44</sup>.

Iz apelacionih navoda u predmetu Ustavnog suda, broj AP 2938/15 od 16. septembra 2015. godine, proizlazilo je da apelant smatra da je diskriminisan u vezi s pravom iz člana 5. Evropske konvencije, i to zbog toga što je u konkretnom slučaju osporenim drugostepenim rješenjem ukinuto prvostepeno rješenje Opštinskog suda i predmet vraćen prvostepenom sudu na ponovni postupak u odnosu na ostale osumnjičene, a ne i u odnosu na njega, a u kojem postupku je mjera pritvora u odnosu na te osumnjičene ukinuta. U vezi sa tim, Ustavni sud ukazuje da sama činjenica da su redovni sudovi drugačije postupili, odnosno donijeli drugačije odluke u vezi sa produženjem pritvora za ostale osumnjičene – ne znači da postoji diskriminacija prema nekom zabranjenom osnovu. Naime, Ustavni sud ukazuje da se postojanje uslova za izricanje mjera za osiguranje

---

<sup>44</sup> Vidi: Evropski sud, Belgijski predmet o jezicima, presuda od 23. jula 1968. godine, Serija A broj 25, stav 226.

prisustva osumnjičenog i uspješno vođenje krivičnog postupka, koje sud određuje na prijedlog tužilaštva, ocjenjuje u svakom konkretnom slučaju, zavisno od konkretnih okolnosti, pa se ne može smatrati da donošenje drugačijih odluka u odnosu na druge osumnjičene u istom predmetu, samo po sebi, predstavlja diskriminaciju prema nekom zabranjenom osnovu. Dakle, postojanje osnova za određivanje i produžavanje pritvora, shodno relevantnim odredbama ZKPFBiH koje regulišu ovo pitanje, procjenjuje se u svakom konkretnom slučaju, odnosno u odnosu na svakog osumnjičenog posebno. Suprotno tumačenje navedenih odredaba vodilo bi zaključku da sud svim osumnjičenim u istom predmetu treba izricati identične mjere, što ne stoji i nema uporište u pozitivnom zakonodavstvu. Stoga, Ustavni sud smatra da se apelantovi navodi da je diskriminisan u odnosu na druge osumnjičene u istom predmetu – u okolnostima konkretnog predmeta pokazuju u cijelosti kao neosnovani.

## 9. Pravo na preispitivanje sudske odluke

Iz stava 1 člana 2. Protokola broj 7. uz Evropsku konvenciju nedvosmisleno proizlazi da o ostvarivanju prava na žalbu, odnosno o modalitetima preispitivanja, odlučuje domaće zakonodavstvo. Prema praksi Evropskog suda, iskazanoj u predmetu *Krombach*<sup>45</sup>, države imaju široko polje procjene u utvrđivanju kako će pravo garantovano članom 2. Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju biti izvršavano. Polazeći od toga, „preispitivanje ‘osude’ i ‘kazne’, koje vrši viši sud, može se odnositi i na činjenice i na pravna pitanja ili biti ograničeno jedino na pravna pitanja. Bilo koje ograničenje prava na preispitivanje garantovanog ovim članom, koje je uspostavljeno u domaćem zakonodavstvu, mora, po analogiji s pravom na pristup sudu otjelotvorenim u članu 6. stav 1. Evropske konvencije, ići za legitimnim ciljem i ne smije kršiti samu suštinu prava“.

Stavom 2. člana 2. Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju ustanovljeni su i izuzeci od primjene prava izloženog u stavu 1. istog člana. Prvi izuzetak se odnosi na manje prestupe. Vodeći kriterij u određivanju granice koja dijeli manje od ozbiljnih prestupa – treba da bude odgovor na pitanje da li je prestup kažnjiv zatvorskom kaznom. Drugi izuzetak se odnosi na slučajeve kada je domaće zakonodavstvo propisalo da u prvoj instanci sudi najviši sud zbog statusa optuženog (visoki državni zvaničnik, sudija i sl.) ili zbog prirode prestupa. U tim slučajevima takvo preispitivanje nije moguće. Najzad, treći izuzetak se odnosi na slučajeve gdje je osuda izrečena u postupku povodom žalbe na oslobođajuću presudu.

---

45 Vidi: Evropski sud, presuda od 13. februara 2001. godine, aplikacija broj 29731/96, stav 96.

U konkretnom slučaju (predmet broj AP 907/13 od 12. maja 2016. godine) Ustavni sud primjećuje da apelant, osim svojih paušalnih navoda o kršenju navedenog prava, nije ponudio bilo kakav argument koji bi upućivao na to da apelantu nisu bile omogućene garancije koje pruža član 2. Protokola broj 7. Naime, Ustavni sud zapaža da je protiv prvostepene presude apelant podnio žalbu Apelacionom vijeću Suda BiH koje je apelantovu žalbu razmotrilo, te dalo jasne i iscrpne razloge u dijelu u kojem je apelantova žalba odbijena.

Pri tome Ustavni sud primjećuje da je članom 317a) Zakona o krivičnom postupku BiH<sup>46</sup> (ZKPBiH) predviđena mogućnost izjavljivanje žalbe protiv drugostepene odluke Suda BiH. Takođe, Ustavni sud primjećuje da je ova mogućnost u ZKP BiH dozvoljena upravo u onim situacijama koje su stavom 2. člana 2. Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju predviđene kao izuzetak, a to je preispitivanje „osude“, odnosno presude kojom se osoba osuđuje, a na osnovu žalbe protiv oslobađajuće presude. Međutim, Ustavni sud takođe primjećuje da odredba člana 317a), u duhu domaćeg zakona, ne unosi pravilo o „trećem stepenu“, već predstavlja izuzetak u odnosu na pravilo o dvostепенosti postupka<sup>47</sup>.

Međutim, Ustavni sud zapaža da apelantova situacija ne potpada pod izuzetke iz člana 317a) ZKPBiH, odnosno izuzetke predviđene stavom 2. člana 2. Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju budući da je Apelaciono vijeće Suda BiH odlučujući o apelantovoj žalbi – prvostepenu presudu preinačilo samo u odnosu na primjenu krivičnog zakona (primjena blažeg zakona) i u odnosu na kaznu koja je apelantu izrečena. Dakle, apelant u konkretnom slučaju nema oslobađajuću presudu.

Imajući u vidu da je apelant imao i koristio pravo na izjavljivanje žalbe protiv drugostepene presude, kao i kada apelantova pravna situacija ne potpada pod izuzetke predviđene odredbom člana 317a) ZKPBiH, odnosno izuzetke predviđene stavom 2. člana 2. Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju – Ustavni sud zaključuje da u konkretnom slučaju nije prekršeno apelantovo pravo na žalbu u krivičnim stvarima iz člana 2. Protokola broj 7. uz Evropsku konvenciju.

## **10. Princip *ne bis in idem***

Ustavni sud je u predmetu broj AP 272/13 od 8. decembra 2015. godine utvrdio da postoji kršenje apelantovog prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava BiH i člana 6. stav 1. Evropske konvencije u odnosu na primjenu pro-

---

46 Službeni glasnik BiH, br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09 i 93/09.

47 Vidi: Ustavni sud, Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 3939/12 od 10. novembra 2015. godine, dostupna na web-stranici Ustavnog suda [www.ustavnisud.ba](http://www.ustavnisud.ba), tačka 47.



cesnog prava i odredaba Evropske konvencije u smislu principa *ne bis in idem* kada sud u krivičnom postupku koji je vođen protiv apelanta nije razriješio pitanje da li je apelant već ranije pravnosnažno osuđen za isto djelo u prekršajnom postupku i pored toga što je apelant tu tvrdnju prezentirao tek u žalbenom postupku i što je dostavio nepravnosnažno prekršajno rješenje.

Ustavni sud smatra da je, u kontekstu navedenih odredaba Ustava BiH i Evropske konvencije, u okolnostima kakve su konkretne, Okružni sud bio dužan ispitati apelantovu žalbenu tvrdnju da je u prekršajnom postupku već osuđen za istovjetno djelo koje je predmet i krivičnog postupka, bez obzira na to što je taj navod apelant istakao tek u žalbenom postupku i dostavio prekršajno rješenje bez klauzule pravnosnažnosti. S tim u vezi, Ustavni sud podsjeća i na svoju praksu u predmetu broj AP 2028/11<sup>48</sup> u kojoj je utvrđeno kršenje prava iz člana 4. Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju.

Naime, u navedenoj odluci Ustavni sud je naveo: „U konkretnom slučaju prvoapelant (se) prvi put pozvao na princip *ne bis in idem* u postupku po žalbi, i to na pretresu pred žalbenim vijećem, na koje je pristupio sa svojim advokatom, ali da ove navode drugostepeni sud nije razmotrio jer su bili ‘izvan okvira žalbe’ (koju je prvoapelant lično izjavio protiv prvostepene presude), odnosno nisu bili ispunjeni formalni uslovi propisani odredbama Zakona o krivičnom postupku o odlučivanju po žalbi (...). Ustavni sud primjećuje da ni redovni sud, koji je vodio krivični postupak, nije bio u obavezi da ima saznanja o prekršajnom postupku, pogotovo kada se ima u vidu činjenica da su prekršajna i kaznena evidencija odvojene i da u krivičnom postupku sud pribavlja izvod iz kaznene, a ne prekršajne evidencije. Međutim, činjenica je da je prvoapelant makar i van roka, ili mimo dozvoljenih formalnih uslova propisanih odredbama Zakona o krivičnom postupku, u toku krivičnog postupka istakao da se radi o presuđenoj stvari, prema mišljenju Ustavnog suda, trebala je biti motiv da se drugostepeni sud referira na navod o presuđenoj stvari, odnosno principu *ne bis in idem*. Ovo pogotovo kada se ima u vidu činjenica da i relevantne odredbe Zakona o krivičnom postupku (član 4) kao princip ističu zabranu ponovnog suđenja, kao i da postoje uslovi kojim se i završeni postupci mogu ponoviti ukoliko se radi o presuđenoj stvari (u odredbama Zakona o krivičnom postupku – o vanrednim pravnim lijekovima – utvrđeno je da se postupak završen pravnosnažnom presudom može ponoviti u korist optuženog ako je neka osoba za isto krivično djelo više puta osuđena)“.

Zbog navedenog, Ustavni sud zaključuje da je prvoapelant, navodeći u žalbenom postupku da je već po istom činjenično-pravnom osnovu osuđen, u stvari

---

48 Vidi: Ustavni sud, Odluka broj AP 2028/11 od 8. maja 2014. godine, tačka 42, dostupna na internetskoj stranici Ustavnog suda [www.ustavnisud.ba](http://www.ustavnisud.ba).

postavio ono što Evropski sud traži kao uslov za razmatranje povrede principa *ne bis in idem* – pozivanje „makar u sadržaju“ na ovaj princip. Opravdanje za ovakvo postupanje Ustavni sud nalazi u činjenici da je cilj principa *ne bis in idem* „zabrana“ ponovnog suđenja, dakle, jasna poruka da je presuđena stvar istinita i da se (osim izuzetno) ne može preispitivati, kao i da osoba na koju se odnosi presuđena stvar ima garancije, i to kako garanciju sigurnosti u ono što je utvrđeno, tako i garanciju u materijalno-pravnu pravnosnažnost, odnosno nemogućnosti ponovnog vođenja postupka. Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud zaključuje da je Kantonalni sud trebao ispitati navod apelantata da se radi o povredi principa *ne bis in idem* (...).“

Imajući u vidu navedeno, kao i da se u konkretnom slučaju apelant nije eksplicitno pozvao na kršenje prava iz člana 4. Protokola broj 7 uz Evropsku konvenciju nego na proizvoljnu primjenu prava u smislu principa *ne bis in idem*, Ustavni sud smatra da se navedeni stav može primijeniti i na konkretan slučaj, zbog čega se Ustavni sud umjesto posebnog obrazloženja u konkretnom predmetu poziva na navedeno obrazloženje iz Odluke broj AP 2028/11. Ustavni sud smatra da su apelantovi navodi osnovani, te da je u konkretnom slučaju Okružni sud proizvoljno primijenio navedene odredbe procesnog prava i Evropske konvencije u smislu principa *ne bis in idem*, čime je prekršeno apelantovo pravo na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava BiH.

## 11. Zaključak

Ustavni sud je svoju dosadašnju bogatu praksu i u krivičnim stvarima zasnivao na dosljednoj primjeni konvencijskih standarda i na praksi Evropskog suda. Tome je u značajnoj mjeri u početnoj fazi doprinio Dom za ljudska prava za BiH (ustanovljen Aneksom 6 Opšteg okvirnog sporazuma za mir u BiH) koji je, takođe, neposredno primjenjivao Evropsku konvenciju i njene protokole.

Višedecenijska praksa Evropskog suda i Ustavnog suda, kroz odluke kojima su etablirani slovo i duh Konvencije, dala je njenim nerijetko uopštenim odredbama sasvim konkretne sadržaje i smisao. Konvencija je time vremenom, umjesto tek visokog ideala kojim su visoke strane ugovornice „potvrdile svoju vjeru u one osnovne slobode koje su osnov pravde i mira u svijetu“, postala sasvim konkretno i efektivno oružje kojim se garantuju i štite osnovna ljudska prava u „visokim stranama ugovornicama,“ ali i inspirišu drugi jednako kao što je i ona sama inspirisana Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima Generalne skupštine UN od 10. decembra 1948. godine<sup>49</sup>.

---

49 Na Desetom sastanku Biroa Svjetske konferencije o ustavnom sudovanju održanom u Veneciji, 12. mart 2016. godine, usvojen je zaključak da „Vladavina prava i ustavno sudovanje u moder-

Efekti standarda Evropskog suda u pravnom poretku BiH nesporno predstavljaju blagodet i za razvoj ustavnih prava u Republici ovoj državi. Standardi Evropskog suda imaju preventivni, obrazovni i korektivni učinak na zaštitu ljudskih prava u BiH. Njihova dosljedna primjena od strane Ustavnog suda doprinijela je razvitku svijesti o ljudskim pravima i s tim u vezi podizanju standarda pravne i političke kulture. U odnosu na Ustavni sud, standardi i metode ispitivanja povreda od strane Evropskog suda pomogli su Ustavnom sudu u davanju sadržaja ustavnim pravima.

## **12. Literatura**

- Albrecht, P. (2011), *Strafprozessrecht (Vertiefung), Vorlesungsskript*. Basel: Universitt Basel.
- Ashworth, A. (2005), *Sentencing and criminal justice (4th ed.)*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Babić, M. (2010), *Problemi i dileme u praktičnoj primjeni pravila vremenskog važenja krivičnog zakona*. Banja Luka: Pravna riječ, (23).
- Bayer, V. (1997), *Jugoslovensko krivično procesno pravo, knjiga prva - Uvod u teoriju krivičnog procesnog prava*. Zagreb: Informator.
- Bauer, A., Cornu, P. (2003), *Code de procédure pénale neuchtelois annoté*. Neuchtel.
- Bejatović, S. (2010), *Efikasnost krivičnog postupka kao međunarodni pravni standard*. U zborniku „Krivično zakonodavstvo Srbije i standardi Evropske unije“, Zlatibor: Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu.
- Bejatović, S., Škulić, M., Ilić, G. (2013), *Priručnik za primjenu Zakonika o krivičnom postupku*. Beograd: Fiducija.
- Bubalović, T. (2006), *Pravo na žalbu u kaznenom postupku*. Sarajevo: Bemust.
- Van Kempen, P.H. (2014), *Criminal Law and Human Rights*. Surrey: Ashgate Publishing Limited.
- Vasiljević, T., Grubač, M. (2010), *Komentar Zakonika o krivičnom postupku, jedanaesto izmijenjeno i dopunjeno izdanje*. Beograd: Službeni glasnik.
- Damaška, M. (2006), *Sudbina angloameričkih procesnih ideja u Italiji*. Zagreb: Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, (1).

---

svijetu“ budu tema 4. kongresa koji će se održati u Vilniusu u Litvaniji u periodu od 11. do 14. septembra 2017. godine, uključujući i podteme: I. Različiti koncepti vladavine prava, II. Novi izazovi u pogledu vladavine prava, III. Pravo i država, IV. Pravo i pojedinac.

- Đurđić, V. (2013), Osnovna načela krivičnog procesnog prava i pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima. U zborniku „Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima“, Beograd, Misija OEBS.
- Zadrić, M. (2011), Zakonitost dokaza. Sarajevo, Pravo i pravda, (1).
- Ilić, P. G. (2011), Pravo na obrazloženu sudsku odluku. Beograd, Crimen, (2).
- Ilić, G., Majić, M., Beljanski, S., Trešnjev, A. (2014), Komentar Zakonika o krivičnom postupku, sedmo dopunjeno izdanje. Beograd, Službeni glasnik.
- Jekić, Z. (1989), Dokazi i istina u krivičnom postupku. Srbija, Pravni fakultet u Beogradu.
- Knight, L., Harland, C., Telgen, J., Callender, G., McKen, K. (2007), Public Procurement: International Cases and Commentary. Routledge, New Edition.
- Pavišić, B. (2011), Komentar Zakona o kaznenom postupku, drugi dio. Rijeka, Dušević & Kršovnik.
- Poncet, D. (1997), La protection de l'accusé par la Convention européenne des droits de l'homme. Genève.
- Riklin, F. (2014), StPO Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung mit JStPO, StBOG und weiteren Erlassen, 2. Auflage, Zürich, Orell Füssli Verlag.
- Riklin, F. (2007), Vorlesung Strafprozessrecht, Arbeitsunterlage. Zürich.
- Sijerčić-Čolić, H., Hadžiomerađić, M., Jurčević, M., Kaurinović, D., Simović, M. (2005), Komentari zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini. Sarajevo, Savjet Evrope/Evropska komisija.
- Schabas, W. A. (2002), Penalties. In A. Cassese (Ed.) The Rome statute of the international criminal law. Oxford: Oxford University Press.
- Tonini, P. (2015), Manuale di Procedura Penale. Milano, Giuffrè
- Trechsel, S. (2005), Human Rights in Criminal Proceedings. Oxford.
- Frowein, J.A., Peukert, W. (1996), Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar, 2. Auflage. Kehl.
- Haefliger, H., Schürmann, F. (1999), Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz (Die Bedeutung der Konvention für die Rechtspraxis). Bern.
- Wigemark, L.G. Reformska agenda: Najbolja šansa Bosne i Hercegovine, dostupno na: <http://europa.ba/?p=35693>, preuzeto 23. 07. 2016.

***Academician Miodrag N. Simović, Judge of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, Full Professor of the Faculty of Law of Banja Luka, Corresponding Member of the Academy of Arts and Sciences of Bosnia and Herzegovina, Foreign Member of the Russian Academy of Natural Sciences and Active Member of the European Academy of Arts and Sciences***

***Vladimir M. Simović, Prosecutor of the Prosecutor's Office of Bosnia and Herzegovina and Associate Professor at the Faculty of Security and Protection Independent University in Banja Luka***

***Assistant Professor, Marina M. Simović, Secretary of the Ombudsman for Children of Republic of Srpska and Assistant Professor Faculty of Law University "Apeiron" Banja Luka***

***EUROPEAN CONVENTION FOR THE PROTECTION OF  
HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS IN THE  
CASE-LAW OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF BOSNIA AND  
HERZEGOVINA: MOST RECENT CASE-LAW IN THE CRIMINAL  
LAW CASES (II)***

*According to the Reform Agenda for Bosnia and Herzegovina for the period from 2015 to 2018, it is essential to ensure the irreversible strengthening of the rule of law built on the foundation of concrete progress to fight organised crime, terrorism, and corruption. All operational and institutional activities will aim to ensure that citizens throughout Bosnia and Herzegovina a safer environment without corruption. At the same time, the authorities at all levels in Bosnia and Herzegovina will increase their efforts in regaining the trust of citizens in the institutions responsible for rule of law, capacity building, responsibility, professionalism, and integrity.*

*Regarding that, special engagement is expected from the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina as the original institutions of Bosnia and Herzegovina constitutional law competent that through creative process of decision making and law development implements European standards in the case-law of national courts of Bosnia and Herzegovina.*

*The Constitution of Bosnia and Herzegovina regulates direct application of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, independently of its ratification. In this country, the*

*Convention is quoted and applied regularly. Additionally, the Country allows appeals for violation of the Convention.*

*It is an undeniable fact that in recent years, despite increased judicial dialogue, conflicts between the European Court of Human Rights and some state signatories of the Convention have become numerous and more severe. This primarily applies to the United Kingdom that even after the judgment of the Court in Strasbourg related to the political rights of prisoners, United Kingdom did not only insist on convening the conference in Brighton, on 19<sup>th</sup> and 20<sup>th</sup> of April 2012 and undertaking the principles of subsidiarity in the Convention and more. In Switzerland scepticism towards the Convention has so increased that many courts refuse to implement control of proportionality. The question is to what extent this disposition could reflect on constitutional courts and other countries and therefore influence so far positive attitude towards the Convention.*

**Key words:** *the Constitution of Bosnia and Herzegovina, the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, the right to liberty and security of person, the right to a fair trial, the European Court of Human Rights, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.*

**Dr Jovan ĆIRIĆ,**  
**Institut za uporedno pravo**  
**Beograd**

**Pregledni članak**  
**UDK: 340.132, 162.2:34**  
**Primljeno: 15. novembra 2016. god.**

## **BROJKE I PRAVO**

*Neko bi rekao da je apsurdno govoriti o vezi brojeva i prava. Autor ovog članka drugačije misli o tome i smatra da postoji čvrsta veza između brojeva i prava. Kada govorimo o stopama kriminaliteta, o tamnoj brojci kriminaliteta, o stopi korupcije, mi u stvari govorimo o vezi između brojeva i prava. Autor govori o unutrašnjoj logici prava. On ističe da je logički silogizam prava nešto što je deo matematike. Takođe, možemo govoriti o individualizaciji prava i odmeravanju kazne, kao nečemu što je deo matematike. Autor ovog teksta kaže da su u nekim oblastima prava brojevi posebno važni. Tu se može govoriti o individualizaciji prava, posebno o odmeravanju kazne. Autor ovog teksta kaže da su u nekim oblastima prava brojevi posebno važni. Tu imamo u vidu naknadu štete, verovatnoću, rizik, nasledno pravo, DNK analize, itd. Jovan Ćirić posebnu pažnju posvećuje legitimitetu prava, – koliko građana podržava neki zakon i neku sudsku odluku. Takođe bismo mogli govoriti o mogućim medijskim manipulacijama u vezi sa legitimitetom. Vox populi nije vox dei, a to znači da oni koji su u većini, nisu uvek u pravu, a primer za to može biti Isus i naročito Sokrat i porota koja ga je osudila je vrlo dobar primer manipulacije, Učestalost kršenja pravnih normi je numerički fenomen, a to je nešto što je veoma važno za jedan pravni sisten. Sa druge strane, ako hoćemo da gradimo dobar pravni sistem, moramo investirati novac, – finansije u policiju i pravosuđe, a to je pitanje*

*novca, pitanje brojeva. Sve u svemu, o mnogim aspektima, brojevi su vrlo važni za pravo i posebno za funkcionisanje pravnog sistema.*

**Ključne reči: logički silogizam; odmeravanje kazne; verovatnoća, legitimitet; medijske manipulacije; stope kršenja prava.**

Neko bi naslov ovog članka mogao povezati sa naslovom nekada popularnog zagrebačkog kviza „brojke i slova“, no čini se da ovde treba pre svega imati u vidu nespornu povezanost prava i brojki, a što se prevashodno ogleda u oblasti krivičnog prava kroz pojmove kao što su stope kriminaliteta, stope korupcije, ili pak, tamna brojka kriminaliteta. Osim toga, postoji i značajna povezanost ekonomije i prava, a pre svega povezanosti ekonomije i korupcije, korupcije koja je u stvari negacija prava i opštih ideala pravne države. Visoke stope korupcije, kršenja i nefunkcionalnosti prava mogu se sasvim lako dovesti u vezu sa niskim nivoom investicija; rastućim spoljnotrgovinskim deficitom; rastućim budžetskim deficitom; nemogućnošću rasta izvoza i servisiranja duga.<sup>1</sup> Ima istraživanja, koja na vrlo egzaktn način dokazuju kako i koliko, u kojoj meri korupcija, kao prvenstveno (anti)pravni fenomen utiče na ekonomiju. U nekim od takvih istraživanja se na primer tvrdi da povećanje korupcije od 1 odsto, prvenstveno kroz političku nestabilnost, utiče na smanjenje ekonomskog rasta za 0,72 odsto.<sup>2</sup> Tako se dakle ekonomija kao nešto što se brojčano izražava, sasvim lako može povezati sa pravom. Što je pravni sistem u jednom društvu bolji, funkcionalniji, čvršći, efikasniji, to će i ekonomija u dotičnom društvu biti bolja, uspešnija, efikasnija. Sa druge strane, postoji i obrnuta veza: bolja, bogatija ekonomija čini bolje preduslove za uspostavljanje efikasnijeg pravnog sistema i vladavinu prava.

Postoje i drugi oblici i načini povezivanja egzaktnih brojki i prava, što ponekad može biti veoma korisno i veoma pozitivno za samo pravo i sagledavanje prava, no ponekad situacija može ipak biti i suprotna. Mi zapravo ne želimo da kažemo ni koliko je dobro i pozitivno to da pravo bude više i čvršće povezano sa ekzaktnim kategorijama brojki, ni koliko je to loše i negativno, samo želimo da kažemo da ta povezanost u mnogim situacijama postoji. Ona postoji na primer kada govorimo o broju, učestalosti kršenja pojedinih pravnih

---

1 Snežana Grk, Srbija u zoni recesivnog sumraka, Srpska politička misao, 1/2009, str. 149-170.

2 Pak Hung Mo, Corruption and Economic Growth, „Journal of Comparative Economics“ Vol.29 Issue 1, March 2001. pp.66-79.



normi, ali isto tako i kada govorimo o kaznenoj politici sudova, a postoji i kada se tretira problematika podrške građana pravu, tj. onome što nazivamo legitimitet prava. Ponekad je ta veza brojeva i prava još dodatno izražena kod naknade štete, nasleđivanja i tsl. U svakom slučaju jasno je da postoji određena veza između brojeva i prava. Ponekad je dobro da ta veza bude izraženija i čvršća, ali je ponekad dobro da to baš i ne bude tako. O svemu tome, kod nas uglavnom nije mnogo raspravljano, iako se čini da potreba za tim nesporno postoji, a zbog čega smo mi i odlučili da ovom, na prvi pogled neobičnom odnosu prava i matematike (brojeva) posvetimo pažnju u ovom članku. U tom smislu, za početak svakako treba reći nekoliko reči o unutrašnjoj logici prava, o tome da je izuzetno važno da jedno pravo samo po sebi bude matematički precizno i logično.

### 1. Brojke i unutrašnja logika prava

Pravo po prirodi stvari ima svoju unutrašnju logiku koja je sasvim bliska matematici, tj. brojkama. Pravni silogizam je nalik logičkom, matematičkom silogizmu. Pravničko zaključivanje ne bi trebalo da bude drugačije od matematičkog, logičkog zaključivanja. Ako je A jednako B, a B jednako C, onda je i u matematičkom i u pravničkom i u svakom drugom smislu jasno da A mora biti jednako C, te da ne može biti drugačije.<sup>3</sup> Pravni silogizam nije u stvari ništa drugo nego isto što i logički, matematički silogizam.<sup>4</sup>

Pravna sigurnost kao jedan od najvažnijih postulata i ideala pravne države (vladavine prava) podrazumeva jednako postupanje u jednakim situacijama. To znači recipročnost i srazmernost, što su matematičko-numerički pojmovi. Sve drugo vodi u voluntarizam i nejednakost, suprotnost pravu kao takvom.<sup>5</sup> Ako je A jednako B, a B jednako C, pa ukoliko na kraju A ipak ne bi bilo jednako C-u, onda je to nešto što je samo po sebi nelogično i besmisleno, sa čitavim nizom negativnih političkih, ekonomskih i društvenih reperkusija. Pravo dakle ne sme biti suštinski drugačije od matematike i njene logike. Da je to tako može se videti i po tome što je jedan od poslednjih i najvažnijih evropskih srednjevekovnih enciklopedista, filozof i matematičar Gotfrid Lajbnic, po svom osnovnom obrazovanju bio pravnik, koji je svoju karijeru započeo pre

---

3 [http://hotmatch.com/hotmath\\_help/topics/law-of-syllogism.html](http://hotmatch.com/hotmath_help/topics/law-of-syllogism.html)

4 M. H. Hoeflich; – Law&Geometry: Legal Science from Leibniz to Langdel, „The American Journal of Legal History“ Vol 30 No2, 1986, pp. 95-121. – dostupno na internet adresi: [http://www.jstor.org/stable/845705?seq=1#fndtn-page\\_scan\\_tab\\_contents](http://www.jstor.org/stable/845705?seq=1#fndtn-page_scan_tab_contents)

5 Haim Perelman, Pravo, moral i filozofija, Beograd, 1983, (prevod sa francuskog).

svega kao advokat i diplomata, te 1667. godine izvršio zakonsku kodifikaciju nemačkog grada Majnca.<sup>6</sup>

Događalo se u istoriji da nije uvek bivalo da je A jednako B, B jednako C, a C jednako A. Neposredno nakon Drugog svetskog rata i socijalističke revolucije, u logički silogizam  $A=B=C=A$  umetao se i faktor pravde i zakonodavac je putem propisivanja novog prava želeo da utiče na razvoj novih društvenih odnosa, novog morala i običaja.<sup>7</sup> Sve se završavalo na tome da je zbog interesa pravde i jednakosti, nekoga ponekad trebalo tretirati na nejednak, povlašćen način.<sup>8</sup> Suština te vrste pravednosti ogledala se u tome da je siromašnima trebalo dati više zbog faktički njihovog neravnopravnog položaja u prošlosti. To je, na ovaj ili onaj način podrazumevalo različite povlastice, oblike nacionalizacije, eksproprijacije, konfiskacije imovine, tj. oduzimanja bogatima da bi se dalo siromašnima, a to je opet dovodilo na primer do podstanarskih i sustanarskih odnosa. Iz toga je proizašao komplikovan sistem stanarskog prava, gde su na kraju krajeva svi zaposleni hteli ne hteli izdvajali za izgradnju stanova, a samo su pojedinci, po nikad čvrstim i jasnim kriterijumima dobijali stanove. Nastao je jedan komplikovani pravni sistem društvene (državne) svojine, čije pojedinačne nelogičnosti nisu mogle biti lako razrešene dugi niz godina.<sup>9</sup>

Pravni sistem koji nije zasnovan na univerzalnom logičkom silogizmu, već je zasnovan na ideji pravde,<sup>10</sup> ideologiji uopšte, nalazi se u opasnosti da se uruši u sopstvenim nelogičnostima i protivurečnostima. Na primer predstavnici jedne manjinske grupe iz razloga pravednosti treba da uživaju prednost prilikom upisa u škole ili prilikom zapošljavanja.<sup>11</sup> Bez obzira da li to nazivali „afirmativna akcija“, ili nekako drugačije, suština je u različitim nelogičnostima. Pobornici davanja prvenstva na osnovu pripadnosti manjinskim i u prošlosti diskriminisanim grupama, opravdavaju to tzv. kompenzatornom pravdom.<sup>12</sup> Suština svega ovoga je u tome da se u škole, tj. na fakultete neće upisivati najbolji, tj. da se neće zapošljavati najvredniji. Ljude neće više lečiti oni najbolji, već oni koji su na to mesto dospeli po nekoj drugoj logici, logici u kojoj ne važi pravilo  $A=B=C=A$  već će A biti jednako C samo ako je to pravedno, a ne nužno i logično.

---

6 [https://sh.wikipedia.org/wiki/Gottfried\\_Leibniz](https://sh.wikipedia.org/wiki/Gottfried_Leibniz)

7 Rudolf Legradić, Sociologija prava, Beograd, 1968.

8 Nikola Visković, Pravo kao kultura, Rijeka, 1990.

9 Andrija Gams, Svojina, Beograd, 1992.

10 Sasvim je jasno međutim da je pravda u socijalizmu jedno, a da je u kapitalizmu nešto drugo, te da uopšte nije lako definisati šta je pravda. (O tome Hans Kelzen; - Šta je to pravda), „Pravni život“, br. 12/1995

11 To se danas naziva sistemom kvota, a u vreme bivše SFRJ nazivalo se sistemom „ključa“.

12 Vladimir. Đurić, Afirmativna akcija, Beograd, 2007.. str. 11.

Svako udaljavanje prava od brojki i njihove gvozdene unutrašnje logike može voditi u svojevršni ideološki voluntarizam, pravnu nesigurnost i nejednakost i urušavanje unutrašnje suštinske logike prava. Na mesto prava tada stupa ideologija. Takvo umetanje ideje „pravde“ u matematičko-logičko-brojčano-pravnički silogizam ne narušava samo unutrašnju logiku prava, već narušava i samu ideju pravde. Uostalom, kakva je to pravda u kojoj neće svako biti nagrađivan i kažnjavan srazmerno svojoj krivici i zaslugama,<sup>13</sup> a što je sinonim matematičnosti, već će biti kažnjavan i nagrađivan po nekim drugim ideološkim kriterijumima.

Da pravo uvek mora imati neku svoju unutrašnju logiku, logiku koja je bliska matematičko-brojčanoj logici, na svoj način svedoči i ono što nazivamo pravnim transplantima.<sup>14</sup> Kada pravo ne bi imalo neku svoju unutrašnju gvozdenu logiku brojki, onda bi pravni sistemi različitih država, društava, uvek bili sasvim različiti, odnosno među njima bi bilo relativno malo sličnosti. Pravo i pravne norme u celini i pojedinačno uzete, naravno uvek zavise od čitavog niza različitih društvenih, ekonomskih, istorijskih, kao i psiholoških faktora mentaliteta jedne sredine. To je glavni razlog zbog kojeg pravo ipak nije istovetno u različitim zemljama sveta,<sup>15</sup> no nisu retka ni preuzimanja pojedinih rešenja, pa i čitavih zakona iz pojedinih pravnih sistema i njihovo implementiranje u sisteme drugih zemalja. Takođe treba reći i to da pravnici iz različitih zemalja sveta ipak između sebe mogu da pronađu u vrlo velikom broju slučajeva zajednički jezik, uprkos međusobnim razlikama u jeziku, ekonomiji, tradiciji, kulturnim navikama, i sl. Pravnik iz Španije na primer, razumeće pravnika iz Srbije, Francuske, Nemačke, Poljske, Švedske, Grčke, Holandije, kada se govori o ugovorima, o svojini, državini, stečaju, osiguranju, zaključivanju i razvodu braka, nehatu, umišljaju, nužnoj odbrani, uslovnoj osudi, itd.<sup>16</sup> To njihovo međusobno razumevanje zasniva se ne samo na zajedničkim istorijskim korenima iz Rimskog prava, već upravo na onome što nazivamo unutrašnja logika prava, a što se uvek može izraziti na logičko-brojčani način. Unutar jezgra, unutar bića svakog pravnog sistema, postoji nešto što se može izraziti putem brojki, a možda ponajpre na način jednakosti, tj. da prema jednakima treba postupati na jednak način u srazmeri njihove jednakosti.<sup>17</sup> Ako je dakle jednakost kao takva sinonim za pravo uopšte, onda je jasno da se tu radi o jednoj matematičkoj for-

---

13 Toma Živanović, *Sistem sintetičke filozofije prava*, Beograd, 1959.

14 Alan Votson, *Pravni transplanti*, (prevod sa engleskog), Beograd, 2000.

15 Jovan Ćirić, *Nevolje sa uporednim pravom*, „Strani pravni život“, 1/2008.

16 Ne slučajno ovde ne pominjemo anglo-saksonske, islamske, daleko-istočne pravne sisteme, prosto zato što unutrašnja logika ovih pravno-kulturoloških sistema ipak jeste različita od tradicionalnih evropsko-kontinentalnih sistema.

17 Toma Živanović, *Sistem sintetičke filozofije prava*, Beograd, 1959.

mulu. Srž unutrašnje logike prava sastoji se u jednakosti i reciprocitetu, a to je nešto što je koliko pravni, toliko i matematički fenomen. *Justitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* – pravda je neprekidno i trajno nastojanje da se svakome da ono što mu po pravu pripada.<sup>18</sup>

## 2. Brojke i individualizacija prava (kazne)

Da se pravo može povezati sa brojkama kao takvim, moglo bi se zaključiti i iz onoga što podrazumevamo pod pojmom odmeravanja – individualizacije kazne, odnosno individualizacija jedne opšte pravne norme.<sup>19</sup> Do jedne određene mere to u neku ruku jeste jedna matematička operacija, čak ponekad tako i toliko izražena, da postoje i posebne formule i šeme za odmeravanje kazne. Ovo je karakteristično za SAD, ali i za neke druge zemlje,<sup>20</sup> pa tako i za današnju Makedoniju.<sup>21</sup> Svako odmeravanje kazne, svaka individualizacija opšte pravne norme i njeno prilagođavanje jednoj konkretnoj situaciji, jeste nešto što bi se na izvestan način moglo povezati sa matematikom, no, s druge strane u tome se kriju brojne opasnosti i nikako se ne sme preterati u tom smislu da konkretni slučajevi i konkretni ljudi postanu samo puke brojke, da od brojeva ne vidimo ljude i njihove komplikovane životne sudbine.

Laici su spremni da veruju da se i najveći društveni problemi mogu jednostavno rešavati putem prava – treba samo doneti zakon i onda ga striktno i dosledno primenjivati. Međutim, šta ako je zakon sam po sebi loš, nefunkcionalan, nepravedan, a osim toga, još je Aristotel govorio da je zakon samo jedna opšta norma, dok ima puno pojedinačnih situacija koje ne mogu biti uspešno i pravedno tretirane ukoliko se bez ikakvih prilagođavanja i modifikovanja primenjuje samo ta opšta norma.<sup>22</sup> Osnovni principi pravde, morala i

---

18 Slobodan Perović, *Prirodno pravo i sud*, „Pravni život”, 9/1995.

19 Ljubiša Lazarević, *Individualizacija krivičnih sankcija – pretpostavke i mogućnosti za njeno ostvarenje* – „Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu” posvećen 20-godišnjici Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1979.

20 Milanka Vešović, „Neoklasicizam” u novom švedskom krivičnom zakonodavstvu, „Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo”, br. 2/1989.

21 U tom je smislu u savremeno makedonsko krivično zakonodavstvo uveden i poseban „pravilnik za odmeravanje kazne”, što ipak predstavlja veliku besmislicu. (O tome Gordana Lažetić-Bužarovska, *Problemi kaznene politike u okviru sporazumevanja o krivičnoj sankciji u Republici Makedoniji*, u zborniku radova „Kaznena politika kao instrument državne politike na kriminalitet”, izdanje Ministarstva pravde Republike Srpske; Grada Banja Luke; Univerziteta u Banja Luci, Srpskog udruženja za krivično-pravnu teoriju i praksu i JP „Službeni glasnik” Republike Srpske, Banja Luka, 11-12. april 2014. str. 98).

22 Aristotel, *Nikomahova etika*, Beograd, 1970, (prevod sa grčkog).

prava (pa i Kantov kriterijum univerzalizacije) mogu biti nesporni *in abstracto*, ali čim je reč o primeni u konkretnim okolnostima, oni mogu davati povoda beskrajnim protivurečnostima.<sup>23</sup> Ni pravo, kao ni život uostalom, ipak nisu obična matematika u kojoj su dva i dva uvek samo četiri. Kaže se da nema različitih bolesti, već različitih bolesnika,<sup>24</sup> pa bi se tako uvek moglo reći da ima različitih ljudskih (društvenih) situacija – sudbina u kojima sudija, pravnik može, ali i mora na različite načine da primenjuje opšte pravne norme. Život je nešto što se ipak ne može kodifikovati,<sup>25</sup> život se, kao i pravo, mora sagledavati i tumačiti u svojoj celokupnosti.

U naš Krivični zakonik je nedavno uvedena odredba o zabrani ublažavanja kazne za pojedina krivična dela.<sup>26</sup> Pisac ovih redova imao je prilike da se, prateći sudsku praksu u poslednjih nekoliko godina, susretne sa čitavim nizom situacija koje su zaista već na prvi pogled nepravedne. Zamislimo u tom smislu jednog narkomana od 30 godina, bolesnog, koji je zaposlen kod nekog malog privatnog preduzetnika. Zamislimo da on ima bolesnu i nezaposlenu ženu<sup>27</sup> i dvoje male dece i zamislimo da čitava porodica ima ozbiljnih egzistencijalnih problema,<sup>28</sup> zbog čega narkoman iz našeg slučaja, neophodna sredstva za život obezbeđuje preprodajući manje količine droge. Policija međutim, po dojavi drugih narkomana i drugih dilera droge, koji možda žele da unište konkurenciju, upadne u stan „našeg“ narkomana, izvrši premetačinu i pronađe 6 do 7 grama marihuane. Šta će se na kraju dogoditi, kako će se sve završiti? Tako što će sud, pominjanom narkomanu, sitnom dileru, izreći kaznu zatvora od tri godine, jer manje od toga ne može. Brojke i zakon će biti zadovoljeni, ali da li će biti zadovoljeni pravo, a pogotovu pravda? Ako pravo shvatimo samo kroz brojeve, kroz numeričnost, ova situacija sa izrečenom kaznom zatvora od tri

23 Haim Perelman, *Pravo, moral i filozofija*, Beograd, 1983 (pevod sa francuskog).

24 Samuilo Pejaković, *Sudskomedicinska ekspertiza*, Beograd, 1986.

25 Jovan Ćirić, *Da li se život može kodifikovati – povodom donošenja Gradanskog zakonika Srbije, „Pravo I privreda”*, 1-3/2015.

26 Godine 2009. Zakonom o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika Srbije, u članu 11, bilo je propisano da se za određena tačno pobrojana krivična dela, a to su: otmica, silovanje, obljava nad nemoćnim licem; obljava nad detetom, iznuda, neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga, nedozvoljeni prelaz granice i krijumčarenje ljudi, trgovina ljudima, – kazna uopšte ne može ublažiti. Takođe je uvedena i odredba „da se ne može ublažiti ni kazna učinocu koji je ranije osuđivan za isto delo”. Laičkoj javnosti ovo uopšte ne bi moralo izgledati ni na koji način problematično, dok se nama čini da pravnicima nije ni potrebno komentarisati koliko je to sve apsurdno i besmisleno, osim što se može uputiti jedna generalna primedba na taj moralni svetonazor „nepraštanja” koji je sasvim suprotan hrišćanskoj ideologiji, ali i savremenim moralnim shvatanjima koji odbacuju puku retribuciju i osvetu kao način razmišljanja.

27 Žena čak ne mora ni biti dodatno bolesna, dovoljno je da je i ona narkomanka.

28 To uopšte ne moramo da zamišljamo.

godine, bez mogućnosti ublažavanja, predstavljaće najveći mogući simbol pravnosti i pravednosti. Da li je tako? Da li su pravници samo oni koji znaju matematiku, koji su inženjeri ljudskih sudbina,<sup>29</sup> ili su ipak i nešto više od toga? Zakon sudu ipak mora ostaviti izvesnu slobodu odlučivanja, a ta sloboda odlučivanja je na neki način sloboda da se izade iz krute matematike.<sup>30</sup> Jer, pravo nisu samo brojevi, odnosno, kako bi to rekao Valtazar Bogišić: „Ko samo riječi zakonske znade, taj još zakona ne zna, dok mu ne shvati razum i smisao“.<sup>31</sup> Kada bi tako bilo, onda nam pravници, a posebno studije prava ne bi ni bili potrebni, ulogu pravnika obavljali bi kompjuteri, oni bi u matematičkom smislu sigurno bili nepogrešivi, ali bi možda baš zato bili i neinteligentni i pre svega surovi. Zabranom ublažavanja kazne, naše je krivično zakonodavstvo postalo matematički precizno i kompjuterski surovo (pravedno)<sup>32</sup>, ali se u isti mah vratilo dvesta godina unazad, u vreme Francuskog revolucionarnog Krivičnog zakonika iz 1791, kada su za svako krivično delo bili propisani fiksní, nepromenljivi zakonski okviri. Bio je to sistem apsolutno određenih kazni, što jeste predstavljalo trijumf apsolutne ljudske i građanske jednakosti, te trijumf brojki nad pravom,<sup>33</sup> ali sve je to ipak vrlo brzo bilo napušteno. Pravičnost kao zadatak i svrha pozitivnog prava je u tome da u konkretnim slučajevima dovodi u sklad apstraktna rešenja pozitivnog prava sa društvenim shvatanjem pravednog u jednom konkretnom slučaju, otklanjajući negativne posledice statičnosti i opštosti pravila pozitivnog prava.<sup>34</sup>

---

29 Da ne kažemo ljudskih duša.

30 Proisjući olakšavajuće i otežavajuće okolnosti kod odmeravanja kazne, zakon izričito predviđa i tzv. lične i porodične prilike učinioca. To je put za prevazilaženje surove matematičke preciznosti i strogosti, u slučaju konkretnog narkomana, to je način da on ipak ne ode tri godine u zatvor i da bolesnu ženu i dvoje maloletne dece ostavi bez minimuma egzistencije, jer treba uvek imati u vidu da svaka kazna pogađa ne samo onoga kome je izrečena, već i njegovim najbližima.

31 Pravo je ipak jedan holistički sistem, isto kao i društvo i ljudski život pojedinačno, te samo ako se to ima u vidu, pravo može biti funkcionalno, efikasno i nadasve pravedno. (Jovan Ćirić, Ko samo riječi zakonske znade, taj još zakona ne zna... dok mu ne shvati razum i smisao – „Spomenica Valtazara Bogišića o stogodišnjici njegove smrti“ – knjiga 1, priredio Luka Breneselović, Beograd, 2011. str. 261-271).

32 Ovde ovaj pridev “pravedno“, namerno stavljamo u zagradu, zato što u prvi plan ipak izbija surovost. Ta surovost na različite načine može doći do izražaja. Kod Viktora Igoa i njegovog junaka Žan Valžana, ta sirova pravednost dolazi do izražaja na jedan način, a u našem današnjem pravnom sistemu, kroz zabranu ublažavanja kazne, kod našeg narkomana, sitnog dilera, na samo ponešto drugačiji, ali suštinski vrlo sličan način takođe dolazi do izražaja.

33 Bora Čejović, Istorijski razvoj principa individualizacije krivičnih sankcija, “Ahiv za pravne i društvene nauke” br. 2-3/71.

34 Božidar Marković, O pravnoj državi, „Pravni život” br. 12/95.

Pravda kao takva, vizuelno i simbolički se najčešće prikazuje sa terazi-  
jama, tj. vagom u rukama, što upućuje na merenje, na brojke u najširem smislu  
te reči. Međutim, ljudi i ljudske sudbine se niti mogu, niti smeju sagledavati  
samo kroz optiku brojeva i kroz merenje. Pravo i brojke jesu i moraju biti  
povezani i to uopšte nije ni čudno ni besmisleno, a pre svega zato da ne bi bili  
narušeni jednakost i pravna sigurnost kao takvi. Tamo gde je pravo isuviše ide-  
ologizirano i gde se zanemaruje unutrašnji logički, brojčani, pravnički silo-  
gizam, tamo su i svi ostali atributi i ideali pravne države ugroženi. Sa druge  
strane međutim, pravo ipak ne može biti tek samo puka matematika, jer to bi  
moglo značiti da pravo ljude tretira kao brojke, ili čak, još i gore, ljudi bivaju  
tretirani kao stvari, kao roba, kao robovi. To bi bilo apsurdno, nelogično i pre  
svega nepravedno.<sup>35</sup> Jer, ako ništa drugo, ne postoje dva ista čoveka, ne postoje  
dve iste životne situacije,<sup>36</sup> kako rekosmo ni dve iste bolesti, kao što postoje dva  
ista broja. Potrebno je zato pronaći pravu meru između matematičnosti i  
numeričke logičnosti prava i socijalne funkcije i suštine prava. Jedno je sigurno  
povezanost prava i brojki definitivno postoji i ona se ne može prenebragavati ni  
uopšte, pa ni kada je reč o individualizaciji prava i pravnih normi.

### 3. Brojke i pojedine pravne oblasti

Konstatovali smo da pravo uopšte uzev ima svojih sličnosti i svoju  
unutrašnju logiku, sasvim blisku sa logikom brojki i matematike, pre svega  
putem silogizma. U nekim posebnim slučajevima, ta veza između prava i broj-  
ki je još posebno izraženija nego generalno uzev. Radi se na primer o dokazima  
i dokaznom pravu uopšte, o naknadi štete, o oceni nečijeg kreditnog rejtinga, o  
otkrivanju prevara, o vezi između prava i medicine, o regulisanju odnosa prava  
sa naukom i tehnologijom, o problemima identifikacije, naročito kada je reč o  
DNK-u, o kompjuterskom pravu, o ekološkom pravu, itd. Sve ove oblasti prava  
se navode u posebnom pozivu, uputstvu za autore, koji je objavljen na internet  
stranici časopisa iz serije „Oxford Journals“ – „Law, Probability&Risk“.<sup>37</sup>

Svaki put kada pravници zatraže pomoć nekog veštaka, stručnog konsul-  
tanta, na scenu stupa specifična matematika, problemi verovatnoće i odnos broj-  
jki i prava. Ovo čak i kada se radi na primer o veštačenju različitih psiho fenom-  
ena. Primera radi, normalnost i uračunljivost kao takvi se mogu definisati i u  
jednom brojčano-matematičkom smislu, kao prosek, kao nešto što je

---

35 Georg F. Hegel, *Filozofijska propedeutika*, Beograd, 1975. (prevod sa nemačkog).

36 Aristotel, - *Nikomahova etika*, Beograd, 1970, (prevod sa grčkog).

37 [www.oxfordjournals.org/our\\_journals/lawpi/about.html](http://www.oxfordjournals.org/our_journals/lawpi/about.html).

uobičajeno, nešto što je najčešće.<sup>38</sup> Slično je i kada govorimo o nehatu ili umišljaju, ili uopšte pitanju kako i na koji način bi u dotičnoj situaciji reagovao prosečan čovek.<sup>39</sup>

Sve se dakle, pa čak i kada je reč o psihologiji, a pogotovu pravu, može prikazati putem brojki, matematike, a kada je reč o pojedinim oblastima prava, to posebno dolazi do izražaja. Ovde mislimo i na genocid, jedan, ne samo po težini, već i po mnogo čemu drugom vrlo specifičan zločin. Za postojanje genocida kao krivičnog dela uopšte nije presudno koliko je ljudi ubijeno, već je važno da postoji plan, tj. genocidna namera,<sup>40</sup> ali se tu ispostavlja da je broj ubijenih ipak, makar psihološki značajan. Nameru je u principu teško dokazati, pa zbog toga neki teoretičari pribegavaju teorijskim objašnjenjima da bi genocidnu nameru trebalo spustiti na nivo eventualnog umišljaja, – radi se o praktičnoj teškoći da se dokaže nečija genocidna namera, te da bi inače visoke standarde koji se traže za nameru, trebalo spustiti na nivo eventualnog umišljaja.<sup>41</sup> Radi se zapravo o svojevrstnom pojednostavljivanju u kojem faktor brojki ipak igra vrlo važnu ulogu. Jer, više nisu važni plan i namera, već postaju važni brojevi, a pre svega to koliko je žrtava bilo. Ukoliko je žrtava u nekom ratu, u nekom sukobu, bilo više, utoliko će se lakše govoriti o tome da je u konkretnom slučaju po sredi genocid. Zbog toga se i događa da se sa brojem žrtava manipuliše, da se oni najčešće preuveličavaju i da često i mnogo godina nakon ratnih dejstava ostaje priča o preuveličanom broju ubijenih, stradalih, žrtava. Jer, polazi se od toga da će veću težinu u laičkoj javnosti, pa i na nekom budućem sudu, imati činjenica da je nastradao veći broj ljudi. Ovo je još dodatno povezano sa manipulacijama savremenih medija. U pitanju su obično vrlo velika preterivanja, koja su posebno dolazila do izražaja u poslednjim ratnim događajima u Bosni.<sup>42</sup> Ovo je naročito bilo karakteristično kod priče o silovanim muslimankama u Bosni. U tom se smislu u američkom „Newsweek-u“ priča o 50.000 muslimanki pojavila već januara 1993. nepunih godinu dana nakon početka ratnih sukoba.<sup>43</sup> To je

---

38 Dušan Jevtić, O uračunljivosti sa sudsko-psihijatrijskog gledišta, Beograd, 1953.

39 Božidar Krstić, Psihijatrijsko veštačenje afektivnih stanja; - u zborniku radova: „Pravo i medicina – dodirne tačke, sporna pitanja, izdanje Srpskog udruženja za krivično pravo i kriminologiju i Jugoslovenskog udruženja za medicinsko pravo, Kopaonik 1997. str. 171-172.

40 Jovan Ćirić, Genocidna namera, „Crimen“, br.1/2015.

41 Otto Triffterer, Genocide, Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part, the Group as Such, dostupno na internet adresi: [http://law.huji.ac.il/upload/ambos\\_reading4.pdf](http://law.huji.ac.il/upload/ambos_reading4.pdf)

42 O svemu tome, videti temeljnu analizu u knjizi Slobodana Vukovića, Etika zapadnih medija – Anti-srpska propaganda devedesetih godina XX veka, Novi Sad – Sremski Karlovci, 2009.

43 Jovan Ćirić; - Da li će posle „Haga“ doći do istinskog pomirenja na prostorima bivše SFRJ, u zborniku radova „Haški tribunal između prava i politike“, priredio Jovan Ćirić, Beograd, 2013.



naravno višestruki apsurd,<sup>44</sup> ali nam sve to govori da iako nije od krucijalne važnosti, priča o broju silovanih i ubijenih ima veliki socijalni, psihološki, pa samim tim ipak i pravni značaj.

Paralelno sa preuveličavanjem broja žrtava na sopstvenoj strani, obično u svakodnevnoj društveno-političkoj realnosti postoji i tendencija smanjivanja broja žrtava na suprotnoj strani, pa se tako od strane hrvatskih historičara mogu čuti različite procene koje broj nastradalih u Jasenovcu i uopšte u NDH drastično smanjuju. Na žalost, prilika da se utvrdi tačan broj nastradalih je propuštena neposredno nakon Drugog svetskog rata, međutim, ostaju neke druge posredne i neposredne procene, kao i memoarske beleške, bilo italijanskih,<sup>45</sup> bilo nemačkih oficira iz tog perioda, koje govore o tome da je broj ubijenih od strane ustaša, zaista užasavajuće veliki.<sup>46</sup> Ne mogu se mimoići, kada se govori o svemu što se događalo u NDH ni zapisi nemačkog obavешtajca Gleza fon Horstenau, koji je vrlo detaljno izveštavao o ustaškim zločinima ogromnih razmera, izražavajući pri tome čuđenje i zgražavanje nad brutalnošću i svirepošću sa kojom su ustaše masakrirale pravoslavne Srbe.<sup>47</sup> Treba svakako pomenuti i knjigu koja je nedavno objavljena u Banja Luci, a koja se odnosi na decu koja su stradala u Jasenovcu. Ta knjiga predstavlja poimenični spisak od svih 19.432 devojčice i dečaka koji su ubijeni u Jasenovcu,<sup>48</sup> no uprkos svemu, nastavljaju se različite sasvim neprilične špekulacije sa brojem nastradalih u Jasenovcu, a koje sve imaju za cilj da minimizuju krivicu zločinaca. Brojke se, bez obzira što formalno nisu od značaja za pravnu kvalifikaciju, pokazuju kao veoma bitne kada se govori o genocidu, kao i o nekim drugim sličnim delima.

---

44 Jednostavna matematika bi lako pokazala i dokazala da je priča o 50.000 silovanih muslimanki jednostavno nemoguća.

45 Italijanski general Dalmazo (Dalmazzo) sa sedištem u Dubrovniku, koji je komandovao područjem koje je obuhvatalo i Trebinje, Bileću, Nevesinje i Gacko je na osnovu izveštaja terenskih poverenika, izveo zaključak da su ustaše i lokalni muslimani direktno izazvali srpski ustanak, divljaštvom, te da ustaše i muslimane treba ukloniti da bi se zaveo red. (Citirano prema Srđa Trifković, „Ustaše – balkansko srce tame na evropskoj političkoj sceni“, Beograd, 1999. str. 162).

46 Nemačkin Herman Nojhaber kaže da je zločin počinjen nad pravoslavcima Srbima u NDH jedan od najvećih i najstravičnijih u svetskoj istoriji, te da je on o tome govorio i Hitleru, koji mu je rekao da je i on lično upozoravao Pavelića da se jedna tako velika manjina kakva su Srbi, ne može na taj i takav način uništiti. (Herman Nojhaber, Srbi u memoarima Hermana Nojhabera, Beograd, 2007. str. 85).

47 Vasa Kazimirović, NDH u svetlu nemačkih dokumenata i dnevnika Gleza fon Horstenau 1941-1944, Beograd, 1987.

48 Priredio Milan Dašić Mićo, Iz kolijevke u Jasenovac, Republički centar za istraživanje rata, ratnih zločina i traženje nestalih lica i Udruženje „Jasenovac – Donja Gradina“, Banja Luka, 2015, ukupno 447 strane.

#### 4. Brojke i legitimitet prava

Posebna priča koja zaslužuje pažnju jeste priča o legitimitetu prava. Najprostije rečeno, legalno je ono što je u saglasnosti sa (ostalim – drugim) pravnim normama. Legitimno je sa druge strane ono što najveći broj ljudi, smatra da je ispravno u moralnom i društveno-političkom smislu i tu se pojavljuju problemi, pre svega zato što većina nije uvek u pravu. Jasno je da kada govorimo o većini, faktor brojki dolazi do posebnog izražaja. Jednostavno, to znači da je moralno ispravno ono rasuđivanje i postupanje koje odobrava većina ljudi, a tu onda u prvi plan izbijaju brojevi, ali isto tako i mnogi drugi problemi, pre svega problemi mogućih medijskih i ideološko – političkih manipulacija.

Ovde se belodano pokazuje da brojke u odnosu na pravo vrlo često uopšte ne igraju pozitivnu ulogu. Jednostavno rečeno, faktor brojki i faktor legitimnosti kada se među sobom povežu, proizvode to da je u pravu onaj koji je brojniji, koji je glasniji, koji je prisutniji u medijima, koji je za svoju istinu, svoju priču, bolje izlobirao. Naravno, lobiranje i korupcija nikako nisu iste stvari,<sup>49</sup> ali, ne znači isto tako da to što je neko glasniji, brojniji, pripremljeniji, što je bolje lobirao, da je on u pravu. Ovo naročito dolazi do izražaja kod donošenja pojedinačne odluke u nekom konkretnom slučaju. Na primer podnošenje Ustavnom sudu inicijative za ocenu ustavnosti nekog pojedinačnog pravnog akta. Sud bi trebalo da tu inicijativu podjednako uzima u razmatranje i kada je podnosi jedan pojedinac, kao i kada je podnosi grupa od više potpisnika. Snaga argumenata bi uvek trebala da bude jača od argumenta snage – broja, pa ipak, makar podsvesno, u psihološkom smislu, moguće je, odnosno vrlo je verovatno da i ustavni, kao i svaki drugi sud uzima sa većim uvažavanjem one zahteve, inicijative, tužbe, molbe, predstavke, iza kojih stoji veći broj potpisnika. Na neki način ovo je izvesno nasleđe jednopartijskog komunističkog sistema, gde se, naročito osamdesetih godina, bila odomaćila praksa pisanja i potpisivanja peticija. No, tada je legitimnost svih i opštih i pojedinačnih akata zbog jednopartijskog političkog sistema bila dovedena u pitanje,<sup>50</sup> te je na neki način bila razumljivija praksa (pot)pisanja peticija, nego što je to danas slučaj, kada za peticijama i nema takve i tolike potrebe kao nekada kada je glas naroda bilo

---

49 Balša Kaščelan u članku pod naslovom: „Gde prestaje lobiranje i počinje korupcija“, dostupno na internet adresi:

[http://www.profitmagazin.com/izdanja/broj\\_12/balsa\\_kascelan-gde\\_prestaje\\_lobiranje\\_i\\_pocinje\\_korupcija.150.html](http://www.profitmagazin.com/izdanja/broj_12/balsa_kascelan-gde_prestaje_lobiranje_i_pocinje_korupcija.150.html)

50 Smatra se naime da je postojanje višepartijskog sistema od ključne važnosti kod uspostavljanja pravne države. (Vladimir Kambovski, Pristup problemu uspostavljanja pravne države, u zborniku radova „Pravna država” – Beograd, 1991).

moguće izraziti gotovo jedino na taj način, putem pisanja peticija. Danas međutim pisanje peticija i naročito neki drugi vidovi medijskih pritisaka imaju uglavnom izrazito negativnu konotaciju i na demokratičnost i na pravednost, odnosno legalnost i legitimnost sudskih postupaka. Jer, radi se o pritiscima javnosti na rad pravosuđa, koji su po više osnova sasvim negativne stvari, prosto zato što sud tada ne može da prosuđuje i presuđuje smireno, neostrašćeno, bez bilo kakvih predrasuda.<sup>51</sup> U pitanju je tu „suđenje putem medija”,<sup>52</sup> a što se smatra negativnim, jer podrazumeva i određene političke manipulacije, prevashodno u smislu osude bez suda, a na osnovu različitih prejudiciranja i iskrivljavanja.<sup>53</sup>

Nakon svih medijskih manipulacija, koje uključuju ne samo novine i elektronske medije, već i nove internet medije: fejsbuk, tviter i ostalo,<sup>54</sup> na red dolaze i ulične demonstracije i mitinzi, kako se to već i događalo u Belgiji na primer sa tzv. belim maršem,<sup>55</sup> kao i u Srbiji i mnogim drugim zemljama. Na kraju se sve završava uličnim linč suđenjem, tako da se vrlo lako ispostavlja da ono što je trebalo da služi legitimitetu, pravednosti i moralnosti, prerasta u svoju suštu suprotnost. Ispostavlja se da je legitimitet kao takav, nešto što se lako može zloupotrebiti u svoju suprotnost,<sup>56</sup> a pre svega pozivanjem na brojeve, pozivanjem na većinu, pozivanjem na to da tako „svi (većina) misli“. Stvar je vrlo jednostavna i sastoji se u tome da „većina“ kao takva uopšte ne mora biti u pravu, čak bi se moglo reći da se događa sasvim suprotno, da tamo gde je većina ubedljiva, da je tu demokratije i autentičnog javnog mnjenja u suštini znatno manje.

Nije većina ta koja jednu stvar čini legitimnom – u prošlosti se ne tako retko događalo da mnogi koji su bili sasvim u manjini, da su stradali kao jeretici i da kao nosioci novih ideja budu osuđeni i najsvirepije kažnjeni, a da se tek naknadno ispostavi da oni zaista jesu bili u pravu. Isus Hristos je tu najbolji primer, međutim, osim njega tu je i Đordano Bruno koji je stradao na lomači, govoreći ono čuveno „Ipak se okreće“, ono u šta je većina tada sumnjala, smatrajući pogrešnim i na neki način nelegitimnim. Mnogima koji su tada smatrani čudacima, jereticima, vreme je dalo za pravo i učinilo da ih danas smatramo

---

51 Jovan Ćirić, Društveni uticaji na kaznenu politiku sudova, Beograd, 2001.

52 O tome na internet adresi [www.answers.com/topic/trial-by-media](http://www.answers.com/topic/trial-by-media)

53 Philip Schlesinger & Howard Tumber; - Reporting Crime – The Media Politics of Criminal Justice, Clarendon Press Oxford, 1994, pp 183-206.

54 Danas su pravo građanstva stekli i tzv. botovi i hejteri, koji imaju za zadatak da za malo para utiču na oblikovanje internet javnog mnjenja.

55 Jovan Ćirić, Pravosuđe i pritisci javnosti, u zborniku radova „Reforma krivičnog prava“, Kopaonik, 2014.

56 Silvija Panović - Đurić, Načela legaliteta i legitimiteta u krivičnom pravu, izdanje Pravnog fakulteta u Beogradu, 1995.

herojima i genijalcima. Zapravo često su one koji su iskakali iz proseka, koji su bili novi i drugačiji i u svoje vreme bili tretirani kao nenormalni, da ih je istorija na kraju upamtila u najpozitivnijem svetlu,<sup>57</sup> pa se time pokazuje kako je tanka linija između normalnosti i nenormalnosti, i isto tako i između legitimnosti i nelegitimnosti. Niko danas ne može osporiti legitimitet Isusu Hristu, iako je on u svoje vreme bio u vrlo velikoj manjini. To nam ne pokazuje toliko da manjina može biti u pravu, koliko nam pokazuje da većina može rezonovati na pogrešan način. Ovo naročito kada se i ako se imaju u vidu savremene sve razvijenije i sve brojnije manipulacije i uticanje na svest ljudi.<sup>58</sup> Ne retko je većinu lakše izmanupulisati, nego jednog pojedinca, a za tako nešto postoje brojni primeri u istoriji. Jedan od takvih slučajeva je i suđenje Sokratu, kada je porota koja mu je sudila brojala preko 500 ljudi.<sup>59</sup> Ukoliko bismo zaključivali samo na osnovu brojeva, takva porota bi uživala puni legitimitet, što bi bilo sasvim apsurdno, te je upravo i to jedan od najvažnijih argumenata da tvrdimo da brojevi, odnosno nečija brojnost nije ta koja legitimise jednu stvar, a naročito neki sudski postupak, koji bi morao da se odvija u tišini i smirenosti bez povišenih strasti, medijskih pritisaka i manipulacija.<sup>60</sup> Samo se tako može doneti odgovarajuća sudska odluka koja će biti u svakom pogledu ispravna, te se jasno pokazuje da broj ovde ne čini suštinu stvari, iako političari ponekad tvrde upravo obrnuto.

Slični problemi većine (brojki) i legitimiteta se pojavljuju ne samo kada je reč o donošenju jedne pojedinačne sudske odluke, već isto tako i kada se radi o donošenju zakona. Danas mnogi s pravom govore o tzv. paničnom (krivičnom) zakonodavstvu,<sup>61</sup> kada se vrlo mnogo insistira na strogosti krivičnog zakonodavstva. Reč je i ovde o svojevrsnoj medijskoj manipulaciji, o tome da se podgrevanjem bazičnih ljudskih strahova, a jedan od njih je i strah od kriminaliteta, strah da se bude žrtva kriminaliteta ili terorizma,<sup>62</sup> ljudi navode da podrže i najnehumanija i najnedemokratskija rešenja. Na osnovu tih i takvih strahova, zakonodavac zadobija podršku najšire javnosti, najvećeg broja građana, glasača, te se i ovde pokazuje da se brojke mogu povezivati sa pravom, samo naravno ovog puta u sasvim negativnom kontekstu. Tipičan primer za to su dešavanja nakon 11. sep-

---

57 Stephen Worchel, *Wazne Shebilske, Pszchology. Principles and Aplications*; New Yersey; Prentice Hall Inc 1983. 99. 384.

58 Sergej Kara-Murza, *Manipulacija svešču*, (prevod sa ruskog), Beograd, 2011. str. 72.

59 Henry Abraham, *The Judicial Process - sixth edition*, Oxford University Press, New York, 1993.

60 Tihomir Vasiljević, *Sistem krivično procesnog prava SFRJ*, Beograd, 1974.

61 Đorđe Ignjatović, *Koliko polazni koncepti i granice krivično-pravne zaštite u novim zakonodavnim rešenjima odgovaraju današnjim oblicima kriminaliteta*, u zborniku radova „Kazneno zakonodavstvo: progresivna ili regresivna rešenja“, priredio Dobrivoje Radovanović, izdanje Institut za kriminološka i sociološka istraživanja i Viša škola unutrašnjih poslova, Beograd, 2005.

62 Jovan Ćirić, *Viktimološke zloupotrebe*, u „Pravni život“, 9/2010.

tembra u SAD. Čuveni zakon, tzv. Patriot Act, koji je u SAD tada donesen, imao je tada apsolutnu podršku ubedljivo najvećeg broja građana SAD, glasača. Podrška građana Patriot Act-u u tim trenucima je bila bezrezervna, pa je i legitimitet tog akta bio sasvim neupitan.<sup>63</sup> Ukazom Predsednika Buša iz novembra 2001. godine, formirane su vojne komisije, koje su u čitavom nizu slučajeva preuzimale ingerencije redovnih sudova.<sup>64</sup> To je naravno krajnje problematično sa stanovišta ljudskih prava, ali, koga je u toj situaciji u američkoj javnosti bilo briga za sve te formalne „začkoljice”? O neovlašćenom prisluškivanju i ostalim „snoudenovskim” sitnicama da i ne govorimo. Sve je bilo „pokriveno” bezrezervnom podrškom velikog broja <sup>65</sup> građana i punim legitimitetom, gotovo kao da se radi o nekoj afričkoj diktaturi, ili azijskoj despotiji. Ipak, nakon svega, nakon svih iskustava XX veka, može se reći da danas zakonodavac ne sme da se rukovodi brojevima i podrškom glasača, jer *vox populi* naročito danas nije *vox dei*.

Kada je reč o masama glasača, građana, naroda, mi ovde prvenstveno imamo u vidu manipulacije zasnovane na znanjima iz socijalne psihologije.<sup>66</sup> U pitanju na primer može biti neprestano ponavljanje jednog istog slogana, jedne iste tvrdnje – mantre (laži, ili istine), jednog istog straha i zablude, nakon koje dolazi spasonosno rešenje u vidu donošenju novog zakona, odnosno u vidu postrožavanja postojećih zakona. Sve je danas postalo reklama i marketing, pa tako i ono što vam se čini da je sasvim autentično.<sup>67</sup> U takvoj situaciji ne možemo govoriti o autentičnoj narodnoj volji, o autentičnom glasu narodu, o autentičnim brojkama, te upravo zato pozivanje na legitimitet i brojeve često može izazvati izvesnu, manju ili veću sumnju. U kranjoj liniji, neki od najkrvoločnijih tiranskih režima uživali su podršku brojnih (najvećeg broja) građana, pa tako i na primer i Hitler Broj dakle ne znači ništa, ili gotovo ništa kada procenjujemo kvalitet.<sup>68</sup> Sve to čitavu našu priču o pravu i brojevima čini dodatno komplikovanom.

---

63 Kam C.Wong, USA Patriot Act: A Preliminary Study, „Strani pravni život“, 1-2/ 2007. str. 130-173.

64 O tome više Vesna Ćirić, Nove metode u suzbijanju terorizma u SAD nakon 11. septembra, „Strani pravni život“ 1-3/2006.

65 Brojke i pravo su ovde dakle bili najdirektnije moguće povezani.

66 Nikola Rot, Osnovi socijalne psihologije, Beograd, 1973. str. 2013.

67 Treba reći i to da se u razvijenim ekonomijama, u proseku oko 25 odsto nacionalnog dohotka, „obruč“ u sektoru propagande i reklame. (O tome Antony Pratkanis i Eliot Aronson, „Age of Propaganda: The Everyday Use and Abuse of Persuasion“, March 14, 2001, publisher: „Holt Paperbacks“ publisher 432, - o knjizi u abstraktu, prikazu: J.Scot Armstrong-a, - „Review of Antony Pratkanis and Elliot Aronson, Age of Propaganda: The Everyday Use and Abuse of Persuasion, na internet adresi: [www.repository.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1089%content=marketing\\_papers](http://www.repository.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1089%content=marketing_papers)

68 U čitavoj ovoj priči dolazi do izvesne zbrke između kvantiteta i kvaliteta. Kada je reč, demoraciji, pravu, pravdi, kvantitet ipak ne prelazi u kvalitet.

## 5. Brojke i učestalost kršenja prava

Kada govorimo o legitimitetu, možda bismo mogli reći da je legitimno ono pravo koje se poštuje, koje građani poštuju i ponašaju se u skladu sa pravnim zapovestima, jer tamo gde se građani ponašaju suprotno i gde krše pravo, moglo bi se govoriti o nedostatku pre svega autoriteta prava, ali isto tako i legitimiteta. No, i ovde se, kao i u svemu o čemu smo ovde govorili, radi o broju, o faktoru brojeva. Naravno, na to koliki broj građana će poštovati jedno pravo, a koliki broj građana će ga kršiti, utiče čitav niz različitih vanpravnih faktora koji uopšte ne moraju biti najdirektnije povezani sa samim pravom, ali na njega ipak mogu imati značajnog uticaja.

Uvek će postojati jedan određeni broj ljudi koji neće poštovati pravne norme, koji će kršiti pravo. To uopšte nije sporno, jer kada to ne bi bilo tako, onda sankcije, kako one krivične, tako i one građanske, praktično ne bi ni bile potrebne. Nije dakle pitanje da li ljudi poštuju ili krše pravne norme, već je pravo pitanje u kolikom obimu, u kolikom broju ljudi krše norme. Broj, ili kako se to još kaže, stope kriminaliteta, se ovde dakle pojavljuju kao vrlo značajan indikator kvaliteta prava. Ako se pravo masovno krši i ne poštuje, onda to znači da je raskorak između prava i životne stvarnosti vrlo izrazit. Pitanje koje se može postaviti jeste pitanje da li broj krivičnih dela, stopa kriminaliteta utiče na kaznenu politiku, kako zakonodavca, tako i sudova, te na koji način dolazi do takvog uticaja? Da li će sudovi zbog učestalosti nekog nezakonitog ponašanja, postati stroži u budućnosti, ili možda čak blaži?<sup>69</sup> Ili, isto to samo u vezi sa zakonodavcem. Da li će zakonodavac početi da propisuje strože kazne onda kada shvati, primeti da je jedno nezakonito ponašanje postalo posebno učestalo, ili će se možda baš zbog toga odlučiti da bude nešto blaži i da pristupi dekriminalizaciji. Jer to što se neka norma masovno ne poštuje, to može biti protumačeno i u tom smislu da je došlo do odgovarajućih promena u shvatanju morala, da su te pravne norme prevaziđene, te da zbog toga građani više ne poštuju pravne norme. U tom je slučaju bolje izvršiti odgovarajuće promene u samom zakonu, pa kada je reč o krivičnom pravu, sprovesti dekriminalizaciju tako da uopšte više nema te krivične zabrane, nego da ona formalno postoji, ali da je niko faktički ne poštuje, čime se ozbiljno ugrožava autoritet prava kao takvog.<sup>70</sup>

Bilo kako bilo, sam broj ovde, broj kršenja pravnih normi uopšte nije beznačajan, već naprotiv. Broj ovde ima posebnog značaja za pravo, a pre svega

---

69 Ramo Musić, Može li broj krivičnih dela na području jednog suda da utiče na visinu kazne, „Pravni život”, br. 1/62.

70 Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, 1979.

za njegovu funkcionalnost, autoritet i efikasnost. Broj krivičnih dela, odnosno odgovarajućih kršenja pravnih normi je indikator (ne)valjanosti, (ne)funkcionalnosti dotičnih pravnih normi, tj. indikator da je potrebno nešto menjati.

U vezi sa svim ovim, ovde se uvek može postaviti i pitanje kapaciteta aparata prinude. Ima li dovoljno policije, tj. inspeksijskih službi otkrivanja, ili postoji velika mogućnost da jedan prekršaj ostane neotkriven i neprocesuiran? To je jedno vrlo značajno faktičko pitanje, pitanje broja, a zatim, tu je i pitanje kakvi su i koliki su kapaciteti sudova koji sude i presuđuju, te kakvi su kapaciteti kazneno-popravnih institucija? Da li su i koliko su sudovi preopterećeni, tj. da li su i koliko zatvori prenatrpani – sve su to važne stvari za razumevanje jednog pravnog sistema, za razumevanje jednog prava. Sve je to pitanje brojki, pitanje finansija: u šta uložiti veći deo budžeta: u policiju, pravosuđe, zatvorske institucije ili u nešto drugo: na primer u kulturu, zdravstvo, nauku, ili nešto slično. Pitanje funkcionisanja prava i pravne države jeste u dobroj meri ekonomsko pitanje,<sup>71</sup> te se i u vezi sa tim može govoriti o jednom specifičnom odnosu brojki i prava.

U vezi sa svim ovde rečenim, nadovezuje se i pitanje šta se događa kada jedan osuđenik izide iz zatvora, nakon izdržane kazne. I tada do izražaja dolazi faktor brojki. Kada izađu iz zatvora, ozlojeđeni, bez posla i prihoda, sa razorenom porodicom, a sa novostečenim prijateljima, oni najčešće dalje nastavljaju „stranputicom“, ponovo dospevaju pred sud, sud koji sada ima u vidu to da su oni povratnici, već osuđivani, sud koji ima u vidu i pritisak javnosti, da se „zaoštri“ kaznena politika, ne bi li se zaustavio rast kriminaliteta i negativne stope, brojke. Tako se krug zatvara, a siromašni odlaze na put sa koga nema povratka.<sup>72</sup> Kod povrata u krivičnom pravu, a to će reći kod kaznene politike sudova, brojke igraju posebnu, vrlo značajnu ulogu, što sve zajedno sa specifičnom mitologizacijom zločina i instrumentalizacijom straha od kriminaliteta,<sup>73</sup> direktno utiče na konkretno funkcionisanje pravnog sistema u životnoj realnosti, u praksi.

Kada broj kršenja jedne pravne norme dostigne posebno, dramatično velike razmere, iz bilo kojih faktičkih, ekonomskih, socijalnih, političkih razloga, mi tada možemo govoriti o tome da više ne postoji i ne funkcioniše pravo i pravni sistem u jednoj državi. Na primer, Zakon o štrajku i javnim okupljanji-

---

71 Boris Begović, *Ekonomska teorija generalne prevencije: osnovna pitanja*, „Crimen“, br. 1/2010.

72 Ovde treba imati podatke iz SAD – tamo, podaci govore da je svaki treći crnac starosti do 30 godina već jedanput bio u zatvoru. (Nataša Mrvić-Petrović, Đorđe Đorđević, *Moć o nemoć kazne*, Beograd, 1998).

73 Đorđe Ignjatović, *Mitologija zločina*, „Arhiv za pravne i društvene nauke“, - br. 1-2/2004.

ma. Jedna je situacija kada se na jednom javnom okupljanju nađe 100 radnika, štrajkača, demonstranata. Oni jednostavno tada moraju poštovati zakonske odredbe o štrajku i javnom okupljanju, jer inače mogu doći pod udar odgovarajućih sankcija. Sasvim je druga situacija kada se okupi 100 hiljada štrajkača – demonstranata. Oni već ne moraju poštovati zakonske odredbe o javnom okupljanju i štrajku, jer jednostavno država i državni organi više nisu u stanju da sankcionišu toliki broj prekršilaca zakona. Veliki broj prekršilaca pojedinih zakonskih odredaba delegitimiše dotični zakon, ali, još i više od toga, čitav štrajk i demonstracije prevode u sferu revolucionarnih promena, gde se stvari više ne odvijaju u granicama prava. Radi se o faktičkoj situaciji da broj demonstranata nadmaši broj policajaca. Član 11. Zakona o javnim okupljanjima, predviđa da policija može da zabrani održavanje jednog javnog skupa ukoliko smatra da bi okupljanje dovelo do ugrožavanja zdravlja, javnog morala ili bezbednosti ljudi i imovine, ili ometanja javnog saobraćaja.<sup>74</sup> Tako je na primer policija maja 2015. sprečila 300 radnika IMR-a da blokiraju međunarodnu prugu Beograd – Bar.<sup>75</sup> Da se na pruzi toga dana okupilo 3.000 radnika, demonstranata, policiji bi već bilo znatno teže da sprovede tu odluku o zabrani javnog okupljanja, a to bi pogotovu bilo teško, da je bilo još i više štrajkača – demonstranata, na primer 30.000. Pokazuje se dakle da faktor broja (u konkretnom slučaju broja demonstranata – prekršilaca pravnih normi) igra posebno važnu ulogu u životu prava kao takvog. U pitanju je to da jedna životna situacija uvek ima i pravnu, ali i faktičku stranu. Pravnu stranu čine norme, a faktičku brojevi.

Slično, ili gotovo istovetno je i kada govorimo o kršenju zakonskih odredaba o prelasku državnih granica i o azilu. Država jeste u stanju da se nosi sa 100 do 200 ilegalnih imigranata, azilanata, putem repatrijacije ili na neki drugi način, ali kada se suoči sa stotinama hiljada ilegalnih imigranata, onda ona mora da podiže zidove i da preduzima polu-vojne, polu-ratne mere, a to je već situacija koja ima vrlo malo veze sa pravom i pravnim normama. Kada broj prekršilaca pravnih normi postane posebno veliki, onda pravo kao takvo više ne postoji i jednostavno važe neka druga pravila, prosto na prosto – nužda zakon menja. Između ostalog, postavlja se pitanje: „Da li će to Evropa da puca na migrante? Hoće li da ih pobije?“<sup>76</sup> Jer, pred navalom tako velikog broja migranata, ili uopšte tako velikog broja onih koji krše pravo, pravne norme gube

---

74 Zorica Mršević, Pravo na javno okupljanje u Srbiji – stanje i perspektive, Beograd, 2015, str. 38-39.

75 Zorica Mršević, op. cit. str. 35.

76 <http://blic.rs/Vesti/Politika/589256/Zivopisan-intervju-predsednika-Nikolica-O-Zapadu-Rusima-dinosaurusima-mamutima-i-migrantima>.



smisao i pravo više prestaje da bude važno, već se događa jedna faktička situacija koja je više odraz brojčanog stanja nego nekih pravnih normi. Ispostavlja se da je ovde u prvom planu sam broj, a ne ono što piše u zakonu. Tako se još jedanput i na ovom primeru iskazuje značajna povezanost brojeva i prava, te da pravo u dobroj meri zavisi od samih brojeva, odnosno da je povezano sa brojevima. U pitanju je fenomen koji je višeznačan, fenomen na koji smo mi ovde želeli da posebno ukažemo.

\*  
\*                      \*

**Jovan Ćirić, PhD,**  
***Institute for Comparative Law, Belgrade***

### NUMBERS AND LAW

*Someone could say that it is an absurd if we talk about the connection between numbers and law. The author of this article has a different opinion, he thinks that there is a strong relation between numbers and law. When we talk about the rates of criminality, about the dark figure of the crime, the rate of the corruption, we talk about the connection between numbers and law. The author speaks about an inside logic of the law. He points out the logic sillogism of the law, as something that is the part of mathematics. We also could speak about the individualization of the law, especially the process of sentencing and that could be mathematics in some way. The author of this text says that in some fields of the law, numbers are especially important. Here we have in mind the compensation, the probability, the risk, the inheritance law, the DNA analysis, etc. Jovan Ćirić paid special attention to the legitimacy of the law - how many citizens support some law and some judicial decisions. We could speak also about some possible media manipulation with the legitimacy. Vox populi is not a vox dei and it does mean that those who are in majority do not always have the right.*

*The example of Jesus and especially of Socrat and the jury that sentenced him is a very good example of manipulations.. The frequency of the violation of legal norms is a numeric phenomenon and that is something that is very important for the life of one legal system. On the other side if we want to build a good legal system, we must invest finances in the policy, judicial system and it is a question of money, it is a question of numbers. All in all in many different aspects, numbers are very important for the law and especially for the functioning of the legal system*

**Key words:** *logic syllogism; sentencing; probability; legitimacy; media manipulation, the rate of the violations of law,*

**Prof. dr Dragana KOLARIĆ**  
**Kriminalističko-policijska**  
**akademija u Beogradu**

**Pregledni članak**  
**UDK: 343.85(497.11)**  
**Primljeno: 15. novembra 2016. god.**

## **REFORMA SISTEMA KAZNI U FUNKCIJI SUZBIJANJA KRIMINALITETA<sup>1</sup>**

*Reforma krivičnog materijalnog zakonodavstva uvek podrazumeva reviziju sistema krivičnih sankcija, u prvom redu sistema kazni. Potrebno je napraviti balans između potrebe suzbijanja kriminaliteta, promena koje nastaju u društvu i temeljnim novellama opšteg i posebnog dela koje su uslovljene novim, teškim oblicima kriminaliteta, iskustvima u primeni dosadašnjih rešenja i savremenim dostignućima u nauci krivičnog prava i njihovoj primeni u uporednom pravu. Stoga, u radu se analiziraju osnovne postavke Krivičnog zakonika Srbije koje se odnose na sistem kazni. U prvom delu rada, koji je ujedno posvećen i uvodnim napomenama, ukazuje se na dinamičnu fazu kroz koju prolazi krivično zakonodavstvo Srbije, što je svojstveno i drugim evropskim zemljama. Dalje, pruža se pregled odgovarajućih odredbi Krivičnog zakonika Srbije koji je stupio na snagu 1. 1. 2006. Zbog sveobuhvatnog pristupa, analizom su obuhvaćena i rešenja koja su rezultat izmena i dopuna Krivičnog zakonika u 2009. i 2012. godini. Izmene i dopune koje su usledile 2013. i 2014. godine nisu bile od značaja za sistem kazni. Posebna pažnja posvećena je višedecenijskim pokušajima da*

---

1 Rad je rezultat realizovanja naučnoistraživačkog projekta „Razvoj institucionalnih kapaciteta, standarda i procedura za suprotstavljanje organizovanom kriminalu i terorizmu u uslovima međunarodnih integracija“ (br. 179045) i „Efekti primenjene fizičke aktivnosti na lokomotorni, metabolički, psiho-socijalni i vaspitni status populacije Republike Srbije“ (III47015).

*se u naše krivično zakonodavstvo uvede kazna doživotnog zatvora. Imajući u vidu potrebu za argumentovanom i kritičkom analizom više puta predloženog rešenja o kazni doživotnog zatvora cilj nam je da procenimo glavne razloge koji se iznose u prilog ove kazne kao i one protiv. Razmatranjem novih odredbi uvedenih u cilju suzbijanju kriminaliteta, ali i zauzimanjem stava u pogledu određenih pravnih pitanja autor je dao predloge de lege ferenda.*

**Ključne reči: Krivični zakonik, sistem kazni, zatvor, doživotni zatvor, kućni zatvor, novčana kazna, uslovni otpust.**

## 1.Uvod

Značaj krivičnih sankcija i uloga koju njihova primena ima u suzbijanju kriminaliteta zahtevaju da one stalno budu usavršavane i prilagođavane društvenim potrebama u postojećim uslovima obima i strukture kriminaliteta u društvu. Zato je i sistem krivičnih sankcija u našem krivičnom zakonodavstvu bio predmet čestih i značajnih izmena i dopuna.<sup>2</sup> Iako su novele u oblasti opšteg dela Krivičnog zakonika veoma retke<sup>3</sup> sistem kazni dolazi u red osnovnih prioriteta kada su u pitanju instrumenti državne reakcije na kriminalitet.

Sistem kazni u krivičnom zakonodavstvu Srbije, nakon usvajanja Krivičnog zakonika, odgovara standardima koji postoje u drugim evropskim zemljama. I pored određenih izmena i dopuna poslednjih godina, koje su na liniji jačanja retributivizma, ističemo da je njihova osnovna usmerenost i dalje utilitaristička tj. opravdanje za reformu se nalazi u društvenoj korisnosti. Kazna je nužna u suzbijanju kriminaliteta i bez nje je krivično pravo nezamislivo.<sup>4</sup> Ona je najvažniji krivičnopravni instrument državne reakcije na kriminalitet. Stupa na scenu *post delictum*, nakon učinjenog krivičnog dela. Ali ima i svoju preven-

---

2 Đorđević, M., Krivične sankcije prema najnovijim rešenjima u Nacrtu Krivičnog zakonika, u: Reforma sistema izvršenja krivičnih sankcija, Beograd, 2000, str. 41.

3 Veoma retko se zadire u neke tradicionalne, klasične institute kao što su nužna odbrana, krajnja nužda i sl. Kada se radilo na donošenju Krivičnog zakonika Srbije 2005. predmet preispitivanja su bili i neki opšti instituti krivičnog prava. Tako npr. precizirana je odredba koja se odnosila na nužnu odbranu što je posledica neopravdano restriktivnog korišćenja ovog instituta u sudskoj praksi. Bilo je neophodno precizirati da je nužna odbrana dozvoljena, uz ispunjenje ostalih uslova, kada se odbija istovremeni, neskrivljeni napad „od svog dobra ili dobra drugog“, dakle od nekog ličnog ili imovinskog dobra, jer je ranije stajalo „od sebe ili drugog“ pa se smatralo da je nužna odbrana dozvoljena samo u slučaju napada na lično dobro pojedinca.

4 Vidi: Stojanović, Z., Krivično pravo-opšti deo, Beograd, 2015, str. 278.

tivnu dimenziju što izričito proizilazi iz načina na koji je određena svrha kazne u Krivičnom zakoniku Srbije.<sup>5</sup>

Nakon temeljne reforme u oblasti krivičnog materijalnog prava u Republici Srbiji koja je izvršena 2005. godine<sup>6</sup> sledi pet ZID KZ-a. Dva u toku 2009, i po jedan u 2012, 2013. i 2014. godini. Upravo zbog čestih izmena reakcije su podeljene. Najčešće primedbe se odnose na parcijalno rešavanje pojedinih, u tom momentu, ključnih problema i preispitivanje samo nekih odredbi Krivičnog zakonika umesto, kako se to ističe, jedne temeljne analize i opsežnih izmena i dopuna. Važno je istaći da ne samo u Srbiji nego i u drugim evropskim zemljama primećujemo, poslednjih decenija, kada su u pitanju izmene krivičnih zakona dinamiku koja ranije nije bila svojstvena.<sup>7</sup>

U skladu sa našim predmetom istraživanja najpre ćemo analizirati osnovne postavke Krivičnog zakonika iz 2005. godine koje se odnose na sistem kazni, a onda i odredbe koje su bile predmet izmena i dopuna 2009. i 2012. godine (izmene i dopune krivičnog zakonika iz 2013. i 2014. godine nisu se ticale krivičnih sankcija), i pokušaćemo da pružimo konkretne predloge *de lege ferenda* koji su usmereni na reformu krivičnog zakonodavstva Srbije u oblasti kazni.

S obzirom da deo o krivičnim sankcijama u krivičnom zakonodavstvu predstavlja široku oblast, posebno deo koji se odnosi na pojam, vrste i odmeravanje kazne, i da se sve češće samostalno proučava jasno je o koliko se važnoj oblasti radi. Proučavanju sistema kazni se može pristupiti sa različitih aspekata: pravno-filozofskog, društvenog i sl. ali ovoga puta preovladava pravno-dogmatski pristup.

## 2. Krivični zakonik Srbije iz 2005. godine

Prilikom izrade novog krivičnog zakonodavstva važno je opredeliti se i za odgovarajući sistem krivičnih sankcija. Svoje mesto u KZ-u iz 2005. godine imaju kazne, mere upozorenja, mere bezbednosti i vaspitne mere.<sup>8</sup>

U sistemu kazni mogu se, u odnosu na staro rešenje, uočiti značajne novine. Kao najteža kazna propisan je zatvor u trajanju od trideset do četrdeset

---

5 Prema članu 42. KZ svrha kazne je: sprečavanje učinioca da čini krivična dela i uticanje na njega da ubuduće ne čini krivična dela, uticanje na druge da ne čine krivična dela i izražavanje društvene osude za krivično delo, jačanje morala i učvršćivanje obaveze poštovanja zakona.

6 Sl. Glasnik RS, br. 85/2005, 88/2005 – ispr. 107/2005 – ispr. 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 i 108/2014.

7 Stojanović, Z., Nova rešenja u krivičnom zakonodavstvu Srbije, njihova primena i buduća reforma, u: Nova rešenja u krivičnom zakonodavstvu Republike Srbije i njihova praktična primena, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd, 2013, str. 11.

8 Vaspitne mere, kao krivične sankcije, su regulisane Zakonom o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica. Vidi: Sl. glasnik RS, br. 85/2005.

godina. On se može izreći samo za najteža krivična dela ili najteže oblike teških krivičnih dela. Opšti maksimum kazne zatvora je predviđen u trajanju od dvadeset godina, a opšti minimum od trideset dana.

Nakon usvajanja KZ-a o uslovnom otpustu odlučuje sud, a ne komisija obrazovana od strane organa uprave. Ukinuta je i mogućnost da se uslovno osuđeni otpusti posle samo jedne trećine izdržane kazne jer ne postoje argumenti koji bi išli u prilog takvom rešenju, što uostalom pokazuje i činjenica da ni jedna evropska zemlja takvu mogućnost ne dozvoljava. Takvo rešenje, bez obzira što se ta mogućnost u našoj praksi vrlo retko koristila, slabi načelo zakonitosti u oblasti propisivanja i primene kazne i ugrožava pravnu sigurnost, kao i pravnu jednakost osuđenih lica.<sup>9</sup>

Pozitivna iskustva u primeni nekih kazni uticala su i na naše zakonodavstvo. Uvedene su dve nove kazne 2005. godine: rad u javnom interesu i oduzimanje vozačke dozvole. Danas se dalje produbljuju rasprave i pitanja vezana za alternative kazni zatvora. Takođe, uveden je nov sistem novčane kazne (novčana kazna koja se odmerava u dnevnim iznosima) koji dominira u savremenim krivičnim zakonodavstvima evropskih zemalja. Jedna od osnovnih prednosti tog sistema jeste što on omogućava da novčana kazna jednako pogodi kako siromašne, tako i bogate učinioce krivičnih dela. Time se u velikoj meri otklanja najvažniji prigovor koji se upućuje novčanoj kazni uopšte. Ali to izgleda da nije dovoljno, jer se nakon deset godina od primene ovog sistema ponovo aktuelizuju pitanja vezana za njegovu opravdanost i primenu.

U oblasti odmeravanja kazne, kao najvažniju novinu KZ-a iz 2005. treba istaći odredbu kojom su propisani uslovi za postojanje produženog krivičnog dela, koja je nakon toga ponovo menjana 2009. i 2012. godine. Takođe, 2005. godine su i mogućnosti za oslobođenje od kazne obogaćene novim osnovima: u slučaju poravnjanja učinioca i oštećenog, kao i u slučaju stvarnog kajanja.

Kroz analizu sistema kazni u KZ-u nametnulo se nekoliko značajnih pitanja.

Prvo, kao najteža kazna u KZ-u propisan je zatvor u trajanju od trideset do četrdeset godina. On se može izreći samo za najteža krivična dela ili najteže oblike teških krivičnih dela. Da li napraviti korak ka uvođenju doživotnog zatvora i zašto su od tog predloga ovlašćeni predlagači više puta do sada odustajali?

Drugo, pozitivna iskustva u primeni nekih kazni uticala su i na naše zakonodavstvo. Uvedene su dve nove kazne 2005. godine: rad u javnom intere-

---

<sup>9</sup> Stojanović, Z., Tendencije u savremenoj nauci krivičnog prava i neka pitanja našeg materijalnog krivičnog zakonodavstva, u: Nove tendencije u savremenoj nauci krivičnog prava i naše krivično zakonodavstvo, Udruženje za krivično pravo i kriminologiju Srbije i Crne Gore, Beograd, 2005, str. 28.

su i oduzimanje vozačke dozvole. Danas se dalje produbljuju rasprave i pitanja vezana za nove alternative kazni zatvora.

I treće, uveden je nov sistem novčane kazne (novčana kazna koja se odmerava u dnevnim iznosima) koji dominira u krivičnim zakonodavstvima evropskih zemalja. Nakon deset godina od primene ovog sistema ponovo se aktuelizuju pitanja vezana za njegovu opravdanost i primenu.

### **3. Dva zakona o izmenama i dopunama KZ iz 2009. godine**

Reforma krivičnog zakonodavstva 2009. godine sadrži brojne manjkavosti, što je inače slika celokupnog ZID KZ iz septembra 2009. godine, i svakako nije bila sveobuhvatna.

Moglo bi se konstatovati da je Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz septembra 2009. godine dotakao odredbe i opšteg i posebnog dela, da su neke izmene više formalne nego suštinske prirode jer se njima stilski uređuju postojeće odredbe i usaglašavaju sa našim jezikom, ali, isto tako, ima i novih odredbi, dok se kod pojedinih dela menjaju kazneni okviri. Zanimajući terminološko usklađivanje pojedinih odredbi do kojeg je došlo usled promene državnopravnog položaja Republike Srbije, u odnosu na ranije stanje, učinjen je veći broj izmena i dopuna u posebnom delu. Prvo, propisan je određeni broj novih krivičnih dela. Drugo, kod velikog broja postojećih dela vršene su izmene. I treće, brojna su krivična dela kod kojih su menjane propisane kazne, odnosno kazneni okviri. Ukazaćemo na najznačajnije izmene u oblasti krivičnih sankcija.

U oblasti krivičnih sankcija uvedeno je izdržavanje kazne zatvora u kućnim uslovima, kao modalitet izvršenja kazne zatvora, a ne kao samostalna krivična sankcija. Kriminalno-politički posmatrano radi se o alternativni kazni zatvora koja je trebalo da reši neke od ozbiljnijih problema koji se pojavljuju u sudskoj praksi u vezi sa izvršenjem kazne zatvora.<sup>10</sup> Naime, u članu 45. KZ posle stava 4. dodati su stavovi 5. do 8. u kojima se ističe da sud može, osuđenom kojem je izrečena kazna zatvora do jedne godine, odrediti da se ova kazna izvrši na taj način što osuđeni ne sme napuštati prostorije u kojima stanuje, osim u slučajevima propisanim zakonom koji uređuje izvršenje krivičnih sankcija. Osuđenom koji jednom u trajanju od dvanaest časova ili dva puta u trajanju od po šest časova, samovoljno napusti prostorije u kojima stanuje, sud će odrediti da ostatak kazne zatvora izdržava u zatvoru. Istaknuto je, takođe, da će sud prilikom određivanja izvršenja kazne zatvora na gore opisan način vodi-

---

<sup>10</sup> Veliki broj kratkih kazni zatvora zastareva usled nedostatka mesta u zatvorima.

ti računa o tehničkim mogućnostima izvršenja, kao i o drugim okolnostima od značaja za odmeravanje kazne. Novouvedene odredbe, koje su od strane velikog broja teoretičara krivičnog prava proglašene kao nejasne i protivrečne<sup>11</sup>, stvorile su više dilema u sudskoj praksi. Njima se nisu propisivale neke posebne okolnosti ili kriterijumi koji bi bili smernica sudu za izbor ove kazne. Umesto toga, zakon je kao kriterijum za izbor ove kazne na prvo mesto stavljao tehničke mogućnosti za njeno izvršenje. Dakle, opredeljujući kriterijum prilikom odlučivanja je da li postoji oprema za elektronski nadzor ili ne, što je neprihvatljivo jer bi to značilo da ako državni organ ima tehničke mogućnosti sud će izreći ovu kaznu, a ukoliko nema neće.<sup>12</sup> Takođe, prethodnom odredbom nije bilo precizirano ko će odlučivati o tome da se kazna zatvora izvršava u prostorijama u kojima učinilac stanuje jer je stajalo „osuđenom kojem je izrečena kazna zatvora do jedne godine, sud može odrediti da...“. Zato se postavljalo pitanje koji sud i u kojoj fazi postupka je nadležan da odlučuje o kućnom zatvoru. Zbog problema koji se javili u primeni ove odredbe Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o izvršenju krivičnih sankcija precizirano je da o kućnom zatvoru odlučuje predsednik suda koji je doneo prvostepenu presudu. O žalbi na odluku predsednika prvostepenog suda odlučuje predsednik apelacionog suda. Međutim, to je bilo u suprotnosti sa rešenjem u Krivičnom zakoniku koje je, i pored svih nejasnoća, bilo nedvosmisleno u pogledu toga da o ovom modalitetu kazne zatvora može da odlučuje samo sud. I u definiciji pojma krivične sankcije naglašeno je da ih izriče sud nakon zakonito sprovedenog postupka. Bez obzira što kućni zatvor formalno nije izdvojen u zasebnu kaznu lišenja slobode, jasno je i na prvi pogled da se ona bitno razlikuje od kazne zatvora koja se izdržava u za to namenjenoj ustanovi. Zato, nema opravdanja da to čini predsednik suda, kao organ sudske uprave, kao i zbog toga što to povećava mogućnosti za zloupotrebe. I odredba koja se odnosila na situaciju kada osuđeni samovoljno napusti prostorije u kojima stanuje je bila neprecizna. Prema njoj, ako osuđeni samovoljno napusti prostorije u trajanju do 12 časova sud će odrediti da ostatak kazne izdržava u zatvoru, a onom ko to uradi u trajanju dužem od 12 časova, sud takvu dužnost, polazeći od jezičkog tumačenja, nema. Bez ikakve potrebe ovde je uneta čudna odredba (moguće je i da je u pitanju omaška) koja je zahtevala logičko tumačenje (*argumentum a minori ad maius*).

Odredbe koje se odnose na uslovni otpust, ZID KZ iz septembra 2009, takođe menja. Osuđenog koji je izdržao dve trećine kazne zatvora sud može

---

11 Vidi npr: Stojanović, Z., Krivični zakonik-predgovor, Beograd, 2013, str. 11-12.

12 Ristivojević, B., Aktuelna pitanja sadašnjeg stanja materijalnog krivičnog zakonodavstva Srbije, u: Aktuelna pitanja krivičnog zakonodavstva, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd 2012, str. 46.



uslovno otpustiti sa izdržavanja kazne. Prema starom rešenju, takva mogućnost je postojala za osuđenog koji je izdržao polovinu kazne zatvora. Na ovaj način zakonodavac je pooštrio uslove za primenu ovog instituta. U istom članu je određeno da se ne može uslovno otpustiti osuđeni koji je pokušao bekstvo ili je pobegao iz zavoda za izvršenje kazne zatvora u toku izdržavanja kazne (član 46). Takođe, do obaveznog opozivanja uslovnog otpusta će doći kada osuđeni, dok je na uslovnom otpustu, učini jedno ili više krivičnih dela za koja je izrečena kazna zatvora preko šest meseci, a opozivanje je fakultativno kada je izrečena kazna zatvora do šest meseci. U vezi sa uslovnim otpustom, u našoj sudskoj praksi uočljiva je tendencija koja vodi restriktivnoj primeni ovog instituta.

Ovom prilikom, ne možemo a da ne pomenemo čuvenu zabranu ublažavanja kazne za neka „nasumično“ izabrana krivična dela. Naime, 2009. godine unete su nove odredbe (član 57. stav 2) po kojima se kazna ne može ublažiti za pojedina krivična dela i to: otmicu (član 134. st. 2. i 3), silovanje (član 178), obljudu nad nemoćnim licem (član 179), obljudu sa detetom (član 180), iznudu (član 214. st. 2. i 3), neovlašćenu proizvodnju i stavljanje u promet opojnih droga (član 246. st. 1. i 3), nedozvoljen prelaz državne granice i krijumčarenje ljudi (član 350. st. 3. i 4) i trgovinu ljudima (član 388). Na ovaj način ublažavanje kazne je prestalo da bude opšti institut u našem krivičnom pravu jer se od tada ne primenjuje kod svih, već samo kod nekih (doduše daleko većeg broja) krivičnih dela.<sup>13</sup> Ova odredba je otvorila niz nedoumica, jer se ne vidi njena prava svrha. Nečija namera da zaoštri kaznenu politiku (u krajnjoj liniji proizlazi da je to i namera zakonodavca jer je on taj koji je usvojio tu normu i to, moglo bi se reći, prvi put 2009. godine, a drugi put 2012. godine kada nije prihvatio predlog da se ona briše) realizovana je na pogrešan način. Ublažavanje kazne je uvek fakultativno, pa je to bio slučaj i kod ovih krivičnih dela. Ovim je dakle samo oduzeta sudu jedna mogućnost, a da se ništa nije dobilo na planu odmeravanja kazne.<sup>14</sup>

Takođe, vezano za oblast odmeravanja kazne, odredbama našeg materijalnog krivičnog prava, produženo krivično delo regulisano je Krivičnim zakonikom Srbije koji je stupio na snagu 1. januara 2006. godine. Zakonodavac je tada precizirao obavezne i varijabilne uslove za njegovo postojanje. ZID KZ iz septembra 2009. propisuje da produženo krivično delo predstavlja fakultativni osnov za (ograničeno) pooštavanje kazne. Naime, za to delo se može izreći teža kazna od propisane. Izrečena kazna ne sme preći dvostruku

---

13 Delić, N., Zabrana (isključenje) ublažavanja kazne u određenim slučajevima, *Crimen*, br. 2/2010. str. 238.

14 Đorđević, Đ., Nova rešenja o ublažavanju kazne u KZ Srbije, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd, 3/2010, str. 172.

meru propisane kazne, niti dvadeset godina zatvora. Izuzetno, ako se za produženo krivično delo može izreći kazna zatvora od trideset do četrdeset godina, ne može se izreći kazna veća od četrdeset godina zatvora (član 61).

#### **4. Zakon o izmenama i dopunama KZ-a iz 2012. i reforma koja se odnosi na sistem kazni i oblast odmeravanja kazne**

Treći po redu, Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika usvojen je 24. decembra 2012. godine. Izmene u opštem delu mogu se svrstati u nekoliko grupa.

Prvu, čine rešenja koja ranije nisu bila eksplicitno navedena u krivičnom zakonodavstvu. Važnu novinu predstavlja posebna okolnost za odmeravanje kazne za krivična dela učinjena iz mržnje.

Drugu, čine izmene i dopune koje su rezultat preciziranja pojedinih odredbi koje su bile obuhvaćene izmenama i dopunama u septembru 2009. i koje su dovodile do nedoumica u njihovoj primeni. To su odredbe koje se odnose na: kućni zatvor, uslovni otpust i meru bezbednosti zabrane približavanja ili komunikacije sa oštećenim.

Treću, čini brisanje pojedinih odredbi koje nisu zaživele u praksi. Tako, članom 8. ZID KZ-a brišu se odredbe čl. 61 st. 7. i 8. KZ-a kojima je predviđena jedina mogućnost pooštavanja kazne, tj. mogućnost izricanja teže kazne od propisane. To je bio slučaj kod produženog krivičnog dela koje je predstavljalo fakultativni osnov za ograničeno pooštavanje kazne. Ovo rešenje je opravdano, jer su propisane kazne dovoljno stroge, tako da izrečene kazne u praksi skoro nikada ne dostižu propisane posebne maksimume. Sudska praksa nije koristila ovu mogućnost, a ni jedini slučaj kada je bila propisana mogućnost pooštavanja kazne u ranijem jugoslovenskom krivičnom pravu (višestruki povrat) nikada nije bila korišćena. Očigledno, kriminalnopolitička potreba za ovakvim izuzetkom ne postoji.

Četvrtu, čine određene intervencije koje su nužne zbog usklađivanja sa drugim zakonima koji sadrže pojmove od značaja za propisivanje krivičnih dela. Na primer, izmene i dopune člana 112. Krivičnog zakonika koji određuje izraze koji se upotrebljavaju u zakoniku.

U kriminalno-političkom smislu, pojedina rešenja ZID KZ-a iz 2012. vode slabljenju krivično-pravne represije (instituti obaveznog uslovnog otpusta, brisana je iz KZ-a jedina mogućnost pooštavanja kazne koja je postojala kod produženog krivičnog dela), dok su neke izmene na liniji jačanja represije (posebna okolnost za odmeravanje kazne za krivično delo učinjeno iz mržnje).

Novi ZID KZ-a u članu 3. određuje da ako učiniocu krivičnog dela izrekne kaznu zatvora do jedne godine, sud može „istovremeno“ odrediti da će

se ona izvršiti tako što će je osuđeni izdržavati u prostorijama u kojima stanuje „ukoliko se s obzirom na ličnost učinioca, njegov raniji život, njegovo držanje posle učinjenog dela, stepen krivice i druge okolnosti pod kojima je delo učinio može očekivati da će se i na taj način ostvariti svrha kažnjavanja“. Osuđeni, kojem je određeno izvršenje kazne zatvora na prethodni način, ne sme napuštati prostorije u kojima stanuje, osim u slučajevima propisanim zakonom koji uređuje izvršenje krivičnih sankcija. Ukoliko osuđeni „jednom u trajanju preko šest časova ili dva puta u trajanju do šest časova samovoljno napusti prostorije u kojima stanuje“, sud će odrediti da ostatak kazne zatvora izdrži u zavodu za izvršenje kazne zatvora. Ovim odredbama rešeni su glavni nedostaci, na koje smo ranije ukazali, kod starog rešenja.

Kada je u pitanju uslovni otpust zakonodavac se 2012. godine odlučio za jedan liberalniji pristup. Prema ranijem rešenju osuđenog koji je izdržao dve trećine kazne zatvora sud je mogao uslovno otpustiti sa izdržavanja kazne, ako se u toku izdržavanja kazne tako popravio da sa osnovom može očekivati da će se na slobodi dobro vladati. U pitanju je bila mogućnost koja se, naročito poslednjih nekoliko godina, veoma restriktivno primenjivala. Prema odredbi iz 2012, za pretežni broj krivičnih dela uveden je, umesto fakultativnog, obavezan uslovni otpust u slučaju da su ispunjeni zakonski uslovi. Sada je to pravo osuđenog. To je u skladu sa praksom u evropskim zemljama u kojima se skoro po automatizmu odobrava uslovni otpust. S obzirom na to da je kod nas u praksi u zadnje vreme, neosnovano, došlo do značajnog sužavanja primene ovog instituta što, između ostalog, pogoršava i inače nepovoljno stanje u pogledu kapaciteta naših zavoda u kojima se izvršavaju kazne zatvora, nužno je izmenom zakonske odredbe usmeriti sudove u pravcu šireg korišćenja ovog instituta. On ima niz pozitivnih strana i može da predstavlja značajan podstrek osuđenim licima da se dobro vladaju za vreme izdržavanja kazne, kao i da više ne vrše krivična dela. Ipak, iako postavljen kao obavezan u slučaju da su ispunjeni zakonski uslovi, uslovno otpuštanje osuđenog lica će u značajnoj meri zavisi od procene suda da li je s obzirom na njegovo vladanje u toku izdržavanja kazne kao, i na druge okolnosti u odnosu na njega postignuta svrha kažnjavanja. Uslovni otpust je krivičnopravna mera koja je isključivo specijalno-preventivnog karaktera tako da bi pitanje ostvarivanja generalne prevencije prilikom odlučivanja o uslovnom otpustu trebalo da bude irelevantno. U pogledu nekih krivičnih dela zakonodavac ograničava primenu obaveznog uslovnog otpusta formulacijom sud *može* uslovno otpustiti osuđenog: koji izdržava kaznu zatvora od 30 do 40 godina; koji je osuđen za krivična dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom (čl. 370. do 393a), krivična dela protiv polne slobode (čl. 178. do 185b), krivično delo nasilje u porodici (član 194.

st. 2. do 4), krivično delo neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga (član 246. stav 4), krivična dela protiv ustavnog uređenja i bezbednosti Republike Srbije (čl. 305. do 321), krivično delo primanje mita (član 367) i krivično delo davanje mita (član 368); koji je osuđen od strane nadležnih sudova, odnosno njihovih posebnih odeljenja, u postupcima vođenim u skladu sa nadležnošću određenom Zakonom o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala, korupcije i drugih teških krivičnih dela; koji je više od tri puta pravosnažno osuđen na безусловnu kaznu zatvora, a nije izvršeno brisanje ili ne postoje uslovi za brisanje neke od osuda.<sup>15</sup> Dakle, dosadašnje rešenje prema kome je uslovni otpust bila mogućnost i u slučaju ispunjavanja svih uslova, zadržano je za određene kategorije krivičnih dela. To rešenje je, inače, bilo kritikovano u našoj teoriji. Naime, osnovni prigovor koji mu se može uputiti jeste na osnovu čega će sud u jednom konkretnom slučaju uslovno otpustiti osuđeno lice, a u drugom neće iako su u oba slučaja ispunjeni svi uslovi za njegovo davanje. Takvo diskreciono pravo suda da odluči pozitivno ili negativno o uslovnom otpustu i onda kada su ispunjeni svi zakonski uslovi vodi ili arbitrnosti, ili uzimanju u obzir onih okolnosti i razloga koji se protive prirodi ovog instituta i vode „ponovnom suđenju”.<sup>16</sup>

Suštinsku stranu krivičnog prava čini njegova zaštitna funkcija. Jedno od bazičnih pitanja na koje treba dati odgovor, u vezi sa osnovnom funkcijom krivičnog prava, jeste i pitanje koja dobra i od kojih napada štitimo krivičnim pravom. Rešenje ovog pitanja ima važne posledice za društvo, kao i što pojačana zaštita određenih grupa lica ima odgovarajuće reperkusije kada je u pitanju odnos pojedinca i društva. ZID KZ iz decembra 2012. godine uvodi u krivično zakonodavstvo mržnju kao obaveznu otežavajuću okolnost prilikom odmeravanja kazne. Ukoliko postoji mržnja zbog pripadnosti rasi, veroispovesti, nacionalne ili etničke pripadnosti, pola, seksualne orijentacije ili rodnog identiteta drugog lica to će sud ceniti kao posebnu okolnost prilikom odmeravanja kazne, osim ako to ovim Krivičnim zakonikom nije propisano kao obeležje krivičnog dela.<sup>17</sup> Kriminalno-politički posmatrano unošenje ove

---

15 U stranom zakonodavstvu se nailazi na različita rešenja u pogledu regulisanja uslovnog otpusta. Postoje i ona rešenja koja poznaju, kao i sada KZ Srbije, obavezan (ako su ispunjeni propisani uslovi) i fakultativni uslovni otpust. Međutim, ta se razlika, po pravilu, ne pravi s obzirom na vrstu odnosno težinu krivičnog dela, već s obzirom na izdržani deo kazne. To je slučaj sa KZ Nemačke. Tako, u slučaju da je osuđeni izdržao dve trećine kazne, sud će ga uslovno otpustiti, a ako je izdržao jednu polovinu, sud ga može uslovno otpustiti. Vidi: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Auflage, München, 2010, p. 920-935.

16 O tome više vid. Stojanović, Z., Uslovni otpust: problemi i perspektive, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 1-2, 1984, str. 195-196.

17 Npr. mržnja je element bića krivičnog dela izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpeljivosti iz člana 317. KZ i ne može biti uzeta i kao otežavajuća okolnost prilikom odmeravanja kazne, jer je to već učinjeno prilikom propisivanja krivičnog dela.

odredbe u krivično zakonodavstvo Srbije je zahtevalo prethodnu procenu njene opravdanosti i njeno vrednovanje. Tu nam se nužno nameću najmanje dva pitanja. Prvo, da li ta obaveznost proizilazi iz međunarodnih izvora? Drugo, da li su društvene prilike u našoj sredini, našoj zemlji takve da zahtevaju reakciju kada su u pitanju krivična dela učinjena iz mržnje? Najbolje bi bilo uzeti u obzir međunarodne dokumente i pre uobličavanja određene krivičnopravne norme što potpunije i preciznije upoznati društvenu stvarnost. Kada je donet ZID KZ kao jedan od glavnih razloga za njegovo usvajanje navedena je potreba usklađivanja sa međunarodnim dokumentima. Pored Konvencija, regionalnih i međunarodnih, od posebnog značaja za reformu krivičnog zakonodavstva su Direktive EU i Okvirne odluke Saveta EU. Za Srbiju, kao državu koja nastoji da što pre postane punopravni član Evropske Unije, od izuzetne je važnosti da prati aktivnosti EU i njenih članica na području suzbijanja kriminaliteta. Isto tako, u okviru opšte svrhe i i cilja postojanja krivičnog prava, a to je ostvarivanje zaštitne funkcije nastojali su se pronaći razlozi koji opravdavaju dodatnu zaštitu određenog kruga ljudi. Najčešće se ističe da je cilj unošenja ovakve odredbe u krivično zakonodavstvo, očigledna potreba za pojačanom zaštitom pripadnika određenih društvenih grupa koje su posebno ranjive i zbog toga predstavljaju lakšu metu zločina<sup>18</sup> ili su objekat čestih napada.

Rešenje iz člana 54a KZ je na liniji jačanja krivičnopravne represije. Učinitelac preduzima radnju nekog krivičnog dela (najčešći su napadi na život, telo, ali moguća su i imovinska krivična dela) motivisan pripadnošću žrtve određenoj grupi. U krivičnim zakonodavstvima evropskih zemalja uglavnom se, poslednjih godina, predviđaju strože kazne za krivična dela čije je izvršenje motivisano pripadnošću žrtve nekoj od napred navedenih grupa. ZID KZ uvodi posebnu okolnost za odmeravanje kazne za krivično delo učinjeno iz mržnje. Ako je krivično delo učinjeno iz mržnje zbog pripadnosti rasi i veroispovesti, nacionalne ili etničke pripadnosti, pola, seksualne orijentacije ili rodnog identiteta drugog lica, takvo postupanje će sud ceniti kao otežavajuću okolnost, osim ako to ovim zakonikom nije propisano kao obeležje krivičnog dela (čl. 54a KZ-a). Polazeći od relevantnih međunarodnih dokumenata cilj nove odredbe čl. 54a Krivičnog zakonika jeste da se obezbedi strože kažnjavanje, a time i pojačana krivičnopravna zaštita, u odnosu na pojedine društvene grupe čiji su pripadnici žrtve različitih krivičnih dela koja se vrše iz mržnje zbog te pripadnosti. Krivična dela učinjena iz mržnje su krivična dela u kojima učinitelac napada žrtvu zbog njene stvarne ili pretpostavljene pripadnosti određenoj društvenoj

---

18 Woods, J. B., Taking the Hate out of the Hate Crimes: Applying Unfair Advantage Theory to Justify the Enhanced Punishment of Opportunistic Bias Crimes, *UCLA Law Review*, 2008, p. 491.

grupi. Žrtve krivičnih dela iz mržnje su obično predmet napada zbog njihove rase, religije, seksualne orijentacije, invaliditeta, klase, etničke pripadnosti, nacionalnosti, starosti, pola, rodnog identiteta, društvenog statusa, političke pripadnosti i sl. To mogu biti veoma raznorodna krivična dela u koja se ubrajaju: telesne povrede, oštećenja stvari, zlostavljanje i mučenje, uvrede, ubistva itd. Lična svojstva, koja pobuđuju mržnju, zbog kojih se neko krivično delo vrši, i koja zbog toga predstavljaju obaveznu otežavajuću okolnost, nabrojana su u čl. 54a i to su: pripadnosti rasi, veroispovesti, nacionalna ili etnička pripadnost, pol, seksualna orijentacija ili rodni identitet. Svojstva kao što su rasa, veroispovest, nacionalna ili etnička pripadnost i pol ne zahtevaju posebno određenje. Međutim, postoje lična svojstva koja je potrebno definisati. Na primer, seksualna orijentacija i rodni identitet. Seksualna orijentacija je termin koji se odnosi na emotivnu, seksualnu i drugu privlačnost prema osobama različitog ili istog pola i roda. Najčešće se pominju tri oblika seksualne orijentacije: heteroseksualna, biseksualna i homoseksualna. Rodni identitet je lični doživljaj roda koji se može, ali i ne mora poklapati sa polom osobe.<sup>19</sup> Dakle, radi se o subjektivnom osećaju pripadnosti ili nepripadnosti jednom od rodova, što nije nužno zasnovano na polu ili seksualnoj orijentaciji.

Protivnici nove odredbe ZID KZ-a isticali su u prvi plan činjenicu da je u okviru opštih pravila o odmeravanju kazne (čl. 54. KZ) već određeno da će sud prilikom odmeravanja kazne u obzir uzeti i pobude iz kojih je delo učinjeno, pa prema tome i mržnju. Tako npr. mržnja kao jedan primer niske pobude je i ranije bila okolnost koju je sud mogao uzeti u obzir prilikom odmeravanja kazne. U presudi Vrhovnog suda Srbije (Kž. 2105/57) je naznačeno da se pod niskim pobudama podrazumevaju svi oni motivi koji nisu dostojni čoveka i koji se ne slažu sa usvojenim moralnim shvatanjima društva. To su: mržnja, zavist, pakost, pohlepa, zloba, netrpeljivost i sl. Dakle, oni su smatrali da postojeće odredbe koje su deo ukupnog krivičnog zakonodavstva u konkretnoj zemlji pružaju dovoljnu zaštitu od takvih ponašanja.

Pristalice krivičnopravnog regulisanja „zločina iz mržnje“<sup>20</sup> iznele su pogrešnu tvrdnju da je praksa pokazala da slučajevi teških krivičnih dela, kao što su ubistvo romskog dečaka u centru Beograda od strane pripadnika Skinhedsa, nisu od strane državnih organa sankcionisani na adekvatan način.<sup>21</sup>

---

19 Gajin, S., Pojam, oblici i slučajevi diskriminacije, u: Antidiskriminacioni zakon, Beograd, 2010, str. 15.

20 Jedan od prvih teoretičara koji se bavio „zločinima mržnje“ bio je prof. dr Đorđe Ignjatović nazivajući ih tim imenom. Vidi: Ignjatović, Đ., Zločini mržnje, Pravni život, 9/2005, Beograd, str. 3.

21 Drobnyak, T., Krivičnopravna zaštita od diskriminacije, u: Antidiskriminacioni zakon, Beograd, 2010, str. 90.

Da to nije tačno pokazuje presuda Vrhovnog suda Srbije (*Kžm.38/98*) prema kojoj ubistvo koje je učinjeno zbog pripadnosti određenoj etničkoj grupi treba tretirati kao teško ubistvo iz niskih pobuda. Naime, učinioci su lišili života drugo lice samo zato što je bio Rom jer su pripadali Skinhedsima, čije ideje su da njihova nacija i rasa treba da budu čisti.<sup>22</sup>

Bilo je potrebno naći jedno srednje rešenje što je ZID KZ učinio. Odredba iz čl. 54. KZ-a je uopštena i ne govori eksplicitno o mržnji kao otežavajućoj okolnosti (i to po navedenim osnovima), niti je propisuje kao obaveznu otežavajuću okolnost što je učinjeno u odredbi člana 54a Krivičnog zakonika.

Novim rešenjem zakonodavac nije hteo da iskaže nepoverenje prema sudijskoj funkciji, smatrajući da sudije neće koristiti mogućnosti, koju inače imaju, da prilikom odmeravanja kazne za učinjeno krivično delo uzmu u obzir i pobude iz kojih je delo učinjeno, već je hteo da naglasi obaveznost njene primene i na taj način se usaglasi sa međunarodnim izvorima. To je bolje rešenje nego da je izvršio reviziju posebnog dela i kod pojedinih krivičnih dela predvideo u posebnom stavu da delo dobija teži oblik ako je učinjeno iz mržnje. U takvoj situaciji, uvek postoji mogućnost da se neko krivično delo izostavi. Opravdanje za novu odredbu iz čl. 54a je u tome što je to sada obavezna, a ne fakultativna otežavajuća okolnost.

Analizirajući ovu odredbu pravno-dogmatski uočavamo da je za njenu primenu važno utvrditi postojanje dva elementa: objektivnog, koji zahteva da je učinjeno neko krivično delo predviđeno odredbama Krivičnog zakonika, i subjektivnog, koji podrazumeva postojanje mržnje prema žrtvi zbog njene pripadnosti određenoj društvenoj grupi.

Što se tiče krivičnog dela to mogu da budu vrlo raznorodna dela iako su najčešća protiv života i tela (npr. ubistva, telesne povrede). Postavlja se pitanje da li je moguće iz mržnje izvršiti neko imovinsko krivično delo npr. krađu. Po našem mišljenju moguće je da pored namere pribavljanja protivpravne imovinske koristi postoji i mržnja. Tako npr. nesporno je da kod genocida kod kojeg je primarna genocidna namera može da postoji još neka pobuda npr. koristoljubiva. Dakle, mržnja može da bude pobuda za gotovo svako krivično delo, pa čak i za krađu. Objekat napada može da bude kako jedna ili više osoba koje pripadaju određenoj posebno zaštićenoj kategoriji, tako i njihova imovina.

Učinioc bira žrtvu zbog njene pripadnosti nekoj od posebno zaštićenih kategorija navedenih u članu 54a. Koje društvene grupe treba da budu naročito zaštićene je, po našem mišljenju, složeno pitanje, u čijem rešavanju mogu da nam pomognu istorijske okolnosti i društvene prilike u jednoj zemlji. Evropski

---

22 Kolarić, D., *Krivično delo ubistva*, Beograd, 2008, str. 237.

sud za ljudska prava je, prvi put u svojoj istoriji, u slučaju Đorđević protiv Hrvatske ukazao na obavezu države da štiti osobe sa smetnjama u razvoju, od bilo kog oblika fizičkog ili psihičkog nasilja zasnovanog na mržnji, zbog njenih nedostataka.<sup>23</sup> *De lege ferenda* zakonodavac u Srbiji treba da, kada su u pitanju krivična dela učinjena iz mržnje, pruži posebnu zaštitu i osobama sa smetnjama u razvoju i invalidima.

Kada se radi o subjektivnom elementu jasno je da se ova krivična dela vrše sa direktnim umišljajem. Zapravo radi se o jednoj vrsti „obogaćenog“ umišljaja jer pored činjenice da se delo vrši prema pripadniku određene društvene grupe karakteristične po određenim osobenostima traži se i utvrđivanje postojanja mržnje. Pored predrasuda prema određenim društvenim grupama formira se i osećanje mržnje koje dovodi do izvršenja krivičnog dela. To implicira direktan umišljaj jer je suprotno teško zamislivo. Prema tome, koncept „krivična dela učinjena iz mržnje“ opisuje određeni tip krivičnih dela, a ne neko konkretno delo iz krivičnog zakonika. Mržnja je veoma specifično i intenzivno emocionalno stanje koje je, kao i svaku drugu okolnost subjektivnog karaktera, teško dokazati. U toku krivičnog postupka ona će se, najverovatnije, dokazivati posredno uz pomoć objektivnih okolnosti slučaja ili se može desiti da je ona verbalno iskazana što onda olakšava situaciju.

Kad su u pitanju dalje izmene, ZID KZ iz 2012. briše odredbe člana 61. st. 7. i 8. Krivičnog zakonika kojima je predviđena jedina mogućnost pooštavanja kazne, tj. mogućnost izricanja teže kazne od propisane u slučaju produženog krivičnog dela. Kriminalnopolitička potreba za ovakvim izuzetkom ne postoji. Propisane kazne su dovoljno stroge, tako da izricane kazne u praksi skoro nikada ne dostižu propisane posebne maksimume. Sudska praksa nije koristila ovu mogućnost, a ni jedini slučaj kada je bila propisana mogućnost pooštavanja kazne u ranijem jugoslovenskom krivičnom pravu (višestruki povrat) nikada nije bila korišćena.

Osvrnućemo se i na odredbu člana 7. stav 1. Predloga ZID KZ-a iz 2012. koji je upućen Narodnoj skupštini, kojom je trebalo brisati apsolutnu zabranu ublažavanja kazne za neka krivična dela. Kao što smo ranije istakli, 2009. godine su izvršene izmene kojima su unete nove odredbe (član 57. stav 2) po kojima se kazna ne može ublažiti za pojedina krivična dela i to: otmicu (član 134. st. 2. i 3), silovanje (član 178), obljudu nad nemoćnim licem (član 179), obljudu sa detetom (član 180), iznudu (član 214. st. 2. i 3), neovlašćenu proizvodnju i stavljanje u promet opojnih droga (član 246. st. 1. i 3), nedozvoljen prelaz državne granice i krijumčarenje ljudi (član 350. st. 3. i 4.) i trgovinu

---

23 Evropski sud za ljudska prava, Predstavka br. 41526/10, 2012.



ljudima (član 388). Time se derogira jedan opšti insitut, a s druge strane, ne vidi se kriterijum kojim se zakonodavac rukovodio kada je zabranio ublažavanje baš kod tih krivičnih dela (a ne i najtežih). Teško da se u tom pogledu može povezati silovanje sa nedozvoljenim prelaskom granice, a svakako, još manje se može naći objašnjenje zašto je zakonodavac 2009. godine zabranio ublažavanje kazne za teži oblik krivičnog dela neovlašćene proizvodnje i stavljanja u promet opojnih droga kada je delo učinjeno od strane grupe (stav 3), a nije za najteži kada je delo učinjeno od strane organizovane kriminalne grupe (stav 4).<sup>24</sup> Takođe, kako braniti rešenje koje isključuje mogućnost primene i zakonskih osnova za ublažavanje kazne kod gore nabrojanih krivičnih dela (čime se izjednačava kažnjavanje za pokušano i dovršeno krivično delo, ne uvažava bitno smanjena računljivost itd).<sup>25</sup> Ova odredba je u suprotnosti sa odredbama opšteg dela Krivičnog zakonika koje predviđaju mogućnost ublažavanja kazne u određenim slučajevima, pa se u praksi javila dilema da li prednost ima odredba člana 57. stav 2. Krivičnog zakonika ili odredbe koje predviđaju tzv. zakonsko ublažavanje kazne kada je reč o krivičnim delima obuhvaćenim ovom zabranom. Ni kriminalno-politički se ovakva odredba ne može braniti ako se ima u vidu da Krivični zakonik, naročito posle Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz 2009. godine, predviđa stroge kazne i visoke posebne minimume.

### **5. Novine u Nacrtu Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika**

U toku 2015. godine bila je javna rasprava koja se odnosila na šesti Zakon o izmenama i dopunama KZ-a, tj. preciznije na Nacrt Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika<sup>26</sup> koji nikada nije došao u fazu Predloga i ušao u skupštinsku proceduru. Sada, u četvrtom kvartalu 2016, ponovo je aktuelna rasprava o Nacrtu Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, sa nešto izmenjenim sadržajem u odnosu na Nacrt iz 2015.

Izmene u Nacrtu, prema razlozima donošenja, mogu se svrstati u nekoliko grupa. Prvu grupu izmena i dopuna čine rešenja kojima se pristupilo zbog potrebe usklađivanja sa međunarodnim obavezama koje je Srbija preuzela ratifikacijom pojedinih međunarodnih ugovora. U tom pravcu, važnu novinu predstavljaju pojedina nova krivična dela sistematizovana u grupi krivičnih dela pro-

---

24 Stojanović, Z., Kolarić, D., Nova rešenja u Krivičnom zakoniku Republike Srbije, Bezbednost, br. 3/2012, Beograd, str. 7-33.

25 Z. Stojanović, Krivično pravo-opšti deo, Beograd, 2015, str. 311.

26 Nacrt ZID KZ iz 2015, [www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php](http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php), skinuto dana 15.05.2015.

tiv života i tela i polne slobode (usklađivanje sa Konvencijom Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici). U drugoj grupi su izmene i dopune koje predstavljaju rezultat potrebe usaglašavanja sa uobičajenim standardima koji važe u pojedinim evropskim zemljama (npr. privredna krivična dela). U trećoj grupi su rešenja koja je bilo potrebno dodatno precizirati zbog pojednostavljenja njihove primene, jer je bilo nedoumica koje su dovodile do problema u praksi (novčana kazna, uslovni otpust). Jedan od razloga za izmene i dopune ne moraju da budu samo međunarodne obaveze, već i naše negativno iskustvo, problemi koji su anticipirani u praksi (krivično delo kršenje zabrane utvrđene merom bezbednosti, izmene kod krivičnog dela zloupotreba položaja odgovornog lica, inkriminisanje prevare u osiguranju na tradicionalan način). Postoji i mali broj jezičko-legislativnih poboljšanja. Npr. u članu 46. stav 2. alineja četvrta briše se reč „bezuslovnu“. Naime, ta reč je bila jedan svojevrsni hibrid u KZ, jer uslovna osuda i kazna zatvora su dve vrste krivičnih sankcija, te je dovoljno da stoji da sud može uslovno otpustiti osuđenog koji je više od tri puta pravnosnažno osuđen na безусловnu kaznu zatvora (fakultativni uslovni otpust, kada su ispunjeni uslovi i kada sud može, a ne mora da uslovno otpusti neko lice).

Pomenućemo samo predloge za izmenu odredbi koje se odnose na uslovni otpust i novčanu kaznu. Naime, ni izmene iz 2012. godine, kojima je cilj bio da se kod većine krivičnih dela uvede obavezan uslovni otpust nisu ništa promenile u pogledu njegove primene. Tome je najviše doprinela važeća odredba u pogledu uslova koji moraju da budu ispunjeni da bi se primenio uslovni otpust. Naime, teško je utvrditi da li je u odnosu na uslovno osuđenog postignuta svrha kažnjavanja. Zato se u Nacrtu ZID KZ-a odustaje od tog uslova i polazi od toga da je za uslovni otpust, pored dve trećine izdržane kazne, dovoljno da se u toku izdržavanja kazne osuđeni tako vladao da se sa osnovom može očekivati da za vreme dok traje uslovni otpust neće izvršiti novo krivično delo.

Kada je u pitanju novčana kazna značajne su dve intervencije. Jedna treba da omogući širu primenu novčane kazne, a druga da ukaže da se i novčana kazna može ublažiti, što je inače trebalo da bude nesporno i ranije. Zato Nacrt ZID KZ-a predviđa šire ovlašćenje suda da po slobodnoj proceni utvrđuje visinu dnevnog iznosa, tj. ne vezuje to za slučaj kada je učinilac vlasnik imovine ili nosilac imovinskih prava (član 49. stav 5. KZ). Takođe, promenjena je tačka 8. člana 57. zbog pogrešnog shvatanja da se novčana kazna ne može ublažiti. Prema Nacrtu ZID KZ-a, ako je za krivično delo propisana novčana kazna, kazna se može ublažiti do jedne polovine najmanje mere propisane kazne.

## 6. Razlozi za i protiv doživotnog zatvora

U više navrata je postojala intencija u krivičnom zakonodavstvu Srbije da se sistem kazni obogati kaznom doživotnog zatvora. Tako, još 1998. godine kada je Nacrt Krivičnog zakonika SRJ, koji je trebalo da zameni tadašnju podeljenu zakonodavnu nadležnost u oblasti krivičnog prava, ugledao svetlost dana stalo se na stanovište da doživotni zatvor predstavlja u izvesnom smislu kvalitativno drukčiju kaznu od svakog drugog zatvora u ograničenom trajanju, te da je kao takva adekvatnija zamena za smrtnu kaznu, jer osuđenog trajno eliminiše iz društva, tako da on samo svojim vladanjem može prekinuti trajanje doživotne kazne tako što će zaslužiti uslovni otpust ili pomilovanje.<sup>27</sup>

Jasno je da krivično pravo sa svojim sistemom krivičnih sankcija, iako predstavlja glavno represivno sredstvo u suzbijanju kriminaliteta, ima i značajnu preventivnu dimenziju. Zbog toga se postavlja pitanje u kojoj meri bi doživotni zatvor preventivno delovao na potencijalne učinioce. U toku rada na Krivičnom zakoniku iz 2005. godine od propisivanja doživotnog zatvora se odustalo u poslednjem trenutku. Neki bi kao argument protiv te kazne mogli da ukažu na već dobro poznatu izjavu Bekarije koji je još odavno rekao da je bolje da kažnjavanje bude brzo i izvesno, nego da bude oštro, jer se samo na taj način postiže efikasnost. Ali, sigurno, imajući u vidu svrhu kazne, i upoređujući kaznu od trideset do četrdeset godina i doživotni zatvor, možemo da tvrdimo da je preventivna dimenzija više izražena kod potonje.<sup>28</sup>

Odluka o uvođenju kazne doživotnog zatvora predstavlja jedno kriminalno-političko pitanje. U prilog i protiv ove kazne izriču se brojni argumenti.

Pristalice u prvi plan ističu činjenicu da ona postoji u skoro svim zemljama u Evropi. Takođe, struktura kriminaliteta opravdava njeno postojanje. Naime, postoje veoma teška krivična dela koja opravdavaju njenu primenu (više kvalifikatornih okolnosti kod teškog ubistva).<sup>29</sup> Kriminalno-političko opravdanje kazne doživotnog zatvora jeste, dakle, u tome što ona treba da bude izuzetna kazna koja zamenjuje smrtnu kaznu. Za neka najteža krivična dela u odnosu na određene učinioce vremenska kazna lišenja slobode ne ukazuje se

---

27 Đorđević, M., op. cit., str. 43.

28 Imajući u vidu da i naš zakonodavac polazi od relativne teorije i svrhu kažnjavanja određuje kao specijalnu i generalnu prevenciju.

29 Vidi npr. Presudu Okružnog suda u Beogradu K. br. 410/09. od 24.11.2009. i Presudu Apelacionog suda u Beogradu Kž1 6261/2010. od 24.02. 2011. Delo je kvalifikovano kao ubistvo na svirep način, po kvalifikatornoj okolnosti koja je najviše dominirala, iako smo ovde imali sticaj tri kvalifikatorne okolnosti: svirepo ubistvo, ubistvo deteta i ubistvo člana porodice koji je prethodno zlostavljan.

adekvatnom. Rimski statut<sup>30</sup> kojim je osnovan Međunarodni krivični sud za krivična dela iz nadležnosti Suda predviđa mogućnost izricanja doživotnog zatvora pod uslovom da je to opravdano ekstremnom težinom zločina i individualnim okolnostima vezanim za ličnost učinioca.<sup>31</sup> Ovakve odredbe posredno obavezuju i našeg zakonodavca. Takođe, prema stavu Evropskog suda za ljudska prava zauzetom u odluci njegovog Velikog veća iz 2013. godine, kazna doživotnog zatvora se ne može propisati i izreći bez prava osuđenog da po određenom osnovu kraće traje, tj. da se transformiše u vremensku kaznu (uslovni otpust, pomilovanje, amnestija), kao i da vreme posle kojeg osuđeni stiže to pravo ne može biti duže od 25 godina.<sup>32</sup> Propisivanjem kazne doživotnog zatvora umesto kazne zatvora od trideset do četrdeset godina dobilo bi se jasnije razgraničenje između doživotnog zatvora i onog sa vremenskim trajanjem.<sup>33</sup> Takođe, bila bi izbegnuta arbitrarnost u vezi sa njegovim propisivanjem u pogledu njegovog trajanja. Trajanje doživotnog zatvora ne zavisi od volje zakonodavca ili suda. Ta kazna ima i simbolički značaj: ona može adekvatnije da izrazi težinu nekih krivičnih dela i stepen krivice učinioca iako se praktično u izvršenju može svesti na istu dužinu kao i kazna u trajanju od trideset do četrdeset godina.<sup>34</sup>

Protivnici ističu da neće biti lako onome ko je izriče, jer treba da se odluči za vremensku kaznu do dvadeset godina ili doživotni zatvor. Nama se čini da je to upravo i prednost ove kazne koja će sprečiti olako pribegavanje ovoj kazni. Takođe, ističe se da nije humana. Međutim, u tom pogledu se ni postojeće rešenje mnogo ne razlikuje. Naime, najstroža kazna u trajanju od četrdeset godina mogla bi pod određenim uslovima da bude i nehumanija od kazne doživotnog zatvora. Ukoliko osuđeni koji je izdržavao kaznu u trajanju od četrdeset godina bude pred kraj svog života pušten na slobodu postavlja se pitanje šta on time dobija s obzirom da je po pravilu bez sredstava za život, u dubokoj starosti, sa prekinutim vezama sa porodicom i prijateljima i sl.<sup>35</sup> Na

---

30 The Rome Statute of the International Criminal Court U.N.Doc. A&CONF. 183/9 of the 17 July 1998.

31 Za krivična dela iz grupe protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom nakon zamene kazne od 30 do 40 godina biće propisana kazna doživotnog zatvora.

32 Grand Chamber, Case of Vinter and others v. the United Kingdom, Application 66069/09, 130/10, 3896/10, Judgment of the 9. July 2013.

33 Sada praktično imamo dve vremenske kazne zatvora: jedna od 30 dana do 20 godina, a druga od 30 do 40 godina.

34 Stojanović, Z., Kolarić, D., U susret Zakonu o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, u: Suprotstavljanje savremenim oblicima kriminaliteta-analiza stanja, evropski standardi mere za unapređenje, Kriminalističko-policijska akademija, Tara, 2015, str. 6.

35 Ibidem.

ovom mestu ističemo da princip humanosti ima dve svoje dimenzije. Prva znači da zaštitna funkcija krivičnog prava mora u prvi plan da stavlja zaštitu najvažnijih dobara čoveka. Drugi aspekt podrazumeva da u odnosu na učinioca krivičnog dela krivično pravo i krivične sankcije treba da budu, koliko je to moguće, humane. Naš sistem krivičnih sankcija je stoga na nivou dostignute humanizacije u drugim evropskim zemljama. Ali, važno je istaći da suviše humanosti za učinioca ponekad znači nehuman odnos prema žrtvi krivičnog dela.<sup>36</sup>

Sa izuzetkom nekoliko država, a tu su pre svega države nastale na teritoriji bivše Jugoslavije (osim Slovenije), kao i Španije, Portugalije i Norveške, sve ostale evropske države poznaju kaznu doživotnog zatvora. Te države su: Austrija, Finska, Francuska, Nemačka, Italija, Makedonija, Slovenija, Švajcarska itd. Republika Srbija, kao i većina zemalja nastalih na teritoriji bivše Jugoslavije (Bosna i Hercegovina, kao i njeni entiteti i distrikt Brčko, Crna Gora, Hrvatska), sada poznaje rešenje koje nije uobičajeno i koje, osim pomenutih, ne poznaje ni jedna druga evropska zemlja.<sup>37</sup> Umesto doživotnog zatvora predviđena je dugotrajna vremenska kazna zatvora u određenom rasponu (negde u fiksnom trajanju, kao u Crnoj Gori). Osim toga što se tako dobijaju dve vremenske kazne lišenja slobode sa različitim minimumom i maksimumom pri čemu je teško tvrditi (za razliku od doživotnog zatvora), da je reč o suštinski različitoj kazni lišenja slobode, takva kazna izaziva dileme i u pogledu toga u kom rasponu je propisati (i da li uopšte u rasponu ili u fiksnom trajanju) i kakav je njen odnos sa redovnom kaznom zatvora. U većini zemalja koje poznaju ovo rešenje postoji ograničenje za odmeravanje i izricanje kazne zatvora (u Republici Srbiji je to preko dvadeset i ispod trideset godina, dok je npr. u Crnoj Gori taj prostor još širi, tj. preko dvadeset i ispod četrdeset godina). U hrvatskom krivičnom zakonodavstvu predviđeno je rešenje prema kome takvog ograničenja nema, tako da tzv. dugotrajni zatvor može trajati od dvadeset jedne do četrdeset godina, pri čemu se postavlja pitanje opravdanosti propisivanja dve kazne zatvora.<sup>38</sup>

Imajući u vidu težinu ove kazne i njen izuzetan karakter svakako je potrebno predvideti i određena ograničenja u njenom propisivanju i izricanju. Ona bi mogla ostati ista kao kod kazne zatvora od trideset do četrdeset godina, tj. ona bi se mogla propisati samo za najteža krivična dela i najteže oblike krivičnih dela i uvek alternativno uz kaznu zatvora. Jedan od evropskih

---

36 Stojanović, Z., *Krivično pravo-opšti deo*, op. cit., str. 25.

37 Stojanović, Z., Kolarić, D., op. cit., str. 7.

38 Vidi: *Obrazloženje uz Nacrt Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika*, [www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php](http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php).

standarda je i zabrana njenog izricanja maloletnim licima, a mi bismo prateći naše krivično zakonodavstvo mogli da ostavimo rešenje koje postoji i kod kazne od trideset do četrdeset godina tj. ograničenje u pogledu izricanja licima koja u vreme izvršenja krivičnog dela nisu navršila dvadeset jednu godinu života. Nacrt ZID KZ-a iz prvog kvartala ove godine je, osim toga, predviđao i zabranu izricanja kazne doživotnog zatvora u slučajevima kada postoji neki od zakonskih osnova za ublažavanje kazne ili za oslobođenje od kazne (prekoračenje granica nužne odbrane, pokušaj, bitno smanjena računljivost, dobrovoljni odustanak, itd.), što smatramo da je opravdano.

Javno mnjenje sa odobravanjem gleda na mogućnost uvođenja kazne doživotnog zatvora. Dosadašnje iskustvo ukazuje na to da je naša javnost uvek izražavala potrebu za što represivnijim delovanjem.<sup>39</sup> Izjašnjavanje građana o smrtnoj kazni bi to sigurno pokazalo jer bi veliki broj građana glasao za ponovno uvođenje smrtno kazne, a neki od njih čak i pod uslovom da Srbija bude isključena iz Saveta Evrope.

Važno je istaći da se Komisija koja je radila na izmenama Krivičnog zakonika nije oglušila na mnogobrojne zahteve pravosuđa i stručne javnosti.<sup>40</sup> U vezi sa kaznom doživotnog zatvora, u toku otvorene javne rasprave, istoj je upućen izvestan broj primedbi. Tako, iznet je stav da kazna doživotnog zatvora „samo na prvi pogled deluje kao da je država pojačala represiju“. Međutim, u prvom planu zakonodavca kada se odlučuje za kaznu doživotnog zatvora, iako se stvarno radi o pojačanoj represiji, i ne treba da bude zaoštavanje kazni nego prevazilaženje određenih problema koji su anticipirani u praksi (u našem slučaju bila bi izbegnuta arbitrarnost u vezi sa njegovim propisivanjem u pogledu njegovog trajanja jer ono ne zavisi od volje zakonodavca ili suda) i teoriji (dilema oko dve vremenske kazne), kao i internacionalizacija putem krivičnopravne nauke i usaglašavanje putem uporedno-pravnog metoda važećeg krivičnog prava država članica Evropske Unije.

Takođe, u toku javne rasprave istaknuta je primedba da bi u tom slučaju u sistemu krivičnih sankcija ostale kazna zatvora do 20 godina i doživotni zatvor (kazne koje se mogu izreći za najteža krivična dela), pa bi se moglo očekivati da će se sud teže opredeliti da izrekne doživotni zatvor (sadašnja mogućnost da se opredeli za kaznu zatvora do 20 godina ili zatvor od 30 do 40 godina, po mišljenju istih, je bolja). To što će se sudije teže opredeliti za ovu

---

39 Vidi: Ćirić, J., *Pravosuđe i pritisci javnosti*, u: *Reforma krivičnog prava*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Kopaonik, 2014, str.199-212.

40 To se moglo videti kod intervencija na odredbama koje regulišu npr. novčanu kaznu i poresku utaju, čime će se u budućnosti olakšati primena ovih odredbi u praksi.

kaznu je argument više za njeno uvođenje u krivično zakonodavstvo nego za odustajanje od ovog rešenja.

Razlozi za uvođenje doživotnog zatvora su, pre svega, kriminalno političke prirode, pa stoga ne stoji prigovor da bi se, naizgled, pojačana represija uvođenjem ove kazne, u primeni dovela u pitanje uvek kada je zakon propisao kažnjiv pokušaj teškog krivičnog dela (da podsetimo Nacrt je predviđao i zabranu izricanja kazne doživotnog zatvora u slučajevima kada postoji neki od zakonskih osnova za ublažavanje kazne ili za oslobodenje od kazne npr. pokušaj u kom slučaju bi sud mogao izreći najviše 20 godina zatvora). Zakonodavac bi, upravo, iz određenih kriminalno političkih razloga ograničio primenu doživotnog zatvora. Za pokušaj bilo kog krivičnog dela, pa makar i nekog teškog, nije opravdano, sa stanovišta politike suzbijanja kriminaliteta, izreći doživotni zatvor već zatvor do 20 godina.

Što se tiče procene trenutka za uvođenje kazne doživotnog zatvora sigurno je da se radi i o političkom pitanju i da ocena celishodnosti na kraju ostaje na ovlašćenom predlagraču. Ona je tri puta imala mesto u odredbama zakonskih tekstova i to u: Nacrtu Krivičnog zakonika SRJ iz 1998, Nacrtu Krivičnog zakonika RS iz 2005. i u Nacrtu ZID KZ-a iz 2015. Imajući u vidu sudbinu Nacrta Krivičnog zakonika SRJ iz 1998, sigurno je da je trenutak u 2005. godini bio pogodniji, jer je vremenska distanca od brisanja smrtne kazne iz sistema kazni bila manja<sup>41</sup>, a kako je doživotni zatvor jedina adekvatna zamena odmah je trebalo pristupiti njenom propisivanju. Međutim, ni sada nije kasno, pogotovo posmatrajući trend u drugim evropskim zemljama. što se tiče momenta, jedna od *no sense* tvrdnji pristiglih u toku javne rasprave je da se navedena izmena u sistemu kazni pokazuje kao preuranjena, jer period, od kada je uvedena kazna zatvora 30-40 godina do sada, očigledno nije dovoljan za zaključivanje, jer ni jedna od tih kazni nije izvršena, što objektivno nije ni bilo moguće, pa nema ni analize izvršenja najtežih kazni zatvora. Da li bi to značilo, imajući u vidu i vreme potrebno za analizu, da zakonodavac može tek oko 2050. godine da razmotri izmene u vezi najteže kazne!?

## **7. Uslovni otpust kod kazne doživotnog zatvora – standard u evropskim zemljama**

Uslovni otpust kod kazne doživotnog zatvora predstavlja standard u evropskim zemljama do koga se nije jednostavno i brzo došlo. Eksplicitan stav

---

41 Smrtna kazna je izbačena iz sistema kazni Zakonom o izmenama i dopunama Krivičnog zakona Srbije iz februara 2002. godine.

Evropskog suda za ljudska prava iz 2013. godine, po kome se uslovni otpust (ili neki drugi osnov za kraće trajanje doživotnog zatvora) mora obezbediti onome ko je osuđen na kaznu doživotnog zatvora, danas ovu mogućnost treba da čini nespornom.

U slučaju *Vinter i drugi protiv Velike Britanije*<sup>42</sup>, Veliko veće Evropskog suda za ljudska prava presudilo je da sva lica osuđena na doživotni zatvor imaju pravo na oslobađanje i preispitivanje kazne posle izvesnog vremena (ne dužeg od dvadesetpet godina).<sup>43</sup> Svako postupanje suprotno tome predstavlja kršenje člana 3. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Naime, član 3. ističe da niko ne sme biti podvrgnut mučenju, ili nečovečnom ili ponižavajućem postupanju. Odluka je doneta većinom od šesnaest sudija na prema jedan i u njoj su istaknuta dva prava. Prvo, pravo na preispitivanje izrečene kazne doživotnog zatvora i drugo, pravo na uslovni otpust tj. neki drugi vid oslobađanja tj. kraćeg trajanja doživotnog zatvora.

Značaj presude u slučaju *Vinter* se sigurno ogleda u priznavanju ljudskog dostojanstva svih osuđenika. Bez obzira šta su uradili, treba im dati priliku da se rehabilituju, sa izgledom eventualnog ponovnog funkcionisanja kao odgovornih osoba slobodnog društva. Veliko veće u slučaju *Vinter* je zaključilo da je potpuno negiranje ove mogućnosti samo po sebi ponižavajuće i stoga zabranjeno. Rehabilitacija, objasnilo je Veliko veće, nije moguća bez mogućnosti oslobađanja. U slučajevima gde nema mogućnosti za preispitivanje izrečene kazne posle određenog broja godina, bilo bi hirovito za očekivati da zatvorenik radi na svojoj rehabilitaciji. Presuda implicitno priznaje da je nada važan i konsitutivan aspekt ljudskog bića. Oni koji učine najgnusnija dela i koji nanose tešku patnju drugima, ipak zadržavaju svoju osnovnu dozu ljudskosti i nose sa sobom mogućnost promene. Koliko god duga zatvorska kazna bila, oni zadržavaju pravo na nadu da jednog dana možda okaju svoje grehe koje su učinili. Uskraćivanje nade bilo bi lišavanje osnovnog aspekta njihove ljudskosti tako da bi to bilo ponižavajuće.<sup>44</sup> Prema mišljenju Velikog Veća mora da postoji zakonom utvrđeni postupak u zakonodavstvu država potpisnica Konvencije i nije zadatak

---

42 Grand Chamber, Case of *Vinter and others v. the United Kingdom*, Applications 66069/09, 130/10, 3896/10, Judgment of the 9. July 2013.

43 Kazna doživotnog zatvora se ne može propisati i izreći bez prava osuđenog da po određenom osnovu kraće traje, tj. da se transformiše u vremensku kaznu (uslovni otpust, pomilovanje, amnestija), kao i da vreme posle kojeg osuđeni stiže to pravo ne može biti duže od 25 godina. Vidi: Grand Chamber, Case of *Vinter and others v. the United Kingdom*, Applications 66069/09, 130/10, 3896/10, Judgment of the 9. July 2013.

44 Van Zyl Smith, D., Weatherby, P., Creighton, S., *Whole Life Sentences and the Tide of European Human Rights Jurisprudence: What Is to Be Done?*, *Human Rights Law Review*, Oxford University Press, Oxford, 14/2014, p. 65-66.



Evropskog suda za ljudska prava da propisuje proceduru za uslovni otpust i drugi oblik preispitivanja kazne doživotnog zatvora. Ali se zato Veliko Veće pozabavilo utvrđivanjem vremena nakon koga se garantuje preispitivanje i ono ne može biti duže od 25 godina od početka izvršenja kazne doživotnog zatvora.

Osnov za donošenje presude u slučaju *Vinter* protiv Velike Britanije je postupak preispitivanja bez utvrđenog vremenskog perioda nakon kog treba da dođe do razmatranja izrečene kazne. Naime, kada je u pitanju mehanizam za oslobađanje zatvorenika koji služe doživotne kazne u Engleskoj i Velsu ističemo da je on nastao iz ranijeg sistema koji je uključivao državnog sekretara, prvostepeni sud, predsednika vrhovnog suda i odbor za uslovna oslobađanja. Prema ovom sistemu državni sekretar bi tražio savet od prvostepenog suda i predsednika vrhovnog suda u pogledu minimalnog perioda koji osuđenici treba da izdrže. Nakon što je minimalni period istekao, državni sekretar bi zatražio savet od Odbora za uslovna oslobađanja i onda odlučio da li takvi osuđenici treba da budu oslobođeni ili treba da ostanu u zatvoru.

Stav je Evropskog suda za ljudska prava da je određivanje minimalnog perioda<sup>45</sup> za osobu osuđenu na doživotni zatvor sudska funkcija i da odluku o oslobađanju mora da donese nezavisno i nepristrasno telo.<sup>46</sup> To je dovelo do promene u postupku davanja uslovnog otpusta u Engleskoj.

U tom pravcu važne su nam odredbe Zakona o krivičnom pravosuđu iz 2003. godine<sup>47</sup> kojim se utvrđuje da u svim slučajevima gde se izriče doživotna kazna prvostepeni sud mora da odredi minimalni period (to su pojedinačni minimalni periodi za svako krivično delo posebno) koji zatvorenik mora da provede u zatvoru pre nego što njegovo oslobađanje bude razmatrano. Nakon toga, osuđeno lice mora da bude oslobođeno od strane Odbora za uslovna oslobađanja ako je Odbor uveren da više nema potrebe, radi zaštite javnog reda, da lice bude u zatvoru.<sup>48</sup>

---

45 Ako već nije određen zakonom kao u većini evropskih država.

46 Presuda u slučaju *Stafford* protiv Velike Britanije. Veliko veće je istaklo da su pokrenuta nova pitanja i da o nastavku izdržavanja doživotnog zatvora mora da odlučuje sud, sa ovlašćenjem da naredi oslobađanje, prateći proceduru koja sadrži neophodne sudske garancije, uključujući mogućnost usmenog saslušanja. Prateći presudu Evropskog suda za ljudska prava u slučaju *Stafford*, Dom lordova je proglasio postojeći režim za izricanje minimalnih perioda suprotnim Konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. To je dovelo do utvrđivanja novih elemenata postupka. Vidi: *Case of Stafford v. The United Kingdom*, Application no. 46295/99.

47 Criminal Justice Act 2003, [www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/contents](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/contents)

48 Ova odredba engleskog zakona ima malih nelogičnosti. Naime, u njoj se ističe da Odbor za uslovna oslobađanja mora da oslobodi osuđeno lice ako više nema potrebe, radi zaštite javnog reda, da lice bude u zatvoru. Samo po sebi glagol morati i pogodbeni veznik ako (uslovnog je karaktera) ne idu zajedno.

Zakon o krivičnom pravosuđu iz 2003. godine daje sudijama preporuke u pogledu minimalnih perioda za obavezne doživotne kazne zatvora za krivična dela ubistva (za ubistvo policajca ili zatvorskog čuvara na dužnosti je 30 godina, dok za ubistvo koje ne spada u navedene kategorije minimum kazne je 15 godina). On, takođe, predviđa da ako se radi o izuzetno teškom krivičnom delu ili o sticaju teškog dela sa jednim ili više drugih i radi se učiniocu koji je navršio dvadeset jednu godinu života onda se izriče doživotni zatvor bez mogućnosti uslovnog otpusta. Prema zakonu, slučajevi koji bi u normalnim okolnostima spadali u okvir doživotnog zatvora bez mogućnosti uslovnog oslobađanja su: ubistvo dva ili više lica, gde ubistvo podrazumeva znatan stepen predumišljaja ili planiranja, otmicu žrtve ili neku radnju protiv polne slobode ili svirepo ponašanje; ubistvo deteta ako je uključena otmica deteta ili neka radnja protiv polne slobode ili svirepo ponašanje; ubistvo učinjeno iz političkog, verskog, rasnog ili ideološkog razloga ili ubistvo od strane učinioca koji je ranije učinio ubistvo.<sup>49</sup> Zakon iz 2003. godine je izbacio opšte ovlašćenje državnog sekretara da preispituje doživotnu kaznu i da određuje oslobađanje.

Treba istaći da i kod doživotnog zatvora bez mogućnosti uslovnog oslobađanja ipak postoji mogućnost oslobađanja iz milosrđa (za zatvorenike sa fizičkim nedostacima ili smrtno bolesne koji umiru u kratkom roku).<sup>50</sup> U slučaju Vinter je izričito istaknuto da postojanje mogućnosti oslobađanja iz milosrđa nije dovoljno i da ipak postoji povreda člana 3. Konvencije.

Većina evropskih zemalja danas ima utvrđeni mehanizam za uslovno otpuštanje doživotnih zatvorenika i takva procedura je drugačija od one u Engleskoj i Velsu jer prvostepeni sud ne određuje pojedinačne minimalne periode. Zakonodavstva određuju optimalne periode obično između 12 i 25 godina. Naime, postoje zemlje koje ili nemaju doživotni zatvor, a takvih je malo, ili one koje imaju, i tada njihov sastavni deo čini i zakonska odredba koja zahteva da sva lica koja su osuđena na doživotni zatvor imaju mogućnost preispitivanja istog posle izvesnog perioda (Belgija nakon deset godina, Austrija, Nemačka, Luksemburg i Švajcarska posle petnaest godina, Češka, Rumunija i Turska posle dvadeset godina, Poljska, Rusija i Slovačka nakon dvedeset i pet godina, Litvanija posle dvadesetšest godina i Estonija posle trideset godina).<sup>51</sup> Zemlje

---

49 Vidi: Criminal Justice Act 2003, [www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/contents](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/contents)

50 Treba istaći da doživotne kazne bez mogućnosti uslovnog oslobađanja čine samo mali deo velikog broja zatvorenika koji služe dugoročne kazne u Engleskoj i Velsu (samo 51 od 12963 zatvorenika na dan 30. Septembar 2013. godine). Vidi: Van Zyl Smith, D., Weatherby, P., Creighton, S., op. cit., p. 64.

51 Van Zyl Smith, D., *Outlawing Irreducible Life Sentences: Europe and the Brink*, Federal Sentencing Reporter, 2010, Vol. 23, No. 1, p. 40.

koje nemaju doživotne zatvore su: Portugal, gde su doživotne kazne zabranjene ustavom, Norveška i Španija gde ih krivični zakoni ne propisuju. Do 2008. godine, Slovenija nije imala doživotnu kaznu. Te godine izmenjen je zakon u Sloveniji i uvedena je mogućnost uslovnog otpuštanja nakon dvadesetpet godina. Od bivših država SFRJ već smo pomenuli koje države nemaju doživotni zatvor.

U Nemačkoj je za potvrđivanje prava na uslovni otpust kod kazne doživotnog zatvora od posebnog značaja bila presuda Federalnog Ustavnog suda od 21. juna 1977. godine. Ova presuda se obeležava kao vodeći evropski slučaj o ustavnosti doživotnih kazni, ali na nacionalnom nivou. Naime, pred Ustavnim sudom Nemačke je istaknuto da je doživotni zatvor suprotan odredbi Ustava Nemačke koja zahteva uvažavanje principa ljudskog dostojanstva. Ustavni sud je odbacio ovo primarno osporavanje i istakao da je zatvorski sistem organizovan tako da obezbedi svim zatvorenicima mogućnost za samopoboljšanje, kako bi mogli da vode život bez krivičnih dela u budućnosti (princip resocijalizacije).<sup>52</sup> Doživotne kazne zatvora bi bile u skladu sa ustavnom normom poštovanja i uvažavanja ljudskog dostojanstva i ostavljale bi zatvorenicima nadu da bi mogli biti oslobođeni. Iznet je jasan stav po kome je potrebno uspostaviti jasnu proceduru preispitivanja izrečene kazne doživotnog zatvora posle određenog vremena. Po mišljenju suda, uslovni otpust mora biti propisan u krivičnom zakonodavstvu, što će omogućiti sudu da odlučuje o istom. Iz tih razloga je nemački krivični zakonik ubrzo obogaćen novom odredbom.<sup>53</sup> Kako je istaknuto u ovoj presudi čak i zatvorenici koji služe doživotne kazne za veoma teške zločine imaju pravo na pravnu izvesnost u državi koja poštuje vladavinu prava. Shodno tome, federalni Ustavni sud je naložio zakonodavnom telu da izmeni krivični zakon. Zakonodavno telo je usvojilo i amandman po kome svi zatvorenici osuđeni na doživotni zatvor imaju pravo na preispitivanje istog nakon 15 godina.

Zanimljivo je, međutim, pregledati evoluciju stavova Evropskog suda za ljudska prava u pogledu uslovnog otpuštanja, tj. put kojim se došlo do presude u slučaju *Vinter protiv Velike Britanije*.

---

52 U Nemačkoj, pravo zatvorenika na resocijalizaciju je identifikovao federalni ustavni sud kao deo ljudskog prava na ljudsko dostojanstvo i pozivajući se na ustavnu definiciju Savezne Republike Nemačke kao *Rechtstaat* (država vođena vladavinom prava) i takođe kao *Sozialstaat* (država socijalnog blagostanja). Takva država ima obaveze prema svojim građanima koje uključuju dužnost da pruže zatvorenicima mogućnost da se resocijalizuju. Vidi: Van Zyl Smith, D., op. cit., p. 40.

53 Ovaj paragraf predviđa da će sud obustaviti izvršenje ostatka kazna doživotnog zatvora ako je između ostalog, proteklo petnaest godina zatvora od početka izvršenja, ako stepen krivice osuđenog lica ne zahteva nastavljanje izvršenja kazne i ako se uslovni otpust može opravdati nakon razmatranja pitanja opšte bezbednosti. Vidi: § 57a, StGB.

U slučaju *Kafkaris protiv Kipra*<sup>54</sup> iz 2008. godine, sedamnaestočlanom Velikom veću Evropskog suda za ljudska prava upućena je predstavka kojom je trebalo ispitati prihvatljivost kazne doživotnog zatvora bez utvrđenog vremena za njeno ponovno kasnije preispitivanje. Deset od sedamnaest sudija je smatralo da kazna sa kojom je Kafkaris suočen ipak nije u potpunosti nesmanjiva. Pravna situacija kojoj je Kafkaris bio izložen bila je svakako zbunjujuća. Naime, u vreme kada je Kafkaris izdržavao kaznu, pojedinci osuđeni na doživotni zatvor rutinski su oslobođani nakon što bi odslužili dvadeset godina. Takva odredba je imala svoje mesto u Kiparskom Krivičnom zakonu, ali u toku *Kafkaris*-ove kazne ova odredba je proglašena neustavnom u nekom sasvim drugom slučaju. Jedina solucija koja je Kafkarisu stajala na raspolaganju bila je mogućnost pomilovanja od strane predsednika Kipra. Kiparska vlada je priznala da je ova pravna situacija nezadovoljavajuća, ali da po zakonu ipak postoji mogućnost koliko god mala, da bi Kafkaris mogao da bude oslobođen putem pomilovanja i da je to dovoljno. U ovom slučaju Veliko Veće je glasalo ubedljivom većinom od petnaest naspram dva da je došlo do kršenja člana 7(1) Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, koji predviđa da niko neće biti proglašen krivim za bilo koje krivično delo koje nije predstavljalo krivično delo prema nacionalnom ili međunarodnom pravu u vreme kada je učinjeno, niti će strožija kazna biti izrečena od one koja je važila u vreme kada je krivično delo učinjeno. Veliko veće je, međutim, naglasilo da nije zaključilo da je Kafkarisova kazna naknadno postala oštrija. Kafkarisova kazna je uvek bila doživotna kazna a promene u načinu njenog izvršenja ne predstavljaju po mišljenju suda izvršenje oštrije kazne. Umesto toga, Veliko veće se bavilo pitanjem koje je u svojim navodima nazvalo „kvalitet prava“. Sud je objasnio da u vreme kada je podnosilac učinio krivično delo, relevantan kiparski zakon u celini nije bio formulisano dovoljno precizno tako da omogućiti podnosiocu predstavke da prepozna opseg kazne doživotnog zatvora i način njenog izvršenja. Shodno tome, došlo je do kršenja člana 7. Konvencije. I pored zaključka većine sudija u ovom slučaju da kazna doživotnog zatvora, ipak u ovom slučaju, nije nesmanjiva, ne umanjuje značaj ove presude. Naime, sastavni deo presude čini i iscrpna lista različitih pravnih instrumenata Saveta Evrope i Evropske unije koji se bave pitanjima rehabilitacije i svrhom kazne i povezuju je sa potrebom postojanja jasnih procedura oslobađanja koja će se dati zatvorenicima.<sup>55</sup>

Na nivou Saveta Evrope, u ovom pogledu pominje se član 21. *Konvencije o sprečavanju terorizma*, koja dozvoljava da izručivanje bude

---

54 Case of *Kafkaris v. Cyprus*, Application no. 21906/04.

55 Ibidem.

ograničeno u određenim slučajevima ako osoba koja treba da se izruči može da bude izložena doživotnom zatvoru bez mogućnosti oslobađanja.<sup>56</sup> Takođe se pominje *Rezolucija Komiteta ministara o tretiranju dugoročnih zatvorenika iz 1976. godine* koja je protiv kazni doživotnog zatvora bez mogućnosti oslobađanja posle izvesnog vremena.<sup>57</sup> O značaju uslovnog otpusta govore i Preporuke Komiteta ministara iz 1999. godine koje se tiču prenatrpanosti zatvora, Preporuke o uslovnom otpustu iz 2003. godine<sup>58</sup> i Evropska zatvorska pravila iz 2006. godine.<sup>59</sup> Takođe, Evropski nalog za hapšenje, koji funkcioniše unutar Evropske unije, predviđa da će osobi koja je izručena na osnovu takvog naloga iz jedne zemlje u drugu, doživotna kazna biti razmotrena nakon dvadeset godina.<sup>60</sup>

Presuda *Kafkaris protiv Kipra* se čak poziva na odredbu Rimskog Statuta Međunarodnog krivičnog suda koja u slučaju doživotnog zatvora zahteva razmatranje mogućnosti puštanja na slobodu nakon izdržanih 25 godina.

Značaj ove presude se, dalje, ogleda i u tome što je pažljivo opisano kada se može zaključiti da je kazna doživotnog zatvora prekršila Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. U presudi je naglašeno da loše ophođenje mora da dostigne minimalni nivo pre nego što se može smatrati nehumanim ili ponižavajućim u meri da krši član 3. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Takođe, pitanje da li je doživotna kazna *de jure* i *de facto* smanjiva je od značaja kada se procenjuje usaglašenost konkretne doživotne kazne sa članom 3. Tada je istaknuto da u Evropi nema unifikacije u pogledu uslova i postupka za davanja uslovnog otpusta tj. drugih vidova oslobađanja lica osuđenih na

---

56 Van Zyl Smith, D., op. cit., p. 42-44.

57 Nehuamno je zatvoriti osobu do kraja života bez nade za puštanje na slobodu. Politika suzbijanja kriminaliteta koja prihvata držanje zatvorenika do kraja života čak i kada on nije više opasan po društvo ne bi bila u skladu ni sa modernim principima o tretiranju zatvorenika tokom izvršenja njihove kazne, niti sa idejom o reintegraciji osuđenih u društvo. Niko ne treba da bude lišen šanse za moguće oslobađanje. Vidi: Van Zyl Smith, D., op. cit., p. 43.

58 Ovaj dokument daje detaljne preporuke o tretiranju takvih zatvorenika kako bi se izbegli destruktivni efekti zatvora i kako „bi se povećale i poboljšale mogućnosti da ovi zatvorenici budu uspešno integrisani u društvo i da vode život pridržavajući se zakona nakon njihovog oslobađanja“. Preporuke o uslovnom oslobađanju iz 2003. godine predviđaju da uslovno oslobađanje treba da se uzme u obzir za sve zatvorenike. Vidi: Eur. Comm. of Ministers, Recommendation Rec (2003) 22 of the Committee of Ministers to Member States on Conditional Release (Parole) (2003).

59 Evropska zatvorska pravila iz 2006. godine naglasila su da režim za sve osuđene zatvorenike treba da bude „dizajniran tako da im omogući da vode odgovoran život bez krivičnih dela“. Ova pravila dalje zahtevaju da postoje mehanizmi za pripremu zatvorenika za oslobađanje. Vidi: Eur. Comm. of Ministers, Recommendation Rec (2006)2 of the Committee of Ministers to Member States on the European Prison Rules (2006).

60 Council Framework Decision 2002/584/JHA, 2002 O.J. (L 190) art. 5.

kaznu doživotnog zatvora i da Sud neće dati nikave smernice oko toga šta takve procedure treba da podrazumevaju. Drugim rečima, državama treba dopustiti slobodu odlučivanja prilikom usvajanja takvih odredbi.

Od posebnog značaja je izdvojeno mišljenje koje je izrazio sudija *Bratza*. On ističe da je došlo vreme za donošenje jasne odluke da su doživotne kazne bez mogućnosti oslobođenja neprihvatljive u Evropi. Iako se on složio sa većinom oko faktičkog pitanja da li je u praksi Kafkaris imao izgleda za oslobađanje (on i još devet drugih je smatralo da je imao), on je otišao dalje od njih u jasnim bavljenjem pitanjem neprihvatljivosti doživotnih kazni bez mogućnosti oslobođenja. Prema njegovim rečima „*došlo je vreme kada Sud treba jasno da potvrdi da izricanje doživotne kazne bez davanja mogućnosti osuđenom licu da po nekom osnovu ona kraće traje, i u odnosu na punoletna lica nije u skladu sa članom 3. Konvencije*“.

Sudije *Tulkens*, *Cabral*, *Barreto*, *Fura-Sandström* i *Spielmannsu* izrazili su svoje neslaganje sa stavom da je Kafkaris imao *de facto* mogućnost oslobođenja. Po njihovom mišljenju, ne samo da nije imao takvu mogućnost nego je ceo postupak oslobođenja koji su usvojile kiparske vlasti bio neprihvatljiv, pošto je mogao da dovede do proizvoljnog ishoda. Izdvojeno mišljenje sudije su zasnovale na analizi evropskih propisa na kojima treba da se zasniva takva odluka.<sup>61</sup> Oni su istakli da su ovi pravni instrumenti „*doprineli i dalje doprinose formiranju stvarne pravne filozofije o kaznama i zatvorenicima u naprednim demokratskim društvima*“ i kritikovali su većinu zbog toga što ne posvećuju dovoljno pažnje tim pravnim izvorima. Njihov zaključak je bio da „*jednom kada je prihvaćeno da „zakonski zahevi kazne“ podrazumevaju reintegraciju, pitanja se mogu postaviti da li je period zatvora koji ugrožava taj cilj sam po sebi u stanju da predstavlja nehuman i ponižavajući tretman*“. Zbog toga oni nisu mogli da zaključe da je bilo stvarnog razmatranja Kafkarisovog oslobađanja. Oni su završili slaganjem sa osećanjem koje je izrazio sudija *Bratza* u svom mišljenju „*došlo je vreme kada Sud treba jasno da potvrdi da izricanje doživotne kazne bez davanja mogućnosti osuđenom licu da po nekom osnovu ona kraće traje, i u odnosu na punoletna lica nije u skladu sa članom 3. Konvencije*“.

U kriminalno-političkom smislu, uvođenje kazne doživotnog zatvora bi vodilo jačanju krivično-pravne represije. Prilikom predlaganja takvog rešenja zakonodavac mora da ima u vidu uporednu pravnu tradiciju i standarde u drugim zemljama, kao i praksu Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu posebno kada je u pitanju propisivanje dužine izdržane kazne kao uslov za mogućnost da se uslovno otpusti osuđeni na doživotni zatvor. Eksplicitan stav

---

61 Van Zyl Smith, D., op. cit., p. 43.

Evropskog suda za ljudska prava iz 2013. godine jeste da se ova mogućnost mora obezbediti onome ko je osuđen na kaznu doživotnog zatvora.

## 8. Zaključak

Da li sistem kazni može biti još bolji i savremeniji? Sigurno da može, upravo zbog toga iznosimo konkretne predloge *de lege ferenda*.

Kada je u pitanju reforma krivičnog zakonodavstva Republike Srbije u oblasti sistema kazni predložimo sledeće:

- kućni zatvor izdvojiti kao zasebnu vrstu kazne lišenja slobode,
- uvesti kaznu doživotnog zatvora (ona nije oportuna, suprotna i u koliziji sa Evropskom konvencijom o osnovnim ljudskim pravima i slobodama. Sa precizno utvrđenim mehanizmom njenog preispitivanja i ograničenjima u pogledu njene primene u odnosu na određene kategorije lica i u odnosu na određene situacije ispunili bismo sve evropske standarde postavljene Evropskom Konvencijom o osnovnim ljudskim pravima i slobodama i drugim evropskim instrumentima),
- proširiti primenu kazne rada u javnom interesu,
- novčanu kaznu u dnevnim iznosima predvideti kao jedini sistem odmeravanja novčane kazne,
- dodatno precizirati odredbu o posebnoj okolnosti za krivična dela učinjena iz mržnje i
- ukinuti zabranu ublažavanja kazne za pojedina krivična dela nabrojana u članu 57. st. 2, ili prihvatiti, kao srednje rešenje, zabranu sudskog ublažavanja kazne za određena krivična dela koja nisu „nasumično“ izabrana.

Dileme postoje u pogledu još nekih pitanja vezanih za oblast krivičnih sankcija. Tako, npr. postoji podeljeno mišljenje u vezi sa odmeravanjem kazne između 20 i 30 godina, u pogledu uvođenja novih alternativa kazni zatvora, itd.

Propisivanje kućnog zatvora kao samostalne vrste kazne zatvora zahteva i propisivanje novih uslova za njeno izricanje. Prema sadašnjem rešenju, izdržavanje kazne u kućnim uslovima moguće je ako je učiniocu izrečena kazna do jedne godine zatvora. Postoje predlozi upućeni od strane pojedinih područnih sudova da se omogući izricanje ove kazne i za teža krivična dela, tj. ako je učiniocu krivičnog dela izrečena kazna zatvora do tri godine. Jasno je da je zakonodavac propisujući način izvršenja ovoj kazni dao drugačiji karakter i težinu. Zbog toga ona treba da preraste u samostalnu kaznu.

Predlozi koji se odnose na kaznu kućnog zatvora i doživotni zatvor na prvi pogled deluju kontradiktorno. Kućni zatvor je svakako na liniji slabljenja represije dok je doživotni zatvor na liniji njenog jačanja. Međutim, princip

srazmernosti prilikom izbora i odmeravanja kazne zahteva, čini nam se, postojanje i primenu i jedne i druge vrste kazne.

Kada je u pitanju kazna rada u javnom interesu treba razmisliti o mogućnostima za proširenje njene primene na krivična dela za koja je propisana kazna zatvora do pet godina ili novčana kazna. U prilog tome ističu se savremeni kriminalno politički trendovi i pozitivna iskustva u njenoj primeni.<sup>62</sup>

Intencija zakonodavca 2005. godine, kada je radio na novom krivičnom zakoniku, bila je da omogući širu primenu novčane kazne. Međutim, zbog problema oko utvrđivanja visine prihoda prilikom odmeravanja po sistemu „dani-novčana kazna“, njena primena je u prethodnom periodu pala ispod 10%. Dakle, postoji neprihvatljivo niska stopa primene novčane kazne. Da li je to posledica zaoštavanja krivičnopravne represije do koje je došlo poslednjih nekoliko godina? Na planu zakonskog regulisanja novčane kazne intervencijom *de lege ferenda* treba omogućiti širu primenu novčane kazne, olakšati ulogu suda jer sudska praksa ne voli komplikovana rešenja. Struktura kriminaliteta sigurno omogućava širu primenu novčane kazne. Ranije je novčana kazna pratila granicu od oko 35%. Jedan od razloga koji je uticao na retku i nedovoljnu primenu novčane kazne je sigurno i nizak životni standard.

Komisiji koja radi na izmenama i dopunama Krivičnog zakonika je upućen veliki broj, u osnovi istih, predloga od strane sudova-brisanje člana 49. i odgovarajućeg dela iz člana 48. Uglavnom se ističe da ona ne odgovara stvarnim prilikama u društvu i da je postupak odmeravanja komplikovan jer pribavljanje podataka o prihodima i rashodima učinioca vrlo često može trajati duže nego postupak za utvrđivanje elemenata krivičnog dela, a takvi podaci koji postoje kod banaka, drugih finansijskih ustanova, državnih organa i drugih pravnih lica nisu ažurni i ne pružaju podatke o tačnom stanju.

Ne može se izbeći utisak da se sudska praksa koleba i luta kada je u pitanju primena odredbe KZS koja se odnosi na odmeravanje kazne u dnevnim iznosima. Rezervisan stav sudova prema sistemu „dani-novčana kazna“ i osetan pad primene novčane kazne uopšte, zahtevaju odgovarajuću reakciju zakonodavca. Prateći savremene kriminalno-političke trendove zakonodavac je 2005. godine uneo odredbu o novčanoj kazni u dnevnim iznosima koja postoji u većini evropskih pravnih zakonodavstava kao jedini način odmeravanja kazne. Suvišno je ovom prilikom nabrajati sve prednosti ovog sistema, koje jasno ukazuju da on predstavlja bolji sistem od onog tradicionalnog. Složićemo se da je osnovni razlog za restriktivnu primenu otežan i dugotrajan postupak za utvrđivanje prihoda.

---

62 Stojanović, Z., Moguće izmene Krivičnog zakonika Srbije, u: Reforma krivičnog prava, Kopaonik, 2014, str. 13.



Zbog toga treba pojednostaviti postupak i omogućiti sudovima da po slobodnoj proceni utvrđuju prihode i rashode učinioca i u jednom trenutku budućim izmenama i dopunama ostaviti samo sistem dani novčana kazna.

U vezi sa posebnom okolnošću za krivična dela učinjena iz mržnje postoji nekoliko predloga za njeno poboljšanje. Naime, postavlja se pitanje kako lična percepcija i subjektivni doživljaj o pripadnosti lica nekoj od posebno zaštićenih kategorija utiče na kvalifikaciju dela tj. na odmeravanje kazne. Moguće je da neko polazi od pretpostavke da je neko lice npr. pripadnik *LGBT* populacije i zbog toga vrši krivično delo prema njemu. U toku krivičnog postupka se ispostavi da on nije pripadnik te društvene grupe. Da li onda ima mesta za mržnju kao obaveznu otežavajuću okolnost. Zakonodavac bi u tom pravcu mogao da bude precizniji. Mržnja kao pobuda zbog koje se vrši krivično delo je odavno poznata u krivičnom pravu i mogla se uvek, kada se utvrdi njeno postojanje, uzeti u obzir kao otežavajuća okolnost prilikom odmeravanja kazne. Ako se, prema sadašnjem rešenju radi o obaveznoj otežavajućoj okolnosti onda ima smisla odredbu člana 54a, *de lege ferenda*, precizirati na sledeći način: „Ako je krivično delo učinjeno iz mržnje zbog „stvarne ili pretpostavljene“ pripadnosti rasi i veroispovesti, nacionalne ili etničke pripadnosti, pola, seksualne orijentacije ili rodnog identiteta drugog lica, „zbog određenog stepena invaliditeta ili psihičkih smetnji“, takvo postupanje sud će ceniti kao otežavajuću okolnost, osim ako to ovim zakonikom nije propisano kao obeležje krivičnog dela.“ Na sličan način je postupio i zakonodavac u Finskoj. Prema najnovijim izmenama i dopunama Krivičnog zakonika Finske, koje su usvojene u martu 2011. godine i stupile na snagu 1. juna 2011. godine, ne zahteva se više da žrtva bude član određene rasne ili verske grupe, određene seksualne orijentacije ili odgovarajućeg stepena invaliditeta već da žrtva ili imovina koja je objekat napada prema percepciji učinioca krivičnog dela ima veze sa određenom grupom.<sup>63</sup>

Jedno od najkontroverznijih pitanja ZID KZ iz 2009, pa i ZID KZ iz 2012. je zabrana ublažavanja kazne za pojedina krivična dela. Ova odredba je naišla na kritiku kako teorije tako i sudske prakse. Opšte je usvojeno mišljenje da bi ukidanjem ove odredbe bilo uklonjeno jedno „strano telo“ i anomalija iz Zakonika. Iz tih razloga Predlog ZID KZ-a iz 2012. je u članu 7. sadržao odredbu po kojoj je bilo predviđeno brisanje stava 2. člana 57. Međutim, predloženim i prihvaćenim amandmanom u Narodnoj skupštini sporna odredba i dalje ostaje u Krivičnom zakoniku. Narodni poslanici koji su se prilikom rasprave o Zakonu o izmenama i dopunama KZ zalagali za oštro kažnjavanje pedofila (neki iskreno, a neki zato što je to politički isplativo) nisu ukazali na jednu veoma

---

63 Hate crimes in OSCE Region, Incidents and Responses, Report for 2011, Warsaw, 2011, p. 27.

važnu činjenicu. Radna grupa je predložila Vladi brisanje odredbe člana 57. stav 2. i iz razloga što ta odredba ni sama ne sledi ideju na kojoj je zasnovana (makar ona bila i pogrešna), dozvoljavajući ublažavanje kazne kod krivičnog dela koje je teže u odnosu na krivično delo iste vrste koje je lakše. To je upravo slučaj i sa pedofilijom, odnosno seksualnim aktom sa detetom što je u raspravi bio glavni argument da se ne usvoji rešenje predloženo od strane vlade.<sup>64</sup> Naime, ta odredba čije su zadržavanje u KZ predložili neki poslanici opozicije (neki od njih su i najzaslužniji za njeno uvođenje 2009. godine), predviđa da se ne može ublažiti kazna za „običnu“ pedofiliju (ispod tri godine zatvora), a može do jedne godine zatvora ako je izvršilac roditelj, nastavnik, vaspitač ili drugo lice kome je dete povereno na brigu, čuvanje, vaspitanje. Takvom pedofilu koji seksualni akt vrši prema sopstenom detetu, ili detetu koje mu je povereno na čuvanje, brigu i vaspitanje, kazna se može ublažiti iako se tu teško mogu naći i hipotetički primeri u kojima bi to bilo opravdano. Ukoliko je učinjen najteži oblik, tj. kada je nastupila smrt deteta, i u tom slučaju će „običan“ pedofil teže da prođe: najmanje deset godina zatvora, dok će onaj koji se na taj način "brinuo" o detetu koje mu je povereno moći da prođe i sa sedam godina zatvora. Radnja izvršenja u oba slučaja je potpuno ista (obljuba ili sa njom izjednačen čin), ali ako je izvršilac roditelj, nastavnik, vaspitač deteta onda on može biti tri puta blaže kažnjen (godinu dana zatvora) nego kada nema to svojstvo (najmanje tri godine zatvora jer je ublažavanje zabranjeno). Deluje bizarno, ali pošto je jedina razlika u svojstvu učinioca i njegovom posebnom odnosu prema detetu, proizlazi da je to razlog što je dozvoljeno ublažavanje kazne u ovom slučaju. Međutim, tu se ne može ništa učiniti: dovođenjem u vezu člana 57. stav 2. sa članom 180. i 181. KZ nikakvim tumačenjem se ne može doći do nekog drugog rezultata.<sup>65</sup>

Ovde jasno i nedvosmisleno postoji jedinstven stav teorije i prakse po kome treba brisati član 57. stav 2. Bez obzira na intenciju zakonodavca da se smanji broj izvršenja krivičnih dela iz čl. 134. st. 2. i 3, 178. 179, 180, 214. st. 2. i 3, 246. st. 1. i 3, 350. st. 3 i 4 i 388. KZ, u sudskoj praksi je došlo do apsurdnih situacija. Naime, u svojstvu okrivljenih kojima je stavljeno na teret da su izvršili navedena krivična dela, često se nalaze ranije neosuđivani mladi ljudi, čije lične prilike i druge okolnosti ukazuju da bi u odsustvu zabrane propisane u odredbi čl. 57.st. 2. KZ bile izricane kazne zatvora u kraćem trajanju od zakonom propisanog minimuma i koje bi u takvim slučajevima predstavljale adekvatnije krivične sankcije od kazni zatvora izrečenih u skladu sa zabranom ublažavanja, koje često predstavljaju neprimereno visoke kazne. Posmatrano sa

---

64 Stojanović, Z., Kolarić, D., Nova rešenja u Krivičnom zakoniku Republike Srbije, op.cit, str. 17.

65 Ibidem, str. 18.

stanovišta specijalne prevencije, u cilju sprečavanja povrata, dužina boravka u zatvoru posebno kod mladih, prvi put osuđivanih, može da bude od uticaja na njihovo buduće ponašanje. Kod npr. člana 246. KZ javilo se puno problema u praksi u situacijama kada se radi o malim količinama opojne droge ili o tzv. lakim drogama jer je ocenjeno da je previsoka kazna od minimum tri godine zatvora u slučaju posedovanja npr. jednog džointa.<sup>66</sup> Takođe, radnju ovog krivičnog dela čini i prodaja lekova koji se koriste u terapijske svrhe ali imaju u svom sastavu opojne droge. Iako se radi o manjem stepenu društvene opasnosti takvi učinioci se kažnjavaju istom kaznom kao i prodavci tzv. teških opojnih droga.

Možemo da zaključimo da i pored određenih izmena i dopuna krivičnog zakonodavstva, poslednjih godina, koje su na liniji jačanja retributivizma, ipak je njihova osnovna usmerenost i dalje utilitaristička tj. opravdanje za reformu se nalazi u društvenoj korisnosti. Tako npr. proširivanje mogućnosti za primenu novčane kazne ne znači automatski da je stepen represivnosti povećan, nego da je veća korist od takvog načina odmeravanja kazne jer ona jednako pogađa i bogate i siromašne. Takođe, „novi-stari“ način odmeravanja novčane kazne, sistem „dani-novčana kazna“ omogućava potpunije ostvarivanje načela srazmernosti. To više nije samo srazmernost težini učinjenog krivičnog dela, gde npr. i bogati i siromašan učinilac vrše isto krivično delo za koje bi trebalo da dobiju istu kaznu, već princip srazmernosti podrazumeva i ostvarivanje opšte ideje pravde i pravičnosti.

---

66 Usled napred navedene odredbe dolazi se u situaciju da se ista kazna izriče optuženom koji je krivično delo iz člana 246. stav 1. izvršio prodajom jednog džointa opojne droge kanabis i onog koji krivično delo izvrši prodajom paketića od dva grama opojne droge heroin.

**Professor Dragana Kolarić, LL.D**  
**Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade**

### **THE REFORM OF THE PELANTY SYSTEM FOR THE PURPOSE OF COMBATING CRIME**

*The reform of the substantive criminal legislation always implies a review of the system of criminal sanctions, primarily of penalty system. It is necessary to create a balance between the need to combat crime, changes occurring in the society and the fundamental amendments to the General and Special parts of the Criminal Code that are conditioned by new, serious forms of crime, the experiences in the application of previous solutions and the latest achievements in science of criminal law and their application in comparative law. Therefore, the paper analyses the basic postulates of the Criminal Code of Serbia relating to the penalty system. The first part of the paper, which is at the same time dedicated to introductory remarks, points to the dynamic stage in which the criminal legislation of Serbia is at the moment, which is also characteristic for other European countries. Furthermore, it provides an overview of the relevant provisions of the Criminal Code of Serbia, which entered into force on 1 January 2006. For the purpose of a comprehensive approach, the analysis also included solutions that are the result of amendments to the Criminal Code in 2009 and 2012. The subsequent changes and amendments in 2013 and 2014 were not of importance for the penalty system. Special attention was paid to the decades-long attempt to introduce into our criminal legislation sentence of life imprisonment. Having regard to the need for argumentative and critical analysis of the several times proposed solution on the sentence of life imprisonment, the aim is to evaluate the main pros and cons in regards to this sentence. By examining the new provisions introduced with the aim of combating crime, but also by taking a stance in respect of certain legal issues, the author gave suggestions de lege ferenda.*

**Keywords:** *the Criminal Code, penalty system, imprisonment, life imprisonment, house arrest, fine, parole.*

**Prof. dr Ivana SIMOVIĆ-HIBER**  
**Fakultet bezbednosti**  
**Univerziteta u Beogradu**

**Pregledni članak**

**UDK: 343.211**

**Primljeno: 15. novembra 2016. god.**

## **OGLED O KRIVIČNOM PRAVU I VLADAVINI PRAVA NA PRIMERU NAČELA ZAKONITOSTI – RETROSPEKTIVA I PERSPEKTIVE**

*Autor pokušava da temu odnosa načela zakonitosti i legitimiteta krivičnog prava osvetli u savremenom kontekstu. Pod savremenim kontekstom podrazumeva se neoliberalni model društvenog uređenja. Uočavajući nekoliko nivoa i faktora koji utiču na eroziju suštinskog poštovanja podnačela (lex praevia, scripta, stricta, certa) proveru ove konstatacije vrši na dva osnovna modela. Jedan čine savremeni uticaji na načelo zakonitosti unutar pravnog sistema (unutrašnje i međunarodno krivično pravo), a drugi su vanpravnog karaktera (zloupotreba moći i neoliberalni model društvenog uređenja). Zaključuje se da su vanpravni uticaji neminovni, ali opasni za opstanak načela zakonitosti i legitimiteta krivičnog zakonodavstva, utičući kroz politiku akomodacije i formulu adaptacije na oblik i suštinu novog krivičnog prava (zakonodavstva). Suština problema je da instrumentarij liberalnog krivičnog prava (zaštita vrednosti slobode, jednakosti i ljudskih prava) formalno nije dezavuisan, ali da je savremeni kontekst sačinjen od suprotnih postliberalnih vrednosti. Stoga, novo krivično pravo mora pronaći nove instrumente efikasnog funkcionisanju u (ili nasuprot) neoliberalnom duhu i društvenom modelu, ili će u suprotnom postati ritualna igra lišena vrednosne komponente (razlikovanje zla od dobra).*

**Ključne reči: načelo zakonitosti, zloupotreba prava, interni i spoljni razlozi kršenja načela zakonitosti, neoliberalna utopija, pravo bez moralne osnove.**

## 1. Uvod

Ovaj tekst je nastao praćenjem novih trendova u krivičnom zakonodavstvu. Polazeći od uloge novog društvenog poretka čiju ideološku podlogu čini neoliberalizam, nužno se nameće pitanje uticaja te ideologije na formu i sadržinu pravnog poretka, a u okviru njega, ako ne i na prvom mestu krivičnopravnog sistema normi.

U tekstu će se raspravljati i o *krizi politike akomodacije (što predstavlja put u autoritarnost)*<sup>1</sup>; ili o savremenoj krizi demokratije. Demokratija je sumarno rečeno izgrađena na vrednostima slobode, jednakosti i građanskih (ljudskih) prava. To su osnove legitimnosti i krivičnog zakonodavstva.

To je istovremeno i okvir za skiciranje razlike između liberalne i postliberalne države.

„Liberalna država je država koja je pristala na gubitak monopola ideološke moći putem davanja građanskih prava, među kojima na prvom mestu stoje sloboda veroispovesti i sloboda političkog mnjenja, i pristala na gubitak ekonomskog monopola davanjem ekonomskih sloboda. Jedino je očuvala monopol legitimne upotrebe sile, čiji je domen ograničen priznavanjem ljudskih prava i različitih pravnih obaveza koje čine poreklo istorijskog lika pravne države. Preko monopola legitimne upotrebe sile, legitimne jer je regulisana zakonima (reč je o racionalno-legalnoj državi prema Veberu). Osobenost liberalnog učenja jeste negativno poimanje države svedene na sredstvo ostvarenja individualnih ciljeva, a nasuprot tome je pozitivno poimanje ne-države shvaćene kao sfera odnosa u kojoj pojedinac u odnosima sa drugim pojedincima stvara, ispoljava i usavršava vlastitu ličnost”<sup>2</sup>. U ovom kontekstu se može govoriti i o etičkom liberalizmu, kao pretpostavci koja u hijerarhiji vrednosti na prvo mesto stavlja pojedinca i individualnu slobodu u dvostrukom značenju (pozitivno i negativno); odatle potreba za normativnim sistemima.

Dogma o pozitivnoj evoluciji podrazumeva da je socijalizam nužna i bolja faza; u realizaciji projekta neoliberalizma međutim vidi se snažni povratak u prošlost (ili budućnost, svejedno). Na taj način je progresivno i

---

1 Held, D., McNally, K., Path to Authoritarianism: The Collapse of the politics of Accomodation, Social Europe, 15.09.2016.

2 Bobio, N., (1990), Budućnost demokratije-odbrana pravila igre, str 120-121, Libertas, Filip Višnjić, Beograd.

determinističko shvatanje istorije zamenjeno cikličnim i indeterminističkim po kome kada se ciklus završi počinje ponovo: sve je u najboljem sistemu, kapitalizmu, pa i kad ne valja počee ponovo pod firmom restauracije.

Tako se neoliberalizam tumači kao treća faza, kao negacija negacije u dijalektičkom smislu, po kome sve što je bilo pozitivno u drugom momentu nije izgubljeno. Tako neoliberali ne poriču potrebu države blagostanja ali im se ne svidaju sredstva, pa to nazivaju borbom protiv siromaštva (naprimer bonovi za hranu). Ideja minimalne države je bazirana na ideji da je država nužno zlo, samim tim zlo, i pojavila se kao odgovor na paternalističke države (vladalaca reformatora), a danas je minimalna država relativno postignuti odgovor na državu blagostanja, kojoj se inače prebacuje da slobodnog građanina svodi na štićenog podanika, jednom rečju nasuprot i protiv novih oblika paternalizma.

Sa druge strane savremena liberalna demokratija (ona koja odbija da se poistoveti sa neoliberalizmom) se razlikuje od autoritarizma i fašizma po tome što je za nju kompromis i prilagođavanje nužni preduslov svake politike. Ovo nazivamo *akomodacijom*, koja je prešla put od površnosti (obuhvatanje samo osnovnih pravila igre i njihovo formalno korišćenje – najpoznatiji je primer teror većine) do sopstvene ugroženosti. Ovo se ne dešava prvi put, vezati se može za vremena zaoštrenih ekonomskih i političkih prilika.

Postoji još jedna važna strana problema. To je da krivično pravo prati, odslikava osnovne i bitne karakteristike društva. Ako smo stanje akomodacije demokratije nazvali krizom demokratije (po nekim autorima radi se o novom pojmu-illiberal democracy<sup>3</sup>) tada položaj krivičnog prava možemo nazvati procesom *adaptacije*.

Pozicioniraćemo ga kroz tri uočena problema<sup>4</sup>:

Da li se moderno krivično pravo svodi na prilagođavanje (post) modernim uslovima društvenog života, odnosno služi kao zaštita novim društvenim potrebama?

Ekonomski delikti, delikti (negligence) ili rizika, ali i stari problemi (porodično nasilje i naročito nasilje muškarca nad ženom – koje je iz razloga socijalnog konformizma dosad skrivano) pojavljuju se u novoj formi. Insistiranjem na ekskluzivnosti novih delikata gubi se i značenje šta je staro a šta novo: naprimer jezička asocijacija na pirateriju je danas kompjuterska, ali nestanak piraterije na moru(gusara) iz zakona donosi problem kada se ona pojavi u realnosti (golf Aden). Posledica je *instrumentalizovanje krivičnog prava*.

---

3 Muller, J. V., The Problem with „Illiberal Democracy, Social Europe, 22.09.2016.

4 Arroyo Zapatero, L., The international harmonization of criminal law, Cahiers de defence sociale, Pour une Politique Criminelle Humaniste, Spain, 2011-2012, str. 25-58.

Kasnokapitalistički koncept rizičnog društva i nova utopija sigurnog društva u konfliktu je sa pravom koje podrazumeva zaštitu ljudskih prava i sloboda i hipotezom da krivično pravo predstavlja *ultima ratio*; posledica je zaoštavanje represije i ograničavanje ljudskih prava.

Novi jezik „očekivanja od represije”, konceptualizuje ideju o *kriminalitetu kao metafori*. Posledica ovakvog pristupa je zastrašujuća: ona vodi kriminalizaciji socijalnih i političkih konflikata i politizaciji kriminalnih pojava. Posledica ovoga je pretvaranje načela *ultima ratio* u *sola ratio*.

Treba se podsetiti i sintagme da ljudska prava ne obezbeđuju sopstveni opstanak<sup>5</sup>. Ova važna, a istinita tvrdnja ukazuje na danas već notornu zavisnost pravom regulisanih odnosa od političkog konteksta, koji se nažalost može oceniti kao „neudoban” za dostignuta ljudska prava. Navedena konstatacija prvenstveno znači da demokratski milje ostvarivanja dostignutih ljudskih prava treba revitalizovati i negovati sa mnogo više pažnje. Podsetimo se samo da je pred prvi svetski rat bilo dominantno uverenje kako je fizičko mučenje ljudi, tortura besmislen i iracionalan postupak konačno skinuto s dnevnog reda istorije, i kako se nikad neće ponoviti<sup>6</sup>. Pokazalo se da nažalost to uverenje nije prošlo test istorije.

Dakle, osnovni problem koji se nameće prilikom opisivanja načela zakonitosti kao osnovnog načela krivičnog prava je izbor ili tačnije uvažavanje konteksta u kome će se to raditi.

Jedan od mogućih, i najčešćih izbora je unutarpravni kontekst ili statički model. Za ovaj izbor je karakteristično da problematiku izoluje od vremenske dimenzije i objašnjavajućeg konteksta društvenog uređenja u kome deluje. On se u suštini iscrpljuje u pokušajima „odbrane“ izolovanog modela – „klasičnog“ shvatanja nepromenljivog načela.

Drugi, ređe zastupljen pristup je viđenje načela legaliteta u kontekstu spoljnih, vanpravnih uticaja, koji u krajnjoj konsekvenci mogu dovesti u sumnju suštinski opstanak klasičnog shvatanja načela zakonitosti. U tom smislu bi se ovaj pristup mogao nazvati strukturalnim i dinamičkim. Strukturalnim se može opisati poštovanje činjenice da krivično pravo nužno mora pratiti društvene promene, a dinamički bi govorio o realnim posledicama tih promena na pravni sistem.

Važno je primetiti da se danas termin *vladavina prava* koristi kao opšteprihvaćeno načelo, koje prešavši iz pravnog značenja u najširi politički diskurs počinje da gubi primarno značenje, postajući neoliberalna mantra. Treba

---

5 Tomuštat, K., (2006), Ljudska prava između idealizma i realizma, str. 103, Beogradski centar za ljudska prava.

6 Dimitrijević, V., (2016), Strahovlada: Ogled o ljudskim pravima i državnom teroru, str. 16, Pešćanik i Fabrika knjiga, Beograd.



se podsetiti da je ono u pravnu teoriju ušlo kao anglosaksonska varijanta pojma *pravne države*.<sup>7</sup> Tome treba dodati da u osnovni pojam pravne države ulazi *etika zakonodavstva* koja<sup>8</sup> predstavlja materijalni, suštinski element pravne države.

Na ovom mestu treba naglasiti da se i u ovom radu polazi od postavke da su načela najviše norme svakog pravnog sistema koje odražavaju izabrane osnovne vrednosti sa kojima moraju biti usklađene, i prema kojima se moraju tumačiti sve ostale pravne norme i pravne radnje<sup>9</sup>. Radi se o vrednosnoj kategoriji koja obuhvata osnovne, specifične i nespecifične pravne vrednosti, kao vrednosno nesumnjive. Nesumnjivost proizilazi iz vrednosnog izbora.

Naučno izučavanje pravnog fenomena kao predmeta specijalnih pravnih nauka je, bar posmatrajući krivično pravo, u savremenim uslovima zanemareno. *Materijal* pravnih nauka sačinjavaju *pravni propisi (norme)*, pa se oni (u svojoj ukupnosti nazvani pravo) smatraju pravnim fenomenom. Razlikovanje ili brkanje materijala i predmeta se tako može pojaviti kao problem u razumevanju i tumačenju krivičnog zakona.

Predmet krivičnog prava tako nisu pravni propisi, već povrede prava (nepravo, krivična dela) odnosno inkriminisane povrede pravnih propisa, odnosno pravne ustanove ili instituti<sup>10</sup>, dakle, krivično pravo se ne može baviti pravnim propisima o ubistvu već ubistvom, naprimer. Pravne ustanove ili instituti sa svoje strane moraju imati uporište u konkretnom postojanju, ali to nije dovoljno; oni moraju posojati *in abstracto*, opet kao pravni pojam.

Dalje, bitno je da svaka pravna nauka mora da odredi svoju masu pravnih pojmova.

Svaka pravna nauka po suštini mora biti sistem određenih pojmova. „Pravo sistematiziranje pojmova se sastoji u koordinaciji pojmova istog pojamnog stepena udruženoj sa subordinacijom kordiniranih pojmova nižeg pojamnog stepena kordiniranim pojmovima višeg pojamnog stepena, i najzad kordiniranim pojmovima najvišeg pojamnog stepena, t.j. osnovnim pojmovima, odnosno osnovnom pojmu dotične nauke“.<sup>11</sup> To znači da svi elementi sistema moraju biti usklađeni, i da sam sistem mora biti sređen.

Načelo zakonitosti spada u normirana načela. Normirana su ona načela koja garantuju na najvišem nivou pravne hijerarhije poštovanje sloboda i prava čoveka i građanina i načela sudskih postupaka.

---

7 Popović, S., (2002), O problemima u vezi sa načelom vladavine prava u uporednom i jugoslovenskom pravu, *Pravni život*, br. 7-8, 2002, str. 129.

8 Op cit str. 132

9 Harašić, Ž., Dometi sistematskog tumačenja u pravu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 46, 2009/2 str. 324.

10 Živanović, T., *Sistem sintetičke pravne filozofije*, str. 38, Beograd, Napredak, 1921.

11 Op. cit., str. 44.

Nesumnjivost načela zakonitosti postoji utoliko što latinska izreka *nulum crimen sine lege, nulla poena sine lege* prevedena i prepričana zauzima počasno mesto u ustavnim i zakonskim tekstovima većine država, kao i međunarodnim dokumentima. Značenje načela se uobičajeno dalje prevodi i tumači kao jemstvo građanima da su zaštićeni od samovolje zakonodavca u inkriminisanju, formiranju obeležja bića krivičnih dela i od samovolje pravosudnih organa u tumačenju bića krivičnih dela (i izricanju krivičnih sankcija) u krivičnim postupcima. Zakonodavna vlast takođe formalno obezbeđuje primenu načela zakonitosti tako što onemogućava da se nižim propisom mogu ustanoviti ponašanja koja se smatraju kriminalnim, i obavezom zakonodavca da što preciznije odredi sva bitna obeležja bića krivičnih dela (*lex certa*), čime isključuje mogućnost da sudska vlast širokim tumačenjem neodređenih zakonskih pojmova realno preuzme zakonodavnu ulogu. Međutim, ova formalna ograda sama po sebi ne ograničava zakonodavnu vlast da u „svojim” tekstovima bude nedovoljno jasna i precizna.

Takođe je notorno znanje da je krivični zakon (a naročito proglašena kodifikacija – zakonik) izvor i teorije i prakse, ali i da je on, kao uostalom i svaki drugi zakon samo tekst, ili skup napisanih reči, pa je potrebno utvrditi njegov pravi sadržaj i smisao, što se može učiniti samo njegovim tumačenjem, pri čemu tumačenje ne sme biti proizvoljno, već mora poštovati strogo propisana pravila. Pravna teorija upućuje na metode gramatičkog, logičkog i teleološkog tumačenja krivičnog zakona, smatrajući da ove metode obezbeđuju primenu zakona na način koji odgovara njegovoj svrsi (*ratio legis*)<sup>12</sup>.

Definicija načela zakonitosti, u svom osnovnom obliku i cilju ostvarenja garantivne uloge je, može se reći, već vekovima konstanta pravednog krivičnog prava. Zaštita prava i sloboda građanina od proizvoljnog krivičnog prava je formula koja se izuzetno retko proverava. Međutim, tradicionalno postavljeni konstitutivni elementi načela koje mora poštovati krivični zakon dovode se u sumnju brojem izuzetaka i realnom neprimenjivošću.

Da li je tako načelo zakonitosti postalo ritualna vrednost krivičnog prava?

Preovlađujući dogmatski pozitivizam u pravnoj kulturi je sa svoje strane nesporno proizveo ozbiljan problem. Marginalizujući pitanje osnovnih pravnih vrednosti, ili ih tretirajući kao nesumnjive, podrazumevane i rešene, ostavljajući da se njima bavi aksiologija prava, pravne vrednosti kao takve su postale konsekventno nebitne za pozitivno pravne discipline. Upravo zbog „neizučavanja

---

12 V. šire: Simović-Hiber, I., (2007), Sistem rasprava o ideji vladavine prava, osnovama krivičnog zakona, pojmu zločinačke grupe i internacionalizaciji krivičnog prava, str.11 i dalje, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd.

ili vrlo slabog izučavanja pravnih vrijednosti, ne može biti sasvim jasno kako nastaju sadržaji pravnih normi i zbog čega dolazi do etičkih, političkih i pravnih sporova u pogledu toga kako bi trebalo normirati pojedine društvene odnose<sup>13</sup>. Pravne vrednosti su (trebalo bi biti) etički i idejni izvori pravnih normi, u tom smislu da određuju kako bi bilo najbolje urediti društvene odnose, i koja pravna ovlašćenja i obaveze dati pravnim subjektima u tim odnosima<sup>14</sup>.

Pozitivističko pravno mišljenje je ostavilo neizbrisiv trag formulom „zakon je zakon” koja je ničim sputana, često rezultirala *zakonskim nepravom*<sup>15</sup>.

U literaturi se kao vrednosti od značaja za pravo najčešće navode: vrednost života, slobode, ljudskog dostojanstva, istine, pravednosti, mira, zakonitosti, pravne sigurnosti. Od ponuđenih vrednosti očito je da su sve zaštićene imperativnim normama krivičnog i međunarodnog prava.

Stoga deluje nerazumljivo da ovi sistemi sadrže „ugrađen“ problem efikasnog obezbeđivanja zaštite ovih prava. Moglo bi se reći da nepoštovanje osnovnog vrednosnog načela – da pravo znači i najbolji način ostvarenja ideje, načela pravednosti, verno odslikava problem, objašnjavajući mnoge od pomenutih problema. Načelo pravde po Stjuartu Milu je *neminem laedere*. Jedina svrha (legitimitet) radi koje vlast može s pravom da se koristi protiv bilo koga člana jedne civilizovane zajednice jeste da spreči povrede drugih. Možda deluje utopijski danas, ali klasično krivično pravo je zasnovano na takvom značenju pravde.

Savremeni trenutak u sve ogoljenijoj formi ukazuje na prisustvo jedne nove i opasne utopije. Ako možemo reći da smo učestvovali u jednoj „staroj“ utopiji besklasnog društva koja se realizovala realnim postojanjem diktature<sup>16</sup>, sada možemo nagovestiti da se nova utopija društva bez rizika i opasnosti u „čekanju” svog ostvarenja realizuje kroz umnožavanje krivičnih dela, pooštravanjem kaznenog sistema i što je najvažnije promocijom i opravdavanjem permanentnog stanja izuzetaka,<sup>17</sup> ili pravnog vanrednog stanja. U proklamovanom traganju za društvom bez rizika mi se nalazimo u stanju borbe protiv kriminaliteta kojim se utire put novom obliku diktature.

U ovim okvirima se nametnula ideja da je važno, baš sada, na novim osnovama postaviti pitanje uloge, ili čak opstanka uticaja načela zakonitosti u krivičnom pravu.

---

13 Visković, N., (2001), Teorija države i prava, str. 136, Zagreb.

14 Pavčnik, M., (2003), Pravo, str.,274, Ljubljana.

15 Radbruh,G.(1973), Filozofija prava, str.281,Nolit, Beograd.

16 Mannheim, K., ( 2006), Ideologie et Utopie(1929), str.200, Maison des sciences de l’homme

17 Salas, D., (2012), La Justice devoyee,(Critique des utopies securitaires), str. 20, Ed. des Arenes, Paris.

## 2. Poštovanje načela zakonitosti u kreiranju i tumačenju krivičnog zakona

Sloboda i zakon, opšta volja kao izvor legitimnosti vlasti, zakon kao opšti akt koji deluje *erga omnes* i *pro futuro*, sve su to velike ideje koje načelno usvaja klasično krivično pravo. Mogu se dodati još mnoge etičke i društvene karakteristike i dileme o vrednosti pravde u filozofskom kategorijalnom smislu (jednakost, zaštita slabih, projekcija sebe u položaj drugog, pronalaženje vremena za pravdu u postmodernom društvu)<sup>18</sup> koje podržavaju osnovnu ideju zakonitosti u pravu.

Međutim, ako se zaustavimo na tradicionalnom značenju legaliteta u krivičnom pravu, i ako za trenutak izbacimo ambiciju objašnjavanja uzroka sumnje u njegov opstanak, ipak se nameću blaže sumnje u mogućnosti doslednog objašnjenja. Možda bi bilo suviše drastično reći da savremeni izgled zakonskih tekstova sadrži skup izuzetaka koji već svojim obimom može govoriti o poništavanju osnovnog pravila, ali to ne znači da je daleko od istine.

Gotovo svaki element segmenata načela zakonitosti je doveden u pitanje u savremenom kreiranju i tumačenju krivičnog zakona. Ugao posmatranja odnosa stvaranja prava i njegove primene spada u one teme kojima se doktrina krivičnog prava retko bavi. Polazeći od postulata „bezgrešnosti“ zakonskog teksta, analiza se svodi ili na apologetiku, ili se uočeni problem(i) svode na (parcijalnu) kritiku izabranih slučajeva, ali nikad sagledavajući celinu. Uobičajeno je da se čak ne izdvoji kao konceptualni i ugrađeni sistemski problem, da kada govorimo o pisanju zakonskog teksta govorimo iz jedne perspektive, a kada govorimo o čitanju i primeni tog istog teksta iz druge, najjednostavnije rečeno. Takođe je uobičajeno da se problem funkcionisanja krivičnog prava najčešće iscrpljuje kritikom rada pravosuđa, ne dovodeći na scenu mogućnost da je problem loš zakonski tekst ili kriminalna politika koja je po prirodi stvari deo „pozitivne“ politike.

To čak ne mora biti ni vidljiva zloupotreba pozitivnog prava kao dela domaće „pozitivne“ politike. To mogu biti, i često i jesu posledice moderne globalne politike. Evo nekoliko primera.

Da li se može legitimno postaviti pitanje: čemu služe neprimenjivi zakoni? Neprimenjivim zakonom smatramo one norme koje otvoreno izlaze iz okvira načela zakonitosti u minimalističkom značenju. Ako je prevencija kriminaliteta suština određene norme kao što je to slučaj kod krivičnog dela terorizma, onda je to primer normativne fikcije opasnosti<sup>19</sup> koja omogućuje preven-

---

18 Begorre-Bret, C; Morana, C., (2012) La justice, str. 166-169, EYROLLES, Paris.

19 Salas, D., op. cit. str. 40.

tivnu borbu policije bez uloge suda. „Terorizam po definiciji briše razliku između sudije, porote i egzekutora”<sup>20</sup> čime se vladavina prava povlači.

Na odnos između norme (imperativno-šta treba da bude) i normalnog (indikativno u značenju onoga što se dešava u većini slučajeva)<sup>21</sup> uputio je prof. Lukić još davne 1954. godine, ukazujući na *nasilne norme* kao novi pojam. Nasilna ili „nenormalna” norma se mora primenjivati sa dodatnom prinudom, tako da je u logičkom smislu neostvarljiva.

Drugi primer je modelski pristup pisanju zakona. Ubrzavanje primene modela imitacije<sup>22</sup> kao oblik savremenog načina pisanja zakona, koji za posledicu ima ujednačavanje prihvaćenih rešenja može imati i pozitivne efekte. U slučaju novih oblika kriminaliteta koji se prvo obrađuju u međunarodnim okvirima, pa se nakon toga „prepišu“ u nacionalna zakonodavstva čini se da ne predstavljaju poseban problem, pošto je pristup inkriminisanju potpuno drugačiji od metoda koje koriste nacionalna zakonodavstva. Međutim kako se model posebno koristi u postkomunističkim društvima, u kojima je važna tendencija postići standard demokratije, nazvan vladavina prava, takav pristup može imati kao konsekvencu nekritičko modelsko pisanje koje može biti opasno, jer ono što je usaglašeno i funkcioniše kao dobra odredba u jednom kontekstu (istorijskom, političkom), naprosto ne funkcioniše na isti način u drugom kontekstu<sup>23</sup>.

Dobar primer može biti i implementacija ljudskih prava u pravni sistem i domet njihove krivičnopravne zaštite. Još bolji primer je pitanje šta raditi sa odredbom koju ste stavili u krivični zakon da bi rešili konkretan problem, bez razmišljanja da li je to uopšte materija krivičnog prava? Problem ste rešili i sada ta odredba visi u vazduhu i neko može početi da je zloupotrebljava. Jako je, naime opasno, ako se zakon napuni normama koje su se identifikovale sa problemima. Problemi se po prirodi stvari umnožavaju, i ako zakon prati (uočene ili preuveličane) probleme, kroz neku vremensku distancu neki od njih obavezno postanu prevaziđeni, a vama ostaje kao trajan problem tumačenja. Odgovor o mogućnosti izbora brisanja norme samo dokazuje da takav zakon nije normativno dobar (hiperinkriminalizaciju treba izbegavati), a tehničko igranje sredstvom je uvek opasno.

Verovatno je najgori izbor, ali opet dobar primer, oblik hiperinkriminalizacije kojim se reguliše situacija već pokrivena postojećom normom u funkciji

---

20 Held, D., McNally, K., Social Europe, op. cit.

21 Lukić, R., (1954), Teorija države i prava II Teorija prava, str. 9, Naučna knjiga, Beograd.

22 Majić, M., Načelo legaliteta – normativna i kulturna evolucija (I deo), str. 37, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 1/2009.

23 Dimitrijević, N., Kako čitati ustav, Narodna biblioteka Srbije, iz ciklusa Kako čitati, Pešćanik.net, 29.02.2012.

ji sužavanja, naglašenog putokaza tumačenja njenog značenja, ali to najčešće rezultira konfuznom normom nepogodnom za pravilno tumačenje; to bi mogli prepoznati i nazvati uvođenjem načelno nedozvoljene kreativne analogije samim zakonskim tekstom, čime svako tumačenje postaje „legitimno“ (kao dobar primer može poslužiti formulacija krivičnog dela trgovina uticajem iz čl. 366. KZ)<sup>24</sup> u svojoj neodredljivosti vanpravnih pojmova.

Polazeći sa druge strane od „nesumnjivo pretpostavljenog“ poštovanja načela zakonitosti u krivičnom pravu veoma brzo se stiže do otvaranja tolikog broja pitanja i sumnji da se sada već slobodno može govoriti i o kompromitaciji načela. Zašto koristimo prilično grubu kvalifikaciju kompromitacije pokušaćemo naznačiti u ovom tekstu vraćajući se na konstitutivne elemente načela.

*Lex praevia* u osnovnom značenju treba da obezbedi normativnu stabilnost krivičnog zakona u vremenskoj dimenziji, upućujući da doneto pravilo važi u budućnosti sve dok ne bude stavljeno van snage ili izmenjeno drugim pravilom derogirajućeg značenja. To znači da je forma primarna u utvrđivanju realnog važenja određene norme. Za proveru legitimnosti krivičnog zakona stoga uvek može poslužiti trajanje neke norme. Štaviše, legitimnost jedne inkriminacije se može procenjivati u vremenu donošenja i aktuelnom momentu. *Mala prohibita* često ne opstaju predugo, mada se u savremenim uslovima to često i ne očekuje imajući u vidu njihovu ulogu rešavanja konkretnog problema koji često nije krivičnopravni.

*Lex scripta* znači da je jedino legitimna pisana norma zakona. Ilustrativna je savremena interpretacija uloge ovog podnačela, kao garancija da vlast neće lagati i kažnjavati za nešto drugo<sup>25</sup>. Druga uloga je informisanje građana da se ne bi izigrala formula koja zahtevom za pisanim oblikom istovremeno pretpostavlja da se tako nužno informišu građani o onome što je zabranjeno. Ovo bi istovremeno bila i garancija da se ne kažnjavaju neobavešteni građani.

*Lex stricta* poznatija kao podnačelo kojim se zabranjuje kreativna analogija, ili stvaranje normi po principu sličnosti. Već smo izrazili sumnju u „kreativnost“ samog zakonskog teksta koji sve češće ne obezbeđuje minimum striktnosti, čak razumljivosti.

---

24 Formulacija krivičnog dela trgovina uticajem (čl. 366. KZ) glasi: Ko zahteva ili primi nagradu ili kakvu drugu korist za sebe ili drugog, neposredno ili preko trećeg lica da korišćenjem svog službenog ili društvenog položaja ili stvarnog ili pretpostavljenog uticaja posreduje da se izvrši ili ne izvrši neka službena radnja... U ovom slučaju se ne pominje krug lica, koja mogu izvršiti krivično delo, ali tumačenju nema potpore nepostojanjem definicije službenog položaja. Preciziranje pojma službenog položaja bi bilo ipak neko ograničenje kojim bi se neposredno utvrdio osnov inkriminisanja, a ne obrnuto, da se određivanjem lica posredno određuje sadržina bića krivičnog dela. Ovako mi laički možemo da slutimo o čemu se radi.

25 Majić, M., op. cit. str. 38.

*Lex certa* je zahtev zakonodavcu da zakonski tekst jezik mora sadržati visok stepen (standard) preciznosti, određenosti u predviđanju inkriminacija i krivičnih sankcija.

Već smo izrazili sumnju u „kreativnost“ samog zakonskog teksta koji sve češće ne obezbeđuje minimum striktnosti, čak razumljivosti.

Problem više nije prvenstveno u tumačenju značenja ovih standardnih uputstava, već u moći i volji države da postupa u skladu sa njima. Što se tiče moći, relativizacija je danas nužno inkorporirana u samo biće krivičnog zakona preko, najšire rečeno pravnih standarda i novih modela inkriminisanja (širenje upotrebe blanketnih normi naprimer, iako potrebno, nužno unosi niže standarde preciznosti, pošto su ti propisi nekrivičnopravni).

Isto tako norme međunarodnog krivičnog prava su model koji odstupa od standarda nacionalnih zakonodavstava.

Što se tiče volje države da poštuje svoje zakone, ta početna premisa se sve više dovodi u pitanje. Elastične kvalifikacije koje obezbeđuju kažnjavanje – da li je to klasična zloupotreba prava unutar klasičnog modela? Može se dodati i da prazna dihotomija – piše u zakonu, ne piše u zakonu – ilustruje opasnost zloupotrebe načela zakonitosti.

### **3. Međunarodno pravo kao „izuzetak“ unutar opšteg pravnog sistema**

Uobičajeno je da se „odbrana“ načela zakonitosti iz ugla shvatanja o neprikosnovenosti suverenosti nacionalnih država i zakonodavstava vezuje za ugrožavajuću ulogu normi međunarodnog krivičnog prava (posebno u slučaju njihove neposredne primene). Često ni ustavna načela koja usvajaju ove norme u značenju njihovog tretiranja kao dela unutrašnjeg prava nisu dovoljna da bi se ova prisutna primedba otklonila, ili bar ublažila.

Po mišljenju autora ovde se ne krije suštinska opasnost po načelo zakonitosti iz par razloga. Pre svega, radi se o pravnom podsistemu koji nužno prati osnove pravnog sistema. Zatim, kako je već pomenuto, sistem modelskog pisanja zakona u savremenim uslovima u značajnoj meri dezavuiše sumnje o legitimnosti takve tehnike, pokazujući dobre rezultate u inkriminisanju organizovanog kriminala na jedinstvenim osnovama.

Primedbe su najčešće rezervisane za pravna pravila koja koriste međunarodni tribunali. Činjenica da se ova pravila najčešće iscrpljuju parcijalnim regulisanjem pojedinačnih inkriminacija što daje podlogu konzervativnom stavu o nepoštovanju načela zakonitosti. Iz neprihvatanja istorijske nužnosti, naprimer, nirnberška pravila dozvoljavaju da se primedba može uvažiti.

Međutim, zadržaćemo se na Statutu Međunarodnog krivičnog suda (Rimski statut) koji je prvi dokument ovog tipa koji sadrži osnovna načela, ili posebno poglavlje koje čini opšti deo (*General principles of criminal law*). Projekcija stalnosti ukazuje na napor da se načelo zakonitosti uspostavi kao osnovno.

Statut ne može da reši sva otvorena doktrinarna pitanja, ali je važno ponoviti da usmeravanje pažnje na osnovna načela ilustruje simboličnu važnost načela zakonitosti i zabrane retroaktivnosti.

Propisivanjem i nabrojanjem međunarodnih zločina, Rimski statut je izbegao realnu opasnost pitanja zakonitosti shodno načelu *nullum crimen sine lege praevia*, što je bitna zamerka prethodno formiranim sudovima (za nirnberški tribunal u potpunosti, a za MKTJ i MKTR delimično). Pitanje poštovanja načela *nullum crimen sine lege praevia* je na primer u slučaju MKTJ rešeno stavom da se može raditi samo o nesumnjivim pravilima običajnog prava predviđenim u Ženevskim konvencijama (1949), Haškoj konvenciji (IV 1907), Konvenciji o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida (1948) i Statuta Međunarodnog vojnog suda (1945). Ova zaštitna formulacija podrazumeva da se, nezavisno od „novih“ definicija Statuta i Pravila MKTJ, u tumačenju uvek podrazumevaju pravila međunarodnog običajnog prava.

Prihvatanjem osnovnih načela na drugačiji način, Rimski statut je uvažio standarde, za koje se može reći da su opšteprisutni u nacionalnim pravima. Statut Međunarodnog krivičnog suda (čl. 22 stav 1) propisuje „da niko nije krivično odgovoran za delo koje u trenutku izvršenja nije bilo krivično delo iz nadležnosti ovog suda“.

Pored toga, Statut ističe i restriktivnost u tumačenju propisa kojima se određuje biće pojedinog krivičnog dela, a u korist optuženika, i izričito zabranjuje analogiju u sudskom tumačenju. Ove zabrane su veoma značajne, pošto znače postavljanje viših standarda, već i zbog toga što nisu eksplicitno prisutne u većini nacionalnih zakonodavstava.

Važno je naglasiti da sam Statut razrađuje načelo zakonitosti određujući koje se pravo primenjuje, utvrđujući prioritete ili neku vrstu hijerarhije normi. Na prvom mestu je sam Statut (čl. 1. st. a) uključujući Obeležja krivičnih dela (*Elements of Crimes*). Slede odgovarajući međunarodni ugovori ili načela. U nedostatku navedenih izvora prelazi se na primenu opštih pravnih načela koja treba izvesti iz nacionalnih zakona svetskih pravnih sistema, uz pretpostavku da ta načela nisu u suprotnosti sa Rimskim statutom ili drugim normama međunarodnog prava.

Pored ovih načela koja su izvedena iz nacionalnih zakona svetskih pravnih sistema, Sud može koristiti, kada je to opravdano, i nacionalne zakone država koje bi inače bile nadležne u odnosu na procesuiranje konkretnog krivičnog dela, pod uslovom da nisu u suprotnosti sa prethodno navedenim izvorima.



Smatra se da je ova odredba od presudnog značaja za razvoj nadnacionalnog prava u pravom smislu, jer to znači da nije u pitanju proces nametanja *ad hoc* „smišljenog“ međunarodnog prava, već usaglašeno povezivanje načela raznih svetskih pravnih poredaka, što je legitiman proces. Međunarodni krivični sud u silaznoj hijerarhiji može postupati i po sopstvenom sudskom pravu (*judicial precedens*), mada je nedovoljno jasno koliko je ono obavezno. Konačno, u Statutu se navodi i da u skladu sa testom konzistentnosti treba obratiti posebnu pažnju na to da tumačenje i primena prava ne budu u suprotnosti sa međunarodno priznatim ljudskim pravima i da ne deluju diskriminirajuće (st. 3).

Samozadovoljstvo u činu prihvatanja načela kontinentalnog prava može ukazivati na „pobedu“ poštovanja simboličnih vrednosti, ali ostaje otvoreno pitanje uspeha načela u sukobu sa različitim kulturnim kontekstima i otvorenim političkim razlikama, tenzijama i pretenzijama.

#### 4 . Zloupotreba (političke i) pravne moći

Pominjući volju države da poštuje svoje zakone polako pomeramo razmišljanje iz sfere unutarpravnog ka eksternim uticajima na načelo zakonitosti. Prva stepenica je uočavanje problema i analiza posledica koje možemo kvalifikovati kao zloupotebu moći.

Max Weber smatra da se kao kršenje ljudskih prava i zloupotreba moći podrazumeva primena sile od strane svih onih koji poseduju koncentrisanu vlast; to mogu biti pojedinci, grupe, organizacije, korporacije, stranke, pa i celi sistem u značenju države. Smatra da su vlastodršci u tome uporni, bezobzirni, ne osvrću se na javnost, ali izuzetno dosledni su u sprovođenju svoje volje.

Veza pojmova politički kriminalitet i zloupotreba moći vlasti suviše dugo vremena nije bila uspostavljena. Klasična krivičnopravna teorija se nije upuštala u procenu i proveru legitimnosti najtežih inkriminacija kojima se nesumnjivo ugrožava spoljna i unutrašnja bezbednost države. U obliku nepromenjene definicije iz srednjeg veka, i kao najteža krivična dela sve donekadno su u svom čistom, što znači neproverljivom obliku figurirale veleizdaja – ugrožavanje vlasti iznutra i izdaja – ugrožavanje vlasti spolja.

Uspostavljena je fikcija da je država žrtva. Posledica ove fikcije je bila vanstandardna zaštita „žrtve“, koja je zadirala u osnovna ljudska prava, čak i opštim normama zagarantovana minimalna standardna pravila samog krivičnog prava (kažnjivo pripremanje, dogovor za izvršenje krivičnog dela, zločinačko udruživanje)<sup>26</sup>.

---

26 Vidi šire: Simović-Hiber I., (1991) Stadijumi izvršenja krivičnog dela i prednacr KZ SFRJ, str. 3.10-3.22.in: Reforma opšteg dela KZ SFRJ i savremene tendencije u jugoslovenskom krivičnom pravu, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd.

Klasična formulacija radnje izvršenja kod ove vrste krivičnih dela je dugo vremena bila „ko učini delo upravljeno na...” što je čini se dovoljno ilustrativna naznaka da to može biti svaka radnja, ali i manje od radnje izvršenja u krivičnopravnom smislu. Tu vladajuću ideju odnosa države, vlasti i podanika preko pravnih normi je najbolje objasnio jedan čuveni francuski pravni teoretičar<sup>27</sup>: pravna kvalifikacija upotrebljena da osigura kažnjavanje. Ostalo je nepriznato i zamagljeno da je ovde u suštini neko drugi žrtva.

Prelazak sa ideje da je država, pravo i vlast nešto apstraktno i dobro (u vrednostom smislu – dobro za razliku od lošeg), zaštićeno ideološkim floskulama, pa samim tim i nedodirljivo, na ideju o državi kao trenutnoj, znači promenljivoj grupi ljudi na vlasti, koja se sledstveno tome bori da ostane u toj poziciji, dovela je postepeno do demistifikacije odnosa ugroženog i žrtve.

Ova nova kategorija žrtava zloupotrebe moći je, što je veoma važno, našla svoje mesto u Deklaraciji o osnovnim načelima pravde u vezi sa žrtvama krivičnih dela i zloupotrebe vlasti Ujedinjenih nacija.

U članu 18. ove deklaracije se definiše pojam žrtve i naglašava da se pod izrazom „žrtve“ podrazumevaju kako lica koja su, pojedinačno ili kolektivno, pretrpela štete, naročito napad na fizički i mentalni integritet, emocionalnu patnju, materijalni gubitak, ali i tešku povredu osnovnih prava zbog činjenja ili nečinjenja koja još uvek ne predstavljaju kršenje međunarodno priznatih normi o ljudskim pravima.

U članu 19. se ukazuje da države treba da razmotre unošenje normi (u svoje nacionalno zakonodavstvo) koje zabranjuju zloupotrebe vlasti i predviđaju pravne lekove za žrtve tih zloupotreba

Možda je najbitnija norma iz člana 21. koja nalaže da države treba povremeno da preispitaju postojeće zakonodavstvo i praksu da bi ih prilagodili promenjenim okolnostima, kao i da usvajaju, i, po potrebi, primenjuju zakonske tekstove kojima se zabranjuju svi postupci koji predstavljaju tešku zloupotrebu političke ili ekonomske moći i podstiču politike i mehanizmi sprečavanja tih dela; ti zakoni treba da predviđaju odgovarajuća prava i pravne lekove za žrtve tih dela i da jamče njihovo sprovođenje.

Nova ideja je da nema krive žrtve, ali da ima krive vlasti koja zloupotrebljava moć. Tako je „otkriven“ novi viktimizator – država.

Ilustracija širokog okvira viktimizacije je indikativna: nelegalizovanje papira useljenika je po jednom autoru<sup>28</sup> legalizovan prostor državnog nasilja kojim

---

27 Bouzat, P., *Juris classeur penal*, 1971, note, br. 16770.

28 Genet-Bensaid, Ch., (2004), *Les sans papiers, Victimes du present, victimes du passe, Vers la sociologie des victimes*, Sous la direction de Bogalska-Martin, E., str. 73-93, L'Harmattan.

se kriminalizuju imigranti, ljudi bez papira. Povezivanje kolektivne viktimizacije i zloupotrebe moći se može izvesti formulacijom *moć nad egzistencijom*<sup>29</sup>.

Vremenska distanca između zapažanja „novog“ problema i njegove eskalacije u sadašnjoj „migrantskoj krizi“ je zastrašujuće skraćena, a put od analize i problematizovanja pravnog pitanja do nehumanog odbacivanja ljudskih prava još i više zastrašujuće.

Zadržimo se na ovom primeru u kratkim crtama.

Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima (1948), između ostalih etablira i *pravo slobode kretanja* (u okviru podgrupe slobode govora, vere i udruživanja)<sup>30</sup>.

Sloboda kretanja, prema Burgentalu, izričito podrazumeva pravo svako- ga da napusti bilo koju zemlju, uključujući sopstvenu, i vrati se u svoju zemlju. Takođe, garantuje se pravo „da se traži i uživa, u drugim zemljama *utočište od progona i pravo na državljanstvo*.“

Dovoljno ja da samo pođemo od osnovne definicije da su izbeglice lica koja zbog *straha od proganjanja* napuste zemlju prebivališta, koja je najčešće i zemlja njihovog državljanstva<sup>31</sup>.

Za regulisanje međunarodnog položaja izbeglica, kao najznačajniji dokument se pominje Konvencija o statusu izbeglica iz 1951. godine. U njoj se izbeglica određuje kao lice koje ima opravdan strah od proganjanja zbog svoje rase, vere, nacionalnosti, pripadnosti određenoj društvenoj grupi, ili svojih političkih mišljenja, te se nađe izvan zemlje porekla i ne može se ili se ne želi staviti pod zaštitu te zemlje, ili se u nju vratiti zbog straha od proganjanja. Godine 1967. donet je Protokol o izbeglicama koji zajedno sa Konvencijom iz 1951. celovito reguliše definiciju izbeglice, zajedno sa uslovi- ma za prestanak i isključenje iz izbegličkog statusa; pravni status izbeglica u zemlji azila, njihova prava i obaveze, i posebno pravo da budu zaštićeni od prisilnog povratka na teritoriju gde bi njihov život ili sloboda bili ugroženi.

Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima (1948), između ostalih etablira i *pravo slobode kretanja* (u okviru podgrupe slobode govora, vere i udruživanja).<sup>32</sup>

Sloboda kretanja, prema Burgentalu, izričito podrazumeva pravo svako- ga da napusti bilo koju zemlju, uključujući sopstvenu, i vrati se u svoju zemlju.

---

29 Viano, E., (1992), *Critical Issues in Victimology, International Perspectives*, str. 5, Springer, New York.

30 Burgental, T.,(1997) *Međunarodna ljudska prava* (u sažetom obliku), str. 51, COLPI, Beogradski centar za ljudska prava.

31 Dimitrijević, V., Popović, D., Papić, T., Petrović, V., (2006), *Međunarodno pravo ljudskih prava*, str. 296, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd.

32 Burgental, T., *ibid*.

Takođe, garantuje se pravo „da se traži i uživa, u drugim zemljama utočište od progona i pravo na državljanstvo.“

Umesto komentara dovoljno je suočiti političku stvarnost sa ovim normama, od kojih su neke deo običajnog međunarodnog prava. Posebno treba imati u vidu da je takva zabrana refoulement-a što znači da ga čak i države koje nisu potpisnice Konvencije o izbeglicama moraju poštovati.

Zloupotreba moći kao pojam se može određivati u širem i užem smislu.

U širem smislu ona podrazumeva svaku moć nad egzistencijom drugog, njegove budućnosti, pa je dijapazon mogućih situacija širok, od zloupotrebe moći vojnih snaga, multinacionalnih korporacija do zloupotrebe roditeljskog prava.

Uži okvir bi obuhvatio zloupotrebu moći državne vlasti. Time se otvara novo pitanje: koje države ili međunarodne tvorevine (legalno prisutnog entiteta koji može generisati organizovani kriminal) se mogu dovoljno precizno definisati da bi se mogle označiti kao viktimizator? Kako eksplicitno kaže Viano<sup>33</sup>, nažalost su to ponašanja koja bi bila kriminalna kada bi se odnosila na nekog drugog, a ne na one koji kontrolišu žrtve.

Delikti zloupotrebe moći, (*abuse of power*) nezavisno od velikih prouzrokovanih šteta, najčešće nemaju neposredno vidljivu žrtvu u paru sa izvršenim deliktom, već su posledice, moglo bi se reći doživljene na nivou apstraktnog pojma, a u odnosu na žrtvu, učinilac je apstraktni entitet (državni organi, monopolisti).

Apstrakcija koja tako pokriva i zamagljuje protivpravna ponašanja doživljava se, ali, što je važnije objašnjava i predstavlja javnosti kao posledica isto toliko apstraktnih pojmova tržišne konkurencije, ugroženosti nacionalne bezbednosti ili nekog sličnog „državnog razloga“ koji ne treba preispitivati. U kriminološkoj teoriji se mogu naći slabi nagoveštaji prepoznavanja ovog problema.

Može se ipak zapaziti neka vrsta klasifikacije ovih zločina, mada nedovoljno konsenzualna, da bi dozvolila zaključak o problemu. Za ovu vrstu kriminala najviše važi pravilo da je to zabranjena tema. To je kriminalitet vladajućih: korupcija, eliminisanje političkih protivnika, sudski imunitet od gonjenja i kriminalitet belog okovratnika<sup>34</sup>.

Zločini vlasti su prema Hogan-u<sup>35</sup> kršenja ljudskih prava koja iz ideoloških razloga vrše javni službenici ili njihovi agenti. U ovu grupu zločina on ubraja:

---

33 Viano, E., *ibid*.

34 Karmen, A., *op. cit.*, str. 11.

35 Hagan, F., *Political Crime- Ideology and Criminology*, Needham Heights, 1997. Prema Ignjatović, Đ., *Kriminologija, Dosije*, Beograd, str. 161, 2007.

delovanje tajnih policija, kršenje ljudskih prava političkih protivnika, genocid, zločine policije, nezakonito praćenje, prisluškivanje i eksperimentisanje.

Nova ideja o tome da su zločini zloupotrebe moći deo političkog kriminala ima dalekosežne posledice. Priznavanje da postoje najteži zločini koji se čine iz ideoloških ili prosto razloga pohlepe je međukorak ka priznavanju da zločini kršenja ljudskih prava od strane države dovodi do novog pojma – zločini države.

Zločini države je stidljivo plasiran pojam iz više razloga. Jedan od osnovnih je sigurno kultura nekažnjavanja ovih najtežih zločina, koji se u magli ideoloških (religijskih, političkih) okvira uvek pretvaraju, projektuju u viši cilj ili razlog, koji takođe uvek poništava individualno mišljenje, postojanje i izbor.

Tema o deliktima zloupotrebe političke moći zahteva posebnu pažnju. Ona je nesumnjivo velika tema dvadesetprvog veka i mora se razvijati u pravcu „poštenije“ obrade konkretnih pitanja – da pomenemo samo povrede humanitarnog prava.

## **5. Zaključak**

Nova stepenica u objašnjenju pozicije načela zakonitosti se može naći u činjenici uticaja novog društva na krivično pravo.

Naime, u širem opsegu posmatrano načelo legaliteta je jedna od važnijih tekovina političkog liberalizma. Može se dodati da ono pripada krugu instrumenata koji obezbeđuju parlamentarnu demokratiju u najopštijem smislu, uključujući i podelu vlasti. Ove karakteristike savremenog društva, potpomognute idejom o savremenoj državi kao državi vladavine prava se obično smatraju relativno postignutom formulom. U tom smislu se ne postavljaju pitanja o verodostojnosti tih konstatacija.

Međutim, politički neoliberalizam je nova stvarnost. Neoliberalni koncept je prvenstveno ekonomski, ali uobičajeno donosi posledice u vidu promene politike u shvatanju uloge države i prava.

Ukratko, neoliberalizam je termin<sup>36</sup> koji označava primarnim „spontani poredak“ koji podrazumeva samoograničenje prava u korist organizacije društva i tržišta. Tako neoliberalna utopija pokušava da predloži i stvori sintezu slobodnog tržišta i „bezbedne“ države. Koreni novog doba se vezuju za deceniju 1980-1990, odnosno početke vladavine koncepta minimalne države (M. Tačer i R. Regan) i novog viđenja demokratije nakon pada Berlinskog zida. Označava se i kao anti-etatistička doktrina. Stavljajući u prvi plan „anarhični individualizam“, propagira vladavinu slobode u interesu pojedinca. Ukratko, smatra da nova ideja treba da bude ostvarenje harmonične kohabitacije individualnih strategija.

---

36 Hayek, *Droit, legislation et liberte*, 3 vol., PUF, 1973-1979, cit. Prema Salas, D., op. cit., str. 62.

Minimiziranje uloge države kao jedna od važnih posledica nove utopije je onaj mehanizam koji je u značajnoj meri uticao na današnju krizu. Gledano iz pozicije prava, posebno krivičnog, minimiziranje uloge države znači „pasivno“ prilagođavanje, praćenje strukturalnih promena čiji je nužni faktor i realna promena vrste kriminaliteta u savremenim uslovima. Oslabljena pozicija države nužno vodi napuštanju striktno primene načela zakonitosti i prevođenje u ulogu borbe protiv organizovanog kriminala.

Ova tendencija se može prepoznati u nekoliko oblika.

Svođenje zakona na formu pisane zabrane, u smislu da je propisanost krivičnog dela njegova suština menja ceo pogled na problem. Ono što je već pomenuto kao tendencija postepeno prelazi u novu suštinu.

Svođenje zakona na formu bez specifične sadržine koja je vekovima poručivala da je krivično delo zlo, čini se osnovom problema savremenog položaja krivičnog prava.

Preciznije rečeno, ako i dalje prihvatamo da je krivično pravo *ultima ratio* društvene reakcije, a podnačela legaliteta insistirajući na visokom standardu preciznosti, restriktivnom tumačenju i ostalim atributima o kojima smo govorili koreni njegove zaštite, kako razumeti činjenicu izvrnutog tumačenja – da je dozvoljeno sve ono što nije zabranjeno. Nerazumevanje suštine uputstava načela zakonitosti, ili kao posledica zlonamernog tumačenja neretko dovodi do napuštanja potrebne generalizacije u korist nedovoljne (vraćanje na primitivne inkriminacije tipa nabiranja – čime sve što nije nabrojano nije kažnjivo). Sledeći primer može biti erozija *lex scripta* u pravcu da je zakon u funkciji informacije. Informisani pojedinac uklapa svoje ponašanje i njegove posledice u zakonski dozvoljeni okvir i društvena „harmonija“ je obezbeđena. Umesto obaveštenosti građana ovde se radi o posedovanju dobre informacije koja smanjuje rizik kažnjivosti.

Shvatajući kriminal kao ponašanje lišeno vrednosne komponente, kriminal kao posao, u literaturi se prepoznaju tragovi objašnjenja koja koriste neke poznata uzore (Bekarija i Bentam) ideje o isplativom zločinu koje takođe menja ulogu krivičnog zakona. Sve ove napomene treba shvatiti kao razmišljanja o novom položaju u kome se našlo krivično pravo i njegovo osnovno načelo. Utilitarizam kao novi način mišljenja nesumnjivo je okrnjio u bitnoj meri podrazumevano značenje načela zakonitosti. Stoga bi se moglo zaključiti da novo krivično pravo mora pronaći nove instrumente efikasnog funkcionisanja u (ili nasuprot) neoliberalnom duhu i društvenom modelu, ili da u suprotnom postane ritual lišen vrednosne komponente, ukoliko razlikovanje dobra od zla još uvek smatramo vrednošću.

Eliot Currie<sup>37</sup> naglašava da *private gain* (private svrhe, korist) postaje osnov subordinacije društvenih principa. Ali on je istovremeno kriminogeni faktor, pošto ustanovljava nejednakost, koncentrisanu ekonomsku deprivaciju, erodira mogućnosti uže zajednice koje su pružale neformalnu podršku (socijalizacija i kontrola mladih) fragmentacija porodice, glorifikuje kulturu Darvinovske utakmice za status i resurse i postavlja novi nivo potrošnje, konsumpcije koji ne mogu svi dostići koristeći legalne puteve.

Pitanje o formuli vladavini prava ili vladavini ljudi tako opstaje kao nerešiva dilema.

## 6. Literatura

- Arroyo Zapatero, L., The international harmonization of criminal law, Cahiers de defence sociale, Pour une Politique Criminelle Humaniste, Spain, 2011-2012.
- Begorre-Bret, C; Morana, C., (2012), La justice, EYROLLES, Paris.
- Bobio, N., (1990), Budućnost demokratije-odbrana pravila igre, Libertas, Filip Višnjić, Beograd.
- Bouzat, P., (1971), Juris classeur penal, note, br. 16770.
- Burgentel, T., (1997), Međunarodna ljudska prava (u sažetom obliku), COLPI, Beogradski centar za ljudska prava.
- Currie, E., (1998), Crime and market society: lessons from the United States, 134-42 in P. Walton and J. Young, eds. The New Criminology Revisted, London Macmillan.
- Dimitrijević, V., (2016), Strahovlada: Ogled o ljudskim pravima i državnom teroru, Peščanik i Fabrika knjiga, Beograd.
- Dimitrijević, V., Popović, D., Papić, T., Petrović, V., (2006), Međunarodno pravo ljudskih prava, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd.
- Dimitrijević, N., Kako čitati ustav, Narodna biblioteka Srbije, iz ciklusa Kako čitati, Peščanik.net, 29.02.2012.
- Genet-Bensaid, Ch., (2004), Les sans papiers, Victimes du present, victimes du passe, Vers la sociologie des victimes, Sous la direction de Bogalska-Martin, E., L'Harmattan.
- Harašić, Ž., Dometi sistematskog tumačenja u pravu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 46, 2009/2.

---

37 Currie, E., (1998), Crime and market society: lessons from the United States, 134-42 in P. Walton and J. Young, eds. The New Criminology Revisted, London, Macmillan.

- Held, D., McNally, K., Social Europe, 15.09.2016, Path to Authoritarianism: The Collapse of the politics of Accomodation.
- Lambert-Abdelgawad, E., La proliferation de tribunaux paralleles pour la dénonciation des crimes internationaux: quelle leçon de justice? Chronique internationale, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, br. 1/2006.
- Lukić, R., (1954), Teorija države i prava II Teorija prava, Naučna knjiga, Beograd.
- Majić, M., Načelo legaliteta – normativna i kulturna evolucija (I deo), Anali Pravnog fakulteta u Beogradu,1/2009.
- Mannheim, K., (2006), Ideologie et Utopie(1929), Maison des sciences de l’homme,
- Muller,J.V., (2016), The Problem with „Illiberal Democracy“, Social Europe, 22.09. 2016.
- Pavčnik, M., (2003) Pravo, Ljubljana.
- Radbruch,G.(1973), Filozofija prava, Nolit, Beograd.
- Salas, D., (2012), La Justice devoyee, (Critique des utopies securitaires),Ed. des Arenes), Paris.
- Simović - Hiber, I., (2007), Sistem rasprava o ideji vladavine prava, osnovama krivičnog zakona, pojmu zločinačke grupe i internacionalizaciji krivičnog prava, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd
- Simović - Hiber I., (1991), Stadijumi izvršenja krivičnog dela i prednacrta KZ SFRJ, in: Reforma opšteg dela KZ SFRJ i savremene tendencije u jugoslovenskom krivičnom pravu, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd.
- Tomuštat, K., (2006), Ljudska prava između idealizma i realizma, str. 103, Beogradski centar za ljudska prava.
- Viano, E., (1992), Critical Issues in Victimology, International Perspectives, Springer, New York.
- Visković, N., (2001), Teorija države i prava Zagreb.



**Prof. dr Ivana Simović - Hiber**  
**Fakultet bezbednosti Univerziteta u Beogradu**

**ESSAY ON CRIMINAL LAW AND RULE OF LAW IN THE CASE OF  
THE PRINCIPLE OF LEGALITY - A RETROSPECTIVE  
AND PERSPECTIVES**

*The author is trying to analyse the principle of legality and legitimacy of criminal law in the contemporary context. The term contemporary context refers to the neoliberal model of the social organisation. Having in mind several levels and factors that affect the erosion of respect of the subprinciples (lex praevia, scripta, stricta, certa) the crosscheck of this statement will be conducted upon two basic models. One of them are contemporary influences on the principle of legality within the legal system (domestic and international criminal law), and the others have legal character (abuse of power and the neoliberal model of the social organisation). The conclusion is that non-legal influences are inevitable and dangerous for the existence of the principle of legality and legitimacy of the crime legislation, and they are influencing the shape and essence of the new criminal law (legislation) through the politics of accommodation and adaptation formula. The essence of the problem is that the instrumentation of the liberal criminal law (protection of value of liberty, equality and human rights) is not formally repudiated, but the contemporary context is made of the opposing post-libertarian values. Therefore the new criminal law must find new instruments efficient in functioning (or as opposed to) the neoliberal social organisation, otherwise it will become a ritual game deprived of the value component (distinguishing evil from good).*

**Keywords:** *principle of legality, abuse of law, internal and external reasons for the violation of the principle of legality, neoliberal utopia, law without moral grounds.*



**Prof. dr Drago RADULOVIĆ**  
Pravni fakultet Univerziteta  
Crne Gore Podgorica

**Pregledni članak**  
**UDK: 340.134:343.13 (497.16)**  
**Primljeno: 15. novembra 2016. god.**

## **POGLED NA NOVI ZAKON O IZMJENAMA I DOPUNAMA ZAKONIKA O KRIVIČNOM POSTUPKU CRNE GORE**

*Reforma krivičnog procesnog zakonodavstva u Crnoj Gori koja je u zadnjoj deceniji intezivirana, nastavljena je donošenjem Zakona o izmjenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku 2015. godine. Za razliku od prethodnih zakonodavnih intervencija kojima se često prilazilo bez odgovarajućih priprema i na brzinu, ovog puta pisanju Zakona pristupilo se nakon neophodnih priprema i što je najvažnije u velikoj mjeri uzeta su iskustva u primjeni Zakonika. Sve izmjene se mogu podijeliti u dvije grupe – one koje su više pravnotehničke prirode i odnose se na otklanjanje određenih nejasnoća i protivrječnosti u Zakoniku i one koje predstavljaju uvođenje novih zakonskih rješenja. Nakon što u uvodnom dijelu autor komentariše da li su nam potrebne tako česte izmjene u ovoj grani zakonodavstva, u nastavku se osvrće na najznačajnija nova zakonska rješenja i daje ocjenu o njihovom značaju za ostvarivanje ciljeva krivičnog postupka.*

**Ključne riječi: reforma krivičnog procesnog zakonodavstva, izmjene i dopune Zakonika, pravosuđe.**

1. Reforma krivičnog procesnog zakonodavstva u Crnoj Gori je jedan segment ukupnih reformi koje su u zadnje dvije decenije zabilježene u Crnoj Gori. Reforma ove grane zakonodavstva prisutna je ne samo na prostoru zemal-

ja bivše Jugoslavije ili, kako se to danas često kaže, u zemljama regiona, gdje su duboke promjene na društveno-ekonomskom planu determinisale i legislativne promjene, nego i u zemljama stabilnijeg pravnog poretka. Ova reforma, kako u Crnoj Gori, tako i na gore pomenutim prostorima, zadnju deceniju i nešto više, karakteristična je i po tome što je sve naglašeniji uticaj naddržavnih organizacija koje propisuju pravila krivičnog postupka nastojeći da uspostave pravne standarde s kojima se normalizuju nacionalni pravni sistemi<sup>1</sup>.

Zakonodavne intervencije započele su još u okviru Državne zajednice Srbije i Crne Gore donošenjem Zakonika o krivičnom postupku 2003.<sup>2</sup>, zatim su ubrzo nastavljene donošenjem Zakona o izmjenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku 2006.<sup>3</sup> Još se nismo, takoreći, ni navikli na novo krivičnoprocesno zakonodavstvo, a usljedilo je donošenje novog Zakonika o krivičnom postupku 2009.<sup>4</sup>, koji je uveo dosta radikalne izmjene počev od uvođenja tužilačke istrage umjesto sudske istrage, pa do uvođenja nekih instituta adverzijalnog postupka kao što je sporazum o priznanju krivice. Za sve ove zakonodavne intervencije karakteristično je da su sprovedene u relativno kratkom vremenskom periodu, kao da se želilo što prije izaći iz starog zakonodavnog okvira i „obučiti novo ruho“ preuzimanjem tuđih rešenja, pri tome ne vodeći dovoljno računa da li se neki instituti koji su se pokazali dobrim na drugim prostorima, mogu primijeniti u našim uslovima.

Čini nam se da bi pravi put u reformi krivičnoprocesnog zakonodavstva bio da se prvo sagleda koji su to problemi u primjeni važećeg zakonodavstva na koje ukazuje praksa, pa onda posezati za novim rešenjima koji će obezbijediti, s jedne strane normativnu osnovu za efikasniji krivični postupak i s druge strane u što većoj mjeri obezbijediti zaštitu sloboda i prava građana<sup>5</sup>. Naglašavanje značaja prakse u zakonodavnom postupku temelji se na činjenici da praksa treba znatnije da trasira put ka novom zakonu ili njegovim izmjenama, jer je ono najbolje ogledalo zakona i pokazatelj koji se problemi javljaju u primjeni<sup>6</sup>. Prvi korak na tom putu reforme trebalo bi da bude jedno empirijsko istraživanje kojim bi se

- 
- 1 Dr Vojislav Đurđić, Komparativna rješenja u prethodnom krivičnom postupku i njihova implementacija u krivično procesno zakonodavstvo, u Zborniku „Zakonodavni postupak i kazneno zakonodavstvo“, Beograd, 2009, g, str. 137.
  - 2 Službeni list RCG. br. 71/03.
  - 3 Službeni list RCG. br. 47/06.
  - 4 Službeni list CG. br. 57/09.
  - 5 Dr Drago Radulović, Aktuelna pitanja krivičnoprocesnog zakonodavstva Crne Gore, Pravni Zbornik, br. 1-2, 2013.
  - 6 O tome šire: dr Drago Radulović, Da li su iskustva u jednogodišnjoj primjeni novog Zakonika o krivičnom postupku trasirala put njegovim izmjenama i dopunama, Pravna riječ, br. 33/ 2012.

istražilo koji su problemi u primjeni važećeg ZKP, da bi se u novom ti problemi otklonili, što na ovolikom prostoru kakav je Crna Gora ne bi bilo teško sprovesti.

Reforma krivičnoprocesnog zakonodavstva dalje je nastavljena donošenjem Zakona o izmjenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku 2015. godine<sup>7</sup>. Na ovom mjestu nećemo se baviti pitanjem da li su nam potrebne tako česte izmjene ovog zakonodavstva<sup>8</sup>, ali možemo zapaziti da se ovoga puta na nešto drugačiji način pristupilo reformi.

U tom smislu Vlada Crne Gore je nakon donošenja ZKP 2009. godine odmah donijela Plan implementacije ZKP i obrazovala Komisiju za praćenje implementacije sa zadatkom da, između ostalog, koordinira aktivnosti na sprovođenju Plana. U cilju daljeg praćenja primjene ZKP u 2012. godini organizovana je regionalna Konferencija pod radnim naslovom „Modeli zakonskih rešenja u borbi protiv organizovanog kriminala i korupcije“ i tri stručne rasprave na kojima su razmatrana aktuelna pitanja u vezi sa primjenom ZKP. Na osnovu ovih aktivnosti kao i izvještaja i predloga sa terena od Vrhovnog suda, Vrhovnog državnog tužilaštva, Ministarstva unutrašnjih poslova, Uprave policije, Apelacionog suda, viših sudova i nekih osnovnih sudova, kao i Advokatske komore, Ministarstvo pravde je pripremlilo izvještaj o potrebi izmjena i dopuna ZKP i istakla više razloga za novom reformom ovog zakonodavstva, počev od potrebe za njegovim usklađivanjem sa Ustavom, jer je bio pokrenut postupak za ocjenu ustavnosti nekih odredbi ZKP. Nadalje, tu je i dodatno osavremenjavanje ZKP korišćenjem nekih zakonskih rešenja iz uporednog zakonodavstva. Osim toga, određeni nacionalni dokumenti kao što je Akcioni plan za pregovaračka poglavlja 23 i 24 odnose se na unapređenje ovog zakonodavstva u okviru strateškog cilja jačanja efikasnosti pravosuđa.

Sve izmjene i dopune u Zakonu o izmjenama i dopunama ZKP mogli bismo podijeliti u dvije grupe: one kojima se otklanjaju neke nejasnoće i protivrečnosti određenih odredbi ZKP, i one koje su nove. Mi ćemo se osvrnuti na one odredbe koje predstavljaju novinu u ZKP.

2. Do sada u ZKP nije bilo određeno kada se smatra da počinje krivični postupak što je nekad značajno za ostvarivanje određenih prava okrivljenog u krivičnom postupku, a ništa nije manjeg značaja kada se radi o ograničenju određenih prava okrivljenog van krivičnog postupka, što je regulisano drugim zakonima. Radi toga su bila podijeljena mišljenja po pitanju kada se uzima da počinje krivični postupak, pa je po nekima krivični postupak započinjao aktom

---

7 Službeni list CG, br. 35, 2015. g.

8 O tome šire: dr Drago Radulović, Da li su nam potrebne tako česte izmjene krivičnoprocesnog zakonodavstva, Pravna riječ, br. 23, 2010.

tužioca (shodno principu *nemo iudex sine aktare*),<sup>9</sup> a po drugima odlukom suda, a akt tužioca je samo pretpostavka za pokretanje krivičnog postupka.<sup>10</sup>

Ovu dilemu riješio je Zakonodavac prihvatanjem, u određenom smislu, mješovitog rešenja u odnosu na ranije podijeljena mišljenja, a po uzoru na zakonodavstvo Srbije<sup>11</sup>, pa se u slučaju kada se sprovodi istraga uzima da postupak započinje donošenjem naredbe o sprovođenju istrage (dakle aktom tužioca), a u drugim slučajevima postupak počinje odlukom suda i to:

- potvrđivanjem neposredne optužnice,
- određivanjem glavnog pretresa u skraćenom postupku, odnosno donošenjem rešenja o izricanju krivičnih sankcija bez glavnog pretresa,
- određivanjem glavnog pretresa u postupku izricanja mjera bezbjednosti obaveznog liječenja i čuvanja,
- odlukom suda o pokretanju postupka po privatnoj tužbi,
- potvrđivanjem optužnice oštećenog kao tužioca

3. U Predlogu Zakona o izmjenama i dopunama bilo je predviđeno kada se uzima da započinje krivično gonjenje<sup>12</sup> i ono je bilo vezano za postojanje osnova sumnje kao najnižeg stepena sumnje o postojanju krivičnog djela i učinioca, ali u konačnoj verziji Zakona ta odredba je izostavljena. Pri tome se previdjelo da je kod zakonskog izraza načela legaliteta krivičnog gonjenja ostalo kao uslov za preduzimanje gonjenja potrebno postojanje osnova sumnje, umjesto osnovane sumnje, kako je ranije bilo u ZKP.

4. Jedan od razloga za izuzeće sudije jeste „ako je u istom predmetu vršio dokazne radnje“, pa se u praksi kao sporno pojavilo pitanje da li sudija koji je odlučivao o pritvoru može da učestvuje u sudećem vijeću. Jedni su bili mišljenja da se kod određivanja pritvora ne vrše dokazne radnje, nego samo „izjašnjavanje okrivljenog o okolnostima djela“.

Drugi su bili mišljenja da se i kod određivanja pritvora preduzimaju dokazne radnje i bili su u pravu, jer kod određivanja pritvora sudija za istragu mora da utvrdi da li postoji materijalnopравни osnov za određivanje pritvora, a to je osnovana sumnja koja treba da se temelji na određenim dokazima i neki od posebnih (procesno-pravnih osnova). Zakonodavac je to riješio odredbom da

---

9 Dr Zagorka Jekić, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 1994. str. 289.

10 Dr Božidar Marković, *Udžbenik sudskog krivičnog postupka Kraljevine Jugoslavije*, Beograd, 1930. str. 45, dr Tihomir Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Beograd, 1981. str. 13, dr Čedomir Stevanović, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 1994. str. 292, dr Momčilo Grubač, *Krivično procesno pravo, Tok krivičnog postupka*, Novi Sad, 1998. str. 11, dr Drago Radulović, *Krivično procesno pravo*, Podgorica, 2002. str. 283.

11 Vidjeti dr Goran P. Ilić i drugi, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2013. str. 81.

12 Slično kao što je predviđeno u ZKP Srbije, vidjeti dr Goran P. Ilić i drugi, *Op. cit.* 78.

sudija za istragu ne može učestvovati u suđenju u predmetu u kojem je postupao kao sudija za istragu.

5. I prije izmjena ZKP pravo na branioca, pa i kad je riječ o obaveznoj stručnoj odbrani, bilo je izdignuto na nivo međunarodnih standarda. Tako, naprimjer u slučaju određivanja branioca po službenoj dužnosti bilo je omogućeno okrivljenom da, po vlastitom izboru izabere branioca sa spiska kojeg Advokatska komora dostavlja. Međutim, brzo su se u praksi pojavile i zloupotrebe tog prava, pa se dešavalo da okrivljeni u slučaju obavezne odbrane izabere branioca u izviđaju ili u istrazi, pa mu potom otkaže punomoćje, da bi potom, koristeći gore navedenu zakonsku mogućnost određivanja branioca po službenoj dužnosti, ponovo izabrao istog branioca. To je bio razlog za izmjenu ove odredbe, pa je sada predviđeno da se u slučaju određivanja branioca po službenoj dužnosti isti postavlja po redosljedu sa spiska Advokatske komore Crne Gore, a ne po izboru okrivljenog sa tog spiska. Međutim, ovom izmjenom otvorio se drugi problem, a to je da li se njom obezbjeđuje pravo okrivljenog na tzv. djelotvornu odbranu proklamovano Evropskom Konvencijom o zaštiti ljudskih prava, pošto se svi advokati ne bave jednako krivicom.

Inače, slučajevi kad je obavezna stručna odbrana bili su raspoređeni u više odredbi ZKP, pa su sada svi navedeni u jednom članu (čl. 69. ZKP).

6. Proširen je broj slučajeva kada ovlašćeni policijski službenik može da uđe u tuđi stan i po potrebi izvrši pretresanje, a to je u slučajevima ako držalac stana to traži ili ako neko zove u pomoć ili ako je to neophodno radi sprečavanja vršenja krivičnog djela ili neposrednog hvatanja učinioca krivičnog djela ili radi spašavanja ljudi ili imovine ili radi izvršenja odluke o pritvoru ili dovođenju okrivljenog ili drugog lica ili radi lišenja slobode učinioca krivičnog djela koji je u bjekstvu ili lica za kojim je raspisana potjernica ili ako se pretresanje ima izvršiti u javnim prostorijama.

7. Mjere tajnog nadzora kao specijalne dokazne radnje po prvi put su uvedene u ZKP od 2003. g i kod njihove reglementacije pojavilo se nekoliko pitanja<sup>13</sup>: Kad se pribjegava njihovoj primjeni, koji stepen sumnje je potreban za njihovo naređivanje, u nadležnost kom organu je dato pravo određivanja koliko mogu da traju, katalog djela za koja mogu biti određene i slično. Sve ove mjere određivao je istražni sudija i one su se mogle odrediti samo u pretkrivičnom postupku.

Izmjenom ZKP od 2006. godine u pogledu organa nadležnog za određivanje ovih mjera napravljena je klasifikacija, tako da je istražni sudija

---

13 O tome šire: dr Drago Radulović, Posebne dokazne radnje u otkrivanju i dokazivanju teških oblika kriminaliteta, u Zborniku „Teški oblici kriminaliteta i državna reakcija“, Trebinje, 2013. str. 54-64.

određivao one mjere koje su po svojoj prirodi predstavljale veću povredu prava na privatnost (kao naprimjer tajni nadzor i snimanje telefonskih razgovora i drugih komunikacija na daljinu), a na predlog državnog tužioca, a one mjere koje predstavljaju manju povredu prava na privatnost (kao naprimjer praćenju previza i isporuke predmeta krivičnog djela) određuje državni tužilac samoinicijativno ili na predlog policije. Zakonikom od 2003. g. nije bilo riješeno pitanje dokaznog značaja slučajnog nalaza u odnosu na lice. Da podsjetimo slučajni nalaz može da bude u odnosu na krivično djelo i u odnosu na lice, a to je slučaj kada se izvršenjem naredbe kojom je mjerom određeno (za tačno određeno djelo i u odnosu na određeno lice) otkrije i neko drugo krivično djelo ili drugi učinilac koji nisu bili obuhvaćeni naredbom. Kad je riječ o drugom krivičnom djelu, taj nalaz je imao dokazni značaj, ali je ostalo otvoreno pitanje dokaznog značaja slučajnog nalaza u odnosu na lice, pa je to stvaralo probleme u praksi. To pitanje riješio je ZKP od 2009. g. tako što je propisano da i taj slučajni nalaz u odnosu na „upecano“ lice ima dokazni značaj ako se radi o krivičnim djelima za koja se inače mogu odrediti mjere tajnog nadzora. Istovremeno, ovim ZKP su odredbe o mjerama tajnog nadzora iz poglavlja pretkrivični postupak (sada izviđaj) premještene u poglavlje o dokaznim radnjama uopšte, tako da se one mogu odrediti ne samo u izviđaju (ranije pretkrivičnom postupku) nego i u toku krivičnog postupka.

Izmjenama ZKP iz 2015. godine učinjene su značajne izmjene na koje je, uglavnom, ukazivala praksa. Međutim, odmah da naglasimo da su mnoga pitanja koja su se pojavila u praksi proizvod nerazumijevanja ili sagledavanja „duha zakona“, odnosno mišljenja da sve u ZKP treba da bude detaljno regulisano, pa da treba samo čitanje, a ne tumačenje norme. Ali, da bi se otklonile određene dileme i riješila sporna pitanja učinjene su određene izmjene. Jedna od njih je vezana za trajanje naredene mjere jer je prvobitno rešenje o njihovom maksimalnom trajanju (do sedam mjeseci) u praksi ocijenjeno kao nedovoljno pogotovo za neke mjere. Tako one sada mogu da traju do četiri mjeseca, a iz opravdanih razloga se za isto krivično djelo i protiv istog lica mogu produžiti najduže do osamnaest mjeseci, kakvih rešenja ima i u uporednom zakonodavstvu<sup>14</sup>. Uz to predviđeno je da se izvršenje mjere može naredbom prekinuti kad prestanu razlozi za njenu primjenu, a prekinute mjere se, iz opravdanih razloga, mogu nastaviti, ali se u maksimalni rok računa i vrijeme prekida izvršenja mjere. Novina je i to da može da dodje i do zamjene prvobitno određene mjere, ako se u toku njenog izvršenja pokaže da se njom ne može

---

14 Šire o tome: dr Drago Radulović, Specijalne istražne radnje i valjanost dokaza pribavljenih preduzimanjem tih radnji u krivičnom procesnom Zakonodavstvu Srbije i Crne Gore i opšteprihvaćeni pravni standardi u Zborniku, „Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i krivično zakonodavstvo Srbije i Crne Gore“, Zlatibor 2004. str. 461-472.



postići očekivani rezultat drugom mjerom, ali uz ograničenje da se u maksimalni rok trajanja novoodređene mjere računa i vrijeme trajanja prethodno određene mjere. Učinjene su izmjene i u pogledu kataloga krivičnih djela za koje se mogu odrediti mjere, jer se pokazalo da se neka krivična djela koja su se nalazila u katalogu mogu i otkriti i dokazati „klasičnim“ metodama. Novina je da se mjera „praćenje previza i isporuke predmeta krivičnog djela“ može odrediti i prema predmetu krivičnog djela u slučaju kada se ne raspolaže o identitetu učinioca krivičnog djela. Takođe, mjere se mogu narediti i prema licu za kojim je raspisana međunarodna potjernica ili prema trećem licu za koje postoji osnov sumnje da je u direktnom kontaktu sa licem za kojim je raspisana međunarodna potjernica.

8. Odredbe o pritvoru su obuhvaćene najnovijim izmjenama. Na potrebu izmjena i dopuna nekih odredbi ukazao je Ustavni sud, a na neke praksa. Ove na koje je ukazala praksa, po našem mišljenju, više su posljedica nerazumijevanja, a ne nejasnoće norme. Ustavni sud je proglasio neustavnom odredbu čl. 175. st. 1. tač. 4. Radi se o odredbi sličnoj onoj iz ZKP od 1976. g. tzv. „uznemirenje javnosti“, koje je i ranije bilo sporno i koja je svojevremeno proglašena neustavnom, a po kojoj se pritvor može odrediti ako je u pitanju krivično djelo za koje je propisana kazna zatvora od deset godina ili teža kazna i koje je posebno teško zbog načina izvršenja ili posljedica, a postoje izuzetne okolnosti koje ukazuju da bi puštanje na slobodu dovelo do ozbiljne prijetnje očuvanju javnog reda i mira. Po ocjeni Ustavnog suda dio odredbe „a postoje izuzetne okolnosti koje ukazuju da bi puštanje na slobodu dovelo do ozbiljne prijetnje očuvanju javnog reda i mira“ u suprotnosti je sa članom 30. st. 1. Ustava, po kojoj se pritvor može odrediti samo iz procesnih razloga, a ne i vanprocesnih. Izmjena je učinjena tako što je iz postojeće norme izostavljen osporeni dio.

Do izmjena ZKP važno je pravilo da se pritvor određuje nakon saslušanja okrivljenog, ali je sada kao izuzetak od tog pravila propisano da se rešenje o određivanju pritvora može donijeti i bez saslušanja okrivljenog ako se on krije ili ako se ne odazove pozivu za glavni pretres, uz obavezu da se on sasluša u roku od 48 časova nakon lišenja slobode, kada će se odlučiti o daljoj „sudbini“ pritvora. Protiv rešenja o određivanju pritvora koji je određen po predlogu državnog tužioca, može se žaliti i okrivljeni, ali i državni tužilac. Zašto da se državni tužilac žali ako je po njegovom predlogu određen pritvor? Državni tužilac može da se žali zbog posebnog (procesnopravnog) osnova za određivanje pritvora, jer nije svejedno po kom osnovu se pritvor određuje (naprimjer zbog toga što je mogućnost zamjene jemstvom vezana samo za neke osnove).

Do sada nije bilo jasno da li je obavezno ukidanje pritvora ako predlog za ukidanje učini državni tužilac, pa je unesena odredba da sudija za istragu obavezno ukida pritvor ako to predloži državni tužilac. Ovo je i razumljivo

obzirom da u tužilačkom konceptu istrage državni tužilac najbolje zna da li je potrebno da okrivljeni bude u pritvoru.

9. Načelo pravičnosti krivičnog postupka temelji se, između ostalog, i na jednakosti oružja, a ta jednakost ogleda se i u mogućnosti uvida u spis predmeta. To je bio razlog da su uvedena dva člana kojim se reguliše pravo uvida u spis predmeta i ograničenje tog prava. U tom smislu, osumnjičeni, odnosno okrivljeni i branilac imaju pravo uvida u spis predmeta nakon njihovog saslušanja, odnosno nakon podnošenja privatne tužbe. Oštećeni i njegov punomoćnik imaju pravo uvida u spis predmeta, a ako bi uvid u spis predmeta prije saslušanja uticao na iskaz oštećenog, pravo uvida stiže tek nakon saslušanja. Uvid u spis predmeta može se ograničiti u izviđaju i u istrazi ako bi time bila ugrožena svrha istrage, nacionalna bezbjednost i zaštita svjedoka, ali se u daljem postupku ne može ugroziti pravo na odbranu. O uskraćivanju ovog prava rešenjem odlučuje državni tužilac na koje se može, preko državnog tužioca, uložiti prigovor sudiji za istragu. Ne navodi se kakve odluke u vezi sa prigovorom može da donese sudija za istragu, ali se navodi da lica kojima je bilo uskraćeno ovo pravo nemaju pravo na uvid u razloge državnog tužioca kojim odbija zahtjev za uvid u spis predmeta, pa se onda možemo zapitati čemu će onda ova lica prigovarati.

10. U sklopu operativnih radnji (čl. 257) policija je mogla da „traži od pružaoca usluga elektronskih komunikacija provjeru identičnosti telekomunikacijskih odnosa koje su u određenom vremenu uspostavile vezu“. Ovo ovlašćenje policije je od strane Agencije za zaštitu ličnih podataka ocijenjeno kao protivustavno, jer im je to ličilo na prisluškiivanje telefonskih razgovora, što je u isključivoj nadležnosti sudije za istragu. Da bi se otklonile sve dileme, izmjenama i dopunama ovo ovlašćenje iz, naprijed navedene odredbe, je brisano, ali je unesena nova odredba (čl. 257A), pod nazivom „dostavljanje podataka o elektronskom komunikacijskom saobraćaju“ kojom je regulisana provjera uspostavljanja elektronskog komunikacijskog saobraćaja koja se vrši radi prikupljanja dokaza i otkrivanja učinioca krivičnog djela za koje se goni po službenoj dužnosti i može se vršiti samo po naredbi suda. U tom smislu je u pomenutoj odredbi propisano ako postoje osnovi sumnje da je registrovani vlasnik ili korisnik telekomunikacionog sredstva izvršio, vrši ili se priprema za vršenje krivičnog djela za koje se goni po službenoj dužnosti, na osnovu naredbe sudije za istragu, a radi otkrivanja učinioca i prikupljanja dokaza ili radi lociranja, identifikacije lica i traganja za licem koje se nalazi u bjekstvu ili lica za kojim je raspisana međunarodna potjernica, policija može:

– od operatera komunikacijskih usluga zatražiti provjeru istovjetnosti, trajanja i učestalosti komunikacije sa određenim elektronskim telekomunikaci-

jskim adresama, utvrđivanje mjesta na kojima se nalaze lica koja uspostavljaju elektronsku komunikaciju, kao i identifikacione izvore uređaja,

– tehničkim uređajem izvršiti identifikaciju IMISI i IMEI broja i lociranje telefona i drugih sredstava.

Naredbu za preduzimanje ovih radnji sudija za istragu donosi na obrazloženi predlog državnog tužioca (slično kao kod preduzimanja dokazne radnje tajni nadzor i snimanje telefonskih i drugih razgovora na daljinu) u roku od četiri sata. Ako postoji opasnost od odlaganja preduzimanje mjere može započeti na osnovu usmene naredbe sudije za istragu, ali se pisana naredba mora obezbijediti u roku od 24 časa od izdavanja usmene naredbe.

Ova odredba, u nešto izmijenjenom obliku, prenijeta je iz ZKP Hrvatske, a da li je dobro rešenje još je rano davati sudove, ali da se primijetiti da je ova mjera dosta slična mjerama tajnog nadzora (specijalnim dokaznim radnjama) u okviru kojih imamo i mjeru „tajni nadzor i snimanje telefonskih razgovora i drugih komunikacija na daljinu“, tako da se može postaviti pitanje da li je bilo potrebe za ovom odredbom, odnosno da li se ono što se želi postići ovim mjerama moglo normativno urediti u okviru mjera tajnog nadzora.

11. Značajnu novinu predstavlja unošenje odredbe o pribavljanju podataka o bankovnim računima i bankarskim transakcijama po kojoj odredbi na osnovu naredbe državnog tužioca policija može zatražiti od banaka podatke o bankovnim računima i bankarskim transakcijama ako postoje osnovi sumnje da je određeno lice izvršilo, vrši ili se priprema za vršenje krivičnih djela za koje se goni po službenoj dužnosti, a radi otkrivanja učinioca i prikupljanja dokaza ili radi lociranja, identifikacije i traganja za licem koje se nalazi u bjekstvu ili lica za kojim je raspisana međunarodna potjernica. U vezi sa ovim može se postaviti nekoliko pitanja. Prvo, zašto policija da od banke traži podatke o bankarskim računima i bankarskim transakcijama, a na osnovu naredbe državnog tužioca. Zašto to ne traži državni tužilac, a onda će on uključiti policijske službenike koji su stručnjaci iz te oblasti. Dalje, može se postaviti pitanje da li i državni tužilac to može bez odluke suda.

12. U cilju poboljšanja efikasnosti krivičnog postupka unesena je nova odredba kojom se određuje rok državnom tužiocu za postupanje po krivičnoj prijavi, budući da se u praksi dešavalo da se državni tužilac za dugo vremena ne izjašnjava o krivičnoj prijavi. Po ovoj odredbi državni tužilac u roku od tri mjeseca od dana prijema krivične prijave mora da donese odluku o istoj. Taj rok u složenim predmetima iznosi šest mjeseci, a ako su bile primjenjivane mjere tajnog nadzora, onda u roku od tri mjeseca od završetka mjera tajnog nadzora. Rukovodilac državnog tužilaštva može da, iz određenih razloga, zatraži od neposredno višeg rukovodioca državnog tužilaštva produženje tog roka još za

mjesec dana. Pošto je riječ o instruktivnim rokovima, čijim propuštanjem nisu predviđene nikakve sankcije prema državnom tužiocu, ostaje da vidimo koliko će ova novina doprinijeti efikasnosti krivičnog postupka.

Kad smo kod krivične prijave da navedemo još dvije novine koje su u vezi sa njom uvedene u ZKP. Tako će se o odbacivanju krivične prijave obavijestiti podnosilac krivične prijave, oštećeni, kao i lice protiv koga je podnesena krivična prijava ako to ono zahtijeva. Oštećeni i podnosilac krivične prijave u obavještenju će se poučiti o pravu na podnošenje pritužbe na rešenje o odbacivanju krivične prijave. Oštećeni i podnosilac krivične prijave kad nema oštećenog ili je oštećeni nepoznat, imaju pravo da, u roku od osam dana od dana prijema obavještenja neposredno višem državnom tužilaštvu podnesu pritužbu kojom zahtijevaju preispitivanje rješenja o odbacivanju krivične prijave. Neposredno više državno tužilaštvo će o svom postupanju po pritužbi obavijestiti oštećenog, odnosno podnosioca krivične prijave u roku od 30 dana od dana podnošenja pritužbe. Šta to „postupanje“ obuhvata i kakve odluke više državno tužilaštvo po pritužbi može da donese ne vidi se iz ove odredbe. Inače, ove novine su uvedene radi rješavanja određenih problema u radu između policije i državnog tužioca. Koliko će one doprinijeti rešavanju ovog problema ostaje da se vidi.

13. Još je ZKP od 2003. godine uvedena mogućnost da policija u izviđaju (tada prekrivičnom postupku) sasluša osumnjičenog i da taj iskaz može da se koristi kao dokaz pod uslovom da osumnjičeni da pristanak, da se državni tužilac sa tim saglasi i da saslušanju obavezno prisustvuje branilac. Ista odredba zadržana je i u ZKP od 2009. g. Sada je učinjena izmjena u smislu da se ne traži pristanak osumnjičenog, a saslušanje osim policije mogu da obavie i službenici organa državne uprave nadležnog za poslove carine. Kakvog će uticaja u praksi imati to što se ne traži pristanak osumnjičenog, ostaje da se vidi, mada mislimo da neće doći do bitnih promjena jer jednostavno osumnjičeni može da iskoristi svoje pravo da ne odgovara na pitanja i da ne iznosi odbranu.

14. Zanimljivo je koliko je u praksi prisutno nerazumijevanje „duha zakona“<sup>15</sup> i odsustvo sistematskog tumačenja, vidi se na primjeru radnje prikupljanja obavještenja od građana kojem je posvećeno nekoliko odredbi. U članu 259. ZKP regulisana je radnja prikupljanja obavještenja od građana od strane policije u članu 261. ZKP propisano je kako se postupa u slučaju ako se u toku prikupljanja obavještenja ocijeni da pozvani građanin može biti osumnjičeni, a u članu 262. je regulisano ako pozvanog građanina u izviđaju treba saslušati kao svjedoka i određeno je da to saslušanje vrši državni tužilac. Dakle, u ova tri

---

15 Valtazar Bogišić je davno rekao „Ko samo riječi zakona znade, on zakona ne znade dok mu ne shvati duh i smisao.“

člana prati se „put“ pozvanog građanina. U državnom tužilaštvu su tumačili da državni tužilac u izviđaju kao svjedoka može saslušati samo lice kojeg je prethodno policija pozvala u svojstvu građanina. Takvo jedno, sasvim pogrešno tumačenje je bio razlog za izmjenu stava 1 člana 262. ZKP pa on sada glasi: „Ako u toku izviđaja državni tužilac ocijeni da je radi donošenja naredbe o sprovođenju istrage potrebno neko lice saslušati kao svjedoka, saslušanje će se obaviti u skladu sa odredbama o saslušanju okrivljenog“. Intervencija je sasvim nepotrebna jer nema nikakve smetnje da državni tužilac i u izviđaju u svojstvu svjedoka sasluša bilo koje lice, a ne samo ono koje je u svojstvu građanina pozvala policija.

15. Zakonikom iz 2009. uveden je novi vid kontrole optužnice, pa smo umjesto dva dotadašnja vida kontrole optužnice (na osnovu prigovora protiv optužnice i na inicijativu predsjednika vijeća) uveli jedan vid kontrole i svaka optužnica se dostavlja tročlanom vijeću radi kontrole i potvrđivanja. I ranije smo bili mišljenja<sup>16</sup> da je tu trebalo napraviti diferencijaciju što je novelom iz 2015. g. i učinjeno, tako da kontrolu i potvrđivanje optužnice za krivična djela za koja u prvom stepenu sudi sudija pojedinac (krivično djelo za koje je propisana kazna zatvora do deset godina) vrši predsjednik vijeća iz člana 24 st. 7. ZKP, a za krivična djela za koja sudi vijeće kontrolu i potvrđivanje optužnice vrši vijeće iz člana 24. st. 7. ZKP.

Okrivljeni se upoznavao sa optužnicom tek nakon što ista bude potvrđena i nakon toga bude dostavljena. To je ocijenjeno kao nepravično, pa je novelom uvedena odredba kojom je predviđeno obavezno zakazivanje ročišta odmah po prijemu optužnice na koje ročište se poziva tužilac, okrivljeni i branilac i u pozivu se upozoravaju da će se ročište održati i u njihovom odsustvu ukoliko se na uredan poziv ne odazovu. Predsjednik vijeća na ročištu upoznaje prisutne sa optužnicom koja je sudu dostavljena radi kontrole i potvrđivanja. Tužilac iznosi dokaze na kojima se optužnica zasniva, a okrivljeni i branilac mogu da ukažu na propuste u istrazi ili na nezakonite dokaze ili da nema dovoljno dokaza za osnovanu sumnju da je okrivljeni izvršio krivično djelo koje je predmet optužbe, kao i da ukažu na dokaze koji idu u korist okrivljenog. Naprijed je rečeno da predsjednik vijeća prisutne na ročištu „upoznaje sa optužnicom“ iz čega bi se moglo zaključiti da im on usmeno saopštava navode iz optužnice, a ne i da istu u pisanom obliku dobiju. Iz toga proizilazi da će i optuženi pred sobom imati integralni tekst optužnice tek pošto mu ono bude, nakon potvrđivanja, dostavljena. Da

---

16 O tome šire: dr Drago Radulović, *Sudska kontrola optužnice u krivičnoprocesnom zakonodavstvu Crne Gore*, u Zborniku „Optuženje i drugi krivičnopravni instrumenti državne reakcije na kriminalitet“, Zlatibor, 2014. str. 243 do 253.

li je to u skladu sa načelom pravičnosti, odnosno sa jednim od elemenata pravičnosti – „jednakosti oružja“ je diskutabilno.

16. Sporazum o priznanju krivice u naše zakonodavstvo uveden je 2009. godine, zamišljen kao sredstvo kojim bi se doprinijelo efikasnosti krivičnog postupka, pozivajući se na zakonodavstva i zemlje gdje se ovaj institut široko primjenjuje. Međutim, praksa pokazuje da se ovaj institut kod nas malo primjenjuje, a šta je razlog nedovoljnoj primjeni teško je reći<sup>17</sup>, ali očekujemo da vremenom on više zaživi u praksi. Obično uporedna zakonodavstva ne poznaju ograničenja u pogledu krivičnih djela za koja se može ići na sporazum, ali je kod nas njegova primjena bila ograničena na krivična djela za koja je propisana kazna zatvora do deset godina. Izmjenama iz 2015. g. ta ograničenja su smanjena, pa se sporazum može zaključiti za sva krivična djela izuzev krivičnih djela ratnih zločina i terorizma. Uz to inicijativa za zaključenje sporazuma proširena je i na osumnjičenog (dakle već u izviđaju), a precizirano je da se uz sporazumo priznanju krivice koji je zaključen prije podizanja optužnice sudu dostavlja i optužnica koja čini sastavni dio sporazuma. Da li će proširenje pravnog osnova primjene sporazuma o priznanju krivice sva ova krivična djela (osim onih prethodno navedenih) uticati na obim primjene, ostaje da vidimo, ali iskustva u drugim zemljama govore da se sporazum najmanje primjenjuje za najteža krivična djela<sup>18</sup>.

Do sada nije bilo regulisano šta se radi sa pritvorom ako je presuda donesena na osnovu sporazuma o priznanju krivice, a okrivljeni se i dalje nalazi u pritvoru. To je sada riješeno tako što se optuženi koji se nalazi u pritvoru upućuje na izdržavanje kazne ako je vrijeme provedeno u pritvoru kraće od dužine izrečene kazne.

17. Efikasnosti krivičnog postupka može da doprinese i novina po kojoj drugostepeni sud odlučujući po žalbi može samo jednom ukinuti presudu i predmet vratiti na ponovno odlučivanje. Ako i po drugi put nađe da postoje razlozi za ukidanje onda mora otvoriti pretres i sam riješiti stvar. Kako bi se problem riješio, ako bi i pored ove zabrane drugostepeni sud i po drugi put ukinuo presudu bilo bi interesantno raspraviti<sup>19</sup>, ali ovdje nemamo prostora za to.

18. Odredbe o skraćenom krivičnom postupku su djelimično izmijenjene. Optužni predlog kao optužni akt u skraćenom postupku razlikovao se od optužnice i u sadržinskom pogledu u odnosu na identifikacione podatke o

---

17 O tome šire: dr Drago Radulović, Sporazum o priznanju krivice između normativnog i stvarnog, Zbornik „Pravo i društvena stvarnost“, Kosovska Mitrovica, 2014, str. 199 do 213.

18 Dr Veljko Ikanović, Materijalnopравни i procesni aspekt priznanja krivice, RKK, br. 1-2, 2012. str. 278.

19 O tome vidi: dr Drago Radulović, Neka pitanja nadležnosti sudova u krivičnom postupku, RKK, br. 3, 2006. str. 95 do 105.

okrivljenom što je sudovima stvaralo određene probleme, pa je učinjena izmjena u smislu da su izjednačeni identifikacioni podaci o okrivljenom u optužnici i u optužnom predlogu. Kontrola optužnog predloga i privatne tužbe do sada se svodila na to da sud (sudija pojedinac) ispituje samo da li je sud nadležan i da li postoje uslovi za odbacivanje optužnog predloga, odnosno privatne tužbe, što je, takođe, stvaralo probleme u praksi zbog nedovoljnog razjašnjenja stvari. Ova odredba je sada izmijenjena pa pored ispitivanja nadležnosti i uslova za odbacivanje ovih akata sudija će ispitati da li je stanje stvari dovoljno razjašnjeno za odlučivanje. Ako sudija utvrdi da je potrebno bolje razjašnjenje stanja stvari da bi se ispitala osnovanost optužnog predloga, vratiće optužni predlog državnom tužiocu da u roku od trideset dana sprovede određene dokazne radnje, koji rok se iz opravdanih razloga može produžiti.

19. Osvrnuli smo se na neke najvažnije novine u Zakonu o izmjenama i dopunama ZKP. Da li će se tim izmjenama doprinijeti efikasnosti krivičnog postupka, s jedne strane, i unaprijediti zaštita sloboda i prava čovjeka s druge strane, ostaje da se vidi. Međutim, to ne zavisi samo od zakona, nego i od onih koji ga primjenjuju.

**Drago Radulovic, Ph.D.**  
**Full professor, of Faculty of Law in Podgorica**  
**University of Montenegro**

**VIEW ON NEW LAW ON AMENDMENTS TO THE CRIMINAL  
PROCEDURE CODE OF MONTENEGRO**

*The reform of criminal procedural legislation in Montenegro, which is intensified in the last decade, continued with adoption of the Law of Amendments to the Criminal Procedure Code at 2015. Unlike the previous legislative interventions to which are often been approached without adequate preparation and in a hurry, this time writing the Law have been approached after the necessary preparation and most importantly experience in applying the Code have been taken to a large extent. All amendments can be divided into two groups-those that are more technical and related to the elimination of certain ambiguities and contradictions in the Code and ones which are the introduction of new legislation. In the introductory part, the author comment on whether we need such frequent changes in this branch of legislation, the following refers to the most important new legal solutions and evaluate their importance for achieving the goals of the criminal proceedings.*

**Keywords:** *Reform of the criminal procedural legislation, amendments to the Code, the judiciary*



**Dr. sc. Hajrija SIJERČIĆ-ČOLIĆ**  
Pravni fakultet Univerziteta  
u Sarajevu.

*Pregledni članak*  
**UDK: 343.222:347.19(497.6)**  
**Primljeno: 15. novembra 2016. god.**

## **ODUSTAJANJE OD NAČELA SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST – OSVRT NA BOSNU I HERCEGOVINU**

*U ovom radu razmatraju se odstupanja od načela societas delinquere non potest u krivičnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine. Izlaganja povezuju ranije pravne propise o odgovornosti pravnih osoba za kažnjiva ponašanja i zakonska rješenja koja su danas na snazi i koja se odnose na odgovornost pravnih osoba za krivična djela. Naročita pažnja posvećena je karakterističnim rješenjima o odgovornosti pravnih osoba za krivična djela koja su sadržana u krivičnim zakonima, te odredbama zakona o krivičnom postupku koje se odnose na postupak protiv pravnih osoba. U zaključnim razmatranjima se naglašava aktuelnost i složenost rasprave o odgovornosti pravnih osoba za krivična djela.*

**Ključne riječi: odgovornost pravne osobe za krivično djelo, Bosna i Hercegovina.**

### **1. Uvodna razmatranja**

„Krivična odgovornost pravnih lica jedan je od onih krivičnopравnih instituta koji u savremenom krivičnom pravu dobija sve veći značaj.” Ovom rečenicom je prije više od 50 godina prof. dr. Miroslav Đ. Đorđević u svojoj doktorskoj disertaciji „Krivična odgovornost pravnih lica za privredne

prestupe”<sup>1</sup> započeo raspravu o pitanju koje i danas zauzima važno mjesto u doktrinarnim raspravama i nacionalnim zakonodavnim aktivnostima i o kome se sve češće govori u pravnim dokumentima evropskog i međunarodnog krivičnog prava.

Diskusije oko pitanja da li pravna osoba može biti subjekt krivičnog prava u smislu odgovornosti za krivična djela stare su kao i samo pravo: u krivičnopravnoj teoriji razmjenjuju se argumenti i protivargumenti između onih koji podržavaju zamjenu načela *societas delinquere non potest* načelom *societas delinquere potest* i onih koji primat daju načelu prema kojem pravna osoba ne može odgovarati za krivično djelo. Uzimajući u obzir doktrinarnu raspravu, zakonodavne projekte te univerzalne i regionalne pravne dokumente, danas se uočava osjetno slabljenje ideje o neprihvatljivosti odgovornosti pravnih osoba za krivična djela. Duboke društveno-ekonomske, političke i socijalne promjene posljednjih decenija, zatim porast kriminaliteta pravnih osoba, te, često nesagledive, štetne posljedice nedozvoljenih aktivnosti pravnih osoba za društvo i pojedinca, podstakle su prihvatanje odgovornosti pravnih osoba za krivična djela koja su izvršena u njihovo ime, za njihov račun ili u njihovu korist. Time su ostvarene korjenite promjene u dotadašnjim raspravama o pitanju da li pravne osobe mogu i trebaju odgovarati za krivična djela.

Brojna se pitanja otvaraju propisivanjem odgovornosti pravnih osoba za krivična djela. Na sve njih nije moguće jasno i potpuno odgovoriti, niti ih je moguće sve popisati, objasniti ili statistički predstaviti. Ipak, neka od njih zaslužuju posebnu pažnju i zbog toga su predmetom česte teorijske i normativne analize i obrade (npr., priroda i osnovi odgovornosti pravnih osoba za krivična djela; krivična djela za koja mogu odgovarati pravne osobe; krivične sankcije i svrha kažnjavanja pravne osobe za krivično djelo; specifičnosti krivičnog postupka protiv pravne osobe; transformacija (nekih) krivičnoprocesnih načela u postupku utvrđivanja odgovornosti pravne osobe za krivično djelo; kriminalnopolitički razlozi za odstupanje od načela *societas delinquere non potest*; međunarodni dokumenti o odgovornosti pravnih osoba za krivična djela i njihov uticaj na nacionalno krivično pravo...). Prof. Đorđević je u svom radu posebno istaknuo dva: teorijska opravdanost usvajanja „drukčijeg vida krivične odgovornosti u odnosu na krivičnu odgovornost fizičkog lica” i „osobenosti ovog vida krivične odgovornosti”.<sup>2</sup>

---

1 Doktorska disertacija branjena je 4. januara 1963. godine na Pravnom fakultetu u Beogradu. Objavljena je pod istim naslovom kao monografija 1968, u okviru izdavačke djelatnosti Univerziteta u Beogradu.

2 Đorđević, Đ. M. (1968), Krivična odgovornost pravnih lica za privredne prestupe, Beograd, Univerzitet u Beogradu, str. 72.

## **2. Odgovornost pravnih osoba za kažnjiva djela prije reforme krivičnog zakonodavstva 2003. godine – prikaz historijskog razvoja**

**2.1.** Po završetku Drugog svjetskog rata, u novostvorenoj državi Federativnoj Narodnoj Republici Jugoslaviji (FNRJ) donose se različiti zakoni koji uređuju u prvom redu odgovornost fizičkih osoba za krivična djela: - Zakon o suzbijanju nedopuštene špekulacije i privredne sabotaže (1945); - Zakon o zabrani izazivanja nacionalne, rasne i vjerske mržnje i razdora (1945); - Zakon o krivičnim djelima protiv naroda i države (1945); - Zakon o vrstama kazni (1945); - Krivični zakonik – Opšti dio (1947); - Zakon o krivičnim djelima protiv službene dužnosti (1948); - Zakon o vojnim krivičnim djelima (1948). Pored odgovornosti fizičke osobe za krivična djela, u pomenutom periodu u pravni sistem FNRJ bila je uvedena i krivična odgovornost pravnih osoba. Tako je Krivični zakonik – Opšti dio poznao odgovornost pravnih osoba za krivična djela. Naime, u Uvodnim odredbama (Glava I) bilo je propisano: „Pravna lica su krivično odgovorna samo za ona krivična djela za koja je u zakonu izričito određena njihova odgovornost” (čl. 16. Zakonika). Odgovornost pravnih osoba za krivična djela bila je predviđena i Zakonom o krivičnim djelima protiv naroda i države, te Zakonom o suzbijanju nedozvoljene trgovine, nedopuštene špekulacije i privredne sabotaže.

Iako je Krivični zakonik iz 1951. godine „podigao krivično zakonodavstvo Jugoslavije na razinu evropskih krivičnih zakona”, ipak nije zadržao odgovornost pravnih osoba za krivična djela, niti je ta odgovornost uvedena u godinama koje slijede i u kojima se ovaj zakonik mijenjao i usavršavao. Ni novo krivično zakonodavstvo Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije (SFRJ) (misli se na Krivični zakon SFRJ i krivične zakone socijalističkih republika i autonomnih pokrajina) koje je stupilo na snagu 1. jula 1977. nije propisivalo odgovornost pravnih osoba za krivična djela. Razlozi su bili višestruki, a posebno su se odnosili na specifičnosti jugoslovenskog privrednog sistema i različite promjene u socijalističkom privrednom sistemu, kriminološke karakteristike privrednog kriminaliteta, te krivičnopravnu zaštitu privrednog sistema.

S obzirom na to da su egzistencija i razvoj privrednog sistema zavisili i od njegove kaznenopravne zaštite, početkom 50-ih godina prošlog vijeka u uredbama i zakonima koji su propisivali kažnjiva djela privrednih preduzeća pojavili su se „bezimni delikti” koji će se Zakonom o privrednim sudovima iz 1954. godine nazvati „privredni prestupi”. „...donoseći Zakon o privrednim prestupima od 1960. godine, iako je rešenja opštih pitanja o odgovornosti i kažnjivosti za privredne prestupe u mnogome približilo ili izjednačilo sa rešenjima iz Krivičnog zakonika, zakonodavac je ipak ostao pri nazivu privredni prestupi

izbegavajući da ove delikte nazove krivičnim delima pravnih lica, a odgovornost za iste krivičnom odgovornošću.”<sup>3</sup>

Privredni prestupi su, dakle, bili delikti u tadašnjem kaznenopravnom sistemu (zajedno s krivičnim djelima, prekršajima i disciplinskim deliktima), i za njih su pored pravnih osoba akcesorno (sve do sredine 70-ih godina prošlog vijeka), odnosno kumulativno odgovarale i fizičke osobe koje su obavljale rukovodne i odgovorne funkcije u pravnoj osobi. Tako se privrednim prestupima, koji su u poređenju s tadašnjim nacionalnim pravnim sistemima bili specifičnost jugoslovenskog prava, htjelo prije svega osigurati kažnjavanje pravnih osoba „jer se upravo baš njihovo kažnjavanje imalo u vidu prilikom uvođenja privrednih prestupa u sistem kaznenog prava kao nove vrste delikata”.<sup>4</sup>

Propisivanje privrednih prestupa i odgovornosti pravnih osoba za taj oblik kažnjivih djela (pravne osobe odgovarale su još i za prekršaje) intenziviralo je rasprave o privrednim prestupima kao kažnjivim radnjama pravnih osoba i odgovornih osoba u pravnim osobama u oblasti privrednog sistema i privrednih tokova u tadašnjoj Jugoslaviji. Rasprave u literaturi, zajedno s pravnim normama, potvrđivale su da su privredni prestupi u tadašnjem jugoslovenskom pravu predstavljali ustvari „krivična dela pravnih lica i da je odgovornost pravnih lica za te delikte krivična odgovornost”.<sup>5</sup>

**2.2.** Raspadom SFRJ, nekadašnje federalne jedinice su se konstituisale kao samostalne države sa samostalnim zakonodavstvom. U tom procesu, novonastale države su na osnovama krivičnog zakonodavstva bivše zajedničke države gradile materijalno i procesno krivično zakonodavstvo. Tokom 1992. i 1993. godine krivično zakonodavstvo bivše Jugoslavije postalo je sastavni dio pravnog sistema Bosne i Hercegovine kroz proces „nasljeđivanja” krivičnopravnih normi. Proces nasljeđivanja je bio nužan jer nisu postojali uslovi da se u toj važnoj i osjetljivoj pravnoj oblasti donese novo krivično zakonodavstvo. Zbog toga se o odgovornosti pravnih osoba za krivična djela nije raspravljalo prije donošenja novog krivičnog zakonodavstva 2003. godine.

Uredbom sa zakonskom snagom o preuzimanju i primjenjivanju saveznih zakona koji se u Bosni i Hercegovini primjenjuju kao republički zakoni („Službeni list Republike Bosne i Hercegovine”, 2/92) preuzet je i Zakon o privrednim prestupima iz 1977. Naredna izlaganja će pokazati da se pomenuti zakon nije primjenjivao na cijeloj teritoriji Bosne i Hercegovine. Naime, Zakon o privrednim prestupima primjenjivao se jedino u Federaciji Bosne i

---

3 Ibidem.

4 Op. cit., str. 61.

5 Op. cit., str. 72.

Hercegovine, i to do 1995. godine kada je donesen novi Zakon o privrednim prestupima („Službene novine Federacije BiH”, 6/95). Novim federalnim Zakonom o odgovornosti pravnih osoba za privredne prestupe ove kažnjive radnje definisane su kao povreda propisa o privrednom ili finansijskom poslovanju koja je prouzrokovala ili je mogla prouzrokovati teže posljedice i koja je propisom nadležnog organa određena kao privredni prestup. Također je bilo propisano da nema obilježja privrednog prestupa ona povreda propisa o privrednom ili finansijskom poslovanju koja, iako sadrži obilježja privrednog prestupa, predstavlja neznatnu štetnost zbog malog značaja i zbog neznatnosti ili odsutnosti štetnih posljedica. Uz pravnu osobu, za privredne prestupe mogla je odgovarati i odgovorna osoba u pravnoj osobi. Pomenutim zakonom bila je utvrđena primjena odredaba krivičnog zakona o krajnjoj nuždi, uračunljivosti, umišljaju i nehatu, o odgovornosti za težu posljedicu, stvarnoj i pravnoj zabludi, o pokušaju i dobrovoljnom odustanku i o saučesništvu, te o načinu, vremenu i mjestu izvršenja krivičnog djela. Uz novčanu kaznu bila je propisana i uslovna osuda i zaštitne mjere. Zakonom je bila obuhvaćena i široka primjena procesnih normi, kao i oduzimanje imovinske koristi stečene privrednim prestupom. Odgovornost pravnih osoba za privredne prestupe zadržaće se u Federaciji Bosne i Hercegovine narednih desetak godina, tačnije sve do donošenja Zakona o prekršajima Federacije Bosne i Hercegovine 2006. („Službene novine Federacije BiH”, 31/06). Naime, njegovim prelaznim i završnim odredbama, kažnjive radnje koje su bile propisane kao privredni prestupi, „transformisane” su u prekršaje, a postupak po privrednim prestupima u prekršajni postupak.

Sve do 2003. godine, propisima u Republici Srpskoj nije bila predviđena odgovornost pravne osobe za privredne prestupe, već samo prekršajna odgovornost.<sup>6</sup> U razmatranom periodu, isključivo prekršajnu odgovornost pravnih osoba za kažnjiva djela predviđaju i propisi u Brčko distriktu Bosne i Hercegovine.<sup>7</sup>

### **3. Odgovornost pravnih osoba za krivična djela nakon reforme krivičnog zakonodavstva 2003. godine**

**3.1.** Donošenjem novog krivičnog zakonodavstva 2003. godine u Bosni i Hercegovini je uvedena odgovornost pravne osobe za krivično djelo, koje je izvršilac učinio u ime, za račun ili u korist pravne osobe. Tako je nakon višegodišnjeg perioda u kojem se odgovornost pravnih osoba za kažnjiva ponašanja

---

6 Zakon o prekršajima Republike Srpske je objavljen u „Službenom glasniku RS”, 2/94, 16/95, 21/96, 40/98, 96/03; 34/06, 1/09, 29/10, 109/11 (novi); novi 63/14.

7 Zakon o prekršajima Brčko distrikta („Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH”, 8/00, 1/01, 6/02).

ja regulisala kao odgovornost za privredne prestupe i prekršaje (u Federaciji Bosne i Hercegovine), odnosno kao prekršajna odgovornost (u Brčko distriktu Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj), uvedena odgovornost pravnih osoba za krivična djela.

Za razliku od drugih, u Bosni i Hercegovini nije donesen poseban zakon o odgovornosti pravnih osoba za krivična djela, nego se o tim složenim pitanjima propisi nalaze u materijalnom i procesnom krivičnom zakonodavstvu.

Materijalnopравnim odredbama uređena su sljedeća pitanja: - primjena krivičnog zakonodavstva u vezi s odgovornošću pravnih osoba; - primjena opšteg dijela krivičnog zakona na pravne osobe; - osnovi i granice odgovornosti pravne osobe za krivično djelo uopšte; - odgovornost pravne osobe u stečaju; - odgovornost u slučaju produženog krivičnog djela; - učešće dvije ili više pravnih osoba u izvršenju krivičnog djela (saučesništvo); - odgovornost za pokušaj i pravila prema kojima se pravna osoba kažnjava za pokušaj; - vrste kazni; - razlozi za ublažavanje ili oslobođenje od kazne i pravila odmjeravanja kazne pravnoj osobi; - izricanje uslovne osude i mjera bezbjednosti; - oduzimanje imovinske koristi; - pravne posljedice osude pravne osobe; - zastarjelost krivičnog gonjenja (čl. 11. i 13. st. 3, te čl. 122-144. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine<sup>8</sup>; čl. 11. i 14. st. 3, te čl. 126-148. Krivičnog zakona Brčko distrikta Bosne i Hercegovine<sup>9</sup>; čl. 11. i 14. st. 3, te čl. 126-148. Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine<sup>10</sup>; čl. 125-146. Krivičnog zakona Republike Srpske<sup>11</sup>). Shodna primjena normi opšteg dijela krivičnog zakona na odgovornost pravnih osoba za krivično djelo je moguća pod uslovom da specifičnim krivičnopравnim odredbama nije drugačije propisano.

Procesnim odredbama propisana su načela i tok postupka protiv pravnih osoba; dakle, zakoni o krivičnom postupku sadrže specifične odredbe o krivičnom postupku protiv pravne osobe uvažavajući okolnosti da se kao optuženi javlja pravna, a ne fizička osoba (čl. 375-487. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine<sup>12</sup>; čl. 375-387. Zakona o krivičnom postupku Brčko

---

8 Krivični zakon Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Bosne i Hercegovine”, 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14, 22/15, 40/15).

9 Krivični zakon Brčko distrikta Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine”, 10/03, 45/04, 06/05, 21/10, 52/11, 33/13 – prečišćeni tekst, izmjene 26/16).

10 Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine”, 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14, 46/16).

11 Krivični zakon Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske”, 49/03, 108/04, 37/06, 70/06, 73/10, 1/12, 67/13).

12 Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine BiH („Službeni glasnik Bosne i Hercegovine”, 3/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13).

distrikta Bosne i Hercegovine<sup>13</sup>; čl. 396-408. Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine<sup>14</sup>; čl. 364-376. Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske<sup>15</sup>). O pitanjima koja nisu uređena poglavljem o postupku protiv pravnih osoba primjenjuju se odgovarajuće odredbe pozitivnog procesnog zakonodavstva, pod uslovom da su spojive sa specifičnostima krivičnog postupka protiv pravnih osoba (ovo pravilo vrijedi i onda ako se postupak vodi samo protiv pravne osobe).

**3. 2.** Analiza materijalno-pravnih i procesno-pravnih odredaba o odgovornosti pravnih osoba za krivična djela u Bosni i Hercegovini potvrđuje uticaj međunarodnih pravnih akata kojima se ukazuje na nužnost uvođenja, u nacionalni pravni sistem, odgovornosti pravnih osoba za krivična djela.

Na međunarodnom nivou, uvođenje odgovornosti pravnih osoba za krivična djela temelji se na: kriminalnopolitičkim potrebama u suzbijanju kriminaliteta pravnih osoba; porastu broja krivičnih djela učinjenih u ime, za račun ili u korist pravne osobe; štetnim posljedicama kriminaliteta pravnih osoba za pojedinca i zajednicu u smislu uloge pravnih osoba u društveno-ekonomskim kretanjima i s tim povezanim kažnjivim ponašanjima; neefikasnosti upravno-pravnih i građanskopravnih mjera u suzbijanju kažnjivih djela pravnih osoba; neefikasnosti krivičnog zakonodavstva o odgovornosti fizičkih osoba u sprečavanju kriminaliteta pravnih osoba. Lista međunarodnih dokumenata na tu temu je opširna, zahvata nivo UN, te evropski nivo u smislu aktivnosti Vijeća Evrope i Evropske unije.

Najčešće se izdvajaju ovi međunarodni dokumenti: Konvencija UN protiv transnacionalnog organizovanog kriminaliteta sa dopunskim protokolima (2000), Konvencija UN o suzbijanju korupcije (2003); Krivičnopravna konvencija Vijeća Evrope o zaštiti okoline (1998), Krivičnopravna konvencija Vijeća Evrope protiv korupcije (1999), Konvencija Vijeća Evrope o kibernetičkom kriminalitetu (2001), Preporuka Vijeća Evrope o suzbijanju organizovanog kriminaliteta (R (96) 8), Preporuka Vijeća Evrope o krivičnim djelima u vezi s kompjuterima (R (89) 9), Preporuka Vijeća Evrope o odgovornosti pravnih osoba za delikte u okviru obavljanja njihove djelatnosti (R (88) 18); Konvencija o zaštiti finansijskih interesa Evropske unije (1995) koja je stupila na pravnu

---

13 Zakon o krivičnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Brčko distrikta Bosne i Hercegovine”, 10/03, 48/04, 06/05, 12/07, 14/07, 21/07, 2/08, 17/09, 33/13 – prečišćeni tekst, 27/14);

14 Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine”, 35/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13, 59/14).

15 Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske („Službeni glasnik Republike Srpske”, 50/03, 111/04, 115/04, 29/07, 68/07, 119/08, 55/09, 80/09, 88/09, 92/09, 100/09, 53/12 – prečišćeni tekst).

snagu 2002. godine i uz koju je doneseno više protokola od kojih je Drugi protokol iz 1997. namijenjen kriminalitetu pravnih osoba kojima se oštećuju ili ugrožavaju proračunska sredstva Zajednice i za koji se u literaturi ističe da predstavlja najznačajniji dokument Evropske unije o odgovornosti pravnih osoba za krivična djela<sup>16</sup>, te Okvirna odluka o povećanju zaštite krivičnim i drugim sankcijama protiv krivotvorenja povezanoga s uvođenjem eura (2000).

Bez obzira na značaj i uticaj prethodno nabrojanih međunarodnih dokumenata na razvoj nacionalnog prava o odgovornosti pravnih osoba za krivična djela, u daljem tekstu nećemo govoriti o obavezama koje su države preuzele njihovim potpisivanjem kao ni o preporukama za uspostavljanje odgovornosti pravnih osoba za krivična djela, te u tom smislu čitaoca upućujemo na brojnu literaturu. Na ovom mjestu samo ćemo još napomenuti da pravno regulisanje odgovornosti pravnih osoba za krivična djela u Bosni i Hercegovini, u određenim segmentima, odstupa od rješenja u međunarodnim dokumentima (npr., naše krivično zakonodavstvo predviđa odgovornost pravnih osoba za sva zakonom propisana krivična djela, dakle, ne ograničava odgovornost pravnih osoba samo za pojedina krivična djela; ili odgovornost pravne osobe za krivično djelo ne veže se isključivo za krivično djelo koje je u njeno ime, za njen račun ili u njenu korist učinila fizička osoba koja ima odgovornu ili rukovodeću poziciju u pravnoj osobi).

#### **4. Pozitivnopravne karakteristike odgovornosti pravnih osoba za krivična djela**

##### **4.1. Pozitivne materijalnopravne odredbe o odgovornosti pravnih osoba za krivična djela**

Uobičajeno se nacionalno zakonodavstvo izjašnjava oko sljedećih pitanja kad je riječ o odgovornosti pravnih osoba za krivična djela.

A) Dvostruka supsidijarnost: supsidijarna primjena opšteg dijela krivičnog zakona u odnosu na odredbe posebne glave krivičnog zakona o odgovornosti pravne osobe za krivično djelo, s jedne strane, i supsidijarna primjena odredaba posebne glave krivičnog zakona o odgovornosti pravne osobe za krivično djelo u odnosu na neki drugi zakon koji konkretno pitanje rješava na drugi način, s druge strane.

U pogledu prvopomenute supsidijarnosti, shodna primjena normi opšteg dijela krivičnog zakona na odgovornost pravnih osoba za krivično djelo je

---

<sup>16</sup> Drugi protokol stupio je na snagu 19. maja 2009. godine. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV%3A133019> (stranica posjećena 8. 10. 2016).



moguća pod uslovom da specifičnim krivičnopravnim odredbama nije drugačije propisano (odredbe čija primjena dolazi u obzir su, npr., odredbe o načinu, vremenu i mjestu izvršenja krivičnog djela, nužnoj odbrani, ili krajnjoj nuždi).

U literaturi se za drugospomenutu supsidijarnost navode zakonske odredbe iz posebne glave krivičnog zakona o odgovornosti pravne osobe za krivično djelo koje se odnose na vrste krivičnih sankcija koje se mogu izreći pravnim osobama, jer pod uslovima propisanim nekim drugim zakonom, za određene pravne osobe može biti isključena ili ograničena primjena pojedinih kazni ili drugih krivičnih sankcija koje se inače mogu izreći pravnim osobama.

B) Sljedeće pitanje odnosi se na krug pravnih osoba koje mogu biti odgovorne za krivična djela. Na osnovu definicije pravne osobe iz krivičnog zakona, te posebnih odredaba o odgovornosti pravnih osoba za krivična djela može se zaključiti da pravne osobe protiv kojih se može voditi krivični postupak nisu taksativno navedene, naprotiv, realnosti društveno-ekonomskih i socijalnih odnosa zakonodavac udovoljava tako što propisuje širok krug tvorevina kojima je pravni poredak priznao pravnu sposobnost, odnosno svojstvo pravnog subjekta i pravne osobe. Krivični zakon propisuje da su pravne osobe ne samo svaki organizacioni oblik privrednog društva i svi oblici povezivanja privrednih društava, ustanova, institucija za obavljanje kreditnih i drugih bankarskih poslova, za osiguranje imovine i osoba, već i druge finansijske institucije, fondovi, političke organizacije i udruženja građana i drugi oblici udruživanja koji mogu sticati sredstva i koristiti ih na isti način kao i svaka druga institucija ili organ koji ostvaruje i koristi sredstva i kojem je zakonom priznato svojstvo pravne osobe. Ovakvo zakonsko rješenje ne iznenađuje i usklađeno je s međunarodnim standardima o odgovornosti pravnih osoba, a odgovara i rješenjima u komparativnom pravu.<sup>17</sup>

Treba naglasiti da su odgovorne za krivična djela kako domaća tako i strana pravna osoba koja ima sjedište na teritoriji Bosne i Hercegovine ili u njoj obavlja svoju djelatnost, te da se njihova odgovornost ne ograničava samo na krivična djela učinjena na domaćoj teritoriji BiH, već i na krivična djela učinjena izvan granica Bosne i Hercegovine, u skladu s pravilima o prostornom važenju krivičnog zakonodavstva.

C) Krivična djela za koja odgovara pravna osoba. Na osnovu zakonskih rješenja možemo zaključiti da pravna osoba odgovara kako za krivična djela propisana krivičnim zakonom, tako i za krivična djela propisana drugim zakonima; dakle, nisu izdvojene grupe krivičnih djela ili pojedinačna krivična djela za

---

<sup>17</sup> Opširnije: Filipović, Lj., Ikanović, V. (2012), Krivični postupak protiv pravnih osoba. Sarajevo. Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine, str. 16-19. Marković, I. (2008), Odgovornost pravnih lica u krivičnom zakonodavstvu u Bosni i Hercegovini, Pravna riječ. V (15), str. 442-444.

koja se može voditi krivični postupak protiv pravne osobe. Tako je u našem krivičnom zakonodavstvu prihvaćen model tzv. opšte krivične odgovornosti, jer pravne osobe mogu biti odgovorne za bilo koje krivično djelo koje je propisano zakonom.<sup>18</sup> Iako krivični zakoni nedvosmisleno potvrđuju odgovornost pravne osobe za sva krivična djela sadržana u posebnom dijelu krivičnog zakona i u sporednom krivičnom zakonodavstvu, ipak se u praksi mogu izdvojiti krivična djela za koja se može opravdano i realno očekivati da će se zbog njih voditi krivični postupak u kojem će se utvrđivati odgovornost pravnih osoba (npr., krivična djela protiv privrede i platnog prometa, krivična djela protiv službene i druge odgovorne dužnosti, krivična djela iz oblasti poreza, koruptivna krivična djela, krivična djela protiv zdravlja ljudi, ekološka krivična djela, imovinska krivična djela).

D) Temelji odgovornosti pravne osobe. Naše krivično zakonodavstvo odgovornost pravne osobe za krivično djelo veže uz fizičku osobu koja je učinila krivično djelo u ime, za račun ili u korist pravne osobe. Prema ovom modelu odgovornosti pravnih osoba za nezakonita ponašanja, koji je u krivičnopravnoj teoriji poznat kao model izvedene odgovornosti pravne osobe za krivično djelo, proizlazi da odgovornost pravne osobe za krivično djelo nije autonomna i da se, pod zakonskim uslovima, izvodi iz krivičnog djela fizičke osobe. S tim u vezi, u literaturi se već odavno ističe da pravna osoba ne može biti učinilac krivičnog djela i da se njena odgovornost i kažnjavanje izvode iz krivičnog djela koje je učinila fizička osoba u ime, za račun ili u korist pravne osobe.<sup>19</sup>

Za razliku od nekih drugih nacionalnih zakonskih rješenja, naše krivično zakonodavstvo ne vezuje izvedenu odgovornost pravne osobe za fizičku osobu koja ima položaj odgovorne osobe u pravnom subjektu. Dakle, učinilac krivičnog djela je fizička osoba koja ne mora imati poziciju odgovorne ili rukovodne osobe u pravnoj osobi. Da bi pravna osoba mogla biti odgovorna za krivično djelo koje je fizička osoba učinila u ime, za račun ili u korist pravne osobe, potrebno je da učinilac ima ovlaštenje da djeluje u ime, za račun ili u korist pravne osobe i da njegove protivpravne radnje ulaze u krug radnji koje je on ovlašten preduzimati u ime, za račun ili u korist pravne osobe. Upravo to ovlaštenje (koje se može temeljiti na, npr., zakonu, pravnom aktu pravne osobe, službenoj dužnosti ili pravnom poslu između fizičke i pravne osobe) fizičkoj osobi da djeluje u ime, za račun ili u korist pravne osobe predstavlja okolnost na osnovu koje se krivično djelo uračunava pravnoj osobi.<sup>20</sup>

---

18 Marković, I., op. cit., str. 445. Za kritiku ovog zakonskog rješenja v. Ikanović, V. (2012), Krivična odgovornost pravnih lica, Banja Luka. Grafid, str. 251.

19 Filipović, Lj., Ikanović, V., op. cit., str. 27.

20 Babić, M., Filipović, Lj., Marković, I., Rajić, Z. (2005). Komentari krivičnih/kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, Vijeće Evrope i Evropska komisija, str. 470.

Zasnivanje odgovornosti pravne osobe za krivično djelo temelji se i na nedozvoljenim radnjama pravne osobe koje potvrđuju povezanost pravne osobe s fizičkom osobom kao učiniocem konkretnog krivičnog djela. U čemu se ogleda ta povezanost? Za odgovornost i kažnjavanje pravne osobe neophodno je utvrditi ne samo krivično djelo fizičke osobe, već i doprinos pravne osobe nedozvoljenim aktivnostima fizičke osobe. U tom smislu, za krivično djelo koje je učinilac učinio u ime, za račun ili u korist pravne osobe, odgovorna je pravna osoba: a) kada smisao učinjenog krivičnog djela proizlazi iz zaključka, naloga ili odobrenja rukovodećih ili nadzornih organa pravne osobe; b) ili kada su rukovodeći ili nadzorni organi pravne osobe uticali na učinioca ili mu omogućili da učini krivično djelo; c) ili kada pravna osoba raspolaže protivpravno ostvarenom imovinskom koristi ili koristi predmete nastale krivičnim djelom; d) ili kada su rukovodeći ili nadzorni organi pravne osobe propustili dužni nadzor nad zakonitošću rada radnika. Ovi osnovi povezivanja pravne osobe s protivpravnim radnjama učinioca (koje su na osnovu ovlaštenja preduzete u ime, za račun ili u korist pravne osobe) često se označavaju kao subjektivni odnos pravne osobe prema izvršenom krivičnom djelu, odnosno kao materijalni uslovi koje osigurava pravna osoba za protivpravno djelovanje fizičke osobe. Na osnovu upravo navedenih zakonskih odredbi možemo zaključiti da su doprinosi rukovodećih ili nadzornih organa pravne osobe izvršenju krivičnog djela alternativno određeni, kako vertikalno (jer su kao osnovi odgovornosti pravne osobe postavljeni alternativno), tako i horizontalno (jer se u okviru jedne vrste osnova razlikuje više njihovih alternativno propisanih oblika, npr., „kada smisao učinjenog krivičnog djela proizlazi iz zaključka, naloga ili odobrenja rukovodećih ili nadzornih organa pravne osobe”). Dakle, za povezivanje pravne osobe s konkretnim krivičnim djelom dovoljno je utvrditi da je ispunjen jedan od propisanih zakonskih osnova (iz vertikalne linije), odnosno jedan od ponuđenih zakonskih oblika (iz horizontalnog nivoa).

Na osnovu prethodnih navoda možemo zaključiti da Bosna i Hercegovina ne prihvata model autonomne odgovornosti pravne osobe za krivično djelo, nego tu odgovornost oblikuje prema modelu izvedene odgovornosti, uz određena druga specifična obilježja kao što su: izvršenje krivičnog djela u njeno ime, za njen račun ili u njenu korist; učinilac krivičnog djela nije samo ona fizička osoba koja obavlja odgovornu ili rukovodnu funkciju u pravnoj osobi, već i svaka druga fizička osoba koja na osnovu određenog ovlaštenja djeluje u ime, za račun, ili u korist pravne osobe (često će to djelovanje predstavljati zloupotrebu ovlaštenja, njegovo neispunjavanje ili prekoračenje); prethodno djelovanje pravne osobe na učinioca (u smislu alternativno postavljenih temelja odgovornosti pravne osobe za krivično djelo).

E) U vezi s prethodnim izlaganjima o odgovornosti pravne osobe za krivično djelo, u nastavku slijedi osvrt na granice odgovornosti pravne osobe za krivično djelo. Krivičnim zakonima je propisano da je pravna osoba odgovorna za krivično djelo i onda kada učinilac za učinjeno krivično djelo nije kriv. Zato, ako u konkretnom slučaju postoji neki od osnova koji isključuje krivnju fizičke osobe kao učinioca, to nije prepreka za odgovornost pravne osobe za učinjeno krivično djelo. Na osnovu ovakvog opredjeljenja zakonodavca – da pravna osoba odgovara za krivično djelo i onda ako fizička osoba za učinjeno djelo nije kriva – zaključujemo da je u Bosni i Hercegovini izvedena odgovornost pravne osobe limitirana zakonom određenim granicama. S obzirom na to da se odgovornost pravne osobe ne vezuje za krivnju učinioca, da bi se utvrdila odgovornost pravne osobe za krivično djelo nije neophodno prethodno utvrditi postojanje krivnje na strani fizičke osobe. Odstupanje od limitirane izvedene odgovornosti pravne osobe predviđeno je u slučaju ako u pravnoj osobi „...osim učinioca nema druge osobe ili organa koji bi mogli usmjeravati ili nadzirati učinioca”. U ovom primjeru nije moguće govoriti o doprinosu pravne osobe protivpravnim radnjama fizičke osobe, i zato „...pravna osoba odgovara za učinjeno krivično djelo u granicama odgovornosti učinioca”. S obzirom na to da se odgovornost pravne osobe veže uz odgovornost fizičke osobe, prema doktrinarnim raspravama izvedena odgovornost poprima oblike ekstremne izvedene odgovornosti za učinjeno krivično djelo.<sup>21</sup>

Odgovornost pravne osobe ne isključuje odgovornost fizičkih, odnosno odgovornih osoba za učinjeno krivično djelo. Ova kumulativna odgovornost udovoljava ne samo kriminalnopolitičkim razlozima, već i obavezama koje međunarodni dokumenti nameću nacionalnim pravnim sistemima.

F) Uzimajući u obzir sistem krivičnih i alternativnih sankcija koji je propisan krivičnim zakonima, te specifičnosti povezane s odgovornošću pravne osobe za krivično djelo, pravnim osobama se mogu izreći: novčana kazna (novčana kazna ne može biti manja od 5.000 KM niti veća od 5.000.000 KM); kazna oduzimanja imovine (ova kazna se veže uz težinu krivičnog djela i može se izreći za krivična djela s propisanom kaznom zatvora od pet godina ili težom kaznom); kazna prestanka pravne osobe (ova specifična krivična sankcija se izriče ako je djelatnost pravne osobe u cjelini ili u pretežnoj mjeri korištena za izvršenje krivičnog djela); uslovna osuda (izriče se umjesto novčane kazne); te mjere bezbjednosti oduzimanje predmeta, objava presude i zabrana obavljanja određene djelatnosti.

---

<sup>21</sup> Marković, I., op. cit., str. 450.

Kazne su prilagođene odgovornosti prave osobe za krivično djelo, individualizaciji i ostvarenju svrhe kažnjavanja: novčana kazna i kazna oduzimanja imovine imaju poseban značaj, dok je kazna prestanka pravne osobe najteža krivična sankcija jer dovodi do gašenja pravne osobe. Pravnoj osobi mogu se za krivično djelo izreći i mjere bezbjednosti, i one se u pravilu izriču uz kaznu, ali se pod zakonskim uslovima mjera bezbjednosti oduzimanja predmeta može pravnoj osobi izreći i kao samostalna krivična sankcija.

Uzimajući u obzir da posebne odredbe o odgovornosti pravnih osoba za krivična djela ne obuhvataju svrhu kažnjavanja i izricanja krivičnih sankcija, te da je dozvoljena supsidijarna primjena opšteg dijela krivičnog zakona, odredbe krivičnog zakonodavstva o svrsi kažnjavanja i izricanja krivičnih sankcija shodno se primjenjuju i prema pravnim osobama. Također, pri odmjeravanju kazne pravnoj osobi sud će uzeti u obzir i ekonomsku moć pravne osobe, u smislu vrijednosti njene imovine, prihoda i obaveza, a obaveza suda da u skladu s opštim pravilima o odmjeravanju kazne uzme u obzir stepen krivnje učinioa podrazumijeva sagledavanje oblika i intenziteta doprinosa rukovodećih ili nadzornih organa pravne osobe izvršenju krivičnog djela.<sup>22</sup>

Uz kazne i druge krivične sankcije za pravne osobe, specifične materijalnopravne odredbe odnose se i na oduzimanje imovinske koristi od pravne osobe u slučaju da pravna osoba pribavi imovinsku korist učinjenim krivičnim djelom, pravne posljedice osude, zastarjelost izvršenja krivičnih sankcija.

#### 4.2. Pozitivne procesnopravne odredbe o odgovornosti pravnih osoba za krivična djela

Pozitivno krivičnoprocesno zakonodavstvo u BiH sadrži posebne odredbe o krivičnom postupku protiv pravne osobe. Te odredbe ne predstavljaju sistemski procesna rješenja; one ustvari uređuju samo one specifičnosti postupka koje su posljedica okolnosti da se kao osumnjičeni, odnosno optuženi javlja pravna osoba.<sup>23</sup> U svim drugim pitanjima koja nisu uređena poglavljem o postupku protiv pravnih osoba primjenjuju se odgovarajuće odredbe pozitivnog procesnog zakonodavstva.

A) Jedna od prvih specifičnosti koju treba navesti jeste vođenje jedinog postupka protiv pravne osobe i fizičke osobe kao učinioa, u kojem egzistira jedna optužnica i izriče se jedna presuda. Samo protiv pravne osobe postupak je moguć onda kada se protiv učinioa krivičnog djela krivični postu-

---

<sup>22</sup> Babić, M., Filipović, Lj., Marković, I., Rajić, Z., op. cit., str. 487.

<sup>23</sup> Sijerčić-Čolić, H., Hadžiomerađić, M., Jurčević, M., Kaurinović, D., Simović, M. (2005), *Komentari zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, Vijeće Evrope i Evropska komisija, str. 925.

pak ne može pokrenuti, odnosno voditi iz zakonom propisanih razloga ili ako je protiv fizičke osobe postupak već proveden.

B) Iako je zakonima o krivičnom postupku predviđeno načelo legaliteta krivičnog gonjenja, ipak se posebnom odredbom u postupku protiv pravnih osoba štiti primjena načela cjelishodnosti (oportuniteta) krivičnog gonjenja. Naime, tužilac može odlučiti da protiv pravne osobe ne zahtijeva pokretanje krivičnog postupka kada okolnosti slučaja ukazuju da to ne bi bilo cjelishodno jer je: doprinos pravne osobe izvršenju krivičnog djela bio neznatan, ili pravna osoba nema imovine, ili ima tako malo imovine da ne bi bila dovoljna ni za pokriće troškova postupka, ili ako je protiv pravne osobe započet stečajni postupak ili kada je izvršilac krivičnog djela jedini vlasnik pravne osobe protiv kojeg bi se krivični postupak inače pokrenuo.

C) Po prirodi stvari, optužena pravna osoba ne može sama realizovati procesnu sposobnost. Zato pravna osoba mora imati svog zastupnika, koji je ovlašten za preduzimanje svih radnji za koje je po zakonu ovlašten osumnjičeni, odnosno optuženi. Zastupnik pravne osobe je onaj ko je ovlašten zastupati pravnu osobu po zakonu, aktu nadležnog državnog organa ili po statutu, aktu o osnivanju ili drugom aktu pravne osobe. S obzirom na to da materijalno krivično pravo uređuje pitanje odgovornosti pravne osobe za krivično djelo u slučaju njenog gašenja prije pravosnažnosti sudske odluke, u procesnim odredbama je predviđeno da zastupnika određuje sud u slučaju statusne promjene pravne osobe prije pravosnažnog okončanja krivičnog postupka. Zakoni o krivičnom postupku predviđaju izuzeće zastupnika pravne osobe u smislu da optuženu pravnu osobu ne može zastupati osoba koja je pozvana kao svjedok ili je riječ o osobi protiv koje teče postupak zbog istog krivičnog djela, osim ako je to jedini član pravne osobe.

Uz zastupnika optužena pravna osoba može imati i branioca, s tim da zbog sukoba interesa osumnjičene, odnosno optužene fizičke osobe i optužene pravne osobe, oni ne mogu imati zajedničkog branioca.

D) Zakon propisuje i dodatne obavezne sastavne dijelove optužnog akta (naziv pod kojim pravna osoba nastupa u pravnom prometu, sjedište pravne osobe, opis krivičnog djela i osnov odgovornosti pravne osobe) i presude (naziv pod kojim pravna osoba nastupa u pravnom prometu, njeno sjedište, te lični podaci o zastupniku koji je prisustvovao glavnom pretresu, a u izreci još i naziv pod kojim pravna osoba nastupa u pravnom prometu i sjedište pravne osobe, te zakonski propis na osnovu kojeg se pravna osoba optužena za određeno krivično djelo oglašava krivom ili se oslobađa od optužbe, odnosno po kojem se optužba odbija). Polazeći od toga da je izvršenje krivičnog djela u ime, za račun ili u korist pravne osobe jedan od uslova za odgovornost pravne osobe za

krivično djelo, u literaturi se navodi da činjenični osnov optužnice protiv pravne osobe i presude kojom se pravna osoba oglašava odgovornom za krivično djelo, mora sadržavati, između ostalog, i činjenice i okolnosti iz kojih proizlazi da je učinilac postupao u ime, za račun ili u korist te pravne osobe.<sup>24</sup>

E) U okviru zakonskih rješenja o postupku protiv pravnih osoba utvrđena su, također, i pravila koja se primjenjuju na glavnom pretresu u toku saslušanja optuženog (kao fizičke osobe) i zastupnika optužene pravne osobe, kao i pri iznošenju završnih riječi. U tom smislu, na glavnom pretresu se prvo saslušava optuženi, a nakon toga zastupnik pravne osobe. Po završenom dokaznom postupku, kao i završnoj riječi tužioca i oštećenog, sudija, odnosno predsjednik vijeća daje riječ braniocu, zatim zastupniku pravne osobe, te braniocu optuženog i na kraju samom optuženom.

## 5. Zaključna razmatranja

Uzimajući u obzir krivično zakonodavstvo, te druge propise koji nisu bili *stricto sensu* krivičnogopravnog karaktera, u Federaciji Bosne i Hercegovine je sve do 2006. godine bio prihvaćen tripartitni sistem odgovornosti pravnih osoba za kaznena djela (pravne osobe su mogle odgovarati ne samo za krivična djela i prekršaje, već i za privredne prestupe); u Brčko distriktu Bosne i Hercegovine i Republici Srpskoj od 2003. na snazi je dvopartitni sistem (pravne osobe odgovaraju za krivična djela i prekršaje). Danas, u Bosni i Hercegovini, odgovornost pravne osobe za nezakonite radnje uređuje se u svjetlu dvopartitnog sistema: pravna osoba može biti odgovorna za krivično djelo, a prihvaćena je i kao subjekt prekršajne odgovornosti.

Na regulisanje odgovornosti pravne osobe za krivično djelo su i u Bosni i Hercegovini uticali međunarodni dokumenti, tako da je uz kriminalnopolitičke razloge uzeto u obzir i ispunjavanje obaveza koje su proizašle iz međunarodnih dokumenata. Proces prilagođavanja pravnih normi koje se primarno odnose na odgovornost fizičke osobe i efikasnije provođenje krivičnih postupaka, nije ni jednostavan ni kratkoročan zadatak. S jedne strane, postavlja se zahtjev za očuvanjem osnovnih krivičnogopravnih postulata, dok se istovremeno teži ka rješavanju složenih pravnih pitanja o odgovornosti pravnih osoba za krivična djela. Zato smo na prethodnim stranicama predstavili karakteristična zakonska rješenja o odgovornosti pravnih osoba za krivična djela i ukazali na specifičnosti materijalnopravnih i procesnopravnih propisa o ovom složenom institutu u Bosni i Hercegovini. Možemo ponoviti da su zakonodavci na sva

---

24 Filipović, Lj., Ikanović, V., op. cit., str. 31.

četiri nivoa vlasti ponudili pravne norme koje u bitnom ne odstupaju od rješenja u uporednom pravu i koje su harmonizirane s pravnim standardima sadržanim u brojnim međunarodnim dokumentima.

Konačno, ali ne i na zadnjem mjestu, prethodna izlaganja su pokazala aktuelnost pitanja koja je prof. Đorđević u svom radu istaknuo prije više od pedeset godina: teorijska opravdanost usvajanja „drukčijeg vida krivične odgovornosti u odnosu na krivičnu odgovornost fizičkog lica” i „osobenosti ovog vida krivične odgovornosti”.

## **6. Korištena literatura**

- Babić, M., Filipović, Lj., Marković, I., Rajić, Z. (2005), Komentari krivičnih/kaznenih zakona u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, Vijeće Evrope i Evropska komisija.
- Đorđević, Đ. M. (1968), Krivična odgovornost pravnih lica za privredne prestupe. Beograd. Univerzitet u Beogradu.
- Filipović, Lj., Ikanović, V. (2012), Krivični postupak protiv pravnih osoba, Sarajevo, Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine.
- Ikanović, V. (2012), Krivična odgovornost pravnih lica. Banja Luka, Grafid.
- Marković, I. (2008), Odgovornost pravnih lica u krivičnom zakonodavstvu u Bosni i Hercegovini, Pravna riječ, V(15), str. 435-459.
- Sijerčić-Čolić, H., Hadžiomerađić, M., Jurčević, M., Kaurinović, D., Simović, M. (2005), Komentari zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, Vijeće Evrope i Evropska komisija.



**Dr. sc. Hajrija SIJERČIĆ-ČOLIĆ**

*DISAPPLICATION OF THE PRINCIPLE OF SOCIETAS  
DELINQUERE NON POTEST – AN OVERVIEW FOCUSED  
ON BOSNIA AND HERZEGOVINA*

*The paper examines the deviations from the principle of societas delinquere non potest in criminal legislation of Bosnia and Herzegovina. The presentations connect the earlier legal regulations on the liability of legal persons for punishable actions and legislative solutions which are in force today and which relate to the liability of legal persons for criminal offences. Special attention is paid to characteristic solutions on the liability of legal persons for criminal offences contained in criminal codes, and provisions of criminal procedure code relating to procedure against a legal person. The concluding remarks underline the topicality and complexity of the debate on the liability of legal persons for criminal offences.*

**Keywords:** *liability of legal persons for criminal offences, Bosnia and Herzegovina.*



**Prof. dr Miloš BABIĆ**  
**Pravni fakultet**  
**Univerziteta u Banjoj Luci**

**Pregledni članak**  
**UDK: 343.2/.7(497.6)**  
**Primljeno: 15. novembra 2016. god.**

## **MATERIJALNO KRIVIČNO ZAKONODAVSTVO U POSTDEJTONSKOJ BOSNI I HERCEGOVINI (pitanje nadležnosti i primjena)**

*U radu se raspravlja pitanje krivičnog pravnog sistema u postdejtonskoj Bosni i Hercegovini, s posebnim naglaskom na anomalije koje u njemu postoje, kako na normativnom nivou, tako i u njegovoj praktičnoj primjeni. Raspravljajući pitanje nadležnosti u prvom dijelu rada, autor na osnovu analize odredaba Ustava BiH (čl. III st. 1, 2. i 3) zaključuje da zakonodavne kompetencije u regulativi ove grane prava izvorno spadaju u nadležnost Entiteta. Upravo je takvo ustavno rješenje bilo osnov za Entitete da svoje materijalno krivično zakonodavstvo urede donošenjem svojih krivičnih zakona neposredno nakon prihvatanja tzv. Dejtonskog mirovnog ugovora (Federacija 1998, a Republika Srpska 2000. godine).*

*Ovaj koncept uređenja krivičnog zakonodavstva se mijenja reformom iz 2003. godine, kada se usvaja (bolje reći nameće od strane visokog predstavnika) i Krivični zakon BiH. Time je prihvaćena koncepcija tzv. paralelno-podijeljene nadležnosti sa četiri krivična zakona: dva krivična zakona Entiteta, Brčko Distrikta i Krivični zakon BiH. Međutim, i takav koncept se u potpunosti mijenja Zakonom o Sudu BiH, jer je tim zakonom predviđena mogućnost preuzimanja nadležnosti od strane Suda BiH za sva krivična djela iz entitetskog krivičnog zakonodavstva. Autor je mišljenja da se navedenim organizacionim zakonom ne može*

*mijenjati nadležnost koja je uspostavljena krivičnim zakonima, te da je odredba kojom je to učinjeno istovremeno i neustavna jer se njome derogira entitetsko krivično zakonodavstvo i krivičnopravni subjektivitet Entiteta koji je utemeljen na Ustavu BiH.*

*U drugom dijelu rada se raspravlja o neprihvatljivim rješenjima u Krivičnom zakonu BiH i neprihvatljivom načinu njegove primjene u odnosu na najteža krivična djela protiv međunarodnog prava i njihove učinioce. Autor posebno ukazuje na zločin protiv čovječnosti koji Sud BiH pogrešno primjenjuje, pozivajući se na odredbu iz člana 7. stava 2. EKLJP i član 4a KZ BiH. Pri tome se ukazuje na ozbiljnu diskriminaciju na normativnom nivou (čl.180. KZ BiH), kao i diskriminaciju koja se ogleda kroz postojanje dva različita krivičnopravna režima u primjeni krivičnog zakonodavstva na ova krivična djela, u zavisnosti od toga na kojem nivou se sudi: da li na entitetskom ili od strane Suda BiH.*

**Ključne riječi: paralelno-podijeljena nadležnost, izvorna nadležnost Entiteta, prekrajanje nadležnosti, entitetsko krivično zakonodavstvo, entitetski krivičnopravni suverenitet, primjena krivičnog zakonodavstva, zločin protiv čovječnosti.**

## 1. Uvodne napomene

1.1. Pitanje nadležnosti u oblasti krivičnog zakonodavstva predstavlja veoma značajno pitanje u svim zemljama sa složenim ustavno-pravnim uređenjem. Za rješenje ovog pitanja ne postoje neka opšta i zajednička pravila koja vrijede za sve zemlje, pa čak ni za sve periode u izgradnji pravnog, odnosno krivičnopravnog sistema u tim zemljama. To se najbolje vidi iz primjera prethodne Jugoslavije koja je sve do 1977. godine imala jedinstveno krivično zakonodavstvo, nakon čega je prihvaćeno rješenje kojim je u oblasti materijalnog krivičnog zakonodavstva izvršena podjela legislativne nadležnosti između savezne države i federalnih jedinica.

Zbog sličnosti u pogledu ustavnog uređenja između Bosne i Hercegovine i tadašnje Jugoslavije, na ovom mjestu je potrebno ukratko ukazati na uređenje ovog pitanja upravo u KZ SFRJ iz 1977. godine u kojem je na osnovu odredbi Ustava iz 1974. godine bila prihvaćena koncepcija tzv. *podijeljene nadležnosti* u materijalnom krivičnom zakonodavstvu. Dakle, osnov za raspodjelu nadležnosti su predstavljale ustavne odredbe u kojima je pitanje legislativne nadležnosti federalnih jedinica i savezne države u toj pravnoj oblasti bilo reg-

ulisano dosta jasno i precizno (član 281. stav 1. tačka 12. Ustava). Usaglašavajući krivičnopravna rješenja sa ustavnim odredbama, izvršena je raspodjela nadležnosti između Federacije i federalnih jedinica, tj. između SFRJ kao savezne države i republika i autonomnih pokrajina. Opšti dio krivičnog zakonodavstva i manji dio krivičnih djela iz posebnog dijela koja su se odnosila na zaštitu vrijednosti od zajedničkog interesa, pripao je federaciji (saveznoj državi), dok je preostali dio posebnog dijela, odnosno većina drugih grupa krivičnih djela pripala u legislativnu nadležnost federalnih jedinica. Samo su neke odredbe iz Opšteg dijela (posebna pravila o primjeni vaspitnih mjera i kažnjavanju maloljetnika u okviru opštih pravila koja su bila utvrđena u saveznom zakonu i opšta pravila o izvršenju krivičnih sankcija) bile sadržane u krivičnim zakonima republika i autonomnih pokrajina.

1.2. U Bosni i Hercegovini, koja ima sličnu ustavnopravnu strukturu kao Jugoslavija, odnosno koja je isto tako jedna posebna vrsta složene države koju čine federalne jedinice, situacija je *bitno drugačija*. Za razliku od Jugoslavije u kojoj je, kako je navedeno, to pitanje bilo jasno riješeno i precizno regulisano u Ustavu, u Ustavu BiH o tome ne postoji ni *slična odredba* u kojoj se uređuje pitanje legislativne nadležnosti. To se odnosi ne samo na materijalno krivično zakonodavstvo, već i na krivično zakonodavstvo uopšte, uključujući i pravosuđe. Iz onoga što Ustav BiH sadrži može se zaključiti da oblast krivičnog zakonodavstva i njegovog uređivanja spada u nadležnost federalnim jedinicama, odnosno Entitetima. To proizilazi iz ustavne odredbe člana III stava 1. Ustava BiH u kojoj se taksativno navode nadležnosti BiH, a onda se u odredbi stava 3. kaže da sve što nije po tom Ustavu izričito dato u nadležnost institucijama BiH, spada u nadležnost Entiteta koja je određena u stavu 2. Iz ovako postavljene odredbe, *argumentum a contrario* proizilazi da i krivičnopravna oblast ulazi u one društvene segmente koji su u *izvornoj nadležnosti Entiteta*.

Prihvatajući i slijedeći takvo ustavnopravno rješenje, Entiteti su usvojili svoje krivične zakone u kojima je bila regulisana kompletna materija krivičnog materijalnog zakonodavstva, tj. kako odredbe opšteg tako i posebnog dijela. Takav pristup u rješavanju ovog pitanja prvo je prihvatila Federacija BiH, koja je upravo na osnovu tako prihvaćene koncepcije i uredila svoje krivično zakonodavstvo, usvajajući *Krivični zakon* već 1998. godine. Isto to čini i Republika Srpska koja svoj *Krivični zakonik* usvaja 22. juna 2000. godine (stupa na pravnu snagu 1. oktobra iste godine).

Prema tome, nije sporno da je ovakvo rješenje u uređenju legislativne nadležnosti u oblasti materijalnog krivičnog prava bilo utemeljeno na ustavnim odredbama i principima, odnosno na Ustavu BiH, te je kao takvo i prihvaćeno i u tom smislu nije bilo nikakvih otvorenih ni spornih pitanja. To dalje znači da

legislativna nadležnost Entiteta u oblasti krivičnog zakonodavstva, *izvorno pripada Entitetima*. Činjenica da BiH kao država ima nadležnosti u nekim oblastima kao što su spoljna, carinska, spoljnotrgovinska i monetarna politika (itd.), sama po sebi ne predstavlja nužno i osnov za postojanje i krivičnog zakonodavstva na nivou države. Efikasna i djelotvorna krivičnopravna zaštita navedenih vrijednosti je bila moguća i kroz krivično zakonodavstvo Entiteta. To je jednim dijelom i bilo učinjeno Krivičnim zakonikom RS, jer je npr. kod krivičnih djela protiv ustavnog uređenja Republike Srpske, bila obezbijeđena i krivičnopravna zaštita teritorijalnog integriteta i cjelovitosti (kao i drugih vrijednosti) i Bosne i Hercegovine.

## 2. Izmjene krivičnog zakonodavstva iz 2003. godine

Navedena situacija u legislativnoj regulativi u krivičnom zakonodavstvu postojala je sve do 2003. godine kada je *izvršena reforma* krivičnog zakonodavstva i kada je u uređenju materijalnog krivičnog prava izvršena *preraspodjela ili prekranje* već uspostavljenih nadležnosti. U skladu sa tim na svim nivoima se usvajaju krivični zakoni i to: Krivični zakon Republike Srpske i Krivični zakon FBiH, te Krivični zakon Bosne i Hercegovine i Krivični zakon Brčko Distrikta.

Donošenjem i usvajanjem novog krivičnog zakonodavstva, Bosna i Hercegovina je ušla u sasvim novu zakonodavnu fazu u krivičnopravnoj oblasti, fazu realizacije nove koncepcije tzv. *paralelno-podijeljene* zakonodavne nadležnosti u krivičnopravnoj materiji. Paralelna nadležnost postoji u odnosu na materiju Opšteg dijela, jer je ovaj dio u potpunosti u nadležnosti, kako same Bosne i Hercegovine, tako i njenih Entiteta i Brčko Distrikta, dok je u odnosu na materiju Posebnog dijela nadležnost podijeljena. Radi se o dosta specifičnom modelu uređenja krivičnopravne materije i njene regulative, jer kriterijumi raspodjele nadležnosti nisu jasno i eksplicitno postavljeni, kao što je to bilo u ranijem krivičnom zakonodavstvu. To je učinjeno jednim dijelom na osnovu prirode dobara čija pravna uređenost, pa dakle i krivičnopravna zaštita, po Ustavu BiH pripada Bosni i Hercegovini ili na osnovu svojstva samog učinioca, itd. Tako, krivična djela protiv međunarodnog prava su u Krivičnom zakonu BiH, kao i krivična djela protiv službene dužnosti koja izvrše službena i odgovorna lica u institucijama BiH, što je slučaj i kod nekih drugih krivičnih djela, kao što su npr. krivična djela protiv prava i sloboda građana, itd.

Takva koncepcija uređenja materijalnog krivičnog zakonodavstva nalažala je i donošenje tzv. *kolizionih normi*, kao što je to bilo u KZ SFRJ, koje bi regulisale pitanje nadležnosti u procesuiranju određenih slučajeva u kojima pos-

toji tzv. *sukob entitetskih jurisdikcija*, ali to nije učinjeno. Razloge možemo nagađati, ali ako se ima u vidu da je u to vrijeme već postojao Zakon o Sudu Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu ZoS BiH) u kojem je predviđena mogućnost preuzimanja nadležnosti od strane Suda BiH za sva krivična djela iz entitetskih krivičnih zakona, onda nije teško zaključiti da taj propust nije bio slučajan. Stoga je potrebno napraviti kraću analizu zakonskih odredaba u kojima je predviđena takva mogućnost.

### **3. Mijenjanje već uspostavljene nadležnosti u krivičnom zakonodavstvu**

a) *Zakon o Sudu Bosne i Hercegovine*. Kao što je već navedeno, reformom krivičnog zakonodavstva iz 2003. godine, izvršena je preraspodjela (bolje reći prekrajanje ili „prepakivanje“) nadležnosti u materijalnom krivičnom zakonodavstvu koja je ranije bila uspostavljena na osnovu Ustava BiH. Tada je i Bosni i Hercegovini priznat krivičnopravni subjektivitet, tj. nadležnost da uređuje dio materijalnog krivičnog zakonodavstva koji se odnosi na krivičnopravu zaštitu onih vrijednosti koje spadaju u njenu nadležnost. Time, pored Entiteta i Brčko Distrikta i Bosna i Hercegovina dobija svoj Krivični zakon kojim, kao i Entiteti, u potpunosti uređuje materiju opšteg dijela ove grane zakonodavstva i onaj dio posebnog dijela koji se odnosi na zaštitu onih vrijednosti koje po Ustavu BiH spadaju u njenu nadležnost. Dakle, krivičnim zakonima, koji spadaju u kategoriju tzv. *sistemskih* zakona, u potpunosti je regulisana oblast materijalnog krivičnog zakonodavstva koja spada u nadležnost svakog od subjekata koji imaju krivičnopravni suverenitet. Tako uspostavljena nadležnost ne može biti mijenjana nekim drugim, a pogotovo zakonskim propisima niže pravne snage.

Međutim, takvo rješenje je već unaprijed bilo izmijenjeno (bolje reći izigrano), jer je već bio od strane tzv. visokog predstavnika nametnut, a kasnije i usvojen, *Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o Sudu Bosne i Hercegovine* („Sl. galsnik BiH“, broj 3/03) kojim je proširena nadležnost Suda BiH i na sva krivična djela iz entitetskog krivičnog zakonodavstva, odnosno krivičnog zakonodavstva Brčko Distrikta (čl. 13. ZoS BiH, odnosno čl. 7. sada važećeg ZoS BiH). Ovo pitanje već neko vrijeme zaokuplja pažnju naše stručne javnosti, u početku u najvećoj mjeri zbog nekih slučajeva čije je procesuiranje pred Sudom BiH izazvalo negativne reakcije jednog dijela javnosti u BiH. U novije vrijeme, ono je u centru pažnje stručne pravničke javnosti, uglavnom u Republici Srpskoj, koja konačno (i prilično zakašnjelo) u okviru tzv. strukturalnog dijela postavlja pitanje da li se na taj način mogla mijenjati nadležnost u

oblasti materijalnog krivičnog zakonodavstva. Autor ovog teksta je ovo pitanje aktuelizovao odmah nakon prvih slučajeva postupanja Suda BiH na osnovu ove odredbe na nekoliko krivičnopравnih seminara (posebno na Oktobarskim pravničkim danima), a 2005. godine je uputio i *Otvoreno pismo predsjedniku Visokog sudskog i tužilačkog savjeta* i Krivičnog odjeljenja Suda BiH, u kojem je ukazano na sve probleme i otvorena pitanja vezana za primjenu ove odredbe, sa prijedlogom da se na stručnom nivou o tome obavi rasprava.

Podsjećam da je ova, tzv. uspostavljena (prenesena ili uzurpirana) nadležnost uvedena istovremeno sa stupanjem na snagu KZ BiH (2003). Naime, navedenom odredbom toga zakona predviđeno je da je Sud BiH, pored krivičnih djela iz Krivičnog zakona i drugih zakona u BiH, nadležan i za sva krivična djela predviđena u KZ FBiH, Krivičnog zakona RS i Krivičnog zakona BD, kada ta djela:

a) *ugrožavaju suverenitet, teritorijalni integritet, političku nezavisnost, nacionalnu bezbjednost i međunarodni subjektivitet Bosne i Hercegovine;*

b) *mogu imati ozbiljne reperkusije ili štetne posljedice na privredu Bosne i Hercegovine, ili mogu izazvati druge štetne posljedice za Bosnu i Hercegovinu ili mogu izazvati ozbiljnu ekonomsku štetu ili druge štetne posljedice izvan teritorije datog entiteta ili Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine.*

Dakle, posve je jasno da je odredbom iz tačke a) i b) uspostavljena nadležnost Suda BiH za krivična djela iz entitetskog krivičnog zakonodavstva, odnosno jurisdikcije entitetskog pravosuđa. Treba primijetiti da se radi o zakonskom rješenju koje je nepoznato u uporednom krivičnom zakonodavstvu i legislativnoj praksi drugih zemalja sa ovakvim ili sličnim modelom krivičnog zakonodavstva. Radi se zapravo o tome da se jednim organizacionim zakonom, kroz odredbe o nadležnosti, modifikuje i mijenja materijalno krivično zakonodavstvo, jer se na ovaj način u suštini uvode *novi oblici svih krivičnih djela*, odnosno njihovi *teži ili kvalifikovani oblici* kada se ocijeni da oni imaju ili čak mogu imati navedene posljedice. Time se zapravo uvodi *paralelizam* u krivičnopравnoj regulativi, što predstavlja derogiranje *entitetskog krivičnog zakonodavstva i krivičnopравnog subjektiviteta i suvereniteta Entiteta*, jer se radi o njihovoj izvornoj i na ustavu zasnovanoj nadležnosti. Pored toga, na ovaj način se *proširuje i zona kažnjivosti* uspostavljena entitetskim krivičnim zakonodavstvom i *granice krivične represije* koje su u izvornoj nadležnosti *jedino entitetskih zakonodavnih organa*.

b) *Pravna priroda i krivičnopравni efekti odredbe iz tačke b).* U krivičnopравnom smislu posebno je problematična odredba iz tačke b), imajući u vidu način na koji je ona formulisana. U toj odredbi se navode formulacije koje podrazumijevaju posljedice iz kategorije tzv. *apstraktne opasnosti*, jer se



govori o štetnim posljedicama koje „*mogu*” nastupiti, tj. *mogu imati štetne posljedice* na privredu Bosne i Hercegovine ili *mogu izazvati druge štetne posljedice* za BiH ili mogu izazvati ozbiljnu ekonomsku štetu ili druge štetne posljedice izvan teritorije datog entiteta ili Brčko Distrikta. Pored tih, tu je i posljedica u vidu „*ozbiljnih reperkusija*“, što je potpuno neodređeno i predstavlja jezik koji je nepoznat u savremenoj zakonodavnoj praksi opisa bića krivičnih djela. Ovu vrstu „posljedice“ krivičnopravno nije moguće klasifikovati, svrstati u bilo koju kategoriju posljedica koje poznaje savremena teorija krivičnog prava.

Ovako postavljena odredba otvara i neka veoma ozbiljna krivičnopravna pitanja i dileme. Po formulacijama koje se koriste i po negativnim učinocima koje može imati, tj. po svojoj krivičnopravnoj prirodi, ona se može označiti krivičnom odredbom koja je svojstvena nedemokratskim, autoritarnim sistemima. Riječ je o dredbi za koju je malo reći da spada u tzv. *kaučuk odredbe* kod kojih se u njihovom tumačenju i primjeni lako ulazi u vode *nedopuštenog ekstenzivnog tumačenja i zabranjene analogije*. Ona po svojoj stilizaciji i formulacijama koje koristi zapravo spada u tzv. *monstruozne odredbe* totalitarnog sistema kojima se narušavaju osnovni principi na kojima se zasniva moderno krivično zakonodavstvo. Ovo posve jasno proizilazi iz formulacija koje su u krivičnopravnom smislu posve otvorene i nejasne i omogućavaju potpunu proizvoljnost i arbitrnost u tumačenju i primjeni krivičnog prava, što je veoma opasno za bilo koju granu prava, a posebno za krivično pravo i zakonodavstvo. Ovom odredbom je zapravo izvršeno, ne samo prekranje ili „*prepakivanje*“ zakonodavne nadležnosti u materijalnom krivičnom zakonodavstvu, već su zapravo na jednom mjestu *preoblikovana sva krivična djela iz entitetskih krivičnih zakona*, ukoliko ona tobože izazivaju ili čak mogu izazvati navedene „*reperkusije, ozbiljne ili štetne posljedice*“. Riječ je o nepoznatoj i nedopuštenoj legislativnoj tehnici koja se koristi za određivanje koja sve ljudska ponašanja predstavljaju kažnjive radnje u vidu krivičnih djela. Ovakvu legislativnu tehniku u opisivanju zakonskih bića krivičnih djela nisu poznavala ni realsocijalistička krivična zakonodavstva. Naravno da takve odredbe ni zakonske opise bića krivičnih djela nije poznavalo ni naše ranije, socijalističko krivično zakonodavstvo. Naprotiv, ono je u svim svojim izmjenama nastojalo da njihove zakonske opise uskladi sa principom zakonitosti koji je nalagao jasne, određene i precizne zakonske opise svih obilježja koja su činila bitne elemente krivičnih djela. Takvi opisi krivičnih djela na najbolji način pokazuju da li je riječ o krivičnopravnom sistemu koji je utemeljen na vladavini prava i u kojem je krivičnopravna represija postavljena u okvire koji odgovaraju opšteprihvaćenim standardima u evropskom krivičnom pravu ili se radi o krivičnopravnom sistemu koji ima odlike jednog represivnog i nedemokratskog krivičnog prava autoritarnog tipa.

Ovim se istovremeno *krši i princip zakonitosti*, posebno u onom njegovom dijelu koji se odnosi na zahtjev da krivična djela u svim svojim oblicima i obilježjima budu jasno i precizno određena (*nullum crimen sine lege certa*, poznat u skraćenoj verziji kao *lex certa*). Teško je za ovo naći opravdanje u krivičnompravnom smislu, jer i entitetski KZ sadrže teže oblike svih tih krivičnih djela, pa stoga gotovo apsurdno djeluje zakonska odredba iz člana 7. ZoSBiH, postavljena na način kako je to učinjeno. Ako već postoji kriminalnopolitička opravdanost za postojanjem novih težih oblika kod nekih krivičnih djela ili posve nova krivična djela radi zaštite određenih vrijednosti, onda se to moralo učiniti na drugi, legislativno-tehnički prihvatljiviji način. Jednostavno, trebalo je u entitetskim krivičnim zakonima, uz ta djela, predvidjeti i posebne teže oblike ukoliko su nastupile navedene ili neke druge posljedice, ali bez mijenjanja nadležnosti u njihovom procesuiranju. Međutim, treba reći da najveći broj krivičnih djela i ne proizvodi niti može proizvoditi posebno ozbiljne štetne posljedice koje bi u toj mjeri ugrožavale one ustavne vrijednosti koje su u nadležnosti BiH. S druge strane, teško je i zamisliti bilo koje krivično djelo kod kojeg posljedice koje pogađaju Entitete nisu istovremeno i posljedice koje pogađaju i BiH. To znači da bi se po toj logici svako krivično djelo moglo podvesti pod navedenu odredbu, što se zapravo u praktičnoj primjeni i čini (otuda i procesuiranja od strane Suda BiH i takvih krivičnih djela kao što su nesavjestan rad u službi, šumska krađa i slična djela iz entitetskih krivičnih zakona).

Takvim i tako postavljenim odredbama ozbiljno se ugrožava i *garantivna funkcija krivičnog prava*. Uvođenjem novih i drugačijih obilježja krivičnih djela, naročito u onaj dio dispozicije krivičnog djela kojim se označava njegova posljedica, njenim proširivanjem u kvantitativnom i kvalitativnom smislu na veoma neodređen način, čini krivičnopravnu represiju potpuno neodređenom i *granice kažnjavanja nejasnim i bezgraničnim*. To je velika opasnost za prava i slobode građana, jer uopšte nije jasno koja sve ljudska ponašanja i sa kojim posljedicama predstavljaju nedopuštene i kažnjive radnje u našem društvu. Time su širom otvorena vrata za *nedopušteno i arbitrerno* tumačenje krivično-pravnih normi od strane pravosudnih organa u primjeni krivičnog zakonodavstva.

Poseban problem sastoji se u tome što se na taj način u suštini posredno mijenja osnovno krivično zakonodavstvo i *proširuje zona kažnjivosti* i to procesnim ili organizacionim normama, što predstavlja *podrivanje integriteta i cjelovitosti krivičnog zakonodavstva*, ali istovremeno *derogira krivično zakonodavstvo Entiteta i njihov krivičnopravni subjektivitet*. Pored toga, time se mijenja i proširuje i zona kažnjivosti, odnosno *granice krivičnopravne represije postavljene* od strane Entiteta čija je nadležnost u ovoj oblasti zasnovana na

Ustavu BiH i kao takva je izvorna i nepromjenljiva, osim ako se one toga sporazumno ne odreknu i prenesu je na BiH.

Takva odredba je dovela do njenog posve proizvoljnog tumačenja koje je omogućilo njenu selektivnu primjenu koja je često bila u funkciji određenih vidova manipulacija, ponekad čak i ostvarivanja dnevno-političkih ciljeva; disciplinovanja političkih „neposlušnika“ koji nisu po volji nekim strukturama (domaćim ili međunarodnim). To se najbolje vidi i iz nekih veoma slikovitih slučajeva u kojima je ova odredba primjenjivana: slučaj Ivanić, Branković (premijeri RS i FBiH) i slučaj Čović, ministar FBiH. Prvom se sudi za krivično djelo nesavjestan rad u službi iz člana 354. KZ RS (poznato još i kao činovničko krivično djelo), drugom je stavljeno na teret krivično djelo zloupotrebe službenog položaja sa višemilionskim iznosima, ali njegov slučaj ostaje na entitetskom nivou. Čoviću je stavljeno na teret takođe krivično djelo zloupotrebe službenog položaja iz KZ Federacije i on je prvostepenom presudom i osuđen na kaznu zatvora u trajanju od pet godina, da bi se apelacioni sud oglosio nenadležnim i donio odbijajuću presudu, prepuštajući i njegov slučaj u nadležnost entitetskom pravosuđu. Ovakvoj primjeni ove odredbe, odnosno krivičnog zakonodavstva, nije potreban poseban komentar. Dakle, posve je jasno da se radi o krajnje proizvoljnoj primjeni koja predstavlja neprihvatljivu diskriminaciju građana.

Izneseno pokazuje da je u pitanju zakonsko rješenje, odnosno odredba koja se primjenjuje bez ikakvih objektiviziranih kriterijuma na osnovu kojih bi se izgradila prihvatljiva praksa u njenoj primjeni. To samo potvrđuje osnovanost stavova kojima se ukazuje da je neophodno njeno uklanjanje, jer ona kao takva ne bi smjela biti osnov za primjenu bilo kojeg krivičnog zakona.

*Na kraju, može se zaključiti da na osnovu ovako formulisane odredbe, Sud BiH može preuzeti nadležnost za sva krivična djela iz entitetskog krivičnog zakonodavstva jer ne postoji ni jedno entitetsko krivično djelo usljed kojeg ne nastupa i neku vrstu štetne posljedice i za BiH. Ako se, pored toga, ima u vidu da se u toj odredbi navode i „štetne posljedice koje samo „mogu“ (dakle, ne moraju) nastati, onda je to još očiglednije“. Tumačenjem i primjenom ove odredbe sa takvim formulacijama, entitetsko krivično zakonodavstvo i pravosuđe može biti u potpunosti derogirano i stavljeno van svoje funkcije. Dakle, krajnji cilji ove i ovakvih odredaba je unifikacija krivično-pravnog, kao i pravnog sistema uopšte, odnosno negiranje Entiteta i stvaranje unitarne države.*

v) *Odredba iz člana 7. stava 3. tačke b) ZoS BiH. Na kraju, neophodno je navesti i odredbu iz člana 7. stava 3. tačke b) sada važećeg ZoS BiH prema kojoj je Sud BiH takođe nadležan za donošenje praktičnih uputstava za primjenu krivičnog materijalnog zakonodavstva Bosne i Hercegovine iz nadležnosti Suda u vezi s krivičnim djelima genocida, zločina protiv čovječnosti, ratnih zločina i*

*kršenje zakona i običaja rata, te pojedinačnom krivičnom odgovornošću vezano za ova djela, po službenoj dužnosti ili na zahtjev bilo kojeg entitetskog suda ili suda Distrikta Brčko Bosne i Hercegovine.*

I za ovu odredbu u još većoj mjeri se može tvrditi da je ne samo neprihvatljiva, već nešto što je u toj mjeri neodrživo da ne zaslužuje da se komentariše. Ona je suprotna ne samo principima unutrašnjeg prava na kojima je utemeljeno funkcionisanje pravosuđa, već i nizu međunarodnih dokumenata prema kojima je zagarantovana nezavisnost pravosuđa. Riječ je o odredbi koja je anticivilizacijska i zbnunjuća. Koji je to sud koji može izdati „obavezujuća upustva“, dakle, naredbe o tome kako će i koji će krivični zakon primijeniti sud koji sudi za određeno krivično djelo. Time se zapravo htjelo reći da su entitetski sudovi kada procesuiraju navedena krivična djela dužni da primjenjuju KZ BiH na način na koji to radi ili odredi Sud BiH; da primjenjuju famoznu odredbu iz člana 180. KZ BiH u kojoj su regulisani najznačajniji opšti instituti koji se odnose samo na ova krivična djela i koji se razlikuju od istih tih instituta koji se odnose na sva druga krivična djela i njihove izvršioce; da primjenjuju udruženi zločinački poduhvat koga nema ni u jednoj zakonskoj odredbi (pa ni u Statutu Haškog tribunala) ili komandnu odgovornost koja nije postojala u prethodnom krivičnom zakonodavstvu, zatim da primjenjuju tzv. „prošireno saizvršilaštvo“ iz člana 180. KZ BiH koga su u toj odredbi „pronašle“ samo sudije Suda BiH, itd.

Na kraju treba reći da je, nažalost, i Ustavni sud BiH u nekoliko svojih odluka zauzeo stav da su sve naprijed navedene odredbe pravno osnovane i u skladu sa ustavnim odredbama. Pored toga, taj sud je u odluci po apelaciji u predmetu Maktouf, zauzeo stav da su entitetski sudovi dužni da primjenjuju KZ BiH kada sude za krivična djela protiv međunarodnog prava.<sup>1</sup>

#### **4. Primjena krivičnog zakonodavstva na krivična djela protiv međunarodnog prava**

*a) Prva faza u primjeni krivičnog zakona.* Prva faza primjene krivičnog zakona na međunarodna krivična djela obuhvata period do donošenja presude ESLJP u predmetu Maktouf-Damjanović, kada je ovaj sud utvrdio da je Sud

---

1 Opravdavajući takav stav, kao i retroaktivnu primjenu KZ BiH na taj slučaj, kao i slučaj Damjanović, tadašnji predsjednik Ustavnog suda je uputio i pismo Evropskom sudu za ljudska prava, ali taj sud nije uvažio njegove argumente. Naime, ESLJP je u vezi sa slučajem Damjanović, instancu Ustavnog suda BiH ocijenio kao „nedjelotvorno pravo sredstvo“, pa je slučaj Damjanović „priključio“ predmetu Maktouf (Ustavni sud odbio njegovu apelaciju), iako on nije podnosio apelaciju Ustavnom sudu BiH, a kako se radi o identičnim slučajevima, ESLJP je uvažio i apelaciju Damjanovića.

BiH, primjenjujuću na predmetne slučajeve Krivični zakon BiH, povrijedio odredbu člana 7. EKLJP. Dakle, Sud BiH je već na samom startu u suđenjima za ova krivična djela, u znatnoj mjeri pod uticajem ili uz asistenciju nekih međunarodnih tijela, ali i sudija (a nešto kasnije i uz „podršku“ Ustavnog suda BiH), zauzeo stav (*sic!*) da se na ta djela primjenjuje KZ BiH. Naravno, prihvatajući ovakav stav, sud se nije ni upuštao u ocjenu konkurišućih zakona u pogledu njihove strogosti,<sup>2</sup> odnosno ocjenu koji je od tih krivičnih zakona (nekada i više njih) u odnosu na konkretni slučaj najblaži za učinioce takvih krivičnih djela, odnosno koji mu od njih obezbjeđuje najpovoljniji ishod. I onda kada se, nakon eventualnih prigovora odbrane, upuštao u takvu ocjenu, sud je pri tome imao pogrešan pristup, jer se uglavnom pozivao na odredbu iz člana 4a KZ BiH, odnosno člana 7. stava 2. EKLJP, čija primjena podrazumijeva samo djela koja u vrijeme njihovog izvršenja nisu bila predviđena kao krivična djela, ali se njihova kažnjivost može izvesti ili zasnovati na opštim pravnim načelima međunarodnog prava priznatim od svih civilizovanih naroda.<sup>3</sup> U takva djela naša stručna pravnička javnost uglavnom svrstava krivično djelo zločin protiv čovječnosti iz člana 172. KZ BiH (što je takođe sporno i što je u najvećem dijelu upravo predmet rasprave u ovom radu). U predmetima u kojima je izricao kaznu dugotrajnog zatvora, sud je primjenu KZ BiH temeljio na tome da je KZ SFRJ, kao zakon vremena izvršenja, stroži jer je predviđao smrtnu kaznu.

Ovakvu primjenu krivičnog zakona, odnosno *odustajanje od primjene principa neretroaktivnosti* (a time i principa zakonitosti), Sud BiH je redovno pravdao težinom ovih krivičnih djela i potrebom njihovog „adekvatnog kažnjavanja“, jer se polazilo od stava da se svrha kažnjavanja ne bi mogla ostvarivati ukoliko bi se trajanje izrečenih kazni zatvora svelo u kaznene okvire predviđene u KZ SFRJ. Ovu argumentaciju svojim odlukama je podržao i Ustavni sud BiH koji je po apelacijama u nekim predmetima i sam prihvatio praksu odstupanja od principa zakonitosti iz člana 3, kao i pravila vremenskog važenja iz člana 4. KZ BiH jer se, kako taj sud u svojim odlukama navodi, radi o „zločinima prema međunarodnom pravu“. Pri tome se i ovaj sud pozivao na odredbu člana 4a KZ BiH, odnosno odredbu člana 7. stava 2. EKLJP, iako su uglavnom bili u pitanju ratni zločini koji su bili predviđeni kao krivična djela i u prethodnom krivičnom

---

2 To nije činio ni sam Ustavni sud postupajući po apelacijama sve do presude ESLJP u predmetu Maktouf-Damjanović (iako je meritorno odlučivao o pitanju osnovanosti retroaktivne primjene krivičnog zakona), jer ni u jednom slučaju nije, na osnovu opšteusvojenih pravila, vršio in concreto ocjenu koji je od konkurišućih zakona povoljniji za učinioca (to se vidi iz odluka u predmetima Nedo Samardžić i Gojko Janković, AP 519/07 i AP 126/08).

3 Kao npr. u prvostepenoj presudi broj X-KR-06/299 protiv optuženog Zijada Kurtovića od 30.04.2008 godine. Odredba iz člana 4a je doslovno preuzeta iz čl. 7. st. 2. EKLJP.

zakonodavstvu, što ove odredbe, kako je već navedeno, ne podrazumijevaju. Dakle i Ustavni sud je, baš kao i Sud BiH, primjenu ovih krivičnih djela pogrešno zasnivao na ovim odredbama.

Ista argumentacija je korišćena i pred Evropskim sudom za ljudska prava (u nastavaku ESLJP), pri čemu je BiH kao tužena strana isticala da se navedeni principi i pravila, posebno pravilo neretroaktivnosti, ne primjenjuju ako su u pitanju krivična djela koja su u vrijeme njihovog vršenja predstavljala krivična djela prema „opštim pravilima međunarodnog prava“. Naravno, pokazalo se da se radi o neprihvatljivoj argumentaciji koju ESLJP nije prihvatio.

Posebno je značajno da na ovaj način Sud BiH primjenjuje krivični zakon samo kada su u pitanju najteža međunarodna krivična djela, dok u odnosu na sva druga postupa drugačije i primjenjuje već navedena pravila u skladu sa članom 4. stavom 1. i 2. KZ BiH. Jasno je da je u pitanju *nepodnošljiva diskriminacija učinilaca ovih krivičnih djela* i istovremeno povreda ustavnog principa *jednakosti građana pred zakonom*, te principa *pravičnog sudjenja* iz člana 6. EKLJP.

Ovakvom praksom primjene krivičnog zakona, pravosuđe na nivou BiH (Sud BiH i Ustavni sud BiH) je inaugurisalo *princip legitimiteta* kao osnovni princip u primjeni krivičnog zakona u suđenjima za ova krivična djela. Primjenu krivičnog zakona koja podrazumijeva odstupanje od principa zakonitosti u toj mjeri više ne praktikuju ni međunarodni sudovi koji uglavnom ne sude na osnovu kodifikovanog krivičnog zakonodavstva. Dakle, riječ je o opasnom presedanu u evropskoj sudskoj praksi, pogotovo ako se ima u vidu da je Sud BiH nacionalni sud u zemlji u kojoj postoji kodifikovano krivično zakonodavstvo, uz dodatnu obavezu koja proizilazi iz navedenih odredaba Rimskog statuta, čija je potpisnica i Bosna i Hercegovina.

Najzad, valja naglasiti da ni jedna država u okruženju, koja sudi za navedena krivična djela (Srbija, Hrvatska, Crna Gora), na ovaj način ne primjenjuje krivični zakon, već se dosljedno primjenjuju pravila koja se odnose na vremensko važenje, posebno pravilo neretroaktivnosti prema kojem je isključena primjena novog krivičnog zakona, osim ako je on povoljniji za učinioce krivičnih djela.<sup>4</sup> Na isti način postupaju i sudovi Entiteta i Brčko Distrikta BiH.

---

4 Vid. npr. Škulić, M.: Načelo zakonitosti u krivičnom pravu, Anali PF u Beogradu, godina LVIII, 1/2010, str. 66-107; Munivrana Vajda, M.: Međunarodni zločini prema novom Kaznenom zakonu, HLJKPP, vol. 19, br. 2/2012, str. 812-822, kao i rad „Noviji razvoj međunarodnih zločina i zapovjedne odgovornosti u hrvatskom kaznenom pravu“, Zbornik radova, Tara, 2013, 258-275; Bačić-Pavlović: Komentar Kaznenog zakona Hrvatske (2004), str. 616. Vid. i presudu Apelacionog suda Crne Gore, Kž br. 339/10 od 25. 02. 2011. godine u kojoj je istaknuta potreba primjene opšteprihvaćenih pravila vremenskog važenja krivičnog zakona, uključujući i pravilo obavezne primjene novog blažeg zakona.

U vezi sa ovakvom primjenom krivičnog zakonodavstva u suđenjima za najteža krivična djela protiv međunarodnog prava, zabrinutost je izrazila i *Parlamentarna skupština SE* u svojoj Rezoluciji 1626 od 2008. godine, pri čemu je naglašeno da „još uvijek postoje nekonzistentnosti u primjeni krivičnog prava na različitim sudovima na državnom i entitetskom nivou u odnosu na ratne zločine, što dovodi do *nejednakosti tretmana građana u svijetu Evropske konvencije o ljudskim pravima*“. Slično stanovište zastupa i *Venecijanska komisija* u svom Mišljenju (648/2011, tač. 38. i 65). I OSCE u svom Pregledu petogodišnjeg procesuiranja ratnih zločina u BiH ukazuje na „*situaciju očigledne nejednakosti pred zakonom u predmetima ratnih zločina* koji se procesuiraju pred različitim sudovima u BiH. U praksi to znači da osobe osuđene za ratne zločine pred različitim sudovima mogu dobiti veoma različite kazne”.<sup>5</sup>

b) *Druga faza u primjeni krivičnog zakona*. Nakon donošenja presude u predmetu Maktouf-Damjanović, započinje druga, nova faza u suđenjima za međunarodna krivična djela. Nakon što je ovaj sud našao da je Sud BiH primjenom KZ BiH povrijedio odredbu iz člana 7. EKLJP, mnogi smatraju da su riješeni svi problemi kada je u pitanju primjena pravila koja se odnose na važenje i primjenu krivičnog zakona u suđenjima za ova krivična djela. Pri tome se uglavnom polazi od stava da je primjena tih pravila od strane Suda BiH sada usklađena sa praksom sudova u Entitetima i Brčko Distriktu, jer i ovaj sud u suđenjima za ova krivična djela sada primjenjuje KZ SFRJ kao blaži krivični zakon.

Ovakvo shvatanje nije osnovano jer previda ili zanemaruje neka druga pitanja koja su povezana sa primjenom pravila koja se odnose na vremensko važenje krivičnog zakona. Ono uglavnom ima u vidu ova krivična djela i za njih propisane kazne u jednom i/ili drugom krivičnom zakonu (KZ SFRJ i KZ BiH) i to uglavnom minimalno propisane kazne koje je imao u vidu ESLJP u predmetu Maktouf-Damjanović. Međutim, i nakon ove presude, neka veoma značajna krivičnopravna pitanja ostaju i dalje otvorena. To se posebno odnosi na primjenu nekih opštih ustanova u suđenjima za navedena krivična djela, kao što je npr. *zajednički ili udruženi zločinački poduhvat*, tzv. „*prošireno saizvršilaštvo*“, *komandna odgovornost* i dr. Neke od njih nisu bile uopšte predviđene u ranijem krivičnom zakonodavstvu, a neke čak ni u važećem KZ BiH, kao što je *zajednički zločinački poduhvat*. Osnov za primjenu ove ustanove sud je našao u odredbi člana 180. KZ BiH, iako se ovaj institut u ovoj odredbi uopšte ne spominje, kao ni u članu 7. Statuta Haškog tribunala iz kojeg je ova odredba gotovo doslovno preuzeta. Kao što je poznato, riječ je o krivičnopravnoj instituciji koja

---

5 OSCE: Postizanje pravde u Bosni i Hercegovini: Procesuiranje predmeta ranih zločina od 2005. do 2010, maj 2011, str. 19, vidi Izdv. Mišlj, str. 47, fun. 40).

je nastala u engleskom pravu u vidu zavjere (*conspiracy*) prema kojoj se kažnjavaju svi saučesnici povezani zajedničkim zločinačkim planom za sva krivična djela izvršena u ostvarenju toga plana, čak i za takva djela koja njime nisu bila obuhvaćena, pod uslovom da su bila *predvidiva*. Riječ je o dosta neodređenom pojmu koji se, kako je istaknuto, u ovoj odredbi izričito ne spominje, pa se stoga postavlja pitanje osnovanosti njegovog podvođenja pod bilo koji od saučesničkih oblika ili radnji iz te odredbe.<sup>6</sup> U optužbama se ovaj oblik saučesništva često postavlja veoma ekstenzivno i neodređeno, bez navođenja neophodnih činjenica ili okolnosti koje ukazuju na postojanje relevantnog doprinosa učesnika u djelu koji je nužan za postojanje bilo kojeg oblika koji se može vrednovati kao saučesništvo. I za doprinos koji se zahtijeva kod pomaganja, kao oblika saučesništva sa najmanjim stepenom doprinosa, prema vladajućem shvatanju neophodno je preduzimanje radnji koje predstavljaju djelotvorno podupiranje, podržavanje glavnog djela, radnji koje moraju predstavljati vidljiv doprinos izvršenju datog krivičnog djela.<sup>7</sup>

Ono što je u vezi sa ovom ustanovom najznačajnije jeste njena primjena od strane Suda BiH koja predstavlja grubo kršenje principa zakonitosti iz člana 3. i pravila neretroaktivnosti iz člana 4. KZ BiH, jer ovu ustanovu nije poznavalo ranije krivično zakonodavstvo, niti je poznaje KZ BiH.

Na osnovu iste odredbe, sud primjenjuje i ustanovu saizvršilaštva u kojoj nalazi nekakav „prošireni“ oblik ovog instituta, iako je ovaj vid zajedničkog

6 Haški tribunal ovu ustanovu nije koristio sve do 2001. godine, dakle u prvih sedam-osam godina svog postojanja i u tom periodu se oslanjao isključivo na komandnu odgovornost. Nakon toga, situacija se značajno promijenila i zajednički zločinački poduhvat je postao omiljena saučesnička figura u optužbama Haškog Tužilaštva. Neki autori ukazuju na to da je ovu ustanovu Haški sud počeo intenzivnije koristiti kada su se pojavili problemi oko dokazivanja krivične odgovornosti optuženih u nekim predmetima, pa je uvođenjem ove ustanove to znatno olakšano. Opširnije, posebno za kritiku ove ustanove upor. S. Stojanović, *Joint Criminal Enterprise-Zajednički zločinački poduhvat*, Zbornik radova (priredio Đ. Lopičić), Beograd, 2006, 208-233. Upor. i M. Damaška, *Boljke zajedničkog zločinačkog podhvata*, HLJKPP, 1/2005, str. 5.

U objašnjenju primjene ovog instituta, u presudi Rašević/Todović, br. X-KRž-06/275 od 6.11. 2008 (Odjel I Apelacionog vijeća Suda BiH) sud ističe (str. 27) „da doktrina udruženog zločinačkog podhvata predstavlja institut međunarodnog običajnog prava koji je postojao i bio u primjeni mnogo prije nego su konkretni zločini bili počinjeni, iz čega proizilazi zaključak da takvim postupanjem ni na koji način nije narušeno načelo zakonitosti“ (Vid. i Izvještaj OSCE-a u Bosni i Hercegovini u predmetu Rašević-Todović, april, 2009). Na ovaj način Sud BiH zapravo kopira praksu Haškog tribunala, iako u BiH postoje pisani zakoni u kojima su predviđena ne samo navedena krivična djela, već i odredbe o saučesništvu u kojima je određeno koji oblici učešća u krivičnom djelu postoje i koji su uslovi nužni da bi određena radnja bila kvalifikovana kao saučesništvo u izvršenju datog krivičnog djela.

7 U tom smislu i Džon R.V. D. Džouns, Stiven Pauls, *Međunarodna krivična praksa*, Beograd, 2006, Fond za humanitarno pravo, str. 416. Vid. i Babić-Marković, *Krivično pravo*, opšti dio, 2013, str. 299-300, kao i M. Babić, *Međunarodno krivično pravo*, Banja Luka, 2011, str. 112-113.



izvršenja krivičnog djela regulisan u opštoj odredbi (člana 29. KZ BiH) u kojoj je postavljen restriktivnije nego u ranijem krivičnom zakonodavstvu, jer se za „druge radnje“ zahtijeva da na „odlučujući način doprinose izvršenju krivičnog djela“. Jasno je, dakle, da je u odnosu na ovaj oblik saučesništva KZ BiH povoljniji nego raniji krivični zakoni koji navedeno ograničenje nisu predviđali. I pored toga, sud u suđenjima za ova krivična djela uglavnom ne primjenjuje ovu, već odredbu iz člana 180, što zapravo predstavlja zaobilaženje obavezne primjene odredbe iz člana 29. koja je *najpovoljnija za učinioce ovih krivičnih djela*.

U kojoj mjeri u suđenjima za ova djela sud proizvoljno primjenjuje krivični zakon potvrđuje i stav da nema nikakve smetnje da se neki krivičnopravni instituti (već navedeni udruženi zločinački poduhvat, prošireno saizvršilaštvo, krivična odgovornost i sl., dakle najznačajnija pitanja krivičnog prava) primjenjuju na osnovu međunarodnog običajnog prava i onda kada oni uopšte nisu predviđeni u unutrašnjem krivičnom zakonodavstvu ili da se primjenjuju na drugačiji način nego što su predviđeni.<sup>8</sup>

I ovo shvatanje na najbolji način pokazuje da u primjeni krivičnog zakona na učinioce međunarodnih krivičnih djela, Sud BiH postupa krajnje *proizvoljno i arbitrarno*, kršeći osnovne principe na kojima se zasniva savremeno krivično pravo. Ovakav pristup u tumačenju i primjeni krivičnog zakonodavstva nije zabilježen u pravosudnoj praksi ni u jednoj evropskoj zemlji nakon Drugog svjetskog rata. Ovo krivično pravo uvodi u krivičnopravnu anarhiju u kojoj bilo koji sud ne mora da primjenjuje zakone, već jednostavno može da se poziva na međunarodne običaje, za koje ne mora uopšte da navodi njihovo porijeklo i način nastanka. Zakonska rješenja iz člana 180. i njihova proizvoljna primjena dovode do već spomenute neopravdane diskriminacije optuženih učinilaca koja posebno dolazi do izražaja u izrečenim kaznama, u zavisnosti od toga na kojem nivou im se sudi, da li entitetskom ili državnom.

Naprijed izneseno potvrđuje da je, osim u odnosu na minimalno propisanu kaznu, Sud BiH i nakon navedene presude ESLJP, nastavio sa ranijom progresnom praksom primjene krivičnog zakona. Kada je u pitanju maksimalna kazna u odnosu na koju je ESLJP imao isti stav kao i Sud BiH, sud je svoj stav izmijenio tek nakon odluka Ustavnog suda BiH po nekim apelacijama (Trifunović, Mitrović, Ivanović i dr.).

Sve ovo jasno pokazuje da i dalje ostaje otvoreno pitanje poštovanja principa zakonitosti, odnosno zabrane retroaktivne primjene novog krivičnog

---

8 Ovaj stav je iznesen kao zvanični stav suda od nekih sudija Apelacionog odjeljenja na predavanju američke profesorice Susan SCouto na temu „Udruženi zločinački poduhvat“, održanom u maju 2014. godine na Sudu BiH.

zakona, jer je ovaj sud ovo pitanje riješio samo u odnosu na minimalno propisanu kaznu za ova krivična djela, što nije trebalo uopšte biti sporno jer je svakome i ko nije pravnik posve jasno da je blaži zakon koji propisuje minimalnu kaznu od pet, od zakona koji tu granicu postavlja na deset godina zatvora. Time je riješen samo jedan, manji dio ove složene problematike u primjeni krivičnog zakona, dok je ozbiljniji, koji se odnosi na maksimalne kazne, odnosno kaznu dugotrajnog zatvora i navedene ustanove kojima se *neprihvatljivo proširuje kažnjivost i krivična odgovornost za ova djela*, ostao i dalje sporan. Poseban problem je, kako je već rečeno, primjena krivičnog djela zločina protiv čovječnosti čiju primjenu Sud BiH temelji na odredbama iz člana 7. stava 2. ili člana 4a KZ BiH.

Na osnovu svega navedenog, može se zaključiti da ne stoji prije navedeno shvatanje da je sa presudom ESLJP u predmetu Maktouf-Damjanović ovaj problem riješen i da je *sudska praksa u suđenjima za ova djela konačno ujedinjena*. Ovo istovremeno pokazuje da ovo pitanje nije naišlo na odgovarajući tretman naše profesionalne zajednice.

Imajući u vidu izneseno, može se reći da odredba člana 180. *diskriminatorna odredba* kojom je u naš krivičnopravni sistem uvedeno *dvojno krivično pravo*, jedno koje važi samo za izvršioce ovih krivičnih djela i drugo koje važi za sve ostale.

## 5. Primjena krivičnog zakona na zločin protiv čovječnosti

Ono što je posebno značajno kada je u pitanju primjena pravila koja se odnose na vremensko važenje krivičnog zakona, jeste mišljenje ESLJP dato u navedenoj presudi u predmetu Maktouf-Damjanović u vezi sa primjenom krivičnog zakona u odnosu na krivično djelo *zločin protiv čovječnosti* iz čl. 172. KZBiH. Naime, ovaj sud je u spomenutoj presudi zauzeo stav da se na ovo krivično djelo, koje nije poznavalo prethodno krivično zakonodavstvo, *mora primjenjivati* KZ BiH, jer „*ne postoji druga mogućnost*“ (par. 55. presude). Gotovo isti stav je vladajući i u našoj stručnoj javnosti i uglavnom se zasniva na tome da je riječ o *novom krivičnom djelu* čija primjena se temelji na odredbi čl. 7. st. 2. EKLJP, odnosno čl. 4a KZBiH. Takav pristup u suđenjima za ovo krivično djelo ima i Sud BiH, ali i Ustavni sud koji je u nekim svojim odlukama našao da Sud BiH nije povrijedio prava apelanata iz čl. 7. EKLJP.

Ovakvo shvatanje ili tumačenje nije osnovano jer se ne zasniva na ozbiljnoj analizi zakonskog bića ovog krivičnog djela. Naime, ne stoji tvrdnja da se radi o novom krivičnom djelu, radi čega bi se njegova kažnjivost zasnivala na opštim načelima međunarodnog prava (čl. 7. st. 2. EKLJP), kao ni da ne

postoje druge mogućnosti za kažnjavanje inkriminiranih radnji obuhvaćenih ovim djelom. Istina je da ovo krivično djelo kao takvo nije poznavalo naše ranije krivično zakonodavstvo. Međutim, riječ je o takvom krivičnom djelu koje po strukturi svog neprava i elementima koji ga čine, ne predstavlja „novo“, već u suštini „staro“ krivično djelo. Ono je „novo“ samo po svojim opštim elementima, ali je „staro“ po inkriminiranim radnjama koje čine suštinu njegovog neprava, a koje su bile obuhvaćene drugim krivičnim djelima; u najvećoj mjeri krivičnim djelom zločin protiv civilnog stanovništva iz čl. 142. KZSFRJ, što se posve jasno vidi iz poređenja zakonskih opisa ova dva krivična djela. Ovdje se zapravo radi samo o „premjještanju“ ili prevođenju navedenih radnji iz krivičnog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva u krivično djelo zločin protiv čovječnosti koje, kao takvo, nije bilo predviđeno kao krivično djelo u vrijeme njihovog preduzimanja, što je svojevrsni legislativni oblik „prepakivanja“ starih u nove inkriminacije. Dakle, kako su sve ove radnje (osim aparthejda za koji ni u jednom slučaju nije ni bilo optužbe) bile inkriminirane i u ranijem krivičnom zakonodavstvu, pogrešna je primjena ove inkriminacije *kao nove* na osnovu odredbi iz čl. 7. st. 2. EKLJP, odnosno čl. 4a KZ BiH, a koje podrazumijevaju da se radi o činjenju ili nečinjenju koje nije bilo kažnjivo u vrijeme njihovog preduzimanja. Takvom primjenom *krši se princip zakonitosti* u dijelu koji se odnosi na *zabranu retroaktivne primjene krivičnog zakona* koji se u krivičnopravnoj literaturi redovno ističe kao najvažniji segment principa zakonitosti.

Čak i pod pretpostavkom da se ovo krivično djelo primjenjuje kao novo na osnovu odredbi iz čl. 7. st. 2. EKLJP, odnosno čl. 4a KZ BiH, opet se krši princip zakonitosti u dijelu koji se odnosi na *propisanu kaznu* (čl. 3. KZ BiH), a koji je u neraskidivoj vezi sa principom *zakonitosti djela*. Ovo radi toga što princip neretroaktivnosti ne podrazumijeva samo zabranu kažnjavanja za radnje koje u vrijeme njihovog vršenja nisu bile inkriminirane ili izricanja strože kazne od one koja je bila predviđena u prethodnim zakonima (uključujući i tzv. *međuzakone*), već i one kazne koje u vrijeme njegovog vršenja nije bila propisana za to djelo, odnosno nije postojala u tim zakonima. Kako za ovo krivično djelo u vrijeme njegovog vršenja nije bila predviđena kazna, odnosno kako kazna dugotrajnog zatvora nije postojala u tim krivičnim zakonima, jasno je da se radi o *neprimjenljivoj kazni*, pa je njenom primjenom povrijeđen princip zakonitosti u odnosu na zahtjev da je *predviđenost kazne* za to djelo u vrijeme njegovog izvršenja obavezna.

Dakle, kako god predmetnu inkriminaciju tretirali (kao „novu“ ili „staru“), riječ je o proizvoljnoj retroaktivnoj primjeni krivičnog zakona, odnosno *ex post kažnjavanju*, što predstavlja kršenje osnovnih principa kako unutrašnjeg, tako i međunarodnog krivičnog prava (čl. 3. i 4. st. 1. KZ BiH, te čl. 7. st.

1. EKLJP; čl. 11. Univ. deklaracije od 1948; čl. 15. MPGPP; čl. 22-24. Rimskog statuta i dr.). Prema tome, ostaje jedina mogućnost da se te inkriminisane radnje kvalifikuju kao odgovarajući ratni zločin (ili eventualno kao neko klasično krivično djelo, npr. ubistvo, silovanje) prema krivičnom zakonu vremena izvršenja, odnosno prethodnim krivičnim zakonima (*međuzakonima*) koji su bili najpovoljniji za optužene, jer nisu sadržavali ni smrtnu kaznu, ni kaznu dugotrajnog zatvora. Primjena bilo kojeg drugog krivičnog zakona na osnovu kojeg bi se izricala kazna koja se po tim (prethodnim) zakonima nije mogla primijeniti, predstavlja izigravanje smisla pravila iz čl. 4. KZBiH, odnosno kršenje *principa neretroaktivnosti*, kao i *principa obavezne primjene povoljnijeg ili blažeg krivičnog zakona*, a time i ovih principa predviđenih u navedenim međunarodnim dokumentima, kao i čl. 75. st. 4(c) Dopunskog protokola I uz Ženevske konvencije; čl. 6. st. 2(c) Dopunskog protokola II uz Ženevske konvencije i dr., te čl. 24. st. 2. Rimskog statuta, čija je potpisnica i Bosna i Hercegovina.

Na kraju, valja naglasiti da bi pravilnom primjenom krivičnog zakona u odnosu na ovu inkriminaciju, istovremeno bila otklonjena i paradoksalna situacija u suđenjima za najteža međunarodna krivična djela, jer za ratne zločine i krivično djelo genocida Sud BiH izriče kazne zatvora ne duže od 20 godina, a za ovo kaznu dugotrajnog zatvora i do 45 godina.

## 6. Rezime

U radu se raspravlja pitanje krivičnog pravnog sistema u postdejtonskoj Bosni i Hercegovini, s posebnim naglaskom na anomalije koje u njemu postoje, kako na normativnom nivou, tako i u njegovoj praktičnoj primjeni. Raspravljajući pitanje nadležnosti u prvom dijelu rada, autor na osnovu analize odredaba Ustava BiH (čl. III st. 1, 2. i 3) zaključuje da zakonodavne kompetencije u regulativi ove grane prava izvorno spadaju u nadležnost Entiteta. Upravo je takvo ustavno rješenje bilo osnov za Entitete da svoje materijalno krivično zakonodavstvo uredi donošenjem svojih krivičnih zakona neposredno nakon prihvatanja tzv. Dejtonskog mirovnog ugovora (Federacija 1998, a Republika Srpska 2000. godine).

Ovaj koncept uređenja krivičnog zakonodavstva se mijenja reformom iz 2003. godine, kada se usvaja (bolje reći nameće od strane visokog predstavnika) i Krivični zakon BiH. Time je prihvaćena koncepcija tzv. paralelno-podijeljene nadležnosti sa četiri krivična zakona: dva krivična zakona Entiteta, Brčko Distrikta i Krivični zakon BiH. Međutim, i takav koncept se u potpunosti mijenja Zakonom o Sudu BiH, jer je tim zakonom predviđena mogućnost preuzimanja nadležnosti od strane Suda BiH za sva krivična djela iz entitetskog krivičnog

zakonodavstva. Autor je mišljenja da se navedenim organizacionim zakonom ne može mijenjati nadležnost koja je uspostavljena krivičnim zakonima, te da je odredba kojom je to učinjeno istovremeno i neustavna jer se njome derogira entitetsko krivično zakonodavstvo i krivičnopravni subjektivitet Entiteta koji je utemeljen na Ustavu BiH.

U drugom dijelu rada se raspravlja o neprihvatljivim rješenjima Krivičnog zakona BiH i neprihvatljivom načinu njegove primjene u odnosu na najteža krivična djela protiv međunarodnog prava i njihove učinioce. Autor posebno ukazuje na zločin protiv čovječnosti koji Sud BiH pogrešno primjenjuje, pozivajući se na odredbu iz člana 7. stava 2. EKLJP i član 4a KZ BiH. Pri tome se ukazuje na ozbiljnu diskriminaciju na normativnom nivou (čl.180. KZ BiH), kao i diskriminaciju koja se ogleda kroz postojanje dva različita krivičnopravna režima u primjeni krivičnog zakonodavstva na ova krivična djela, u zavisnosti od toga na kojem nivou se sudi: da li na entitetskom ili od strane Suda BiH.

\*  
\*                      \*

***Dr Miloš Babić***  
***Profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci i***  
***Sudija Apel. odjeljenja Suda BiH***

***SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW IN POST-DAYTON  
BOSNIA AND HERZEGOVINA  
(Jurisdiction and enforcement)***

*This paper discusses the issue of the criminal legal system in post-Dayton Bosnia and Herzegovina, with special emphasis to its anomalies which exist both on the normative level and practical implementation. Based on the analysis of the regulations of the Constitution of Bosnia and Herzegovina (article III, paragraphs 1, 2 and 3) the author concludes that the legal competencies regarding regulation of this branch of law initially fall within the jurisdiction of the Entity. This constitutional solution was the foundation for Entities to regulate their substantive criminal law by creating their own criminal laws immediately after accepting the so called Dayton Peace Agreement (Federation in 1998, and the Republic of Srpska in 2000).*

*This concept of regulating the criminal law has been changed with the reform in 2003 when the Criminal Code of the Bosnia and Herzegovina was adopted (or imposed by the High Representative). Thereby the concept of the so called parallel divided jurisdiction with four criminal laws was adopted: two criminal laws of the Entity, Brčko District and Criminal Code of the Bosnia and Herzegovina. However, this concept has been changed with the Law of the Court in BiH, since this law predicts the possibility that the Court of BiH takes over the jurisdiction for all criminal offences from the criminal legislation of the entities. Author's opinion is that the abovementioned organisational law cannot change jurisdiction that is established by criminal legislation and that the regulation that did it is at the same time unconstitutional because it derogates the criminal legislation of entities and the criminal legal subjectivity of the Entity which is based on the Constitution of Bosnia and Herzegovina.*

*In the second part of the paper, the author discusses the unacceptable solutions of the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina and the acceptable way of its application in relation to the hardest crimes against international law and the perpetrators. The author emphasises the crime against humanity which is wrongly applied by the Court of Bosnia and Herzegovina by referring to the regulation from the article 2, paragraph 2 of the ECHR and article 4a of the Criminal Code of Bosnia and Herzegovina. Furthermore, the author points to the serious discrimination due to the existence of the two different criminal legal regimes in the application of criminal legislation on these criminal offences, depending on the level of judging: whether is on the entity level or on level of the Court of BiH.*

**Keywords:** *parallel divided jurisdiction, original jurisdiction of the Entity, changing jurisdiction, entity criminal legislation, criminal legal sovereignty of the Entity, implementation of the criminal law, crime against humanity.*

**Prof. dr Igor VUKOVIĆ\***  
**Pravni fakultet Univerziteta**  
**u Beogradu**

**Pregledni članak**  
**UDK: 343.237**  
**Primljeno: 15. novembra 2016. god.**

## **ZNAČAJ ODREĐENOSTI DELA IZVRŠIOCA ZA POSTOJANJE PODSTREKAVANJA I JAVNO POZIVANJE NA VRŠENJE KRIVIČNOG DELA**

*Pored podstrekavanja kao oblika saučesništva, srpsko krivično pravo nekada podstrekavanje definiše i kao samostalno krivično delo. Podstrekavanje kao oblik saučesništva može postojati samo ukoliko se odluka da se učini krivično delo stvara kod određenog lica, ili kod pripadnika određene grupe lica. Ako su potencijalni izvršioци dela potpuno neodređeni, kao u slučaju javnog pozivanja na vršenje nekog zločina putem medija, podstrekavanje kao oblik saučesništva ne može postojati, ali zato u uporednim evropskim zakonodavstvima postoje posebna krivična dela koja pokrivaju ove situacije. Za razliku od ovih zakonodavstava, u srpskom krivičnom pravu takvo krivično delo ne postoji. Autor razmatra ovu pravnu prazninu i predlaže uvođenje nove inkriminacije.*

**Ključne reči: podstrekavanje, određenost umišljaja, krug izvršilaca, apstraktna opasnost.**

### **1. Uvodna razmatranja**

Srpsko krivično pravo poznaje dve osnovne odredbe o kažnjivom podstrekavanju u opštem delu Krivičnog zakonika Srbije<sup>1</sup>: jednu, koja se odnosi na

---

\* Ovaj članak je nastao kao rezultat rada na Projektu br. 179051 „Kaznena reakcija u Srbiji kao ključni element pravne države“, koji finansira Ministarstvo nauke Republike Srbije.

podstrekavanje kao vid saučesništva, i drugu, koja inkriminiše neuspelo podstrekavanje. Krivični zakonik podstrekavanje ne definiše, već samo tautološki ponavlja da se ovde drugi sa umišljajem podstrekava da izvrši krivično delo (član 34), pod čime se zapravo podrazumeva umišljajno navođenje drugog da učini neko delo u zakonu određeno kao krivično. Podstrekač, za razliku od neposrednog izvršioca, delo ne vrši, već izvršioca navodi na ostvarenje bića nekog protivpravnog dela opisanog u krivičnom zakonodavstvu. Izazivanje odluke za uspelo podstrekavanje nije dovoljno; neophodno je da odluka od strane izvršioca bude i sprovedena u protivpravno delo, započeto ili dovršeno. To je posledica akcesornosti saučesništva. Delo koje učini izvršilac mora biti zakonom predviđeno i u konkretnom slučaju lišeno osnova opravdanja, ali ne i skrivljeno (tzv. limitirana akcesornost).<sup>2</sup> Pritom, ako je delo izvršioca ostalo u pokušaju, i podstrekač će kazniti za pokušaj (član 37. stav 1. KZ), što podrazumeva i mogućnost da mu kazna bude ublažena. Ako delo nije bar započeto, postoji samo pokušaj podstrekavanja, takozvano neuspelo podstrekavanje. Kao izuzetak od akcesornosti saučesništva, ono je kažnjivo samo ukoliko je došlo do podstrekavanja na izvršenje dela čiji je pokušaj po zakonu kažnjiv, a delo ne bude ni pokušano. U tom slučaju, neuspeli podstrekač kazniće se kao za pokušaj, to jest uz mogućnost ublažavanja propisane kazne.

## **2. Radnje podstrekavanja u posebnom delu krivičnog zakonodavstva**

Izvan ovih opštih odredaba, u posebnom delu srpskog krivičnog zakonodavstva nalazimo i više zakonskih opisa u kojima je stvaranje izvesne odluke kod drugoga (izvršilačko podstrekavanje,<sup>3</sup> podstrekavanje u materijalnom smislu) propisano kao radnja izvršenja samostalnih krivičnih dela. Kod jednog broja

- 
- 1 Službeni glasnik, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 i 108/2014.
  - 2 Utoliko Krivični zakonik u članu 34 nedosledno pod podstrekavanjem smatra navođenje drugog da izvrši „krivično delo“. Ovakva definicija mogla se opravdati u vreme kada su u našem krivičnom pravu dva najviša pojma u sistemu činila objektivno krivično delo i subjektivna krivična odgovornost. U tom smislu je i u sudskoj praksi zauziman stav da je „za krivičnu odgovornost podstrekača dovoljno postojanje krivičnog dela, a nije potrebno da je učinilac radnje krivično odgovoran“ (Vrhovni sud Srbije, Kž. I-875/86, vid. Zbirka sudskih odluka iz oblasti krivičnog prava 1973-1986, Vrhovni sud Srbije, str. 22). Danas, kada se pored „krivičnog dela“ kao uslov za primenu krivičnih sankcija govori i o „protivpravnom delu određenom u zakonu kao krivičnom delu“, ovaj argument više ne stoji. Stoga je i formulacija člana 34 (i 35) KZ mogla preciznije da izrazi prihvaćeni koncept limitirane akcesornosti.
  - 3 Nedeljko Jovančević, Podstrekavanje – oblik saučesništva i samostalno krivično delo, Službeni glasnik, Beograd, 2008, str. 370; Toma Živanović, Osnovi krivičnog prava Kraljevine Jugoslavije, Opšti deo, I knjiga, Beograd, 19351-3, str. 179.



krivičnih dela navođenje drugog na izvesne radnje posebno je inkriminisano zbog ograničenja koja proizlaze iz načela akcesornosti saučesništva. Tako je u slučaju navođenja na samoubistvo (član 119. KZ), prostituciju (član 184. KZ), ili uživanje opojne droge (član 247. KZ) podstrekavanje moralo biti podignuto na nivo radnje izvršenja, jer bi u suprotnom, zbog nekažnjivosti (samoubistva), tek prekršajne kažnjivosti (prostitucije), ili potencijalnog oslobođenja od krivičnog kažnjavanja (uživaoca opojne droge),<sup>4</sup> krivična odgovornost saučesnika po opštim pravilima izostala, iako zakonodavac takva ponašanja smatra društveno-opasnim i takvim da zaslužuju krivičnu kažnjivost. Kod drugih pak radnji, kod kojih zakonodavac materijalna podstrekavanja formalno definiše kao radnju izvršenja, po pravilu se iz izvesnih kriminalno-političkih razloga hoće propisati stroža kazna za onoga ko je tuđu odluku stvorio, nego za onoga ko vlastitu odluku sprovodi u delo.<sup>5</sup>

Već iz navedenih primera se vidi da zakonodavac ova materijalna podstrekavanja, formalno uzdignuta na nivo radnje izvršenja, ne mora nužno jezički izraziti isključivo kao „podstrekavanje“ drugoga; u obzir dolaze i drugi izrazi („navođenje“, „podsticanje“, „naređenje“, „vrbovanje“, „pozivanje“) koji takođe opisuju stvaranje kod drugog odluke da preduzme ili ne preduzme određenu radnju. Neke od navedenih radnji podrazumevaju stvaranje odluke javnim putem, po pravilu putem sredstava javnog informisanja („reklamiranje“, „propagiranje“, „širenje ideja“, „iznošenje ili pronošanje ideja“).<sup>6</sup> Najzad, izvršilačkim podstrekavanjima može se navoditi i na nečinjenje, kao u slučaju radnje „odvrćanja“ (vid. 420. stav 2. KZ).

U zavisnosti od toga da li zakonodavac u opisu radnje izvršenja navedenih krivičnih dela koristi svršeni ili nesvršeni glagolski vid, dovršenje delikta odgovara ili uspelom ili neuspehom podstrekavanju. Tako, primera radi, krivična dela navođenja drugog na prostituciju (član 184. KZ) i omogućavanja uživanja opojnih droga (član 247. KZ) kao radnje izvršenja propisuju nesvršene glagolske oblike („ko navodi“ odnosno „ko navodi ili podstiče“), što znači da za dovršetak ovog krivičnog dela nije neophodno da se lice i prostituiše, odnosno da i uživa opojnu drogu;<sup>7</sup> samim preduzimanjem navedenih radnji delo je formalno okončano. S druge strane, tamo gde je kao radnja izvršenja naveden svršeni glagolski oblik, za formalno dovršenje dela nije dovoljan samo akt navođenja, već je nužno da ono bude i uspelo, to jest da ishodi u delu drugog

---

4 Vid. član 246a KZ.

5 Zoran Stojanović, Komentar Krivičnog zakonika, Službeni glasnik, Beograd, 20165, str. 193.

6 Vid. Ljubiša Lazarević, Komentar Krivičnog zakonika, Pravni fakultet Union, Beograd, 2011, str. 636; Z. Stojanović (2016), str. 579.

7 Vid. Lj. Lazarević (2011), str. 637, 784.

lica. Tako u slučaju navođenja na samoubistvo (član 119. KZ) ili na overavanje neistinitog sadržaja (član 358. KZ) dovršenje dela zahteva izvesnu realizaciju odluke („ko navede drugog“), bar pokušano samoubistvo ili neistinitu overu od strane nadležnog organa.<sup>8</sup> Neuspelo navođenje tada, u zavisnosti od ispunjenosti uslova iz člana 30. KZ, može predstavljati kažnjivi pokušaj. Ipak, od ova vida inkriminisanja, zakonodavac mnogo češće koristi nesvršeni glagolski vid, zbog čega u najvećem broju slučajeva radnje podstrekavanja propisane u posebnom delu krivičnog zakonodavstva za posledicu ne moraju imati ni akt drugog lica ni stvaranje odluke.<sup>9</sup>

Između podstrekavanja kao oblika saučesništva i različitih radnji izvršenja koje mu u materijalnom smislu naliče, u našoj nauci se navode i izvesne razlike po značenju. Tako, dok se „pozivanje“ po pravilu smatra ekvivalentnim podstrekavanju, u smislu da ono takođe podrazumeva stvaranje odluke kod drugog da preduzme neku delatnost, pod „podsticanjem“ se u literaturi uglavnom razume dalje učvršćivanje već postojeće odluke.<sup>10</sup> Iako ovo razlikovanje nema jezičko pokriće, slično tumačenje donekle je iznuđeno, jer su kod jednog broja krivičnih dela paralelno propisane obe radnje,<sup>11</sup> između kojih se htela napraviti smisljena razlika. Slično razlikovanje bilo je uostalom uobičajeno i u jugoslovenskoj doktrini i sudskoj praksi.<sup>12</sup> Pojedini autori kao karakteristiku „vrbovanja“ vide višekratnost postupanja,<sup>13</sup> dok, kako smo videli, jedan krug radnji potencira svojstvo stvaranja odluke javnim putem.

Osim toga, gotovo sve situacije, u kojima u posebnom delu krivičnog zakonodavstva nalazimo različite vidove podstrekavanja, karakteriše to što se

---

8 Vid. Lj. Lazarević (2011), str. 1042; Z. Stojanović (2016), str. 990.

9 Prema pojedinim mišljenjima (Nikola Srzentić, Aleksandar Stajić, Ljubiša Lazarević, Krivično pravo SFRJ. Opšti deo, Savremena administracija, Beograd, 1990, str. 285), ako je podstrekavanje posebno krivično delo, dovršenje uvek podrazumeva dovršetak radnje, nezavisno od uspeha. Tu bi pokušaj podrazumevao situaciju da iz nekog razloga uopšte nije došlo do uticaja na volju podstreknutog (npr. upućeno pismo nije ni došlo do adresata).

10 Lj. Lazarević (2011), str. 896-897; Z. Stojanović (2016), str. 888. Na ovo razlikovanje bi stoga trebalo obratiti pažnju i u slučaju eventualnog menjanja postojećih inkriminacija. Treba primetiti, primera radi, da se u švajcarskoj doktrini pojam „pozivanja“ smatra širim od podstrekavanja, i u tom smislu što ovaj pojam uključuje i navođenje lica koje je već bilo rešeno (omnimodo facturus) da izvrši delo na koje se navodi (vid. Gerhard Fiolka, u: M. A. Niggli, H. Wiprechtiger (Hrsg.), Strafrecht II. Basler Kommentar. Art. 111-392, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2007, str. 1698).

11 Vid. član 309 stav 1, član 386. stav 1, član 375. stav 7, član 394. stav 4 i član 399. st. 5. i 6. KZ.

12 Vid. Miloš Radovanović, Miroslav Đorđević, Krivično pravo. Posebni deo, Savremena administracija, Beograd, 1977, str. 19; Nikola Srzentić, u: N. Srzentić (red.), Komentar Krivičnog zakona SFRJ, Savremena administracija, Beograd, 1986, str. 467.

13 Z. Stojanović (2016), str. 1084.

stvaranje odluke čini u odnosu na individualno neodređeni broj lica. Ova karakteristika najbolje se da uočiti na primeru pozivanja na nasilnu promenu ustavnog uređenja iz člana 309. KZ. Reč je o krivičnom delu koje dopunjuje kriminalnu zonu napada na ustavno uređenje iz člana 308. KZ. Tako Stojanović ukazuje da su pozivanje i podsticanje po svojoj suštini „radnje podstrekavanja, ali se za razliku od tog oblika saučesništva ovde ne traži da su te radnje upravljene na individualno određen krug lica. Stoga, kada ne bi postojala ova inkriminacija, pozivanje ili podsticanje neodređenog kruga lica na vršenje krivičnog dela napada na ustavno uređenje ne bi bilo kažnjivo prema opštim odredbama o saučesništvu, što svakako ne bi bilo opravdano“.<sup>14</sup> I Radovanović i Đorđević u svom komentaru kod istog krivičnog dela (koje se tada zvalo „neprijateljska propaganda“) ističu da „pozivanje ili podsticanje imaju sličnosti sa podstrekavanjem ali se od ovoga razlikuju jer se odnose na individualno neodređeni broj lica“.<sup>15</sup> Dakle, okolnost da li se na izvršenje nekog krivičnog dela navodi određeno ili neodređeno lice opredeliće i zaključak da li će se raditi o podstrekavanju kao obliku saučesništva ili o podstrekavanju kao samostalnom krivičnom delu. Ipak, ovo razlikovanje zaslužuje detaljnija razmatranja.

### 3. Određenost izvršioca i njegovog dela kao uslov podstrekavanja

U našoj i stranoj krivičnopravnoj doktrini postoji jedinstveno stanovište da podstrekavanje kao oblik saučesništva mora biti upravljeno na određenog ili odredivog izvršioca. Iako podstrekač po pravilu poznaje ličnost koja treba da izvrši delo, to izuzetno i ne mora biti slučaj. Tako u primerima lančanog posrednog podstrekavanja podstrekač može ostaviti podstreknutom da po svom izboru odabere neposrednog izvršioca, iako i tada inicijator dela mora imati predstavu iz koje određene grupe lica izvršilac potiče. Dovoljno je dakle da podstrekač ima saznanje da će neko iz određenog *kruga* preduzeti delo. Ovaj krug subjekata može biti i prostorno određen (prisutni u sali, trpezariji ili drugom zatvorenom prostoru), a, kako se u jugoslovenskoj literaturi ukazivalo, može se raditi i o povezanosti na neki drugi način (članstvo u istoj stranci ili udruženju).<sup>16</sup> Stoga će lice koje, primera radi, na tajnom skupu naloži grupi svojih političkih istomišljenika da usmrti određenog političkog protivnika, odgoditi za podstrekavanje na ubistvo, nezavisno od toga što, bilo zbog brojnosti prisutnih, bilo zbog nekih drugih okolnosti (npr. neophodnosti da se brzo reagu-

---

14 Ibid., str. 888.

15 M. Radovanović, M. Đorđević (1977), str. 19.

16 Franjo Bačić, u: N. Srzentić (red.), Komentar Krivičnog zakona SFRJ, Savremena administracija, Beograd, 1986, str. 133.

je), nije precizirano ko će tačno preduzeti ovaj zadatak.<sup>17</sup> Ako, međutim, krug lica iz kojeg će poteći neposredni izvršilac nije individualno odrediv, podstrekavanje neće biti moguće,<sup>18</sup> jer podstrekavanje kao vid saučesništva ne dopušta potpunu nepredvidivost kruga potencijalnih adresata. Ovaj stav je opšteprihvaćen i u našoj literaturi.<sup>19</sup> Kako se naime smatra, bilo bi nelogično neodređen poziv na vršenje dela već smatrati pokušajem povrede pravnog dobra, i takvog podstrekača izjednačiti sa izvršiocem, jer je njemu potpuno nepredvidivo da li će se neko lice pozivu uopšte odazvati. Podstrekaču u takvom slučaju nedostaje svaka mogućnost upliva u kauzalni tok.<sup>20</sup> Iako slična objašnjenja, koja razlog određenosti izvršioca prepoznaju i na planu kauzalne veze, ne smatramo ubedljivim, u doktrini gotovo da nema drugačijih mišljenja u pogledu ovog zahteva.<sup>21</sup> Stoga ne bi predstavljalo podstrekavanje pozivanje političkih istomišljenika na vršenje nekog dela (npr. ubistvo nekog političkog protivnika) preko sredstava javnog informisanja (npr. tokom gostovanja na radio-emisiji), ili na nekom velikom javnom skupu, dostupnom neodređenom broju građana.

Kriminalno-politička neophodnost kažnjavanja takvih situacija uobičajeno se rešava putem definisanja posebnih krivičnih dela, kao što je naš zakonodavac, kako smo videli, učinio u slučaju pozivanja na nasilnu promenu ustavnog uređenja (član 309. KZ). Slični zakonski opisi, u kojima se inkriminiše pozivanje neodređenog kruga lica (slušalaca radio-emisije, šetača na javnom skupu, čitalaca dnevnih novina itd.) da vrše krivična dela, imaju nemali kriminalno-politički značaj. Razlog njihovog propisivanja ne predstavlja saučesništvo u onim protivpravnim ponašanjima na čije se vršenje poziva, jer zbog neodređenosti adresat njihovo ponašanje inspirator ne može predvideti niti njime upravljati.

---

17 Štaviše, ni podstreknuti ne mora biti posve siguran pod uticajem kog lica je njegova odluka zaista bila obrazovana.

18 Na to uostalom ukazuje i činjenica da zakonodavac u članu 34. KZ pod podstrekavanjem smatra navođenje „drugog“ na izvršenje krivičnog dela.

19 Vid. npr. N. Jovančević (2008), str. 277, koji ove situacije naziva propagandom ili agitacijom.

20 Erich Samson, „Die öffentliche Aufforderung zur Fahnenflucht an Nato-Soldaten“, *Juristenzeitung*, br. 8/1969, str. 259.

21 U novijoj austrijskoj sudskoj praksi se podstrekavanje smatra mogućim i kada je krug potencijalnih izvršilaca sasvim otvoren, ako je delo na koje se navodi dovoljno konkretizovano (Ernst Eugen Fabrizy, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 11. Lieferung: §§ 12-14, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 20002, str. 17). Slično zastupaju i neki nemački autori (npr. Wolfgang Joecks, u: B. von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Band 1, C. H. Beck, München, 2003, str. 1090) u slučaju javnog pozivanja na vršenje određenog krivičnog dela, npr. iz religioznih razloga, ali su ovi stavovi usamljeni.

Osnovni razlog njihovog kažnjavanja predstavlja *povišena opasnost* sličnih radnji, nepredvidivost daljeg razvoja događaja koji se više ne može kontrolisati.<sup>22</sup>

Da bi postojalo podstrekavanje kao vid saučesništva, umišljaj podstrekača mora da obuhvati i konkretno *delo* izvršioca. Slično uslovu odredivosti izvršioca, i krug potencijalnih žrtava mora biti dovoljno određen, iako je nejasno u kojim obrisima. To odgovara uslovu akcesornosti saučesništva, jer se delo izvršioca saučesniku može uračunati samo ukoliko ono u bitnim crtama odgovara onome u čemu je saučesnik i hteo da učestvuje.<sup>23</sup> Nije dovoljno da umišljaj podstrekača obuhvati izvršenje bilo kojeg krivičnog dela, kao što, s druge strane, nije neophodno ni da delo izvršioca bude oslikano u predstavi podstrekača u svim detaljima. Ne podstrekava se na konkretno delo ako se pozivanje drugih lica odnosi na *uopšteno* vršenje krivičnih dela i protivpravnih ponašanja, npr. definisanih samo po biću. Tako, prema vladajućem stavu krivičnopravne doktrine, ne bi postojalo podstrekavanje na ubistvo i razbojništvo ako bi jedno lice pozvalo druge da „ubijaju i pljačkaju“ (ubistvo odnosno razbojništvo), da nekog „prebiju“ (teške telesne povrede) ili da „oduzimaju bogatima“ (krađe), pa neko od ovih bića bude i ostvareno. Inicijator ovde ne bi predstavljao podstrekača, jer delo na koje se navodi nije ni najmanje konkretizovano. Drugačije je, međutim, ako je iz prisutnih okolnosti, nezavisno od opštosti upotrebljenog izraza, konkludentno ipak moguće zaključiti o izvršenju kojeg delikta se konkretno radi. Tako bi se poziv „pa ukradi nešto!“, i pored svoje načelne neodređenosti, ipak mogao razumeti kao podstrekavanje na krađu, ako bi to bilo izgovoreno u nekoj trgovačkoj radnji,<sup>24</sup> ili kada bi se iz konteksta moglo zaključiti da se konkludentno tipuje na nekog od prisutnih kao žrtvu.

Nema nikakve sumnje da bi zona podstrekavanja bila najuže postavljena ako bi se tražilo da dešavanje bude konkretizovano i prema vremenu, mestu, objektu i drugim modalitetima. Ipak, većina autora ne zahteva konkretizaciju u pogledu svih individualizirajućih okolnosti, ali je teško postaviti precizniji kriterijum. Zbog toga se u literaturi neretko potencira da se odgovor može dati tek na osnovu okolnosti pojedinačnog slučaja, ili bar da je podstrekač delo na koje navodi u svojoj predstavi obuhvatio u *bitnim* karakteristikama. Nije sporno da on svojim umišljajem ne mora da obuhvati sve pojedinosti dela, ali delo mora biti u njegovoj uobrazilji predstavljeno makar u osnovnim konturama.<sup>25</sup>

---

22 Klaus Rogall, „Die verschiedenen Formen des Veranlassens fremder Straftaten“, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, br. 1/1979, str. 16.

23 W. Joecks (2003), str. 1090.

24 Marc Forster, u: M. A. Niggli, H. Wiprechtiger (Hrsg.), *Strafrecht I. Basler Kommentar*, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2007, str. 492.

25 U našoj literaturi tako npr. N. Jovančević (2008), str. 257; N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević (1990), str. 282.

Detaljna predstava o delu uostalom nije ni moguća, jer odvijanje u vremenu može izvršenje odvesti u različitim pravcima, koji se nikada ne mogu detaljno unapred predvideti.<sup>26</sup> Preusko postavljena sfera podstrekavanja, u smislu zahtevanja pune konkretizacije okolnosti dela izvršioca, ne samo da ne odgovara logici vremenskog sledovanja podstrekavanja i izvršenja, i objektivnim granicama predvidljivog, već protivreči i kriminalno-političkim potrebama. Tako Roxsin (Roxin) s pravom ukazuje da bi bilo nerazumno ne smatrati podstrekačem onoga ko plaća drugome da ukrade određenu količinu orijentalnih tepiha, a gde bi sve pojedinosti u pogledu toga kada, gde i od koga ukrasti prepustio kradljivcu, ili nalog vođe kriminalne grupe da se novac obezbedi prepadom neke štedionice, a gde je detalje opet prepustio članovima grupe.<sup>27</sup>

Slična nedoumica postoji i ako bi nedovoljno identifikovan objekt dela bio samo apstraktno određen po *rodu*. Tako je u jednom karakterističnom slučaju iz nemačke sudske prakse (BGHSt 34, 63)<sup>28</sup>, Vrhovni sud zaključio da ne postoji podstrekavanje u situaciji gde je, nakon što se jedno lice požalilo drugome na nedostatak novca, drugi dao predlog da bi ovaj u tom slučaju „morao da 'odradi' neku banku ili pumpu“. Iako izvršilac na to nije ništa odmah odgovorio, nakon par dana je orobio jednu banku. Premda se „odrađivanje“ banke ili pumpe moglo razumeti kao podsticanje na razbojništvo, sud je zaključio da se umišljaj podstrekača nije odnosio na konkretizovano delo, već da je samo predočena množina mogućnosti koja pred izvršiocom stoji (bilo koja banka ili pumpa). Ova odluka je i u nemačkoj doktrini uglavnom naišla na simpatije,<sup>29</sup>

---

26 Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, Duncker & Humblot, Berlin 1996, str. 688; Helmut Satzger, „Teilnehmerstrafbarkeit und 'Doppelvorsatz'“, Juristische Ausbildung, br. 7/2008, str. 519.

27 Claus Roxin, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II, C. H. Beck, München 2003, str. 175. Slično i K. Rogall (1979), str. 14.

28 Vid. <https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1986-04-21/2-StR-661> 85.

29 Vid. npr. Peter Cramer, Günter Heine, u: A. Schönke, H. Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch. Kommentar, C. H. Beck, München, 2001, str. 513; Bernd Heinrich, Strafrecht – Allgemeiner Teil II, Kohlhammer, Stuttgart, 2010, str. 212-213; Volker Krey, Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band 2, Kohlhammer, Stuttgart, 2002, str. 102. Roxsin pak odbacuje ovo objašnjenje, smatrajući da su u predstavi podstrekača bile ocrtane „bitne dimenzije neprava“. Iz okolnosti se moglo zaključiti koji je iznos otprilike izvršiocu bio potreban, a upotrebljene reči, koje su se odnosile na prepad banke ili pumpe, dovoljno su oslikavale način budućeg napada (C. Roxin [2003], str. 174). Roxsin međutim takođe smatra da se ovde ne bi radilo o podstrekavanju, ali zato što se po njemu radi o notornom objašnjenju kako doći do novca, koje je svakom dostupno, i koje ne zaslužuje da bude izjednačeno sa izvršenjem (ibid., str. 155-156). Ipak, ovo predstavlja usamljeno stanovište. U delu literature se problem razmatra ne iz ugla određenosti umišljaja podstrekača, već objektivnog uračunavanja. Tako Krečmer, jedan od osnovnih zastupnika ove (objektivne) koncepcije, smatra da je i ovde neophodno primeniti kriterijum objektivnog uračunavanja, pa će podstrekavanje otpasti ako su obrisi navođenja suviše apstraktni i izvršenje dela još uvek drže u granicama opšteg rizika, ne stvarajući pravno relevantnu opasnost da će izvršilac pristupiti delu (Joachim Kretschmer, „Welchen Einfluss hat die Lehre der objektiven Zurechnung auf das Teilnahmeunrecht?“, Juristische Ausbildung, br. 4/2008, str. 267).

iako se stiče utisak da je ovakav ishod predstavljao više rezultat nesigurnosti suda da li je uzrok pljačke uopšte bila navedena opaska, nego što se ticao neodređenosti objekta dela. Suprotan pak, širi pristup, zastupljen je u austrijskoj sudskoj praksi, gde se u jednom primeru smatralo da postoji podstrekavanje u slučaju naručivanja krađe dva motorna vozila, i gde je zahtev bio preciziran utoliko što su se tražili novi automobili, „a jedan možda sa klima-uređajem“.<sup>30</sup> Slične primere nalazimo i u našoj sudskoj praksi. Tako je u jednom slučaju<sup>31</sup> zaključeno postojanje podstrekavanja kada je maloletniku obećano 300 nemačkih maraka ako doveze putničko vozilo naručene marke, što je ovaj i učinio. U drugom, starijem primeru iz jugoslovenske judikature,<sup>32</sup> smatralo se da je (za podstrekavanje) bilo dovoljno navođenje na džepnu krađu određenog dana na pijaci ili u dućanu, iako konkretna žrtva nije bila precizirana.

U prilog zaključku da objekt dela ne mora biti određen po rodu, govori još jedan argument. Naime, ako je mesto, vreme, način ili druga konkretizujuća okolnost obeležje bića dela izvršioca, smatra se da je za postojanje saučesništva neophodno da podstrekač svojim umišljajem obuhvati i ove okolnosti.<sup>33</sup> Takav ishod, reklo bi se, ide u prilog zaključku da objekt dela ne mora biti potpuno opredeljen u svesti podstrekača, budući da zakonski opisi redovno ne uključuju određenost ovog objekta *in concreto*. Stoga deluje logično da ako zakonski opis krađe ostvaruje onaj ko oduzme (bilo koju) tuđu pokretnu stvar, da onda i onaj ko navodi na izvršenje krađe podstakne na oduzimanje bilo koje stvari, a ne stvari određene po rodu ili vrsti. Ipak, stiče se utisak da se sličan zaključak ne izvodi u pogledu svih krivičnih dela, već, kako se iz navedenih primera i vidi, prevashodno u pogledu imovinskih delikata.

Naime, ako je objekt napada neko lično dobro (život, telo, čast, polna sloboda), po pravilu se zahteva da umišljaj podstrekača bude upravljen na konkretnog titulara.<sup>34</sup> Štaviše, stiče se utisak da konkretizovanje žrtve u ovim slučajevima potiskuje sva druga obeležja konkretizacije događanja. Tako se u primerima naručivanja profesionalnog ubistva smatra da činjenica da je konkretizovana žrtva dela za postojanje podstrekavanja zadovoljava, iako pod-

---

30 Sst 47/34 = EvBl 1976/287 (vid. E. E. Fabrizy [2000], str. 18).

31 Presuda Okružnog suda u Beogradu, Kž. 1300/98 od 29. oktobra 1998. i presuda Prvog opštinskog suda u Beogradu, K. 870/97 od 5. novembra 1997. godine (Ilija Simić (prir.), Zbirka sudskih odluka iz krivičnopravne materije. Treća knjiga, Službeni glasnik, Beograd, 2000, str. 24).

32 VSH, Kž. 430/54 (Dragoljub Atanacković, „Saučesništvo u krivičnom delu“, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 1-2/1995, str. 40).

33 Ibid., str. 41.

34 Reinhart Maurach, Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil, C. F. Müller, Karlsruhe, 1965, str. 582. Ovaj stav zastupljen je i u domaćoj doktrini. Vid. D. Atanacković (1995), str. 40.

strekač neće imati gotovo nikakvu predstavu o vremenu, mestu, načinu i drugim okolnostima izvršenja.<sup>35</sup>

Može biti sporno da li bi podstrekavanje bilo dovoljno određeno ako se odnosi na vršenje zločina u odnosu na pripadnike neke društvene grupe, povezane npr. po nacionalnoj, rasnoj, verskoj, političkoj ili nekoj drugoj pripadnosti (npr. podsticaj da se premlati neki azilant ili homoseksualac), a gde je iz nekog razloga inicijatoru svejedno koji će konkretno pripadnik grupe predstavljati žrtvu. U literaturi se ovde takođe zahteva da krug mogućih žrtava predstavlja zatvorenu grupu lica,<sup>36</sup> ali problem predstavlja činjenica da mogu postojati velike razlike u veličini grupe. U švajcarskoj sudskoj praksi, primera radi,<sup>37</sup> smatra se da žrtva ne mora biti konkretno određena, ako se podstrekavanje odnosi na nekog iz kruga neke etničke ili verske manjine.<sup>38</sup> Stiče se utisak da se u doktrini u sličnim slučajevima poznavanje drugih pojedinosti dela (vremena, mesta, sredstva itd.) smatra perifernim u odnosu na činjenicu da podstrekač ima jasnu predstavu o okolnosti koja ima odlučujući uticaj za njegovo uplitanje u kauzalni tok (npr. pripadnosti rivalskoj bandi), i gde je inicijatoru prema okolnostima svejedno kojeg konkretno pripadnika odnosno društvene grupe će posledica pogoditi.<sup>39</sup>

Koncept podstrekavanja je nešto šire postavljen u anglosaksonskim pravnim sistemima. Tako npr. u engleskom krivičnom pravu podstrekavanje kao vid saučesništva i tzv. *common law (inchoate) offence* ne podrazumeva obraćanje isključivo određenoj osobi, već adresat može biti i čitavo mnoštvo ljudi.<sup>40</sup> Tako je u jednom karakterističnom primeru iz novije prakse (*Marlow*)<sup>41</sup> za podstrekavanje osuđen autor knjige u kojoj je bilo detaljno opisano kako se uzgaja kanabis, iako se niko pojedinačno nije ohrabrivao da to čini. U takvim okolnostima, postoji manja potreba da se posebnim krivičnim delima pokrije pozivanje neodređenog kruga lica, iako se i tu, iz kriminalno-političkih razloga, često propisuju posebna izvršilačka (statutarna) podstrekavanja u slučaju društveno-opasnijih vidova podstrekavanja.<sup>42</sup>

---

35 Tako izričito Kristian Kühl, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Franz Vahlen, München, 2008, str. 726.

36 Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat, Stmpfli – Cie AG*, Bern, 1996, str. 256.

37 Vid. BGE 73 IV 217.

38 G. Stratenwerth (1996), str. 372.

39 W. Joecks (2003), str. 1091; Urs Kindhuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Nomos*, Baden-Baden, 2009, str. 350.

40 Jonathan Herring, *Criminal Law. Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford – New York, 2004, str. 769.

41 [1997] Crim LR 897 (CA). Vid. takođe *Invicta Plastics Ltd. v Clare*, [1976] RTR 251 (DC).

42 Vid. npr. *Offences Against the Person Act* od 1861. (član 4), *Incitement to Disaffection Act* od 1934. ili *Incitement to Mutiny Act* od 1797. godine.



#### **4. Da li je u srpskom krivičnom pravu kriminalna zona podstrekavanja zadovoljavajuće pokrivena?**

U većini evropskih krivičnih zakonodavstava,<sup>43</sup> pored odredbe o uspelom i neuspelom podstrekavanju kao vidu saučesništva u krivičnom delu, kažnjava se kao poseban delikt i javno pozivanje na vršenje nekog dela u zakonu određenog kao krivičnog, i to uglavnom u glavi krivičnih dela protiv javnog reda i mira. Tako se, primera radi, prema članu 111 nemačkog Krivičnog zakoni-ka „kao podstrekač“ kažnjava onaj ko javno, na skupu ili širenjem spisa poziva na vršenje nekog protivpravnog dela. U švajcarskom Krivičnom zakoniku (član 259), propisano je delo sličnog sadržaja, s tim što se ne upućuje na kažnjavanje jednako podstrekavanju, i što u slučaju javnog pozivanja na vršenje nekog prestupa (dela zaprećeno kaznom zatvora do tri godine ili novčanom kaznom, vid. član 10 stav 3) prestup na koji se navodi mora imati nasilnički karakter (prema licima ili stvarima).

Pored sličnog delikta, koji na opšti način dopunjuje kriminalnu zonu podstrekavanja kao oblika saučesništva, evropska zakonodavstva poznaju i brojne njegove posebne oblike, gde su u zavisnosti od težine delikta na čije se vršenje javno poziva, kazna srazmerno povišava. U anglosaksonskim krivičnopravnim sistemima ova dela se sreću naročito u kontekstu zabrane govora mržnje prema određenim društvenim grupama<sup>44</sup> i pozivanja na genocid, ali, kako smo videli, i u drugim oblastima krivičnopravne zaštite. Takođe, i u srpskom pravu nalazimo posebno inkriminisana javna pozivanja na nasilnu promenu ustavnog uređenja (član 309), na izvršenje terorističkih dela (član 391a), i na izvesna dela protiv dobara zaštićenih međunarodnim pravom (glava XXXIV)<sup>45</sup> i vojske Srbije (član XXXV).<sup>46</sup> Nažalost, krivično delo opšteg karaktera, koje bi pokrilo zonu navođenja u odnosu na neodređeni krug lica, u srpskom pravu ne postoji.

Slična odredba postojala je međutim u našem starijem krivičnom pravu. Tako se u Kaznitelni zakonik za Knjaževstvo Srbiju, već 1861, ubrzo nakon nje-

---

43 Vid. npr., osim izričito navedenih, član 414. italijanskog KZ, član 282. austrijskog KZ, član 131-132 holandskog KZ, odeljak 16. član 5. švedskog KZ, član 140. norveškog KZ, odeljak 17. član 1 finskog KZ, član 320. bugarskog KZ. U Francuskoj, „Loi du 29. juillet 1881 sur la liberté de la presse“ kažnjava javno pozivanje na vršenje kažnjivih dela, praveći samo razliku između toga da li je podsticanje dovelo ili nije dovelo do izvršenja dela (čl. 23-24) (vid. G. Fiolka [2007], str. 1693).

44 Vid. npr. član 319. kanadskog KZ ili čl. 17-29 Zakona o javnom redu Velike Britanije (Public Order Act).

45 Vid. član 375. stav 7. i član 386. stav 1. KZ.

46 Vid. član 394. stav 4. i član 399. stav 5. KZ.

govog donošenja, uvodi dopuna kojom se kaznom zatvora do godinu dana ili novčano (do 80 talira) kažnjava onaj „ko besedom na javnim mestima ili pri javnim skupovima, ili pismenim sačinjenjima ili likovima, ili drugim obrazima ili znacima, koji se prodaju, razdaju, ili javno izlažu i prikrivaju, na kakvo zločinstvo ili prestupljenje poziva, draži, nagovara ili navesti pokuša, ako nikakvog sledstva bilo nije“ (član 47a). Slično delo (protiv javnog mira) predviđao je i Projekat Kaznenog zakonika za Kraljevinu Srbiju od 1910. godine,<sup>47</sup> dok Krivični zakonik Kraljevine Jugoslavije od 1929. godine, štaviše, navodi više sličnih delikata. Tako se u članu 136, kao delikt protiv pravosuda, smatralo kažnjivim (zatvorom do tri godine ili novčanom kaznom do 30.000 dinara) ako neko javno ili rasturanjem napisa, slika ili objava navodi ili podstrekava na izvršenje zločinstva. Posebno su bile inkriminisane iste ove radnje ako se navođenje ili podstrekavanje odnosilo na neki od nabrojanih zločina protiv Kralja, Naslednika prestola ili Kraljevskog namesnika (član 95), dok je članom 115. bilo obuhvaćeno pozivanje na druga dela protiv državnog poretka ili unutrašnje sigurnosti Kraljevine. U situacijama podsticanja putem štampe, bila su propisana odgovarajuća krivična dela u Zakonu o štampi od 1925. godine (član 43-44).

Iako je Nacrt Krivičnog zakonika FNRJ od 1951. u članu 153. predviđao navođenje na krivično delo,<sup>48</sup> u završnoj verziji ovog zakonika ova odredba izostala. U posleratnim propisima, svoje mesto je našlo samo delo neprijateljske propagande (član 118. Krivičnog zakonika FNRJ od 1951. odnosno član 133 Krivičnog zakona SFRJ od 1976), koje je bilo ograničeno na pozivanje ili podsticanje na obaranje vlasti i protivustavnu promenu ustavnog uređenja, i koje je zbog svog ideološkog karaktera bilo predmet mnogih kritika. U svom sadašnjem obliku, ovo delo (pozivanje na nasilnu promenu ustavnog uređenja, član 309 KZ) ima ograničeni domašaj, budući da se smisljeno nadovezuje isključivo na zonu krivičnog dela iz člana 308. KZ (napada na ustavno uređenje). Kako smo već videli, izvršilačka podstrekavanja, kojima se nadomešta kriminalna zona podstrekavanja kao oblika saučesništva, u našem pravu nalazimo kod nekoliko delikata, ali ova pojedinačna izvršilačka podstrekavanja posebnog karaktera ne mogu da nadomeste izostanak opšte odredbe koja bi obuhvatila izvršilačka podstrekavanja neodređenih subjekata po nekom opštem kriterijumu.

---

47 Prema članu 115. stav 1. ovog projekta, kazniće se zatvorom ili novčano do 3000 dinara ko javno poziva ili draži na izvršenje kakvog zločina. Rečima Đuričića, jednog od članova Komisije za izradu ovog projekta, „kad ova delanja čine samostalni delikt baš u tom slučaju kad nema saučašća, onda njihov pojam isključuje pojam saučašća“ (Projekat i motivi Kaznenog zakonika za Kraljevinu Srbiju, Ministarstvo pravde, Beograd, 1910, str. 341).

48 Vid. Objašnjenja uz Nacrt Krivičnog zakonika FNRJ, Službeni list FNRJ, Beograd, 1951, str. 230.

Novoustanovljeno krivično delo ometanja pravde (član 336b KZ) takođe ima ograničeni domašaj, imajući u vidu da se njime kažnjava pozivanje na otpor ili na neizvršenje sudskih odluka, iako je do 2009. godine (član 325. KZ, sada brisan) kažnjivo bilo pozivanje na otpor ili na neposlušnost prema zakonitim odlukama ili merama državnih organa, ili prema službenom licu u vršenju službene radnje. Kriminalna zona time je sužena, budući da u našem pravu sada nedostaje delikt koji bi pokrio situacije pozivanja na građansku neposlušnost, takođe čest u uporednim zakonodavstvima. Osim toga, raniji zakonski opis se smisljeno nadovezivao na krivično delo sprečavanja službenog lica u vršenju službene radnje (član 322. KZ), u situacijama kada se navođenje nije odnosilo na određeno protivstajanje (tada bi postojalo podstrekavanje na delo iz člana 322. KZ), već je bilo upravljeno prema neodređenom krugu lica. Sličnu inkriminaciju poznaju mnogi drugi krivični sistemi,<sup>49</sup> a u našem zakonodavstvu se nalazila od Kazniteljnog zakonika iz 1860. godine (član 92).<sup>50</sup> Ako se, polazeći od učestalih apela političara na nepoštovanje zakonitih odluka koji su u našoj skorijoj prošlosti ostajali nekažnjeni (npr. na neplaćanje tv-pretplata), domašaj ove inkriminacije i hteo ograničiti, moglo se, primera radi, biće dela vezati samo za javno pozivanje na otpor ili na neposlušnost, ili za neku drugu okolnost. U svakom slučaju, možemo konstatovati da se nasuprot aktuelnom stanju u evropskom zakonodavstvu, kriminalna zona u ovoj materiji neopravdano sužava.

Dva su moguća motiva propisivanja javnog pozivanja na vršenje nekog krivičnog dela. Tako se, najpre, slično delo može smatrati produžetkom instituta saučesništva, čiji je cilj da obezbedi celovitost kažnjavanja radnji podstrekanja.<sup>51</sup> Ovaj razlog inkriminacije se ne može zanemariti, jer određenost dela na koje se navodi predstavlja, kako smo videli, dogmatsku pretpostavku podstrekanja kao oblika saučesništva, koju nije moguće prenebregnuti ili izmeniti nekim ekstenzivnim tumačenjem uslova određenosti. Drugim razlogom propisivanja smatra se neophodnost potpunije zaštite javnog reda i mira i sigurnosti građana. Od toga koje objašnjenje razloga propisivanja dominira, zavisio bi i trenutak određivanja dovršetka ovog dela. Tamo gde se njegovo objašnjenje pretežno prepoznaje u dopunjavanju kriminalne zone saučesništva, onda bi i na

---

49 Vid. npr. austrijsko (član 281. KZ), švajcarsko pravo (član 292. KZ) ili mađarsko pravo (član 336. KZ).

50 Vid. i član 130 Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije od 1930. godine.

51 Da propisivanje posebnog krivičnog dela koji će popuniti pravne praznine na planu kažnjavanja saučesništva predstavlja produžetak učenja o podstrekanju pokazuje primer nemačke inkriminacije, koja učinioca ovog krivičnog dela (član 111. dStGB) izjednačava po kažnjavanju sa podstrekačem. Iako se ovakav vid vezivanja propisane kazne sa saučesništvo smatra dogmatski sumnjivim (K. Rogall [1979], str. 17), time se jasno pokazuje kriminalno-politička povezanost ove inkriminacije sa institutom podstrekanja, nezavisno od procene koliko bi ona primenu imala u praksi.

planu kažnjavanja morala da se napravi razlika između uspelog i neuspelog javnog pozivanja, kako je to npr. učinio nemački zakonodavac. Ako se pak zauzme stav da javno pozivanje na vršenje krivičnih dela ima svoju autonomnu ne vrednost, onda bi za njegovo formalno dovršenje bilo dovoljno da je poziv postao dostupan neodređenom krugu adresata.

Od podstrekavanja kao oblika saučesništva ovo delo bi se razlikovalo po nešto nižim zahtevima u pogledu konkretizacije dela na koje se navodi,<sup>52</sup> i po tome da ono ne podrazumeva navođenje određenih (odnosno odredivih) izvršilaca. Razlog njegovog propisivanja treba prepoznati u naročitoj opasnosti javnog pozivanja na zločin, koje se obraća potpuno neodređenim izvršiocima (npr. preko televizije), ili većem broju lica (na nekom javnom skupu). Utoliko se radi o deliktu *apstraktnog* ugrožavanja.<sup>53</sup> Njegova povišena opasnost prepoznaje se upravo u nedefinisanoj krugu adresata, iz kojeg svako potencijalno može pristupiti izvršenju dela. Takođe, budući da se ponašanje mase teško može kontrolisati, apelom upućenim neodređenom broju lica redovno se gubi mogućnost da se utiče na dejstva pozivanja. Shodno tome, delo bi u našem pravu trebalo da nalikuje drugim postojećim formama izvršilačkog podstrekavanja, pa se za njegovo dovršenje ne bi tražilo da podstrekavanje bude uspelo. Imajući u vidu ukazanu dvojaknu prirodu njegovog opravdanja, ovo delo bi štiti- lo ne samo javni red i mir kao dobro, već bi posredno obezbeđivalo zaštitu i onih dobara na čiju povredu ili ugrožavanje se poziva.

Postojeće stanje u pogledu izostanka takve inkriminacije u našem pravu ne smatramo zadovoljavajućim. Iako ovo delo u stranim zakonodavstvima ima zanemarljivu zastupljenost u statistici kriminaliteta, u evropskom krivičnom zakonodavstvu i doktrini se opravdanost postojanja slične inkriminacije, koja bi obuhvatila podstrekavanje neodređenih subjekata na vršenje nekog krivičnog dela, ozbiljnije ne dovodi u pitanje.<sup>54</sup> Pojedina savremena krivična zakonodavstva inkriminišu čak i odobravanje ranije učinjenih zločina, smatrajući da se

---

52 Dovoljno je da se prema okolnostima može opredeliti o kom se biću radi (G. Fiolka [2007], str. 1698). Manjinsko stanovište (vid. npr. Hans-Ullrich Paeffgen, u: U. Kindhuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen (Hrsg.), Nomoskommentar. Strafgesetzbuch. Band 1., Nomos, Baden-Baden, 2005, str. 2602) smatra da delo na koje se navodi (u pogledu mesta, vremena, načina itd.) mora biti konkretizovano isto kao i da se radi o vidu saučesništva. Ipak, to je malo verovatno već zbog činjenice da podstrekač nema neposredno saznanje o tome ko će iz neodređene grupe delo izvršiti. Zbog toga ne bi trebalo insistirati ni na konkretizaciji objekta dela ili žrtve (s pravom Nikolaus Bosch, u: B. von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 2/2. §§ 80?184f StGB, C. H. Beck, München, 2005, str. 303).

53 Vid. npr. N. Bosch (2005), str. 297.

54 Tako izričito H.-U. Paeffgen (2005), str. 2595.

i takvim postupanjem stvara apstraktna opasnost za javni poredak.<sup>55</sup> Ako pozitivno izražavanje o proteklim zločinima predstavlja dovoljnu kriminalnu ne vrednost koja pokreće krivičnu kažnjivost, onda tim pre pozivanje na vršenje budućih krivičnih dela zaslužuje takvu reakciju. Time bi, istovremeno, bila popunjena i postojeća praznina u pogledu kažnjivosti u materiji podstrekavanja. Istina, činjenica da takav opis ne bi zahtevao da podstrekavano delo bude i izvršeno (kažnjavao bi kao dovršeno delo pozivanje nezavisno od rezultata) može da dovede do toga, da bi u ishodu kao njegov samostalni izvršilac bio kažnjen i onaj, ko, da je uslov određenosti izvršioca neophodan za postojanje podstrekavanja bio ispunjen – zbog nedovoljne težine dela na koje se navodi ne bi bio kažnjen kao neuspeli podstrekač (prema članu 34. stav 2. KZ). Ako bi se ta okolnost htela izbeći, moguće je kažnjivost novog delikta vezati za pozivanje isključivo na vršenje onih krivičnih dela za koje se može izreći kazna zatvora od pet godina ili teža kazna, kada je prema našem pravu i neuspelo podstrekavanje kažnjivo. To međutim možda i nije neophodno, budući da ne vrednost obraćanja većem broju lica delimično nadomešćuje ne vrednost eventualnog ishoda da je pozivanje ostalo bez odjeka.

---

55 Tako se prema nemačkom pravu (član 140. KZ) kažnjava i onaj ko izričito nabrojana krivična dela, nakon što su učinjena ili pokušana, nagrađuje, ili na skupu ili širenjem spisa na način podoban da povredi javni mir odobrava. Sličan delikt postoji i u austrijskom pravu (član 282. stav 2. KZ). Od ostalih formi navođenja na krivično delo, ovaj se razlikuje po tome što se odobravanje odnosi na konkretna dela učinjena u prošlosti, čijim se podržavanjem stvara apstraktna opasnost po javni mir da će ih neko oponašati.

**Igor Vuković, PhD**  
**Faculty of Law, University of Belgrade**

**DEFINITION OF THE PERPETRATOR'S ACT, IT'S IMPORTANCE  
FOR ABETTING AND PUBLIC INCITEMENT TO AN OFFENCE**

*In addition to incitement as a form of complicity, the Serbian criminal law sometimes defines incitement as a separate criminal offense. Incitement, as a form of complicity, can only exist if it is aimed at a specific person, or at the members of a certain group of persons. If potential principal offenders are completely undefined, as in the case of public incitement through the media, incitement as a form of complicity cannot exist, but, therefore, there are specific offenses in the comparative European jurisdictions that cover this situation. In contrast to these legislations, in the Serbian criminal law such an offense does not exist. The author considers this legal gap and proposes the introduction of new crime.*

**Key words:** *abetting, abettor's intention, group of potential perpetrators, abstract endangerment.*

**Prof. dr Snežana BRKIĆ**  
**Pravni fakultet Univerziteta**  
**u Novom Sadu**

**Pregledni članak**  
**UDK: 343.10**  
**Primljeno: 15. novembra 2016. god.**

## **SKRAĆENI I OPŠTI KRIVIČNI POSTUPAK I NJIHOVE TRANSFORMACIJE**

*U fokusu ovog rada nalaze se razmatranja o mogućnostima transformacije skraćenog postupka u opšti krivični postupak i obrnuto. Zakonik o krivičnom postupku ne izjašnjava se eksplicitno o takvim transformacijama, ali iz nekih njegovih odredaba proizlazi takva mogućnost, kao i intencija da to bude što jednostavnije. Do transformacije skraćenog postupka u opšti krivični postupak može da dođe pre podizanja optužnog predloga, posle započinjanja glavnog pretresa, kao i posle završetka glavnog pretresa. Posebna pažnja posvećena je takvoj transformaciji postupka posle započinjanja glavnog pretresa. Nakon osvrta na zakonske odredbe iz kojih proizlazi takva mogućnost, ukazano je na neke stvarne ili prividne prepreke, koje stoje na tom putu: naziv i obavezna sadržina optužnog akta, oblik sudske kontrole optužnog akta i stvarna nadležnost suda. Autor iznosi sopstveno viđenje tih problema i predlaže načine njihovog rešavanja. Dileme postoje i u pravcu promene opšteg krivičnog postupka u režim skraćenog postupka. To pitanje se može problematizovati u četiri slučaja: 1) razmimoilaženje tužilaštva i suda u pogledu pravne kvalifikacije dela; 2) obustava postupka za delo koje povlači opšti postupak u spojenim predmetima; 3) izmena činjeničnog opisa dela u toku glavnog pretresa i 4) promene procesnog zakonodavstva.*

## **Ključne reči: skraćeni postupak, opšti krivični postupak, transformacija krivičnog postupka, izmene optužnog akta.**

### **1. Uvodna razmatranja**

Ideja unifikovane krivične procedure pripada prošlosti. Savremena procesna zakonodavstva karakterišu napori u pravcu produbljene diferencijacije. U prilog tome govore tri argumenta: načelni, istorijski i pragmatički.<sup>1</sup> O diferencijaciji krivičnoprocesnih formi<sup>2</sup> možemo govoriti samo onda kada krivično suđenje nije uniformno u svim slučajevima. Diferencijacija, stoga, podrazumeva koegzistenciju najmanje dve krivičnoprocesne forme, koje se po nečemu razlikuju. Najčešće je reč o tome da opšti model varira pod određenim uslovima, na određeni način i do određenih granica. S obzirom na činjenicu da li je procesna forma ustanovljena kao pravilo ili kao izuzetak, ona može biti opšta ili posebna. Opšta forma je namenjena suđenju u svim slučajevima koji nisu izuzeti od nje i učinjeni podložnim posebnim pravilima. U opštoj procesnoj formi u našem pravu sudi se punoletnim učinocima krivičnih dela za koja je propisana kazna zatvora preko osam godina. Posebne procesne forme predstavljaju odstupanja od opšte forme, zasnovana na osobenim osnovima i motivisana posebnim ciljevima. Diferencijalni momenat mora da bude prisutan u najmanje dve ravni: osnovu i strukturi procesne forme. Dakle, da bi odstupajuće odredbe o nekom postupanju imale karakter posebne krivičnoprocesne forme, one moraju imati specifičan osnov i specifičnu strukturu. Ako to nije slučaj, radi se o procesnim varijabilitetima.<sup>3</sup> Osnov posebne krivičnoprocesne forme predstavlja odlučujući razlog njenog stvaranja, kojeg možemo tražiti u osobenostima procesnog objekta, subjekta ili krivične sankcije.<sup>4</sup> Posebne krivičnoprocesne forme mogu imati jedan ili više specifičnih osnova. Oni mogu biti jedini, pretežni ili dopunski

- 1 Više o tome: Brkić, S., (2004), Racionalizacija krivičnog postupka i uprošćene procesne forme, Novi Sad, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, 156-161.
- 2 Iz pojma krivičnog postupka kao osnovnog pojma opšteg dela krivičnog procesnog prava, može se izvesti poseban i njemu subordiniran pojam u okviru posebnog dela krivičnog procesnog prava. Mi smo se odlučili da to bude pojam krivičnoprocesne forme. Koristićemo ga kao oznaku za prepoznatljiviji način oblikovanja krivičnoprocesnog odnosa, a u tom smislu određujući su osnovni procesni elementi: procesne funkcije, procesni subjekti, objekat procesa, uslovi zasnivanja i ciljevi procesa. Dok osnovni pojam (krivični postupak) odgovara na pitanje šta, poseban pojam (krivičnoprocesna forma) odgovara na pitanje kako (Brkić, S., (2013), Krivično procesno pravo II, Novi Sad, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, 3-5).
- 3 Više o procesnim varijabilitetima vid. kod Brkić, S., (2004), Racionalizacija krivičnog postupka i uprošćene procesne forme, Novi Sad, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, 144.
- 4 Više o tome Brkić, S., (2013), Krivično procesno pravo II, Novi Sad, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, 11-14.



osnovi. Specifičan osnov povlači za sobom i specifičnu procesnu strukturu, koja takođe predstavlja bitan element procesne diferencijacije. Strukturu procesa u dinamičkom smislu čini njegov hronološki presek, iz kojeg su vidljive odgovarajuće celine (procesni stadijumi i faze), kojima pečat daju karakteristični posebni ciljevi. U skladu sa njima, u tim se celinama na specifičan način konkretizuju, kombinuju i transformišu procesne funkcije, subjekti, objekti i relevantne pravne činjenice njihovog zasnivanja, razvoja i prestanka. Specifičnost procesne strukture posebnih krivičnoprocesnih formi može počivati na izostavljanju (a eventualno i dodavanju) određenih procesnih stadijuma ili faza ili bitnoj modifikaciji postojećih.<sup>5</sup>

S obzirom na manji stepen složenosti procesne strukture u odnosu na opštu formu, postoje posebne uprošćene krivičnoprocesne forme, koje se ustanovljavaju sa ciljem ubrzanja krivičnog postupka i ekonomisanja kadrovima, vremenom i sredstvima. Naime, diferenciranje, pre svega, može ići u pravcu uprošćavanja forme postupanja za lakše, jednostavnije, nesporne slučajeve, bez naročitih teškoća u dokazivanju i bez potrebe za naročitim formalnostima.<sup>6</sup> Zakonodavac tu polazi od principa razmene „jednostavno za jednostavno“. Traganje za uprošćenim procesnim formama računa na prilagodavanje stepena angažovanosti organa krivičnog pravosuđa značaju i težini krivičnog dela, kao i stvarnoj potrebi za njihovim radom zavisno od stanja činjenične i dokazne građe i držanja procesnih subjekata u toku postupka. Smanjenjem ulaganja u slučajevima koji to opravdavaju, može se postići značajan efekat rasterećenja pravosudnih organa. Samo u takvim uslovima, oni se mogu u potpunosti posvetiti suđenju svih ostalih, težih, značajnijih i složenijih predmeta, u kojima bi bila nedopustiva bilo kakva odstupanja od opšte procesne strukture i dominantnih procesnih načela.

Oblikovanje posebnih krivičnoprocesnih formi počiva na ideji većeg fleksibiliteta, koja je u funkciji uspešnijeg ostvarivanja ciljeva krivičnog postupka. Ta ideja je došla do izražaja kako u načinu iniciranja, tako i u strukturi posebnih krivičnih postupaka. Ona treba da zadobije odgovarajuće mesto i po pitanju transformacije<sup>7</sup> iz jedne u drugu formu postupanja. Izbor između više

---

5 Ibidem, 14-15.

6 Načelno posmatrano, ne bi bilo isključeno ni uslozljavanje postupka za teže, stvarno ili pravno komplikovanije i spornije slučajeve, sa otežanim dokazivanjem i potrebom pružanja dodatnih garancija. Pri tome bi opšta krivičnoprocesna forma ostala rezervisana za tipična, prosečna krivična dela. U dosadašnjem razvoju krivičnog procesnog prava takve krivičnoprocesne forme nisu zabeležene.

7 Transformacija (lat. *transformatio*) označava pretvaranje, preobražavanje, preinačavanje, preobličavanje; preuobličanje, preuobličenosť (Vujaklija, M., (1980), Leksikon stranih reči i izraza, Beograd, Prosveta, 926).

različitim postupaka koji dolaze u obzir treba obaviti što ranije. Pri tome, jednom učinjen izbor ne bi trebalo da predstavlja prepreku za vraćanje u opštu ili neku drugu uprošćenu proceduru, ukoliko se to pokaže celishodno ili čak neophodno sa stanovišta naknadno sagledane (ne)ispunjenosti zakonskih uslova. U tom smislu su i preporuke seminara u Helsinkiju.<sup>8</sup> Do kog momenta u razvoju postupka će biti otvorena mogućnost iniciranja uprošćene krivičnoprocesne forme, kao i mogućnost njene transformacije u opšti ili neki drugi poseban postupak, zavisi od vrsta pojedinih procedura. Na to može uticati i način regulisanja opoziva saglasnosti pojedinih procesnih subjekata, kao i rokovi za donošenje pojedinih vrsta odluka. Transformacija iz jedne u drugu krivičnoprocesnu formu je u nekim slučajevima otvorena, a u drugima ne, što može zavisiti i od spojivosti njihovih struktura. Ilustrativan primer za to nam pruža italijansko pravo, koje uvodi najraznovrsnije kombinacije pomenutih transformacija.

U ovom radu ograničićemo se samo na razmatranje mogućnosti transformacije skraćenog u opšti krivični postupak i obrnuto. Izabrali smo ove dve krivičnoprocesne forme zato što se one najčešće primenjuju. Skraćeni postupak spada u red klasičnih, najstarijih, najrasprostranjenijih i nespornih posebnih uprošćenih krivičnoprocesnih formi. Osnov procesne diferencijacije kod njega je težina krivičnog dela, dakle, jedna osobenost objekta postupka iz materijalno-pravnog aspekta. Njegova bitna obeležja su izostanak faze istrage, faze potvrđivanja optužnice<sup>9</sup> i stvaranje pretpostavki za jedan neformalniji i brži glavni postupak. Osnovni kriterijum za primenu skraćenog postupka je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do osam godina. Sa ovako postavljenom gornjom granicom propisane kazne,<sup>10</sup> skraćeni postupak zapravo postaje pravilo, a ne izuzetak, kao što je to ranije bio slučaj.<sup>11</sup> I pre početka primene

---

8 Vid. HEUNI 3/1984, 16. Tako i N. Yakubovich, HEUNI 3/1984, 244-245.

9 To ne znači da nema sudske kontrole optužnog akta. Tu kontrolu vrši sam sudija pojedinac.

10 Primetna je težnja našeg zakonodavca da omogući sve širu primenu skraćenog postupka. To se postizalo konstantnim širenjem uslova za njegovu primenu. Tako, npr., prema ZKP iz 1976. godine, skraćeni postupak je bio rezervisan za krivična dela za koja je bila propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine, ali isključivo pred sudom koji je sudio samo u prvom stepenu. To znači da se skraćeni postupak mogao primenjivati samo u postupku pred opštinskim, ne i pred okružnim sudom. Ova tendencija nastavljena je i u ZKP iz 2001. godine, zatim u Zakonu o izmenama i dopunama ZKP iz 2009. godine, da bi se došlo do važećeg rešenja u ZKP iz 2011. godine.

11 Ta pojava karakteriše i mnoge druge zemlje u regionu. Tako se u Hrvatskoj u skraćenom postupku sude krivična dela sa propisanom kaznom zatvora do dvanaest godina, što čini 86,2% svih krivičnih dela (navedeno prema Bubalović, T., (2013), Skraćeni kazneni postupci u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu, u: Jovanović, I., Stanisavljević, M. (ur.), Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima – regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni, Beograd, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, 271).

novog ZKP iz 2011. godine, u skraćenom postupku se sudilo više od 60% ukupnog broja primljenih predmeta.<sup>12</sup> Prema nekim procenama, po ZKP iz 2011. godine sudiće se 80-85% krivičnih predmeta u skraćenoj proceduri, što je trebalo da se odrazi i na drugačiju sistematiku novog ZKP.<sup>13</sup> Naime, tako široko primenjivana procedura zaslužuje centralno mesto u zakoniku, kao i naziv opšte, a ne posebne krivičnoprocesne forme. Time je potvrđena odavno data prognoza da će vremenom biti marginalizovan tradicionalni redovni tip krivičnog postupka, koji je predviđen za najteža krivična dela.<sup>14</sup>

## **2. Transformacija skraćenog u opšti postupak**

Naš ZKP se ne izjašnjava eksplicitno o mogućnosti transformacije skraćenog postupka u opšti postupak. Međutim, iz nekih njegovih odredaba ipak proizlazi takva mogućnost, kao i intencija da to bude što jednostavnije. Osim toga, nezavisno od tih odredaba, u sudskoj praksi se mogu javiti situacije u kojima treba obezbediti pomenutu transformaciju i rešiti neke dileme s tim u vezi. Naša obrada ove problematike biće podeljena u tri dela: razmotrićemo mogućnost transformacije skraćenog u opšti postupak pre podizanja optužnog predloga, posle započinjanja glavnog pretresa i posle završetka glavnog pretresa.

### **2.1. Transformacija skraćenog u opšti postupak pre podizanja optužnog predloga**

Ako javni tužilac u toku preduzimanja pojedinih dokaznih radnje pre podizanja optužnog predloga (član 499. stav 2. ZKP) zaključi da treba promeniti prvobitnu pravnu kvalifikaciju dela u neko krivično delo za koje je propisana

---

12 U Osnovnom sudu u Novom Sadu u 2010. godini na skraćeni postupak je otpadalo 69,9% krivičnih predmeta; u 2011. godini 62,7% i u 2012. godini 65% (navedeno prema Bugarski T., (2013), Posebni krivični postupci u novom ZKP-u – skraćeni krivični postupak i ročište za izricanje krivične sankcije, u: Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena, Zlatibor, 2013, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, 214).

13 Tako Grubač, M., (2011), Nove ustanove i nova rešenja Zakonika o krivičnom postupku Srbije od 26. septembra 2011. godine, Pravni zapisi 2/2011, 510. I prema jednom drugom autoru, na skraćeni postupak otpada više od 80% krivičnih dela (Lopušina, D., (2013), Optuženje prema novom ZKP, u: Nova rešenja u kaznenom zakonodavstvu Srbije i njihova praktična primena, Zlatibor-Beograd, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, 188). To se poklapa sa procenom nekih autora koji navode da se skraćeni krivični postupci u evropskim zemljama u proseku odnose na preko 85% predmeta (Pavišić, B., (2013), Neka pitanja skraćenog kaznenog postupka u evropskom kaznenom pravu, u: Jovanović, I., Stanisavljević M. (ur.), op. cit., 295).

14 Pescuie, B., (2002), Introduction to Part I, in: Delmas-Marty M., Spencer, J. R. (eds.), European Criminal Procedures, Cambridge, 80.

kazna zatvora preko osam godina, on će doneti naredbu o sprovođenju istrage ili će podneti neposrednu optužnicu. U tom slučaju ne dolazi do transformacije skraćenog u opšti krivični postupak, odnosno u postupak neposrednog optuženja, pošto po pravilu krivični postupak u tom momentu još nije ni pokrenut. Naime, prema članu 7. tačka 4. ZKP, krivični postupak započinje određivanjem glavnog pretresa u skraćenom postupku. Kako do toga u ovom primeru još nije došlo, skraćenog postupka nema, pa se ne može govoriti ni o njegovoj transformaciji u opšti postupak. Ono što je urađeno u tom vremenskom intervalu pripada sferi prekrivičnog postupka. Prema novoj zakonskoj terminologiji, to bi bio predistražni postupak, bez obzira na to što prema prvobitnoj nameri javnog tužioca, nakon njega ne bi usledila istraga, već glavni pretres u skraćenom postupku. Međutim, ako je u toku preduzimanja pojedinih dokaznih radnji osumnjičeni stavljen u pritvor, donošenjem rešenja o određivanju pritvora pre podnošenja optužnog predloga u skraćenom postupku, krivični postupak se smatra pokrenutim (član 7. tačka 3. ZKP). U vezi sa gore opisanim hipotetičkim slučajem, ovde bi ipak došlo do transformacije skraćenog u opšti postupak.

Na ovom mestu napravićemo malu digresiju, radi ukazivanja na problematičnost pomenutih zakonskih odredaba o načinu određivanja momenta započinjanja skraćenog postupka.<sup>15</sup> U tom pogledu imamo dve konkurentne odredbe: u tački 3. člana 7. ZKP kaže se da je krivični postupak pokrenut donošenjem rešenja o određivanju pritvora pre podnošenja optužnog predloga u skraćenom postupku, a u tački 4 – određivanjem glavnog pretresa ili ročišta za izricanje krivične sankcije u skraćenom postupku. Kako su tačka 3. i tačka 4. postavljene tako da jedna drugu ne isključuju,<sup>16</sup> dolazimo do krajnje neprihvatljivog rešenja da u jednom predmetu imamo dva konkurentna momenta koja se smatraju početkom krivičnog postupka: prvi put krivični postupak je započeo donošenjem rešenja o određivanju pritvora, a drugi put određivanjem glavnog pretresa, odnosno ročišta za izricanje krivične sankcije, ukoliko do njih dođe. Čisto logički posmatrano, krivični postupak zbog istog krivičnog dela mogao bi po drugi put da se zasnuje, ali samo pod uslovom da je prvobitno započeti postupak okončan i da to dopušta načelo *ne bis in idem*. Drugim rečima, ono što je započeto može samo da traje, da se prekine ili okonča, a nikako da dva puta započinje. Pomenuta logička besmislica mogla bi se eventualno izbeći samo potpuno proizvoljnim tumačenjem ovih odredaba, radi izbora jednog od ova dva momenta. Praktično, dilema postoji u slučaju kad su zadovoljena oba uslova:

---

15 Videti: Brkić, S., (2010), Kritički osvrt na prvu glavu radne verzije Nacrta ZKP Srbije od 14.9.2010. godine, Arhiv za pravne i društvene nauke, 3-4/2010, 183-184.

16 Za razliku od tačke 1. i tačke 2. istog člana, koje su logički postavljene po principu ili – ili.

određen je pritvor pre podnošenja optužnog predloga, ali je kasnije podnet i optužni predlog, povodom koga je određen glavni pretres. Nadalje, rešenje predviđeno u članu 7. tački 3. ZKP formalno-pravno nije u skladu sa optužnim načelom, koje predstavlja osnovu savremenih krivičnih postupaka. Optužno načelo nalaže da pokretanju krivičnog postupka prethodi više-manje formalan zahtev ovlašćenog tužioca za pokretanje krivičnog postupka. U tački 3. tog zahteva nema, pa ne može biti ni krivičnog postupka. Ne može se sudskom odlukom o meri procesne prinude zameniti optužni akt u širem smislu. Doduše, takvo rešenje je u skladu sa praksom Evropskog suda za ljudska prava, koja pod optužnim aktom smatra svako službeno obaveštenje nadležnog organa, koje on daje pojedincu i u kome se tvrdi da je ono učinilo krivično delo.<sup>17</sup> Iz tog razloga, i rešenje o određivanju pritvora može predstavljati optužbu u materijalnom smislu.<sup>18</sup> Takvo tumačenje optužbe u praksi pomenutog suda potrebno je da bi se obezbedila što šira zaštita ugroženih ili povređenih prava učesnika pretkrivičnog i krivičnog postupka. Nesumnjivo je da bi i bez postojanja navedene zakonske odredbe o momentu započinjanja skraćenog postupka, osumnjičenom licu protiv koga je bio određen pritvor bila priznata zaštita pred Evropskim sudom za ljudska prava. Zbog toga mislimo da nije bilo neophodno da se pored jednog principijelnog načina definisanja momenta pokretanja skraćenog postupka (određivanjem glavnog pretresa), uvodi i drugi (zbnunjujući) način. Takođe, treba primetiti da ta odredba direktno protivreči odredbi člana 499. stava 1. ZKP, po kojoj se skraćeni postupak pokreće na osnovu optužnog predloga javnog tužioca ili na osnovu privatne tužbe. Najzad, možemo zamisliti situaciju u kojoj je određen pritvor pre podnošenja optužnog predloga, a da kasnije optužni predlog iz nekog razloga nikada nije ni podnet. Prema odredbi člana 7. tački 3. ZKP, krivični postupak je pokrenut u momentu donošenja rešenja o određivanju pritvora. Kada i kako će takav krivični postupak biti okončan? Da li će okrivljeni biti zaštićen načelom *ne bis in idem*?

---

17 Videti npr. slučajeve Delcourt protiv Belgije (1980); DeWeer protiv Belgije (1980); Eckle protiv SR Nemačke (1982); Foti i ostali protiv Italije (1982), navedeno prema Gomien, D., (1994), Kratak vodič kroz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, Beograd, Prometej, 30. Tako i Jakšić, A., (2006), Evropska konvencija o ljudskim pravima – komentar, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu, 173.

18 Međutim, pitanje je zašto zakonodavac nije predvideo identično rešenje i u slučaju nekih drugih akata, koji se u praksi Evropskog suda za ljudska prava smatraju optužbom u materijalnom smislu (npr. privremeno oduzimanje predmeta, pretres itd.).

## 2.2. Transformacija skraćenog u opšti postupak posle započinjanja glavnog pretresa

### 2.2.1. Zakonske odredbe iz kojih proizlazi mogućnost transformacije skraćenog u opšti postupak

Mogućnost transformacije skraćenog u opšti postupak posle započinjanja glavnog pretresa proizlazi iz odredbe člana 507. stava 3. ZKP: ako u toku glavnog pretresa sudija nađe da je za suđenje nadležno veće, obrazovaće se veće i glavni pretres će početi iznova.<sup>19</sup> Ovdje, pre svega, može biti reč o promeni pravne kvalifikacije dela, koja nije uzrokovana izmenjenim činjeničnim opisom dela. Delo je u optužnici pravilno opisano, ali pogrešno pravno kvalifikovano, što se može izuzetno desiti, jer pravna kvalifikacija koju daje tužilac u optužnici ne veže sud. Ukoliko je reč o izmenjenom činjeničnom stanju na glavnom pretresu, koje povlači drugačiju pravnu kvalifikaciju dela, a time i širi sastav suda, veće će se formirati samo ako ovlašćeni tužilac izmeni optužbu ili podigne novi optužni akt. Sastav suda se prilagođava optužbi, a ne rezultatima glavnog pretresa.<sup>20</sup>

Ako ovu odredbu povežemo sa odredbama o sastavu suda, nedvosmisleno ćemo doći do zaključka da sve to može imati veze sa transformacijom skraćenog postupka u opšti postupak. Naime, prema članu 22. stavu 1. ZKP, u prvom stepenu sudi sudija pojedinac za krivična dela za koja je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do osam godina. Prema članu 495. ZKP, skraćeni postupak se vodi upravo za takva krivična dela.<sup>21</sup> S druge strane, prema članu 21. stavu 1. ZKP, u prvom stepenu sud sudi u veću od jednog sudije i dvoje sudija-porotnika za krivična dela za koja je propisana kazna zatvora preko osam godina, a do dvadeset godina. Za krivična dela za koja je propisana kazna

---

19 Prema prvobitnoj redakciji člana 446. stava 4. ZKP iz 2001, ako u toku ili po završetku glavnog pretresa sudija nađe da je za suđenje stvarno nadležno veće ili viši sud, dostavljalo je spise nadležnom državnom tužiocu. Ova odredba je s pravom kritikovana, jer nije greškom tužioca došlo do nepropisnog sastava suda (tako Grubač, M., (2002), *Krivično procesno pravo – posebni deo*, Beograd, Službeni glasnik, 105). Zbog toga je novelom ZKP učinjena analogija sa članom 311. ZKP, tj. predviđeno je formiranje veća i započinjanje glavnog pretresa iznova (član 8. Zakona o izmenama i dopunama ZKP (Sl. list SRJ, 68/2002).

20 Grubač, M., op. cit., 420.

21 U naučnim i stručnim radovima se često prenebregava stvarno značenje predloga od i do. Ako je skraćeni postupak predviđen za krivična dela za koja je propisana kazna zatvora do osam godina, onda se opšti krivični postupak vodi ako je propisana kazna zatvora preko osam godina, a ne od osam godina. Pogrešno određenje opšteg postupka, kao postupka koji se vodi za dela sa propisanom kaznom zatvora od osam godina nalazimo npr., kod Grubač, M., (2013), *Krivično procesno pravo sa tekstem Zakonika o krivičnom postupku*, Beograd, Projuris, 18. Ispravno određenje nalazimo kod Bejatović, S., (2016), *Krivično procesno pravo prema Zakoniku o krivičnom postupku iz 2011. godine*, Beograd, Službeni glasnik, 46.

zatvora od trideset do četrdeset godina, prvostepeni sud sudi u veću od dvoje sudija i troje sudija-porotnika. Dakle, u oba slučaja kada prvostepeni sud sudi u veću, vodi se opšti postupak. Kada u opisanom slučaju dođe do formiranja veća i ponovnog započinjanja glavnog pretresa, suđenje treba nastaviti u opštoj krivičnoprocesnoj formi.<sup>22</sup> To, s jedne strane, nalažu formalno-pravni razlozi koji određenu vrstu postupka povezuju sa krivičnim delima određene težine. U prilog tome govore i razlozi pravičnosti: prilikom suđenja za teža krivična dela okrivljenog ne treba lišavati onih formalnosti i garancija koje nudi opšta krivičnoprocesna forma (na primer, nemogućnost suđenja nedošavšem okrivljenom).

### *2.2.2. Stvarne ili prividne prepreke za transformaciju skraćenog u opšti postupak*

#### *(1) Različit naziv i obavezna sadržina optužnih akata*

Na prvi pogled nema nikakvih smetnji za transformaciju skraćenog postupka u opšti postupak i zbog same činjenice da nakon formiranja veća glavni pretres počinje iznova. Učinjena transformacija postupka ne treba da bude praćena nikakvom formalnom odlukom, jer se ni prilikom započinjanja krivičnog postupka ne donosi poseban akt kojim bi se konstatovala vrsta krivičnoprocesne forme u kojoj se sudi. Međutim, iako to u zakoniku nije nigde rečeno, smatramo da bi u navedenom slučaju javni tužilac trebao da preimenuje svoj optužni predlog u optužnicu, jer sa optužnim predlogom ne može da se ide pred veće. To za javnog tužioca ne predstavlja nikakav problem, jer on poznaje pravo. Ali, supsidijarni tužilac, ako nema punomoćnika, ne mora znati koji naziv treba da da svom optužnom aktu. Jedno od mogućih rešenja bilo bi uvođenje izričite zakonske odredbe, po kojoj bi se u tom slučaju optužni predlog smatrao optužnicom.<sup>23</sup> S druge strane, u našoj sudskoj praksi bilo je i

22 U teoriji krivičnog procesnog prava teško se mogu naći razmišljanja o mogućnosti/obavezi transformacije jedne vrste postupka u drugi. Jedan od retkih autora koji se o tome izjašnjava je Lazin (Lazin, Đ., (1995), Posebni i pomoćni krivični postupci, Beograd, Centar Marketing, 33). On takođe ističe da ZKP dozvoljava mogućnost prelaska sa skraćenog na redovni krivični postupak, ali navodi za to pogrešnu argumentaciju: on se poziva na član 36. stav 2. ZKP (sadašnji član 34. stav 2. ZKP). Međutim, ta odredba, po našem mišljenju, upućuje upravo na suprotnu mogućnost prelaska opšteg postupka u skraćeni.

23 Napominjemo da je slična odredba, ali u obrnutom pravcu, postojala u ZKP iz 2001. godine, u vezi sa mogućnošću primene odredaba o skraćenom postupku koje se odnose na glavni pretres, presudu i postupak po žalbi i na krivična dela sa propisanim kaznom zatvora do pet godina, u vreme kada je skraćeni postupak inače bio rezervisan za dela sa propisanim kaznom zatvora do tri godine (član 433. stav 2-5. ZKP iz 2001. godine). Primenu tih odredaba mogao je odobriti predsednik suda, na predlog ovlašćenog tužioca i uz izričit pristanak okrivljenog. Nakon pristanka okrivljenog, optužnica se smatrala optužnim predlogom.

mišljenja da se promenom činjeničnog opisa krivičnog dela menja i suština samog optužnog akta, bez obzira što tužilac ne mora promeniti i njegov naziv.<sup>24</sup> Ali, čak i ako prihvatimo ovakav stav, sa time još nismo rešili sve probleme. Optužni predlog u kome je promenjen činjenični opis krivičnog dela u delo koje potpada pod opštu krivičnoprocesnu formu, mi možemo logički tretirati kao optužnicu, ali takav akt bi trebao da bude propisno sastavljen, odnosno da ima sve obavezne elemente koji su propisani za optužnicu u članu 332. ZKP. Podsećamo da se optužni predlog razlikuje od optužnice po tome što ne mora da sadrži obrazloženje, a lične podatke o okrivljenom, mimo imena i prezimena, samo ako su poznati (član 500. ZKP). Osim toga, optužni predlog treba da sadrži samo kratak činjenični opis krivičnog dela, dok optužnica treba da sadrži „opis dela iz kog proizilaze zakonska obeležja krivičnog dela, vreme i mesto izvršenja krivičnog dela, predmet na kome je i sredstvo kojim je izvršeno krivično delo, kao i ostale okolnosti potrebne da se krivično delo što tačnije odredi“ (član 332. stav 1. tačka 2. ZKP). Ova razlika naročito može da dođe do izražaja kod blanketnih krivičnih dela, kod kojih se u optužnom predlogu ne moraju precizirati sve okolnosti vezane za dopunjujuće norme.<sup>25</sup> Tužilac bi prilikom izmene optužnog akta morao da ga dopuni u navedenom smislu. U ovoj fazi postupka njemu neće biti teško da proširi lične podatke o optuženom, jer je glavni pretres započet, a na njemu se uzimaju ti podaci od optuženog (član 389. stav 1. tačka 1. ZKP). Mislimo da ne bi trebalo insistirati jedino na obrazloženju optužnice, i to iz dva razloga. Prvo, to je malo zahtevniji posao, koji bi mogao biti otežan ukoliko tužilac ne ide na podizanje novog optužnog akta, već samo na izmenu postojećeg, jer se u tom slučaju ne prekida glavni pretres. Drugo, to nam ne izgleda neophodno, jer je osnovna svrha obrazloženja da okrivljenom i sudu omogući efikasniju kontrolu opravdanosti optužnog akta. Kako je sudska kontrola optužnog akta već obavljena, insistiranje na tom elementu optužnice sveo bi se na puki formalizam.

## (2) Različiti oblici sudske kontrole optužnih akata

Sledeći problem je u tome što je sastavni deo opšte krivičnoprocesne forme i faza potvrđivanja optužnice, jer pred sudeće veće može da dođe samo

---

24 Videti obrazloženje načelnog stava zauzetog na 41. zajedničkoj sednici Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 22.6.1989. godine (Radovanov, A., Lazović, A., (1991), Načelni stavovi i zaključci Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda (1975-1990), Novi Sad, Pravo – teorija i praksa, 101). Inače, to obrazloženje je dato u jednom drugom kontekstu.

25 Tako Apelacioni sud u Kragujevcu, Kž1 1608/2014(2) od 29.1.2015. (Paragraf lex).



potvrđena optužnica. To se vidi i iz člana 344. ZKP, prema kome predsednik veća započinje pripreme za glavni pretres odmah posle prijema potvrđene optužnice i spisa predmeta. Doduše i optužni predlog je prošao kroz obaveznu sudsku kontrolu (član 501-503. ZKP), pa se može postaviti pitanje da li ona može nadomestiti kontrolu optužnice u fazi njenog potvrđivanja (član 337 - 343 ZKP). U suštini, ova dva oblika kontrole optužnih akata predstavljaju ekvivalente. Do takvog zaključka možemo doći na osnovu analize pojedinih vrsta odluka koje nadležni sud može doneti u odgovarajućem postupku kontrole. U oba slučaja ispituju se formalna ispravnost optužnog akta, nadležnost suda, kao i razlozi za odbacivanje ili odbijanje optužnog akta. Osim toga, u oba slučaja sud može radi boljeg razjašnjenja stanja stvari narediti da se istraga dopuni ili sprovede (kod optužnice), odnosno da se preduzmu određene dokazne radnje (kod optužnog predloga) ili da se prikupe određeni dokazi (u oba slučaja).<sup>26</sup> Praktično, postoje samo četiri razlike: a) u pogledu funkcionalne nadležnosti suda koji vrši kontrolu; b) u pogledu (ne)postojanja odgovora na optužnicu; v) u pogledu (ne)postojanja posebnog rešenja kojim se konstatuje da je optužni akt uspešno prošao kroz sudsku kontrolu i g) u pogledu (ne)mogućnosti okrivljenog da žalbom pobija pozitivnu odluku suda, odnosno da izdejstvuje da se ta (izričita ili prećutna) odluka suda, iz koje proizlazi opravdanost optuženja, još jednom preispita od strane drugog sudskog organa.

#### a) Funkcionalna nadležnost suda koji vrši kontrolu optužbe

Dok kontrolu optužnice u opštem postupku vrši vanpretresno veće (član 337. stav 1. ZKP), optužni predlog u skraćenom postupku preispituje sudija pojedinac (član 501. ZKP). Zborno odlučivanje ima nekih prednosti u odnosu na inokosno. Tako se smatra da zorno suđenje smanjuje mogućnost grešaka, ublažava individualne ekstremne stavove, predstavlja korektiv slobodne ocene dokaza, slobodnije je i nezavisnije, uživa veće poverenje stranaka, omogućava mlađim sudijama da stiču iskustvo u radu sa starijim sudijama, itd.<sup>27</sup> S druge strane, prednosti sudije pojedinca su: veća brzina, veće osećanje odgovornosti, pažljivije i savesnije postupanje, veća ekonomičnost, lakše obezbeđivanje načela neposrednosti, itd. Stoga, svaki zakonodavac pažljivo odmerava koje poslove će poveriti inokosnom, a koje kolegijalnom organu. Po pravilu, sudija pojedinac se

---

<sup>26</sup> Zakonodavac jedino nije predvideo da se prilikom ispitivanja optužnog predloga može doneti rešenje o izdavanju zapisnika ili obaveštenja iz člana 237. stava 1. i 3. ZKP.

<sup>27</sup> Grubač, M., op. cit., 85.

angažuje u postupku za lakša krivična dela, a sudsko veće za teža dela, kao i u fazi pravnih lekova. U svakom slučaju, oba načina odlučivanja su legitimna.

Ispitivanje optužnog akta u skraćenom postupku povereno je sudiji pojedincu, jer to odgovara težini krivičnih dela za koja se sudi u tom postupku. Obrnuto, predviđeno je da kontrolu optužnice u opštem postupku vrši vanpretresno veće, jer je kolegijalno odlučivanje primerenije u slučajevima težih krivičnih dela. Sa tog aspekta posmatrano, može nam izgledati da kontrola optužnog predloga, koju je obavio sudija pojedinac, ne može da zameni kontrolu optužnice, koju treba da obavi vanpretresno veće. Svakako da je sa stanovišta zaštite interesa okrivljenog lica bolje da kontrolu optužnog akta vrši kolegijalni organ suda. Međutim, ako bismo u navedenom slučaju insistirali da izmenjeni optužni akt koji obuhvata delo za koje je propisana opšta krivičnoprocesna forma, još jednom prođe kroz sudsku kontrolu, ovog puta pred vanpretresnim većem, nužno bismo došli do zaključka da ne verujemo kontroli koju je već obavio sudija pojedinac!

Takođe, treba podsetiti na opšte zakonske odredbe o izmeni ili podnošenju nove optužnice na glavnom pretresu (član 409. ZKP). Ako oceni da izvedeni dokazi ukazuju da je činjenično stanje drugačije od onog iznetog u optužnici, tužilac može u toku glavnog pretresa izmeniti optužnicu ili predložiti da se glavni pretres prekine radi pripremanja nove optužnice. Zakonodavac izričito isključuje mogućnost ispitivanja novopodignute optužnice u fazi potvrđivanja optužnice. Podrazumeva se da to, utoliko pre, važi i za izmenjenu optužnicu. Ove odredbe se shodno primenjuju i u skraćenom postupku u odnosu na optužni predlog, odnosno privatnu tužbu. Dakle, ZKP ne predviđa mogućnost ispitivanja optužnog akta u toku glavnog pretresa, već samo nakon njegovog prvobitnog dostavljanja okrivljenom. Takav stav zakonodavca je pravilan, jer je faza sudske kontrole optužnice sastavni deo prethodnog, a ne glavnog stadijuma krivičnog postupka. Smisao ove ustanove je da spreči neosnovano izvođenje okrivljenog pred sudeći sud. Kako je ta misija izvršena donošenjem rešenja o potvrđivanju optužnice, nema smisla ponovo provlačiti tu procesnu fazu i kroz glavni stadijum postupka.

#### b) Odgovor na optužnicu

Takođe, može se postaviti pitanje da li je legitiman takav prelazak sa skraćene na opštu krivičnoprocesnu formu, ako znamo da nismo ispoštovali još jedan deo te nove procedure – pravo okrivljenog na pisani odgovor na optužnicu (član 336. ZKP). Ta ustanova je veoma važna, jer predstavlja jedan od segmenta prava okrivljenog na odbranu. Međutim, odgovor na optužnicu ne treba

shvatiti kao puku formalnost: njegova svrha je da odbrani omogući da ukaže na eventualne nedostatke optužnog akta.<sup>28</sup> Taj cilj se može postići i na druge načine. O tome je zakonodavac vodio računa kada je propisivao odredbe o izmeni, odnosno podizanju nove optužnice u toku glavnog pretresa. Ako veće prekine glavni pretres radi pripremanja nove optužnice određiće rok u kome tužilac mora podneti novu optužnicu. Sud je dužan da novu optužnicu dostavi optuženom i njegovom braniocu i da im obezbedi dovoljno vremena za pripremanje odbrane (član 409. stav 2. i 3. ZKP). Isto tako, sud će obezbediti dovoljno vremena za pripremanje odbrane i u slučaju izmene optužnice na glavnom pretresu, ako to zahtevaju optuženi i njegov branilac a sud oceni da je to potrebno (član 409, stav 5 ZKP). Dakle, ovde okrivljeni ima priliku da na samom glavnom pretresu (tom istom ili odloženom) osporava opravdanost izmenjenog, odnosno novog optužnog akta. Odgovor na optužnicu u fazi stavljanja pod optužbu je uveden samo zbog toga što se kontrola optužnog akta vrši u sednici vanpretresnog veća i bez prisustva stranaka. U takvim uslovima pisani odgovor na optužnicu predstavlja jedini način obezbeđivanja kontradiktornosti u tom delu postupka. Zbog svega navedenog ne može se suštinski osporavati legitimnost prelaska sa skraćenog na opšti postupak, zbog navodnog nepridržavanja svih njegovih elemenata. Osim toga, treba imati u vidu da odgovor na optužnicu nema ulogu inicijatora sudske kontrole optužnice. Svaka optužnica mora biti predmet ispitivanja od strane vanpretresnog veća, nezavisno od toga da li je dostavljen odgovor na optužnicu. Takođe, prilikom te kontrole sud po službenoj dužnosti ispituje sve segmente optužnice s obzirom na potrebu donošenja pojedinih vrsta odluka predviđenih u članovima 337-341 ZKP, a ne samo one njene delove koje je okrivljeni osporio u svom odgovoru na optužnicu. Isto tako, prilikom ispitivanja optužnice sud će razmotriti sve navode navedene u odgovoru na optužnicu, ali nema obavezu izjašnjavanja povodom istih, jer je ta obaveza predviđena samo za slučajeve izričito predviđene zakonikom.<sup>29</sup>

Svemu ovome treba dodati da je zakonom isključena mogućnost podnošenja odgovora na novopodignutu optužnicu, a logično je da to utoliko pre važi i za optužnicu koja je samo izmenjena na glavnom pretresu. Isto tako, protiv potvrđene optužnice ne može se više podnositi odgovor na optužnicu, a o eventualno naknadno izjavljenom odgovoru (recimo od strane novog branioca okrivljenog) sud ne može više da odlučuje.<sup>30</sup> Samo ako je ovlašćeni tužilac izmenio optužnicu pre nego što je ona stupila na pravnu snagu, sud će izmen-

---

28 Iz obrazloženja odluke Apelacionog suda u Beogradu, Kž2. Po1 197/2013 od 28.5.2013. (Paragraf lex).

29 Apelacioni sud u Beogradu, Kž2 Po2 16/2012 od 7.5.2012. (Paragraf lex).

30 Tako Apelacioni sud u Beogradu, Kž2. Po2 4/2014 od 4.2.2014. (Paragraf lex).

jenu optužnicu dostaviti okrivljenom i braniocu, koji mogu podneti odgovor i na ovu izmenjenu optužnicu.<sup>31</sup>

v) (Ne)postojanje pisane pozitivne odluke suda o opravdanosti optuženja

Sledeća razlika između kontrole optužnice i kontrole optužnog predloga, odnosno privatne tužbe u skraćenom postupku ogleda se u tome što se samo u prvom slučaju donosi pozitivna odluka suda u pisanom obliku. To je rešenje o potvrđivanju optužnice (član 341. stav 1. ZKP). U skraćenom postupku o tome se ne donosi nikakva formalna odluka, već se u slučaju opravdanosti optužnog akta naredbom određuje dan, čas i mesto održavanja glavnog pretresa (član 504. stav 1. ZKP). Verovatno je intencija zakonodavca bila da se, primereno težini krivičnih dela koja se sude u skraćenom postupku, izbegnu sve one formalnosti koje nisu neophodne. Ne treba zaboraviti da je smisao skraćenog postupka kao jedne posebne uprošćene procedure, upravo u tome da se on što brže i ekonomičnije sprovede. Pošto pismena izrada svakog procesnog akta zahteva odgovarajuće, pa makar i minimalno vreme, zakonodavac se toga u ovom slučaju odrekao. On je mogao da se odrekne te formalnosti i zbog toga što okrivljeni u skraćenom postupku nema pravo da traži preispitivanje takve odluke suda od strane više sudske instance. Po našem mišljenju, u svemu tome najbitnija je činjenica da se i u opštem i u skraćenom postupku sprovodi obavezna kontrola optužnog akta i da organ te kontrole mora utvrditi da li je optuženje opravdano. U oba slučaja, on se prilikom utvrđivanja te činjenice rukovodi istim kriterijumima: on procenjuje da li je optužni akt propisno sastavljen, da li je podnet nadležnom sudu, da li je potrebno bolje razjašnjenje stanja stvari i da li postoje razlozi za odbacivanje ili odbijanje optužnog akta. Ako je optužni akt uredan, ako je sud stvarno i mesno nadležan, ako nema potrebe za naknadnim prikupljanjem dokaza i ako ne donese rešenje o odbacivanju ili odbijanju optužnog akta, to znači da je takav optužni akt opravdan i da ga treba pustiti u dalju proceduru. Dakle, sud se pri formiranju pozitivne, izričite ili prećutne odluke o optužnom aktu može osloniti na *argumentum a contrario*. On svoju pozitivnu, pisanu ili nepisanu odluku izvodi iz nepostojanja razloga za donošenje bilo koje druge negativne odluke. To je izričito predviđeno u članu 341. stavu 1. ZKP za donošenje rešenja o potvrđivanju optužnice,<sup>32</sup> odnosno u članu 504. stavu 1

---

31 Apelacioni sud u Beogradu, Kž2. Po1 197/2013 od 28.5.2013. (Paragraf lex).

32 Tako se i u jednoj sudskoj odluci ističe da će veće koje ispituje optužnicu rešenjem potvrditi istu, ukoliko ne donese rešenje iz člana 337. stava 2., člana 338. i člana 339. ZKP (Viši sud u Požarevcu, Kv. 221/2013 od 13.1.2014. (Paragraf lex).

ZKP za donošenje naredbe o određivanju glavnog pretresa u skraćenom postupku, iz koje zaključujemo da je sud doneo pozitivnu (prećutnu i nepisanu) odluku o optužnom aktu. Nedonošenje nijedne druge negativne odluke suda znači da je ispunjen osnovni materijalnopravni uslov za podizanje optužnog akta, a on se ogleda u postojanju opravdane sumnje da je okrivljeni učinio krivično delo koje mu se optužnim aktom stavlja na teret (član 331. stav 1. i član 499. stav 1. ZKP). Dakle, neophodan uslov za potvrđivanje optužnice, odnosno za određivanje glavnog pretresa u skraćenom postupku je postojanje navedenog kvantuma dokazanosti<sup>33</sup> i istovremeno nepostojanje nijednog drugog, suštinskog ili formalnog razloga za stopiranje optužnog akta. Ako znamo sve ovo, onda se možemo složiti sa konstatacijom da nema nikakve suštinske razlike između optužnice koja je potvrđena i optužnog predloga, odnosno privatne tužbe u skraćenom postupku, koji su izdržali sudsku kontrolu, nakon čega je zakazan glavni pretres. Svako insistiranje na tome da optužnica u koju je preimenovan optužni predlog zbog izmene činjeničnog opisa dela, mora biti praćena i rešenjem o potvrđivanju optužnice, izgleda nam kao nepotrebnim formalizam.

g) žalba okrivljenog na pozitivnu odluku suda

Četvrti element razlikovanja između dva navedena oblika kontrole optužnih akata ogleda se u tome što rešenje o potvrđivanju optužnice okrivljeni može da pobija žalbom (član 343. ZKP), dok nije predviđena mogućnost okrivljenog da u skraćenom postupku osporava pozitivnu (prećutnu) odluku suda o opravdanosti optuženja. Iako je to najbitnija razlika među njima, mislimo da ni ona ne treba da ima presudnu ulogu prilikom razmatranja mogućnosti transformacije skraćenog u opšti postupak, niti da predstavlja prepreku za to. Pri tome, možemo da rezonujemo na dva načina. Prva mogućnost je da zaključimo da krivično delo, koje je zbog izmene činjeničnog opisa, prešlo iz domena skraćenog u domen opšteg postupka, treba da ima potpuno isti tretman kao isto takvo delo koje je od samog početka bilo obuhvaćeno optužnicom u nekom drugom predmetu. Osim principijelnih razloga, takvo rešenje bi nalogali i razlozi pravičnosti. To bi značilo da okrivljenom treba pružiti priliku da žalbom osporava i izmenjeni i preimenovani, odnosno novopodignuti optužni akt (optužnicu), pošto je njime obuhvaćeno delo za koje je propisana kazna zatvora preko osam godina, odnosno opšta krivičnoprocesna forma. Taj problem bi se mogao rešiti tako što bi takav optužni akt bio upućivan na obaveznu sudsku kon-

---

<sup>33</sup> Apelacioni sud u Beogradu, Kž2 Po1 199/2012 od 16.5.2012; Apelacioni sud u Beogradu, Kž2 144/2014 od 28.1.2014. (Paragraf lex).

trolu, kojom prilikom bi se okrivljenom omogućilo da izjavi žalbu protiv eventualno donetog rešenja o potvrđivanju optužnice. Međutim, takvo rešenje nam izgleda neprihvatljivo iz više razloga. Prvo, ono onemogućava neposrednu primenu odredbe člana 507. stava 3. ZKP, odnosno najjednostavniji mogući način prevođenja krivičnog predmeta iz jedne u drugu proceduru (formiranjem veća i ponovnim započinjanjem glavnog pretresa). Drugo, takvo rešenje odugovlači krivični postupak. Treće, takvo rešenje bi protivrećilo odredbi člana 409. ZKP, koja isključuje kako podnošenje odgovora na izmenjenu, odnosno novopodignutu optužnicu, tako i njeno preispitivanje u fazi potvrđivanja optužnice. Četvrto, nepotrebno je da optužba dva ili više puta prolazi kroz sudsku kontrolu. Peto, to bi bilo i neprincipijelno, jer je postupak već prešao iz prethodnog u glavni stadijum. Šesto, omogućavanjem takve žalbe okrivljenom ne bi se mogla postići njena osnovna svrha, koja se ogleda u davanju poslednje prilike okrivljenom da spreči neosnovano izvođenje pred sudeći sud. Sedmo, time se ne bi moglo sprečiti ni nastupanje određenih ograničenja sloboda i prava okrivljenog, koja su ustanovljena nekim drugim propisima, a vezana su za pokretanje krivičnog postupka. Naime, prema članu 10. stavu 3. ZKP, ta ograničenja se (između ostalog) primenjuju od određivanja glavnog pretresa u skraćenom postupku. Osmo, okrivljeni nije lišen mogućnosti da na glavnom pretresu ukazuje na nedostatke takvog optužnog akta i da svojim odbrambenim aktivnostima izdejstvuje donošenje sudskih odluka koje su za njega povoljne (npr. rešenje o odbacivanju optužnice, odbijajuću ili oslobađajuću presudu).

### (3) Pravila o stvarnoj nadležnosti suda

Mogućnosti neposredne transformacije skraćenog u opšti krivični postupak pred istim sudom mogu biti ograničene i zbog pravila o stvarnoj nadležnosti suda koji treba da vodi prvostepeni postupak. Razmotrimo prvo situaciju, koja će verovatno biti češća u praksi: ona postoji kada je skraćeni postupak pokrenut pred osnovnim sudom za neko krivično delo za koje je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do osam godina, a u toku glavnog pretresa dođe do izmene činjeničnog opisa dela tako da ono bude prekvalifikovano u delo koje povlači potrebu vođenja opšteg krivičnog postupka. To, s jedne strane, znači da ta nova pravna kvalifikacija dela podrazumeva propisanu kaznu zatvora preko osam godina. S druge strane, da bi moglo doći do pomenute transformacije postupka pred istim sudom, ne sme se raditi o delu za koje je propisana kazna zatvora preko deset godina. O ovom ograničenju treba voditi računa zbog toga što je osnovni sud stvarno nadležan da sudi samo dela sa propisanom kaznom zatvora do deset godina, ukoliko ona nisu stavljena u nadležnost višeg suda na

osnovu člana 23. Zakona o uređenju sudova.<sup>34</sup> Ako bi u navedenom slučaju izmenjeni optužni akt obuhvatio krivično delo sa propisanom kaznom zatvora preko deset godina, osnovni sud ne bi bio nadležan za njegovo presuđenje. On bi tada morao da donese rešenje o odbacivanju optužnog akta (shodna primena člana 416. ZKP).<sup>35</sup> Kako to rešenje nije obuhvaćeno dejstvom načela *ne bis in idem*,<sup>36</sup> takav postupak nastaviće se na zahtev ovlašćenog tužioca pred stvarno nadležnim sudom (član 417. tačka 1. ZKP). Svakako da i to predstavlja transformaciju skraćenog u opšti postupak, jer se pred stvarno nadležnim sudom nastavlja postupak protiv istog lica i za isto delo. Pri tome, ne treba da nas buni zakonski izraz „nastaviće se“, jer on ne može podrazumevati bukvalan nastavak sa one tačke na kojoj se stalo, pošto glavni pretres mora početi iznova. Ako osnovni sud u datom primeru ne bi doneo rešenje o odbacivanju optužnog akta, nego bi sam presudio za izmenjeno krivično delo koje je u nadležnosti višeg suda, to bi predstavljalo apsolutno bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 438. stava 1. tačke 2. ZKP. Napominjemo da prema ZKP iz 2011. godine<sup>37</sup> drugostepeni sud više ne vodi računa po službenoj dužnosti ni o jednoj bitnoj povredi odredaba krivičnog postupka. On ispituje presudu u okviru osnova, dela i pravca pobijanja koji su istaknuti u žalbi (član 451. ZKP). Jedini izuzetak od tog pravila predstavlja žalba izjavljena u korist optuženog zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja ili zbog povrede krivičnog zakona. U tom slučaju drugostepeni sud ispitaće po službenoj dužnosti i odluku o krivičnoj sankciji. Daljnja konsekvencija ovog pravila je ta da bi presuda koju je doneo stvarno nenadležni osnovni sud ipak mogla da stupi na pravnu snagu, ukoliko se nijedan subjekt pravnog leka nije pozvao na taj razlog u svojoj žalbi, a žalba koja je bila izjavljena po nekom drugom osnovu, bude odbačena ili odbijena.

Druga situacija odnosila bi se na slučajeve u kojima je bio pokrenut skraćeni postupak pred višim sudom, za neko krivično delo za koje je propisana kazna zatvora do osam godina, a koje je na osnovu člana 23. Zakona o uređenju sudova izričito stavljeno u nadležnost viših sudova. Ako bi u tom postupku došlo do pravne prekvalifikacije dela u delo koje spada u domen opšteg postupka (za koje je propisana kazna zatvora preko osam godina), ne bi bilo smetnji da

---

34 Sl. glasnik RS, 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011, 78/2011, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015, 13/2016.

35 Tako i Apelacioni sud u Nišu, Kž 519/2015 od 17.7.2015. (Paragraf lex).

36 To načelo se odnosi na sledeće pravnosnažne odluke suda: oslobađajuću presudu, osuđujuću presudu, odluku (presudu ili rešenje) o odbijanju optužbe i rešenje o obustavi krivičnog postupka (član 4. ZKP).

37 Sl. glasnik, RS 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014.

se suđenje nastavi pred istim sudom, bez obzira na to koliko visoka zatvorska kazna je propisana za njega.

### (3). Moguće rešenje problema

Neki autori konstatuju da je odredba člana 507. stava 3. ZKP greškom prepisana iz ZKP iz 2001. godine, jer se formiranjem veća postupak ne može prosto nastaviti, zbog potrebe preimenovanja optužnog akta i njegove sudske kontrole.<sup>38</sup> Po njihovom mišljenju, takva odredba je imala smisla u ranijem postupku u kome je obim skraćenog postupka bio širi od nadležnosti sudije pojedina. Ne bismo se mogli složiti sa tim mišljenjem. Mi polazimo od toga da započeti krivični postupak svakako treba okončati na određeni način. Možda bi najlogičnije bilo da se nekom formalnom odlukom, koja nije obuhvaćena dejstvom načela *ne bis in idem*, završi skraćeni postupak, kako bi se posle toga mogao pokrenuti opšti krivični postupak za krivično delo čiji činjenični opis je izmenjen. Međutim, problem je u tome što nisu ispunjeni uslovi za donošenje jedine takve odluke, koja bi eventualno dolazila u obzir, a to je rešenje o odbacivanju optužnog akta (član 416. ZKP). To rešenje se u ovom slučaju ne može doneti, pošto je stvarna nadležnost suda ostala nepromenjena, a ne postoji ni bilo koji drugi razlog za njegovo donošenje. Preostaju još dva načina rešavanja ovog problema. Jedan je da započeti postupak nastavimo u skraćenoj procesnoj formi, što bi bilo neopravdano sa stanovišta težine krivičnog dela čiji je činjenični opis izmenjen. Drugi je da omogućimo transformaciju iz jedne u drugu vrstu postupka, pri čemu su moguće dve solucije. Prva podrazumeva obavezu prethodnog preimenovanja optužnog akta i njegovo vraćanje u fazu sudske kontrole, u kojoj ćemo obezbediti i odgovor okrivljenog na optužnicu i njegovu žalbu protiv eventualno donetog rešenja o potvrđivanju optužnice. Već je rečeno da nam ovo rešenje izgleda nepotrebno, neprincipijelno i neracionalno. Alternativa koja preostaje jeste priznavanje mogućnosti direktne transformacije iz skraćenog u opšti postupak, uz oslonac na važeću odredbu člana 507. stava 3. ZKP. Nju bi trebalo korigovati utoliko što bi zakonodavac izričito propisao da u navedenom slučaju, nakon formiranja veća, glavni pretres počinje iznova po pravilima opšte krivičnoprocesne forme. Da bi se otklonili i svi formalni prigovori protiv takvog rešenja, bila bi uputna izričita zakonska odredba da će se u takvom slučaju izmenjeni ili novopodignuti optužni akt tretirati kao potvrđena optužnica. Ovlašćeni tužilac bi samo imao obavezu da svoj optužni

---

38 Grubač, M., Vasiljević, T., (2010), Komentar Zakonika o krivičnom postupku, Beograd, Službeni glasnik, 913.



akt dopuni onim elementima koje mora imati optužnica po članu 332. ZKP. Pri tome, moglo bi se razmisliti o mogućnosti izostanka obrazloženja, ukoliko nije došlo do podizanja novog optužnog akta, već samo do izmene postojećeg, jer u tom slučaju ne dolazi do prekida glavnog pretresa.

### **3. Transformacija skraćenog u opšti postupak posle završetka glavnog pretresa**

Postavlja se i pitanje da li može da dođe do transformacije skraćenog u opšti krivični postupak tek posle završetka glavnog pretresa. To bi značilo da je pokrenut i vođen skraćeni postupak pred nadležnim osnovnim ili višim sudom, da je ceo glavni pretres vođen od strane sudije pojedinca u skraćenoj procesnoj formi, ali da je taj sudija tek prilikom izricanja presude konstatovao da je reč o krivičnom delu za koje je propisana kazna zatvora preko osam godina i izrekao takvu kaznu. Takvo postupanje sudije pojedinca predstavljalo bi apsolutno bitnu povredu određaba krivičnog postupka iz člana 438. stava 1. tačke 3. ZKP, jer je presudu doneo sud koji je bio nepropisno sastavljen. Podsećamo da je za prvostepeno suđenje krivičnih dela za koja je propisana kazna zatvora preko osam godina nadležno malo mešovito veće (za dela sa propisanom kaznom zatvora do dvadeset godina), odnosno veliko mešovito veće (za dela sa propisanom kaznom zatvora od trideset do četrdeset godina). Bez obzira na to da li je do drugačije pravne kvalifikacije dela došlo zbog prostog razmimoilaženja sudije i tužioca u pogledu pravne ocene dela ili zbog naknadno izmenjenog činjeničnog opisa dela u optužnom aktu, sud bi bio dužan da blagovremeno reaguje i postupi u skladu sa članom 507. stav 3. ZKP, tako što bi se formiralo veće i glavni pretres počeo iznova. Sudija ne bi smeo da se ležerno ponaša i da svoju pravnu ocenu dela ostavlja za kraj krivičnog postupka, odnosno za momenat izricanja presude. Baš zato što svaka pravna kvalifikacija krivičnog dela podrazumeva delo određene težine i zato što od te okolnosti može zavisiti primena mnogih procesnih ustanova još u toku prvostepenog postupka, sud bi bio dužan da na samom početku glavnog postupka proveri tužiočevu pravnu kvalifikaciju dela i da u skladu sa sopstvenim poimanjem pravne ocene tog dela reguliše sva relevantna procesna pitanja. U skladu sa ovim našim razmišljanjem je i jedan zaključak zajedničke sednice naših najviših sudskih instanci: kad u optužnici postoji očigledan nesklad između činjeničnog opisa krivičnog dela i pravne ocene dela, predsednik veća određuje sastav veća prema pravnoj oceni dela koja proizlazi iz činjeničnog opisa dela u optužnici.<sup>39</sup> Isto tako, sud je dužan da

---

39 Zaključak zajedničke sednice Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda, br. 3/94 od 28.10.1994, navedeno prema Grubač, M., Vasiljević, T., op. cit., 83.

vodi računa o brojnom sastavu suda i ukoliko do nekih promena u tom pogledu dođe zbog izmene činjeničnog opisa dela u optužnom aktu. Inače, između funkcionalnih jedinica istog suda ne može doći do sukoba nadležnosti, niti stranke mogu isticati prigovor nenadležnosti, ali one mogu pobijati presudu zbog nepropisnog sastava suda.<sup>40</sup>

Navedeno ponašanje sudije pojedinca moglo bi predstavljati i apsolutno bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 438. stava 1. tačke 2. ZKP: ako bi zbog prekvalifikacije dela osnovni sud izrekao presudu za krivično delo za koje je propisana kazna zatvora preko deset godina. Sud je dužan da u toku celog postupka pazi na svoju stvarnu nadležnost. Ako utvrdi da nije stvarno nadležan, on treba da donese jednu od dve odluke, u zavisnosti od faze postupka: a) rešenje o oglašavanju nenadležnim – do početka glavnog pretresa (član 34. stav 1. ZKP) ili b) rešenje o odbacivanju optužnog akta – u toku ili po završetku glavnog pretresa (član 416. stav 1. tačka 1. ZKP).

Osim toga, takva presuda bi se mogla uspešno pobijati i zbog nekih drugih procesnih povreda, kao što je na primer ona iz člana 438. stava 1. tačke 5. ZKP: ako je glavni pretres održan bez lica čije je prisustvo na glavnom pretresu obavezno (na primer zbog toga što je održano suđenje tzv. nedošavšem okrivljenom, što nije moguće u opštem krivičnom postupku). Još jednom napominjemo da drugostepeni sud više ne pazi po službenoj dužnosti ni na jednu apsolutno bitnu povredu odredaba krivičnog postupka, tako da bi takva presuda mogla i opstati, ukoliko se u žalbi niko nije pozvao na navedene povrede.

S druge strane, treba napomenuti da bi pravila drugostepenog postupka u navedenom slučaju trebalo uskladiti sa težinom krivičnog dela koje je obuhvaćeno presudom, odnosno sa pravilima opšte krivičnoprocesne forme. To na prvi pogled može izgledati neprincipijelno, jer je kompletan prvostepeni postupak vođen po pravilima skraćenog postupka. Međutim, u prilog navedenog rešenja govorili bi, pre svega, razlozi pravičnosti. To znači da bi rok za žalbu protiv prvostepene presude iznosio petnaest, a ne osam dana. *Ratio legis* ovog rešenja je u tome da se okrivljenom ostavi primeren rok za sastavljanje žalbe, pošto mu je izrečena presuda za teže delo. Međutim, u slučaju ukidanja te presude u žalbenom postupku, prvostepeni sud kome je predmet upućen na suđenje uzeće za osnovu raniji optužni akt (član 462. stav 1. ZKP). To znači da će, po pravilu, novi glavni pretres ponovo biti u znaku skraćenog postupka. Međutim, ako je prvobitna kvalifikacija bila izmenjena u prvostepenoj presudi, a tužilac to nije pobijao žalbom, raniji optužni akt se ne može uzeti za osnovicu presude ako

---

40 Grubač, M., Vasiljević, T., op. cit., 83.

dođe do ukidanja presude, jer se ovlašćeni tužilac, neulaganjem žalbe protiv presude u tom pravcu, saglasio sa takvom kvalifikacijom.<sup>41</sup>

Ako bi sud ispravno postupio i zbog eventualne stvarne nenadležnosti doneo rešenje o odbacivanju optužnice, krivični postupak bi se, po zahtevu ovlašćenog tužioca, mogao nastaviti pred stvarno nadležnim sudom. Naravno da bi u tom pogledu došlo do njegove transformacije u opšti krivični postupak, a glavni pretres bi morao početi iznova.

#### **4. Transformacija opšteg postupka u skraćeni postupak**

Dileme postoje i u pravcu promene opšteg postupka u režim skraćenog postupka. To pitanje može se problematizovati u četiri grupe slučajeva: a) razmimoilaženje tužilaštva i suda u pogledu pravne kvalifikacije dela; b) obustava postupka za delo koje povlači opšti postupak u spojenim predmetima; v) izmena činjeničnog opisa dela u toku glavnog pretresa i g) promene procesnog zakona.

##### **4. 1. Razmimoilaženje tužilaštva i suda u pogledu pravne kvalifikacije dela**

Tužilaštvo i sud se mogu razilaziti u pogledu pravne kvalifikacije dela, jer sud nije vezan za tužiočeve predloge u tom pogledu (član 420. stav 2. ZKP). Tako se optuženje može odnositi na delo koje povlači opšti postupak a presuda na delo koje povlači skraćeni postupak. U tom slučaju postavlja se pitanje da li će se na postupak pravnog leka primenjivati pravila opšteg ili skraćenog postupka.

Pitanje nije samo teorijskog karaktera, već ima i praktične reperkusije, s obzirom na to da razlika u dužini žalbenog roka nije beznačajna sa stanovišta okrivljenog. Prema jednom davno zauzetom načelnom stavu (1980), rok za žalbu u tom slučaju iznosi petnaest, a ne osam dana.<sup>42</sup> U obrazloženju tog načelnog stava navodi se da suprotno rešenje ne bi bilo u skladu sa Zakonom o krivičnom postupku, koji ne predviđa mogućnost prelaska sa redovnog (opšteg) na skraćeni krivični postupak, već samo eventualnu promenu u suprotnom smeru. Prema tom mišljenju, za određivanje roka za žalbu protiv presude u pomenutom slučaju relevantan je započeti redovan postupak, a ne pravna kval-

---

41 Vrhovni sud Vojvodine, Kr. 101/69 od 14.11.1969, navedeno prema Grubač, M., Vasiljević T., op. cit., 846-847.

42 Načelni stav je usvojen na XV zajedničkoj sednici Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda, 1. i 2. oktobar 1980 (navedeno prema Radovanov, A., Lazović, A., op. cit., 26-27). Tako i Okružni sud u Beogradu Kž. 586/93 od 8.4.1993. (Bilten Okružnog suda u Beogradu 41-42/94, 80).

ifikacija krivičnog dela u presudi kojom je taj postupak okončan. Davanje prednosti opštoj formi i u nastavku postupka obrazlaže se još jednim razlogom: u slučaju ukidanja takve presude, novi glavni pretres vodio bi se prema optužnici koja glasi za teže krivično delo (za koje je predviđen opšti krivični postupak), a ne za lakše krivično delo (za koje je predviđen skraćeni postupak), na koje se odnosila ukinuta presuda.<sup>43</sup> Tako bi u jednoj istoj stvari došlo do mešovite primene najpre opšteg, pa skraćenog postupka, a zatim ponovo opšteg postupka. Dakle, navedeno rešenje se nameće i zbog toga što krivični postupak nije pravnosnažno okončan i neizvesno je da li će presuda biti ukinuta, u kom slučaju se postupak nastavlja po optužnici, a ne po optužnom predlogu.

Mislimo da navedena argumentacija nije sasvim prihvatljiva. Pre svega, više ne stoji konstatacija da ZKP isključuje mogućnost prelaska iz opšteg u skraćeni postupak. Taj argument je mogao da se navodi sa pozicija ZKP iz 1976. godine, prema kome je skraćeni postupak bio rezervisan za krivična dela za koja je bila propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine, ali isključivo pred sudom koji je sudio samo u prvom stepenu. To znači da se skraćeni postupak mogao primenjivati samo u postupku pred opštinskim, ne i pred okružnim sudom. U to vreme zaista nije bilo moguće da se pred okružnim sudom započeti opšti krivični postupak transformiše u skraćeni postupak. Navedeno ograničenje je ukinuto još 2001. godine,<sup>44</sup> tako da danas tih smetnji više nema. Međutim, i u našoj novijoj sudskoj praksi mogu se naći primeri negiranja primene skraćenog postupka u navedenim slučajevima.<sup>45</sup>

Osim toga, razlozi logičke prirode upućuju na to da u pomenutom slučaju žalbeni rok treba da bude osam, a ne petnaest dana. Smisao skraćenog postupka je u tome da se obezbedi brže i ekonomičnije suđenje za relativno lakša krivična dela. Obrnuto, pripremanje stranaka za učešće u postupku za teža krivična dela je zahtevnije i zahteva više vremena. Zato nam je logično da rok od petnaest dana za žalbu protiv presude treba rezervisati samo za teža krivična dela. Osudom za lakše krivično delo, iako je ono raspravljeno u opštem postupku, prestali su razlozi da okrivljeni koristi one garancije i pogodnosti koje mu pruža opšti postupak, a time i da izjavi žalbu u roku od petnaest umesto osam dana.

Najzad, ni treći navedeni argument nema potrebnu težinu. Čini nam se neopravdanim odmeravati načelnu mogućnost ili nemogućnost primene neke ustanove kroz prizmu nečega što je samo potencijalna, ali ne i neizbežna

---

43 Tako i Lazin, Đ., op. cit., 32.

44 Videti član 433. ZKP iz 2001. godine.

45 Tako VKS, Kzz 573/2015 od 9.9.2015. (Paragraf lex)

budućnost (ukidanje presude u žalbenom postupku). Osim toga, nema nikakve bojazni od sukcesivnog kombinovanja pravila opšteg i skraćenog postupka u istom predmetu.

Takođe, treba navesti da je u našoj sudskoj praksi bilo i mišljenja koja su se kosila sa zauzetim načelnim stavom naših najviših sudskih instanci. Tako je u jednom predmetu tadašnji Vrhovni vojni sud smatrao da u pomenutom primeru rok za žalbu protiv presude treba da bude osam, a ne petnaest dana. U obrazloženju je naveo da rok za žalbu na prvostepenu presudu ne zavisi od vrste podignutog optužnog akta, već od toga da li je prvostepeni krivični postupak zbog izmenjene pravne kvalifikacije dela vođen i okončan kao redovni ili skraćeni.<sup>46</sup>

#### 4.2. Obustava postupka za delo koje povlači opšti postupak u spojenim predmetima

Kako spajanje postupaka pretpostavlja jedinstvenu procesnu formu, u konkurenciji opšte i skraćene forme, prednost treba dati opštoj formi. To, između ostalog, znači da će javni tužilac u tom slučaju voditi istragu i za dela sa propisanom kaznom zatvora do osam godina. Međutim, ako u istrazi ili povodom preispitivanja optužnog akta dođe do obustave postupka za delo koje potpada pod opštu formu, a u postupku ostane samo delo čija težina povlači skraćenu formu, suđenje treba nastaviti u skraćenom postupku. Tužilac u tom slučaju neće moći podići optužnicu, nego optužni predlog. „U vezi s iznetim treba istaći da bi bilo i nelogično, necelishodno i neekonomično voditi jedan skup, duži i komplikovaniji postupak, kad nestane osnovna pretpostavka za vođenje takvog postupka, tj. težina i društvena opasnost krivičnog dela, pri čemu treba istaći da krivično delo određuje vrstu postupka, a ne obratno“.<sup>47</sup>

#### 4.3. Izmena činjeničnog opisa dela u toku glavnog pretresa

Isto rešenje se nameće i u trećem slučaju. Prema načelnom stavu zauzetom na 41. zajedničkoj sednici naših najviših sudskih instanci 1989. godine, kad nadležni tužilac na glavnom pretresu u opštem krivičnom postupku izmeni činjenični opis dela u optužnom aktu, kojim se uspostavlja obeležja drugog krivičnog dela, koje povlači za sobom skraćenu formu, suđenje treba nastaviti u skraćenom postupku.<sup>48</sup> U tom pogledu, na toj sednici je odstupljeno od prvo-

---

46 Vrhovni vojni sud II. K. 343/90 od 7.12.1990., Bilten pravne službe JNA 2/91, 116.

47 Iz obrazloženja načelnog stava zauzetog na 41. zajedničkoj sednici od 22.6.1989, Radovanov, A., Lazović, A., op. cit., 101.

48 Radovanov, A., Lazović, A., op. cit., 101.

bitno zagovarane teze na 15. sednici (1980), da ZKP uopšte ne dopušta prelazak opšteg u skraćeni postupak, i da to ne opravdava ni distinkcija između promene pravne kvalifikacije koja počiva na tužiočevoj izmeni optužbe i one do koje je došlo po oceni suda, a nasuprot shvatanju tužioca.<sup>49</sup> Zauzeti načelni stav obrazlaže se činjenicom što ovde ovlašćeni tužilac menja svoj optužni akt, koji vezuje sud i nakon eventualnog ukidanja presude. Kada se izmeni činjenični opis krivičnog dela tako da ono više ne potpada pod opšti, nego pod skraćeni postupak, „onda se menja i suština optužnog akta, pa više nije u pitanju optužnica nego optužni predlog, bez obzira što tužilac ne mora promeniti i naziv optužnog akta (optužni predlog umesto optužnice). To mora imati za posledicu i promenu postupka, tj. prelazak sa redovnog na skraćeni postupak.“<sup>50</sup> Naime, krivično delo iz optužbe određuje vrstu postupka, čak i kada nije izmenjen naziv optužnog akta. Takođe, ako u opštem postupku dođe do promene pravne kvalifikacije krivičnog dela tako da se pokaže krivično delo za koje treba da se sudi u skraćenom postupku, tada se pritvor određuje i produžuje po pravilima skraćenog postupka.<sup>51</sup> U takvim slučajevima i rok za žalbu protiv prvostepene presude iznosi osam, a ne petnaest dana,<sup>52</sup> a u pogledu obaveštavanja stranaka o sednici veća drugostepenog suda primenjuju se odredbe člana 511. stava 1. ZKP.<sup>53</sup> To znači da se samo u slučaju da je izrečena kazna zatvora stranke i branilac obaveštavaju o sednici drugostepenog veća ako su u roku predviđenom za žalbu ili odgovoru na žalbu zahtevali da budu obavešteni o sednici ili su predložili održavanje pretresa pred drugostepenim sudom. U svim ostalim slučajevima oni se obaveštavaju o sednici veća samo ako predsednik veća ili veće nađe da bi prisustvo stranaka bilo korisno za razjašnjenje stvari.

Mogućnost transformacije opšteg u skraćeni postupak proizlazi i iz odredbe člana 34. stava 2. ZKP. Ona predstavlja izuzetak od obaveze suda da u slučaju svoje stvarne ili mesne nenadležnosti donese rešenje o oglašavanju nenadležnim i da po njegovoj pravnosnažnosti predmet uputi nadležnom sudu.<sup>54</sup>

---

49 Ibidem, 27.

50 Iz obrazloženja zauzetog načelnog stava, Radovanov, A., Lazović, A., op. cit., 101.

51 VS Slovenije, Kž. 817/77-4 od 21.10.1977. u vezi sa odlukom Okružnog suda u Ljubljani, K. 185/77 od 14.10.1977, navedeno prema Vasiljević, T., Grubač, M., op. cit., 938.

52 VVS, II K. 343/90 od 7.12.1990., navedeno prema Vasiljević, T., Grubač, M., op. cit., 950.

53 U tom smislu i načelni stav sa 41. zajedničke sednice Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 22.6.1989. godine (Radovanov, A., Lazović, A., op. cit., 100).

54 Sud je dužan da ceni svoju stvarnu nadležnost i posle potvrđivanja optužnice, a pre započetog glavnog pretresa. Pitanje stvarne nadležnosti u tom delu postupka može se pokrenuti samo ako je nadležnost očigledno pogrešno postavljena na osnovu opisa same optužnice ili ako opis u optužnici ne odgovara stanju koje pokazuju spisi istrage, a takve situacije su sasvim izuzetne (Grubač, M., Vasiljević, T., op. cit., 101).

Prema navedenoj odredbi, ako u toku glavnog pretresa sud ustanovi da je za suđenje nadležan niži sud, neće uputiti predmet tom sudu, nego će sam sprovesti postupak i doneti odluku.<sup>55</sup> Ova odredba se ne može koristiti ako je glavni pretres bio odgođen, tako da nije ni počeo, ali se može koristiti ako je došlo do odlaganja glavnog pretresa nakon njegovog započinjanja. Sud nije vezan ovom odredbom ni ako je javni tužilac preinačio optužnicu na osnovu dokaza koje je sud izveo pre početka glavnog pretresa po članu 357. ZKP.<sup>56</sup>

Uspostavljajući vezu između pomenute odredbe i razmatrane problematike, podsetićemo da je prvostepeno suđenje podeljeno između osnovnih i viših sudova. Osnovni kriterijum razgraničenja njihove nadležnosti predstavljaju krivična dela sa propisanom novčanom kaznom kao glavnom kaznom ili kaznom zatvora do deset godina, koja su, po pravilu, u nadležnosti osnovnih sudova. Ovde treba imati u vidu da i osnovni i viši sudovi mogu voditi kako opšti, tako i skraćeni postupak. Skraćeni postupak, koji je rezervisan za krivična dela sa propisanom kaznom zatvora do osam godina, po pravilu se vodi pred osnovnim sudovima, koji su nadležni za suđenje krivičnih dela sa propisanom kaznom zatvora do deset godina. Međutim, nije isključena mogućnost ni da viši sud sudi u skraćenom postupku u prvom stepenu, s obzirom na odredbu člana 23. Zakona o uređenju sudova, koja u stvarnu nadležnost viših sudova stavlja i neka taksovno određena krivična dela za koja je propisana kazna zatvora do deset godina. Među tim krivičnim delima mogu se nalaziti i dela za koja je propisana kazna zatvora do osam godina, koja se sude u skraćenom postupku.<sup>57</sup> Iz svega navedenog proizlazi mogućnost da je pokrenut opšti krivični postupak, ali da se u toku glavnog pretresa ustanovi da je reč o krivičnom delu za koje treba da se sudi u skraćenom postupku. Ne postoji nijedna odredba ZKP koja izričito nalaže da postupanje u skladu sa članom 34. stavom 2. ZKP bude propraćeno i transformacijom započetog postupka u drugu odgovarajuću vrstu postupka, ukoliko na to ukažu promene u poimanju težine krivičnog dela. Međutim, zakonodavac isto tako i ne zabranjuje da do te transformacije dođe. Osim toga, u prilog zagovarane teze o potrebi da u takvim slučajevima dođe do transformacije opšteg u skraćeni postupak, govore i drugi razlozi: formalno-pravni, logički i razlozi pravičnosti.

Razlozi formalne prirode govore da izbor između opšteg i skraćenog postupka zavisi od težine krivičnog dela. Važenje tog pravila ne ograničava se

---

55 Viši sud neće moći da presudi stvar iz nadležnosti nižeg suda ako tu činjenicu utvrdi van glavnog pretresa (Vasiljević, T., Grubač, M., op. cit., 93).

56 Grubač, M., Vasiljević, T., (2014), Komentar Zakonika o krivičnom postupku, Beograd, Projuris, 101.

57 Primera radi, takav slučaj je sa krivičnim delom primanje mita iz člana 367. stava 2. i 4. KZ, krivičnim delom odavanje državne tajne iz člana 316. stava 2. i 4. KZ, krivičnim delom kršenje zakona od strane sudije, javnog tužioca i njegovog zamenika iz člana 360. stava 1. i 2. KZ, itd.

samo na započinjanje odgovarajuće vrste krivičnog postupka. To pravilo treba da važi i u daljem toku postupka, ako iz bilo kog razloga dođe do promena u sudskoj percepciji okolnosti od kojih zavisi pravna kvalifikacija krivičnog dela. Kombinovanje pravila opšte i skraćene procedure u istom predmetu na prvi pogled može izgledati nespojivo. Međutim, treba imati u vidu da do transformacije postupaka u ovom slučaju dolazi u fazi glavnog pretresa. Najradikalnija razlika između skraćenog i opšteg postupka ogleda se u obaveznom izostanku faze istrage u skraćenom postupku. Druga bitna razlika je u tome što u skraćenom postupku umesto faze potvrđivanja optužnice pred vanpretresnim većem, dolazi do obavezne sudske kontrole optužnog akta od strane sudije pojedinca. Treća razlika ogleda se u tome što je u skraćenom postupku unekoliko modifikovan glavni stadijum, čime su stvorene pretpostavke za neformalnije i brže postupanje. Pošto u našem primeru do transformacije postupka treba da dođe u fazi glavnog pretresa, to znači da su prve dve navedene razlike praktično prebrođene. Ostaju razlike u pogledu prvostepenog i drugostepenog glavnog postupka. One nisu takve prirode da bi isključivale mogućnost nadovezivanja skraćenog postupka na započeti opšti postupak. Osim toga, ne možemo da ne primetimo da je fizionomija glavnog pretresa u skraćenom postupku mnogo manje različita od njegove fizionomije u opštem postupku, nego što je to ranije bio slučaj.<sup>58</sup> Tako, na primer, više nije moguće da se glavni pretres u skraćenom postupku održi bez prisustva ijedne stranke. To je posledica činjenice da je proširen krug krivičnih dela za koja se vodi skraćeni postupak, tako da se sada u njemu sude i veoma složena krivična dela za koja su propisane visoke zatvorske kazne.

#### 4.4. Promena procesnog zakona

Osnovni princip u pogledu vremenskog važenja krivičnog procesnog prava razlikuje se od osnovnog principa u pogledu vremenskog važenja krivičnog materijalnog prava. Novi krivičnoprocesni zakon primenjuje se od momenta stupanja na snagu (odnosno od zakonom određenog momenta za početak njegove primene) na sve buduće slučajeve krivičnih suđenja, nezavisno od toga da li je krivično delo koje je predmet postupka, izvršeno pre ili posle stupanja na snagu novog procesnog zakona. To ne znači da procesni zakoni imaju retroaktivno dejstvo, jer se oni ne odnose na krivična dela i krivične sankcije, već na procesne subjekte i procesne radnje, koji su uvek sadašnji.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> Tako i Grubač, M., Vasiljević, T., op. cit., 911.

<sup>59</sup> Grubač, M., (2011), *Krivično procesno pravo*, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Službeni glasnik, 52.



Navedeno osnovno pravilo primenjivaće se i onda kada je za vreme važenja ranijeg procesnog zakona bio pokrenut krivični postupak, ali je u međuvremenu stupio na snagu novi procesni zakon. Dakle, u tom slučaju ostaju na snazi procesne radnje preduzete po starom procesnom zakonu, a na dalji tok krivičnog postupka primenjuje se novi procesni zakon.

Prema ZKP iz 2001. godine<sup>60</sup> skraćeni postupak se vodio za krivična dela sa propisanom novčanom kaznom kao glavnom ili kaznom zatvora do pet godina (član 433. ZKP). Prema članu 495. ZKP iz 2011. godine, skraćeni postupak se vodi za krivična dela sa propisanom novčanom kaznom kao glavnom kaznom ili kaznom zatvora do osam godina. Zbog ove promene, u nekim slučajevima moglo bi da dođe do transformacije opšteg u skraćeni postupak. To će se desiti kod krivičnih dela sa propisanom kaznom zatvora preko pet a do osam godina, za koja je pokrenut opšti krivični postupak prema ZKP iz 2001. godine, a koji nije okončan do 1. oktobra 2013. godine, kada je počeo da se primenjuje novi ZKP iz 2011. godine pred svim sudovima u Srbiji. Iako pokrenut prema pravilima opšteg krivičnog postupka, takav predmet će nastaviti da se sudi u skraćenom postupku. Mada je ovde na prvi pogled sve jasno, treba ukazati na nekoliko mogućih situacija, u zavisnosti od toga u kojoj fazi postupka je došlo do promene procesnog zakona.

U prvoj situaciji do promene procesnog zakona dolazi u fazi istrage. Prema odredbi člana 603. novog ZKP, istraga koja je na dan početka primene ovog zakonika u toku, dovršiće se po odredbama ZKP iz 2001. godine, a dalji tok postupka će se sprovesti po odredbama novog ZKP. Iz ovoga bi se možda moglo zaključiti da istragu pokrenutu po starom zakoniku treba voditi do kraja po tom istom zakoniku, a nakon njenog završetka dalji postupak (faza stavljanja pod optužbu i glavni stadijum) nastaviti po novom ZKP. Međutim, mi mislimo da takvo ponašanje u ovom slučaju ne bi bilo u skladu sa intencijom zakonodavca. Navedeni zakonski izuzetak je predviđen zbog toga što je novim zakonikom uveden radikalno drugačiji koncept istrage, koju sada vodi javni tužilac, a ne istražni sudija. U takvim uslovima bilo bi veoma nezgodno da istragu koju je započeo istražni sudija završava javni tužilac. Zato se, po našem mišljenju, doslovna primena odredbe člana 603. ZKP odnosi samo na one slučajeve kada se za dato krivično delo nije promenila vrsta postupka (opšti krivični postupak) ni prema novom ZKP. Drugim rečima, to znači da za takav predmet oba procesna zakona predviđaju istragu kao obaveznu ili moguću procesnu fazu. Ali, ako je u toku istrage za neko krivično delo za koje je propisana

---

60 Sl. list SRJ 70/2001, 68/2002, i Sl. glasnik RS 58/2004, 85/2005, 115/2005, 46/2006, 49/2007, 20/2009, 72/2009 i 76/2010.

kazna zatvora preko pet a do osam godina, počeo da se primenjuje novi ZKP iz 2011. godine, takvu istragu treba odmah završiti, jer osnovno pravilo u pogledu vremenskog važenja krivičnog procesnog prava nalaže da se uvek primenjuje aktuelni procesni zakon. Prema tom novom zakonu, za takvo krivično delo se ne može voditi istraga, jer podleže pravilima skraćenog postupka. Izostanak faze istrage u skraćenom postupku ne zasniva se na dovoljnosti dokazne građe, već isključivo na težini krivičnog dela, odnosno na proceni koju je *in abstracto* izvršio zakonodavac. Zato istražni sudija ne treba da procenjuje da li je stanje stvari u istrazi dovoljno razjašnjeno, kako to nalaže odredba člana 257. stava 1. ZKP iz 2001. godine. U pogledu same forme završetka istrage treba primeniti odredbe starog ZKP. To znači da se o završetku istrage ne donosi nikakav formalni akt,<sup>61</sup> za razliku od važećeg propisa, po kome javni tužilac donosi naredbu o završetku istrage (član 310. stav 1. ZKP). Po starom zakoniku, istraga se završava dostavljanjem spisa javnom tužiocu (član 257. stav 2. ZKP). Međutim, postavlja se pitanje po odredbama kog zakona će postupiti javni tužilac ako smatra da mu postojeći podaci nisu dovoljni za odluku o podizanju optužnog predloga. Mislimo da u svakom slučaju javni tužilac ne bi mogao da zahteva dopunu istrage u skladu sa članom 257. stavom 2. starog ZKP, jer istrazi nema mesta po novom zakoniku. Javni tužilac bi mogao da računa samo na preduzimanje pojedinih dokaznih (istražnih) radnji pre podizanja optužnog predloga, na šta ima pravo po oba zakonika. Međutim, pitanje je koji zakon će se primenjivati u pogledu preduzimanja tih radnji. Po starom zakonu, takve radnje preduzima istražni sudija ukoliko se složi sa predlogom javnog tužioca (član 435. stav 1. i 2. ZKP).<sup>62</sup> Po novom zakonu, te radnje preduzima sam javni tužilac (član 499. stav 2. ZKP). Ako se pode od stava da se pojedine dokazne radnje sadržajno ni po čemu ne razlikuju od dokaznih radnji koje su pre toga bile preduzimate u sklopu istrage, onda bi bilo logično da se obezbedi njihovo jedinstvo kroz kontinuiranu primenu starog ZKP. Međutim, smatramo da formalno-pravni razlozi ipak upućuju na drugačije rešenje. Naime, konstatovali smo da započetu istragu treba odmah završiti ako novi ZKP za neko krivično delo više ne predviđa opšti, već skraćeni postupak. Kako se prema članu 603. novog ZKP na dalji postupak nakon završetka istrage primenjuje novi zakonik, jasno je da u gore navedenom slučaju javni tužilac treba sam da preduzme odgovarajuće dokazne radnje u skladu sa članom 499. stavom 2. ZKP. I čisto teorijski posma-

---

61 Tako i Grubač, M., op. cit., 386; Lopušina, D., op. cit., 184.

62 Neki autori ukazuju da je u sudskom modelu istrage bio masovno zloupotrebljavan institut pojedinih istražnih radnji pre podnošenja optužnog predloga, tako da je praktično vođena istraga i u skraćenom postupku. Procenjuje se da takvih zloupotreba više neće biti, pošto celu istragu sada vodi javni tužilac (Lopušina, D., op. cit., 189).

trano, takve radnje ne pripadaju sferi istrage. Sledeći korak javnog tužioca bio bi podizanje optužnog predloga (član 499. stav 1. novog ZKP), a ne optužnice, pošto više nije reč o opštem postupku.

U slučaju kada je na optužnicu po ranije važećem ZKP izjavljen prigovor o kome do 1.10.2013. godine nije odlučeno, a po novom ZKP je za taj slučaj predviđen skraćeni postupak, sudija pojedinac će postupati kao da prigovora nema, a optužni akt će ispitati shodno odredbama člana 501-503 važećeg ZKP.<sup>63</sup>

Ako je do početka primene novog ZKP došlo nakon podizanja optužnice, a po novom zakonu treba voditi skraćenu proceduru, takođe će doći do transformacije opšteg u skraćeni postupak. To bi trebalo biti praćeno preimenovanjem optužnice u optužni predlog, osim kada je ona već konzumirana presudom.

## **5. Zaključna razmatranja**

Zakonik o krivičnom postupku ne izjašnjava se eksplicitno o mogućnosti transformacije skraćenog u opšti krivični postupak. Međutim, iz nekih njegovih odredaba proizlazi takva mogućnost, kao i intencija da to bude što jednostavnije. Do takve promene može da dođe zbog izmenjenog činjeničnog opisa krivičnog dela, a time i njegove pravne kvalifikacije. Prelazak iz skraćenog u opštu krivičnoprocesnu formu moguć je pre podizanja optužnog predloga, posle započinjanja glavnog pretresa, kao i posle završetka glavnog pretresa. Takva mogućnost pre podizanja optužnog predloga postoji ako su preduzete pojedine dokazne radnje i ako je osumnjičenom bio određen pritvor, jer se smatra da je skraćeni postupak pokrenut i donošenjem rešenja o određivanju pritvora.

Mogućnost transformacije skraćenog u opšti postupak posle započinjanja glavnog pretresa proizlazi iz odredbe člana 507. stava 3. ZKP, koja govori o obavezi naknadnog formiranja veća u toku glavnog pretresa. Na putu takvog preobražaja u ovoj procesnoj fazi stoji nekoliko prepreka: različit naziv i obavezna sadržina optužnih akata, različiti oblici njihove sudske kontrole, a ponekad i pravila o stvarnoj nadležnosti suda. Međutim, nijedna od tih prepreka nije neotklonjiva. Da bi došlo do prelaska u opštu krivičnoprocesnu formu nije neophodno preimenovanje optužnog predloga u optužnicu, niti vraćanje tog akta u fazu potvrđivanja optužnice. Obavezna kontrola optužnog predloga koju je već obavio sudija pojedinac u skraćenom postupku može se smatrati ekvivalentnom kontroli optužnice koju vrši vanpretresno veće u opštem krivičnom

---

<sup>63</sup> Sa sednice Krivičnog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda održane 15.4.2014, na kojoj su dati odgovori na sporna pravna pitanja nižestepenih sudova.

postupku. Neke razlike koje među njima postoje nisu suštinske prirode i mogu se tolerisati. Osim toga, treba imati u vidu da zakonodavac isključuje mogućnost preispitivanja novopodignute ili izmenjene optužnice na glavnom pretresu. Da bi došlo do direktne transformacije postupka u ovoj fazi, bila bi uputna izričita zakonska odredba da će se u takvom slučaju izmenjeni ili novopodignuti optužni akt smatrati potvrđenom optužnicom. Ovlašćeni tužilac bi imao samo obavezu da svoj optužni akt dopuni onim elementima koje mora imati optužnica.

Mogućnosti transformacije skraćenog u opšti postupak tek posle završetka glavnog pretresa jesu ograničene. Ako bi sudija pojedinac tek tada promenio pravnu kvalifikaciju krivičnog dela i izrekao presudu koja se odnosi na delo za koje je propisana kazna zatvora preko osam godina, učinio bi apsolutno bitnu povredu odredaba krivičnog postupka zbog nepropisnog sastava suda. Do preobražaja u opštu krivičnoprocesnu formu moglo bi da dođe i u slučaju donošenja rešenja o odbacivanju optužnog akta zbog stvarne nenadležnosti suda, nakon čega bi se krivični postupak mogao nastaviti pred stvarno nadležnim sudom u opštoj procesnoj formi.

Dileme postoje i u pravcu promene opšteg postupka u režim skraćenog postupka. To pitanje može se problematizovati u četiri grupe slučajeva: a) razmimoilaženje tužilaštva i suda u pogledu pravne kvalifikacije dela; b) obustava postupka za delo koje povlači opšti postupak u spojenim predmetima; v) izmena činjeničnog opisa dela u toku glavnog pretresa i g) promene procesnog zakona. Najviše kontroverzi postoji u vezi s prvim slučajem. Ako se optuženje odnosi na delo koje povlači opšti postupak, a presuda na delo koje povlači skraćeni postupak, smatramo da na fazu pravnih lekova treba primenjivati pravila skraćenog postupka. Takvo rešenje odudara od jednog načelnog stava koji su naše najviše sudske instance zauzele 1980. godine. O prihvatljivosti rešenja koje predlažemo govore formalno-pravni i logički razlozi, kao i činjenica da naše važeće krivičnoprocesno zakonodavstvo više ne isključuje mogućnost prelaska opšteg u skraćeni postupak, s obzirom na to da skraćena procedura više nije rezervisana samo za sudove koji sude samo u prvom stepenu (osnovne sudove).

**Snežana Brkić, Ph. D., Full Professor**  
**Faculty of Law, University in Novi Sad**

## **SIMPLIFIED AND GENERAL CRIMINAL PROCEDURE AND THEIR TRANSFORMATIONS**

*This article focuses on the considerations on simplified criminal procedure's capacities to transform into a general criminal procedure and vice versa. The Code of criminal procedure does not offer explicit guidelines as to such transformations, but some of its stipulations imply this possibility, as well as an intention to make it as simple as possible. A transformation from a simplified procedure to a general procedure can happen before filing an indictment, after the commencement of hearing, as well as after the hearing. A special attention is given to the transformation of the procedure after the hearing. Upon a review of the legal provisions that offer such a possibility, the article points to some realistic or seeming obstacles to this course of action: the name and the mandatory contents of the indictment, the form of the court control of the indictment and the real competence of the court. The author offers her own view of the problems stated and suggestions for overcoming them. A transformation from a general procedure to a simplified procedure can be problematised in four cases: 1) differences of opinion between the Attorney General's Office and the court on the qualification of the act; 2) a cessation of the procedure for an act which requires a general procedure in connected cases; 3) changes to the factual description of the act during the hearing; and 4) changes to the procedural legislation.*

**Key words:** *simplified criminal procedure, general criminal procedure, transformation of criminal procedure, changes to indictment*



**Prof. dr. sc. Tadija BUBALOVIĆ**  
Pravni fakultet  
Sveučilišta u Rijeci

**Pregledni članak**  
**UDK: 343.155**  
**Primljeno: 15. novembra 2016. god.**

## **POJAM, PRAVNA PRIRODA I PRIMJENA USTANOVE GRAVAMENA U KAZNENOM POSTUPKU**

*Gravamen je nepisana procesnopravna ustanova pod kojom se razumije, nepravilnom ili nezakonitom sudskom odlukom bitno pogoršan pravni položaj onoga tko podnosi pravni lijek. S tim u vezi osnovna je postavka da pravni lijek protiv takve odluke može podnijeti samo onaj na čijoj se strani utvrdi postojanje gravamena, a on će postojati ako je sudskom odlukom došlo do neposredne povrede, odnosno štetne pogodenosti u pravima ili pravno zaštićenim interesima ovlaštenika prava na pravni lijek. Posebna je dilema mora li se uvijek tražiti gravamen za pravni lijek tužitelja. Ako se pravni lijek podnosi u korist okrivljenika, traži se postojanje gravamena kod okrivljenika. Ako se podnosi na njegovu štetu, nije nužno postojanje gravamena jer se tužitelj može žaliti uvijek kada postoji odlukakoja ne odgovara pravnoj normi. Podnošenje pravnih lijekova privatnog tužitelja povezano je sa zaštitom samo njegovih interesa.*

**Ključne riječi: kazneni postupak, pravni lijek, žalba, gravamen.**

### **1. Uvodne napomene**

Ustanova *gravamena* u kaznenom procesnom pravu usko je povezana s općim pojmom pravnih lijekova, posebice s pojmom prava na žalbu u kaznenom

postupku.<sup>1</sup> Država priznaje građaninu pravo na žalbu kao subjektivno javno pravo zbog toga što, nasuprot isključivom monopolu države na javno kažnjavanje, na osnovi legitimnih ljudskih prava ta ista država mora priznati optuženiku i pravo na ispravljanje pogrešnih odluka o neosnovanoj osudi ili nepravdnoj kazni. Pravo na žalbu država priznaje i zbog činjenice što se pogrešnom sudskom odlukom tom građaninu (okrivljeniku) pričinjava neposredna stvarna šteta (*gravamen*), ali što se time istodobno i samoj toj državi nanosi moralna šteta. Upravo zbog postojanja toga *gravamena* i neposrednoga pravnog interesa, pogrešno osuđeni optuženik ima pravo pobijati takvu sudsku odluku, s ciljem postizanja pravilne i zakonite presude.

## 2. Pojam *gravamena*

Procesne stranke i drugi ovlaštenici imaju pravo na žalbu samo ako im je određena sudska presuda nanijela *stvarnu, neposrednu štetu*. Jedino se za tužitelja uzima da je i samo „pogrešno suđenje”, u korist ili na štetu okrivljenika, dovoljna osnova za podnošenje ovoga pravnog lijeka. Ta se nanesena neposredna šteta u pravnoj literaturi različito naziva: lat. *gravamen*,<sup>2</sup> njem. *dieBeschwer*,<sup>3</sup> fran. *prejudice*, tal. *pregiudizio* i sl.<sup>4</sup> Na hrvatskom jeziku ta bi se neposredna šteta (štetna pogodnost) mogla nazvati: *otežica (otegotnost, nepogodnost)*.<sup>5</sup>

- 1 Ovaj rad predstavlja obrazloženi prikaz najvažnijih zaključaka proizašlih iz istraživanja komparativnih aspekata problematike kaznenoprocenih pravnih lijekova objavljenih u monografiji: Bubalović, T., Pravo na žalbu u kaznenom postupku, Bemust, Sarajevo, 2006, 92-118.
- 2 Pojam *gravamen* ima više oblika i više značenja. Tako, u Rječniku stranih riječi – tuđice i posudnice Bratoljuba Klaića, Nakladni zavod MH, Zagreb, 1985, na stranici 499 navodi se da riječ *gravamen* (ili *gravamina*) može značiti: teretiti, tegobe, ali i žalba, tužba, pritužba. *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, Niort, tomus quartus, 1885, na stranici 106 uz riječ *gravamen* navodi i riječi: *damnum, injuria* i *gravamentum*. U Latinsko-hrvatskom enciklopedijskom rječniku Jozе Marevića, Matica Hrvatska, Zagreb, 2000, na stranici 1262 prvenstveno se spominje riječ *grauamen*, a u zagradi i riječ *gravamen*, sa značenjem: tlačenje, ugnjetavanje, prisila. Na istoj stranici, koji redak niže, navodi i riječ *gravamen*, sa značenjem: težina, otežavanje, opterećivanje.
- 3 Njemačka riječ *Beschwer* izvedena je od glagola *beschweren* ili imenice *die Beschwerden*. Pojam *Beschwer* ima specifično pravno značenje u pojedinim granama prava, posebice u kaznenom procesnom pravu, u kojemu se pojavljuje kao specijalna procesnopravna ustanova. Buddeus, u: Weiske, Pravni leksikon za pravnike svih njemačkih država, svezak 2, str. 26., Künßberg, u: Pruska akademija nauka, Njemački pravni rječnik, svezak 2, sp.124. f.
- 4 O ustanovi *gravamena* u njemačkoj kaznenopravnoj teoriji i praksi, detaljnije: G. Kaiser, *Die Beschwer als Voraussetzung strafprozessualer Rechtsmittel*, C. F. Muller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992, 7, 43 i dalje. (u nastavku: G. Kaiser, *Die Beschwer als Voraussetzung...*, 1992).
- 5 Otežicukao hrvatsku riječ za *gravamen* koristio je i M. Grubiša, *Krivični postupak – postupak o pravnim lijekovima*, Informator, Zagreb, 1987, 98. Prema ovom autoru, otežica je za optuženika nanesena neposredna šteta, povreda prava, povreda njegova pravnog položaja, nanesena neprav-



Što je, zapravo, *gravamen* i kada se uzima da on postoji? *Gravamen* je nepisana, specijalna procesnopravna ustanova, uvedena i oblikovana u pravnoj teoriji i sudskoj praksi, pod kojom se razumije bitno pogoršan, zbog nepravilne sudske odluke, pravni položaj onoga tko podnosi pravni lijek. Kako pravni lijek protiv takve odluke može podnijeti samo onaj tko je njome terećen (*beschwert*), *gravamen* je bitan uvjet uporabe pravnog lijeka protiv pogrešnih sudskih odluka. U pravnoj se literaturi najčešće navodi da na strani podnositelja pravnog lijeka postoji *gravamen* ako je sudskom odlukom došlo do *neposredne povrede, štete, štetne pogođenosti* u pravima ili njegovim pravno zaštićenim interesima.<sup>6</sup> U svim tim slučajevima riječ je o povredi pravnoga položaja<sup>7</sup> žalitelja.

Za podnošenje žalbe, osim pravnih pretpostavki, mora se ispuniti i jedan poseban uvjet. Da bi namjeravani pravni lijek bio dopušten, nužno je da sudska odluka tako štetno pogađa onoga tko želi podnijeti žalbu da se time bitno pogoršava njegov pravni položaj u kaznenom postupku. Mora se, dakle, raditi o znatnom (bitnom) pogoršanju njegova pravnog položaja, a ne nekom neznatnom, manjem pogoršanju koje ne bi proizvodilo nikakvu štetnu promjenu. Temeljni je, stoga, postulat da onaj tko želi podnijeti pravni lijek, mora biti *terećen* pobijanom odlukom.<sup>8</sup> O tom općem načelu postoji potpuna suglasnost u teoriji kaznenog procesnog prava, ali i u drugim granama prava.<sup>9</sup> Međutim, iako je nužnost postojanja *gravamena* jednodušno prihvaćena ne samo u kaznenom postupku već i u drugim sudskim postupcima, prije svega u građanskom parničnom postupku, zbog čega se o *gravamenu* ponajprije i govori kao o civilističkom pojmu, s tom specijalnom ustanovom povezana su mnoga nerazjašnjena pitanja, posebice domet i preciznija izgrađenost *gravamena* kao preduvjeta za podnošenje pravnih lijekova, zatim iz kojih dijelova pobijane odluke mora proizaći potrebni *gravamen*: samo iz dispozitiva presude ili i iz njezina obrazloženja te, posebno, vrijedi li zahtjev za obveznim postojanjem *gravamena* za sve sudionike kaznenog postupka ili samo za neke od njih. Na ta i mnoga

---

da koju nije zaslužio, i sl.. Detaljnije o pojmu, značenju i primjeni ustanove gravamena u kaznenom postupku: Bubalović, T., Pravo na žalbu u kaznenom postupku, Bemust, Sarajevo, 2006, 92-118. O značenju ustanove gravamena u građanskom parničnom postupku: Kamhi, S., Sistem pravnih lijekova po Zakonu o parničnom postupku, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 1959, 42.

6 H. Schorn, Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren, Neuwied/Berlin, 1963, 130 ff (u nastavku: H. Schorn, Schutz der Menschenwürde..., 1963).

7 E. Hgi, Die Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung im schweizerischen und im deutschen Zivilprozes, Diss., Zurich, 1975, 66 f.

8 Gollwitzer, LR, § 296, Rn 12.

9 C. Roxin, Strafverfahrensrecht, 22. Aufl., München, 1991, § 51 B II 2 (u nastavku rada: C. Roxin, Strafverfahrensrecht..., 1991).

druga pitanja pravna teorija i praksa ne daju potpun odgovor, što upućuje na zaključak da problematika *gravamena* nije samo „akademske naravi”.<sup>10</sup>

### 3. Pravna priroda ustanove *gravamena*

Jedno od neriješenih pitanja u vezi s *gravamenom* jest i dvojba spada li on u katalog preduvjeta za *dopuštenje* ili se odnosi na pitanja *obrazloživosti* pravnog lijeka.<sup>11</sup> Pojedini autori određuju *gravamen* preduvjetom obrazloživosti pravnog lijeka.<sup>12</sup> Drugi ga smatraju preduvjetom dopuštenosti pravnog lijeka.<sup>13</sup> I za jedne i za druge, međutim, nema dvojbe da je *gravamen* jednostavno „šteta za pravni položaj žalitelja” koja je opterećujuća, ali neovisna o „stvarnoj protuzakonnosti odluke”.<sup>14</sup> Pod pojmom *gravamen* misli se, dakle, na povredu pravnog položaja žalitelja, a pitanje postoji li povreda u domeni je preispitivanja obrazloženosti pravnih lijekova.<sup>15</sup> Ipak, ta dvojba i nije od neke posebne važnosti jer nitko ne poriče da u domeni obrazloživosti u prvom redu spadaju pitanja je li osuda nepravedno izrečena i je li kazna prestrogo odmjerenjena. Kao istinski problem postavlja se pitanje jesu li uopće legitimna određena ograničavanja težnje za pravnim lijekovima, pa ako jesu, kako ta ograničenja moraju biti postavljena. Glavna se dvojba, dakle, svodi na pitanje „opravdanosti i sadržaja potrebe dopuštenosti pravnog lijeka”.<sup>16</sup>

U okviru problematike *gravamena* nužno je razmotriti i još jedno pitanje: Postoji li kakva veza između egzistirajućih objektivnih zakonskih normi i ustanove *gravamena*? Odgovor na to pitanje je potvrđan. Njihova se međusobna povezanost sastoji u tome što je faktično postojanje *gravamena*, zapravo, uvjetovano postojanjem tih normi. Npr. mogućnost optuženikova osporavanja odluke o obustavi postupka, s ciljem ishođenja oslobađajuće presude, ovisi o objektivnom postojanju odgovarajuće norme koja u određenoj situaciji propisuje nastavljanje postupka ili pak nalaže donošenje oslobađajuće presude.<sup>17</sup> Ako se podnositelj

---

10 O tome: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 2; Eb. Schmidt, Deutsches Strafprozesrecht, Göttingen, 1967, 350 (u nastavku: Eb. Schmidt, Deutsches Strafprozesrecht..., 1967).

11 G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 23.

12 Tako: Eb. Schmidt, StPO II, § 296, 7, Rn 14.

13 Tako: W. Ohndorf, Die Beschwer und die Geltendmachung der Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung im deutschen Zivilprozesrecht, Berlin, 1972, 42. (u nastavku: W. Ohndorf, Die Beschwer..., 1972).

14 Gollwitzer, LR, § 296. Rn 14; K. Peters, Strafprozeß, 4. Aufl., Heidelberg/Karlsruhe, 1985, 71 II 7 (u nastavku: K. Peters, Strafprozeß..., 1985); C. Roxin, Strafverfahrensrecht..., 1991, 51 B II 2a.

15 G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 25.

16 O tome posebno: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 27-28.

17 G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, bilj. 6 na str. 105; H. Reuter, Die Anfechtbarkeit freisprechender Urteile durch den Angeklagten, Diss. Hamburg 1970, 50.

pravnih lijekova poziva na normu pisanoga prava i ako sudska odluka odstupa od mjerodavne norme objektivnoga prava, onda je pravni lijek dopušten.<sup>18</sup>

O potrebi postojanja *gravamena* može se govoriti tek onda kada su ispunjeni ostali preduvjeti za podnošenje pravnih lijekova koje, istina, i nije lako odvojiti od pojma *gravamen*. Prvo, mora biti dopušteno određenim pravnim lijekom pobijati sudska odluku. Drugo, osporavatelj mora pripadati rugu osoba koje po zakonu imaju pravo pobijanja sudske odluke. Ne postoji, naime, kaznenoprocesni propis po kojem bi svaki onaj koji je na bilo koji način povrijeđen nekom odlukom imao pravo tu odluku pobijati.<sup>19</sup> Nepotrebno je stoga ispitivanje postojanja *gravamena* kao preduvjeta njegove dopuštenosti ako podnositelj pravnoga lijeka prethodno nije ispunio ova dva navedena uvjeta: postojanje zakonske dopuštenosti osporavanja odluke te postojanje zakonskoga prava na pravni lijek.

Pojam *gravamena*, kao preduvjeta pravnih lijekova, u sebi dakle sadrži neposrednu štetnu pogodenost u pravima ili pravno zaštićenim interesima onoga tko podnosi pravni lijek.<sup>20</sup> *Gravamen* je jednostavno rečeno *šteta za žalitelja*, koja je u svojoj biti opterećujuća, ali neovisna o stvarnoj zakonitosti ili nezakonitosti odluke.<sup>21</sup> Pritom ne treba očekivati dokazivanje štetnosti, dovoljno je njezino stvarno postojanje. Također nije nužno da se nezakonitim postupanjem stvori nekakav odnos. Ispituje se samo da li odluka pravno značajno štetno pogađa žalitelja.<sup>22</sup> Kao preduvjet ponovnoga ispitivanja stanja stvari u kaznenoj stvari mora postojati *stvaran* razlog podnositelja zahtjeva za tim preispitivanjem. Drugim riječima, potrebno je da postoji jedan *dopušten* i *obrazloživ* zahtjev za ponovno preispitivanje.

Pitanje opravdanosti potrebe postojanja *gravamena*, kao stvarnoga preduvjeta pravnoga lijeka, načelno se može poistovjetiti s pitanjem o nadležnosti slijedenja ciljeva kaznenog postupka od strane pojedinih sudionika postupka. Također, pojam *gravamena*, odnosno nužnost potrebe postojanja *gravamena* na

---

18 Tako: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung., 1992, 104; W. Frisch, SK-StPO, § 296, Rn 128.

19 B. v. Löbbecke, Begriff und Wesen der Beschwer im strafprozessualen Rechtsmittelverfahren, Diss. Mannheim, 1972, 35 (u nastavku: B. v. Löbbecke, Begriff und Wesen der Beschwer., 1972).

20 O tome posebice: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung., 1992, 43; H. Henkel, Strafverfahrensrecht, 2. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1968, 96 I, 1 (u nastavku: H. Henkel, Strafverfahrensrecht., 1968.); Gollwitzer, LR, § 296, Rn 12.

21 W. Ohndorf, Die Beschwer., 1972, 42, navodi da i pravilna odluka može biti štetna, može tereti, a jedna nepravilna ili pak nezakonita odluka može biti za onoga na koga se odnosi povoljna, ili barem „neutralna”.

22 Tako: L. Zysk, Die Anfechtbarkeit freistellender Entscheidungen durch den Beschuldigten, Diss. München 1962, 14 (u nastavku: L.Zysk, Die Anfechtbarkeit freistellender Entscheidungen., 1962).

strani podnositelja pravnih lijekova, može se određivati i u svezi sa smislom i svrhom zakonskoga reguliranja pravnih sredstava te s njihovim racionalnim odobravanjem.<sup>23</sup>

Jedno od značajnijih pitanja u vezi s navedenom problematikom jest i pitanje iz čega se izvode osnove i sadržaj *gravamena*. Odgovori na to pitanje nisu jednoznačni. Tako npr. u pravnoj literaturi o građanskom parničnom postupku iz samoga *pojma* pravnog lijeka izvedena je potreba postojanja *gravamena*. Postavka je, naime, da pravni lijekovi *pojmovno* pretpostavljaju da donesena odluka u samoj sebi *nosi* razlog za žalbu u smislu nastale štete za stranku koja podnosi pravni lijek.<sup>24</sup> Ta postavka nije potpuno prihvatljiva zbog toga što apsolutan pojam pravnog lijeka ne postoji. Riječ je, naprotiv, o čisto pravnom pojmu koji nema općevrijedeći sadržaj. Nemoguće je, dakle, samo iz pojma pravnoga lijeka izvesti zaključak o njegovu ograničenju potrebom postojanja *gravamena*.<sup>25</sup>

Potrebu postojanja *gravamena* i njegov sadržaj nije moguće izvesti ni iz teksta *zakonskih regulacija* i njihove uzajamne povezanosti. Na temelju korištenja riječi *protiv*, koju zakon često koristi, bezuvjetno se ne može pretpostaviti da je donesena odluka štetna odluka. Iz te se riječi može samo zaključiti da pravni lijek treba usmjeriti na uklanjanje ili izmjenu određene odluke, ali ne i na to da samo oštećenik može izjaviti pravni lijek.<sup>26</sup>

Da bi uopće došlo do ponovnoga preispitivanja odluke, podnositelj pravnih lijekova mora (u)tvrditi *nepravilnost* odluke koju pobija, bilo u stvarnom, bilo u pravnom pogledu, ili nepravilno donošenje odluke, te tražiti njezino ukidanje ili izmjenu. Ako okrivljenik smatra da je sama odluka pravilna i zakonita, dopuštenje pravnog lijeka ne bi se moglo uskladiti s općim ciljem ustanove pravnih lijekova. Ako bi, međutim, cilj pravnih lijekova, osim kontrole pravilnosti, bio usmjeren i na ispitivanje *pravičnosti* donesenih odluka, situacija bi bila drukčija. Redovito se, naime, polazi od toga da podnositelj pravnih lijekova ide za tim da svojim pravnim lijekom pobije nepravilnost osporene odluke, ali se može dogoditi da donesenu odluku smatra samo nepravednom i da je kao takvu osporava. Ne može se stoga izvesti zaključak o postojanju *gravamena* samo iz činjenice da se pravni lijekovi moraju usmjeriti *protiv* sudskih odluka.<sup>27</sup>

---

23 G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 39, 92.

24 G. Stich, Die Beschwer im Verwaltungsprozeß, Diss. München, 1963, 13.

25 Tako posebice: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 35.

26 W. Ohndorf, Die Beschwer..., 1972, 31.

27 W. Ohndorf, Die Beschwer..., 1972, 43 ff.

Ponekad se neopravdano izjednačuju *gravamen* i *potreba pravne zaštite*.<sup>28</sup> Moguće je da u određenom slučaju formalno postoji *gravamen*, ali ne i stvarna potreba pravne zaštite.<sup>29</sup> Iako je načelo potrebe pravne zaštite svojstveno građanskom parničnom postupku, i postupku kaznenoprocenih pravnih lijekova mogao bi se pripisati karakter pravne zaštite (npr. zaštita optuženikove slobode, imovine ili drugih prava i interesa).<sup>30</sup> Naime, objašnjenje potrebe postojanja *gravamena* bilo bi moguće i pomoću poimanja pravnog interesa, odnosno potrebe pravne zaštite. Međutim, nije uvijek jasno koje optuženikove interese pravni poredak priznaje kao opravane, pretežne odnosno pravno značajne.

Povijesni pogled također pruža vrijednu indiciju nužnosti postojanja *gravamena*. U prijašnjim kaznenoprocenim partikularnim zakonima bilo je propisano postojanje *gravamena* kao preduvjet apelacije. Provedbom pravnih reformi zakonodavne su komisije, razmatrajući opravdanost žalbe, obično razmatrale i problematiku štetnosti odluka, što upućuje na pretpostavku da se i tada polazilo od potrebe *gravamena* kao općenitoga preduvjeta pravnih lijekova.<sup>31</sup> I na osnovi običajnoga prava moguće je izvesti pravni stav da *gravamen*, u smislu nepogodnosti, u svakom slučaju mora postojati kao preduvjet pravnih lijekova optuženika, ali i preduvjet pravnih lijekova ostalih sudionika kaznenog postupka.<sup>32</sup>

#### 4. Iz kojih dijelova sudske odluke mora proizaći *gravamen*

Nakon određivanja pojma, osnovnog značenja i pravne prirode ustanove *gravamena* kao uvjeta pravnih lijekova, potrebno je odgovoriti i na pitanje iz kojih dijelova odluke treba proizaći *gravamen*. S tim u svezi, u pravnoj se literaturi spominje tzv. načelo *tenorskoggravamena*.<sup>33</sup> Prema tom tumačenju, *gravamen* bi trebao rezultirati iz konačne osude, i to iz svih njezinih dijelova, ali ne i iz razloga odluke.<sup>34</sup> U načelu se smatra nedopuštenim pravni lijek onoga tko ne pobija *izreku* odluke, već samo njezino *obrazloženje*. Optuženik je *terećen* (*beschwert*) ako izreka presude sadrži opterećujuću odluku u vezi s krivnjom, ili u vezi s pravnim posljedicama osude (kazna, druge kaznene sankcije, odluka o

---

28 Vidjeti: W. Ohndorf, Die Beschwer., 1972, 74 f, 76 ff; G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung... 1992, bilj. 55 na str. 45.

29 G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung... 1992, bilj. 55 na str. 45; Stich, Beschwer., 1963, 50.

30 G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung... 1992, 47-48.

31 Prema: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 38.

32 Za građanski je proces, primjerice, W. Ohndorf, Die Beschwer., 1972, 36 f, zagovarao običajno-pravnu valjanost potrebe postojanja *gravamena*.

33 G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 113.

34 O tome posebice: C. Roxin, Strafverfahrensrecht., 1991, § 51 B II 2 c; E. Schlüchter, Das Strafverfahren, 2. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1983, Rn 623.1.

troškovima), ili ako za pravni položaj optuženika sadrži druge nepovoljne odluke.<sup>35</sup> Prema tim shvaćanjima proizlazilo bi da oslobađajuća presuda ne može teretiti optuženika. Takvo stajalište, međutim, sudska praksa ne podržava u cijelosti. Nekada je vrlo važno pozvati se na *razloge* odluke jer se točan sadržaj izreke presude ne može saznati bez navođenja razloga u obrazloženju odluke.<sup>36</sup> Drugi prigovor odnosio bi se npr. na odluku o obustavi postupka kod koje se, radi utvrđivanja djelovanja izreke, poziva i na same razloge. Razlikovanje između terećenih (*beschwerenden*) i neterećenih (*nicht beschwerenden*) konačnih obustava pokazuje da se kod odluka o obustavi razlozi odluke uvijek uzimaju u obzir. Iz kojega je razloga obustava uslijedila, može se saznati isključivo iz razloga odluke.<sup>37</sup>

U literaturi se spominje posebna iznimka od načela *tenorskog gravamena*. U njoj se tako navodi da je pravni lijek optuženika dopušten i u onim slučajevima u kojima sam *način* obrazlaganja može povrijediti njegova osnovna prava, što znači da se do postojanja *gravamena* može doći ne samo preko izreke presude već i preko obrazloženja presude. Zbog toga je načelo *tenorskog gravamena* već odavna izloženo velikim osporavanjima. Naime, sve se više zastupa mišljenje da bi potrebni *gravamen* mogao u jednakoj mjeri proizaći i iz izreke presude i iz njezina obrazloženja.<sup>38</sup> Opće je dakle stajalište da se, u načelu, uzimaju u obzir svi dijelovi odluke i pravni lijekovi uvijek se smatraju dopuštenima ako je presuda u izreci ili u obrazloženju pravno pogrešna.

Djelovanje svih sastavnih dijelova presude, koji na bilo koji način terete optuženika (u osuđujućoj ili oslobađajućoj presudi, ili odluci o obustavi postupka i sl.), tj. pojedine stvarne konstatacije u presudi, ipak nemaju istu važnost, niti proizvode isti učinak. Manje je važno djelovanje onih dijelova odluke koji nisu od bitnog značenja za odluku o krivnji i kazni. Takva utvrđenja i ocjene same po sebi ne bi bile podesne za osporavanje pravnim lijekovima. Zato je pravilo da se optuženik može koristiti pravnim lijekom samo protiv *objektivno* štetnih učinaka presude. Protiv dijelova odluke bez takvih učinaka pravni lijek nije dopušten. Naspram toga, tužitelj može podnijeti pravni lijek uvijek kada, po njegovu uvjerenju, neki dijelovi odluke, koji su povezani s pravnim djelovanjima, ne odgovaraju *objektivnom* pravu.

---

35 G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 113., Eb. Schmidt, StPO II, § 296 Rn 18; H. C. Roxin, Strafverfahrensrecht..., 1991, § 51 B II 2 b.

36 G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 114, K. Kühl, Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung, Köln/ Berlin/Bonn/München, 1983, 37 ff.

37 L. Zysk, Die Anfechtbarkeit freistellender Entscheidungen..., 28, 93.

38 O tome: H. Schorn, Schutz der Menschenwürde..., 1963, 130 ff.; O. Plöttner, Die Beschwer des Angeklagten im Rechtsmittelverfahren, Diss. Freiburg 1973, 63. (u nastavku: O. Plöttner, Die Beschwer..., 1973); K. Peters, Strafprozeß..., 1985, § 71 II 7.

U vezi s navedenim treba podsjetiti da u kaznenom postupku nije dovoljan samo tzv. *formalni gravamen* za dopustivost podnošenja pravnog lijeka, tj. da sudska odluka odstupa od zahtjeva koji su sudionici postupka postavili pred sudom prvoga stupnja.<sup>39</sup> Ti zahtjevi, zapravo, i nemaju nikakvu obvezujuću snagu, niti ih sudovi moraju uvažiti. To praktično znači da svaki sudionik u postupku može podnijeti pravni lijek i onda kada je donesena odluka u suglasnosti s njegovim zahtjevima ako su pritom ispunjeni drugi uvjeti. Nužno je, dakle, za sve vrste pravnih lijekova, kao njihov preduvjet, posebice privatnih sudionika u kaznenom postupku, postojanje *materijalnoga gravamena* na strani onoga tko podnosi pravni lijek.<sup>40</sup> Također je potrebno da podnositelj pravnog lijeka prema kaznenoprocenomu zakonu ima ovlast ostvarivanja prava u kojem je sudskom odlukom oštećen, i to samo onoliko koliko ima pravo ostvariti zaštitu priznatih mu interesa. Konačno, pobijana sudska odluka mora odstupati od mjerodavne norme objektivnog prava, u protivnom pravni lijek ne bi bio dopušten. Ipak, to odstupanje sudske odluke od pozitivne pravne norme ne može se poistovjetiti s potrebom postojanja *gravamena* na strani onoga tko podnosi pravni lijek.<sup>41</sup>

## 5. Vrste *gravamena*

Postoji više vrsta *gravamena*: (1) formalni i materijalni *gravamen*, (2) pravni (pravno relevantni) i ostali (irelevantni) *gravamen*, (3) izravni i neizravni *gravamen*, (4) potvrđeni i stvarni *gravamen*, (5) procesnopravni i materijalno-pravni *gravamen*.<sup>42</sup>

Formalni *gravamen* postoji ako pobijana odluka „zaostaje za postavljenim zahtjevom“ koji je žalitelj postavio u prethodnoj prvostupanjskoj instanci. Materijalni *gravamen* ovisi o tome ide li pobijana odluka materijalno i na koji način na štetu žalitelja, neovisno o postavljenom zahtjevu.<sup>43</sup>

U okviru pojma materijalnoga *gravamena* razlikuje se pravni (pravno relevantni) *gravamen*, koji se smatra važnijim i znatnijim, i irelevantni, ostali *gravamen*. Kriterij razlikovanja jest činjenica je li onaj koji se žali „pogođen“ u

---

39 G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 107.

40 O tome: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 108; Gollwitzer, LR, § 296, Rn 11; R. Neumann, Die Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung im Strafprozeß (Zugleich ein Ausblick auf das kommende Recht), Diss. Königsberg, 1938, 5.

41 G. Kaiser, G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 143.

42 Prema: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 8 i dalje.

43 Tako: G. Stich, Die Beschwer im Verwaltungsprozeß, Diss. München, 1963, 19 (u nastavku: G. Stich, Die Beschwer..., 1963.); W. Ohndorf, Die Beschwer..., 1972, 83 ff.

svojemu pravno zaštićenom (interesnom) krugu, ili se ta *pogodenost* odnosi samo na ekonomske, političke, moralne ili druge sadržaje.<sup>44</sup>

Nije dovoljan samo *neizravni gravamen*. Šteta za onoga koji podnosi pravni lijek ne smije nastati nekim daljnjim uzrokom. Ona (neposredna šteta) mora biti prouzročena *izravno*.<sup>45</sup>

Razlika između *potvrdenoga*, s jedne, i *stvarnoga gravamena*, s druge strane, pojavljuje se u okviru neslaganja u tome u kojoj mjeri *gravamen* dotiče pitanje dopuštenosti i osnovanosti pobijanja.

Pojam *gravamena* naročito se divergira u još jednom, posebnijem kontekstu. Kod pravnoga lijeka revizije (u njemačkom pravu) razlikuje se *procesnopravni* i *materijalnopravni gravamen*. Procesnopravni *gravamen* vezan je za dvojbe može li se osoba koja pobija *uspješno* žaliti na određenu procesnu pogrešku jer ga ona štetno pogađa. Materijalnopravni *gravamen* odnosi se na pitanje primjene ili neprimjene normi materijalnoga prava koje su *štetne* za onoga koji se žali.<sup>46</sup> Za pravni lijek, svejedno kojega sudionika u postupku, nije važno samo to *odstupa* li odluka suda od zahtjeva podnositelja pravnih lijekova postavljenog pred sudom prvoga stupnja. U svakom konkretnom slučaju mora postojati i tzv. materijalni *gravamen*.<sup>47</sup>

## 6. Razlike između kaznenoprocenog i civilističkog pojma *gravamena*

Sadržaj pravnog pojma *gravamena* nije isti u svim vrstama sudskih postupaka, kao ni u svim kaznenoprocenim sustavima. Tako npr. postoji znatna razlika između sadržaja pojma materijalnoga *gravamena* u kaznenom postupku i sadržaja pojma *gravamena* u građanskom parničnom postupku. Razlika između *kaznenoprocenog* i *civilističkog* pojma *gravamena* proizlazi iz različitoga procesnog položaja i nejednakih ovlasti sudionika u tim sudskim postupcima, kao i iz različitih ciljeva tih postupaka. Glavni cilj kaznenog postupka jest utvrđivanje krivnje ili nedužnosti i eventualno izricanje kazne krivcu. Ostvarenjem toga cilja kazneni postupak služi i široj društvenoj svrsi.<sup>48</sup>

---

44 O tome: H. Henkel, Strafverfahrensrecht., 1968, § 96 I 1.

45 Gollwitzer, LR, § 296 Rn 12.

46 O tome: B. v. Löbbecke, Begriff und Wesen der Beschwer., 1972, 144 ff.

47 O. Plöttner, Die Beschwer., 1973, 7; B. v. Löbbecke, Begriff und Wesen der Beschwer., 1972, 13., G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung., 1992, 107.

48 O razlikama između procesnog cilja i društvene svrhe kaznenog postupka, opširnije vidjeti: D.J. Galligan, Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures, Clarendon Press, Oxford, 1996, 31, 55 i dalje.



Utvrđivanjem krivnje ili nedužnosti za moguću povredu javnoga poretka, opisanu kao kazneno djelo ostvaruje se „državna djelatnost javnoga kažnjavanja” i kroz autoritet pravomoćno izrečene sudske kazne „otklanja neizvjesnost u odnosima između pripadnika društvene zajednice”.<sup>49</sup> Upravo priroda ovoga postupka, posebice njegova svrha i cilj, određuju poseban pravni položaj prije svih ovlaštenoga tužitelja i okrivljenika. Odluke koje se donose u kaznenom postupku ne tiču se, međutim, samo tih stranaka, nego i širih interesa društvene zajednice. Hoće li i u kojoj mjeri sudionici kaznenog postupka biti zadovoljni tim odlukama, odnosno hoće li kaznene presude sadržavati i određena štetna djelovanja, primjerice za optuženika, i time otežati njegov pravni položaj u postupku, ovisi i pitanje opsega i sadržaja *gravamena* onih na koje se te odluke odnose.

Zadaća građanskog parničnog postupka prvenstveno je zaštita subjektivnih prava građana koja se ostvaruje zaštitom tih prava u smislu uspostavljanja pravnoga mira među strankama, a time i pravne sigurnosti. Poznato je, naime, da subjekti privatnog prava svoje pravne odnose samostalno uređuju. Međutim, ako im je prisilno uskraćeno ostvarivanje tih prava, mogu ih ostvariti u sudskom građanskom parničnom postupku. Predmet spora i odlučivanja u tom postupku određuju jedino stranke. Na osnovi dispozicijske maksime sama stranka odlučuje hoće li se i u kojem opsegu koristiti sudom kao državnim ustanovom u rješavanju svojih privatnih sporova. U tom slučaju sudska odluka za nju može biti povoljna ili nepovoljna. Pri osporavanju tih odluka na strani podnositelja pravnog lijeka također mora postojati *gravamen*, kao poseban preduvjet. I taj civilistički pojam *gravamena* određuje se i utvrđuje po tome opterećuje li stvarno donesena sudska odluka (izrekom, a ponekad i svojim razlozima) onoga tko podnosi pravni lijek.<sup>50</sup> Iz sudske će odluke, donesene u građanskom parničnom postupku, proisteći *gravamen* ako dakle iz nje proistječu štetne posljedice za žalitelja.<sup>51</sup>

Različitosti u pojmu tih dvaju *gravamena* ogledaju se i u različitoj prirodi štetnih posljedica prouzročenih kaznenom, odnosno građanskom parničnom presudom. Štetna pogođenost kaznenom presudom najkonkretnije se prouzročuje neosnovanom osudom, neopravdanom kaznom, nezakonitom odlukom zbog pogrešno vođenoga postupka i sl., pri čemu se štetna posljedica (*gravamen*) u pravilu sastoji u povredi osnovnih ljudskih prava (prava na slobodu, imovinu, čast i ugled i dr.). Štetna pogođenost građanskom parničnom pre-

---

49 Tako: D. Krapac, Kazneno procesno pravo, Zagreb, 2000, 3.

50 Tako, G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 146, W. Ohndorf, Die Beschwer., 1972, 84.

51 L. Rosenberg - H. Schwab, Zivilprozeßrecht, 14. Aufl., München, 1986, § 137 II 3a; W. Ohndorf, Die Beschwer., 1972, 112, 119.

sudom drukčije je naravi. Neposredna šteta za tužitelja prouzročena pogrešnom sudskom parničnom odlukom najčešće se sastoji u nepriznavanju posve određene materijalne ili nematerijalne štete, u pravilu fiksno iskazane u nominalnom novčanom iznosu, nedosuđivanju povrata (predaje) neke određene pokretne ili nepokretne stvari, nepriznavanju određenih (stvarnih, imovinsko-pravnih, radnih, nasljednih, statusnih i dr.) prava i sl. Te razlike proizlaze ne samo iz različitoga cilja i svrhe koje trebaju ostvariti kazneni i građanski parnični postupak, nego i iz samoga opsega i sadržaja pojedinačnih ovlasti sudionika u ta dva postupka.

Pa ipak, iako se pojam *gravamena* veže ponajprije uz građanski parnični postupak, može se kazati da je taj *civilistički pojam gravamena*, po svojoj pravnoj prirodi i učinku do kojega dovodi, jednako tako primjenljiv i u kaznenom postupku, zbog čega se može govoriti i o posebnoj *kaznenoprocesnoj pojmu gravamena* kao uvjetu pravnih lijekova koji se podnose protiv kaznenih presuda.<sup>52</sup>

## 7. Pravna područja primjene *gravamena*

Više je pravnih područja u kojima dolazi do primjene ustanove *gravamena*. Tako se ta posebna ustanova susreće u kaznenom, građanskom, parničnom, upravnom, ali i nekim drugim postupcima.

U području kaznenog prava *gravamen* ima velik opseg primjene.<sup>53</sup> Iako se ova ustanova ne spominje u odredbama kaznenih procesnih zakona, u pravnoj se literaturi i sudskoj praksi, u načelu, za uspjeh jednoga pravnog lijeka traži postojanje *gravamena* na strani onoga tko podnosi pravni lijek.<sup>54</sup> Postojanje *gravamena*, u pravilu, treba vrijediti za sve pravne lijekove i za sve osobe koje podnose pravni lijek, iako se on zasebno utvrđuje za svakoga sudionika postupka.<sup>55</sup> Moguće je, međutim, da se zahtijevanje *gravamena*, ako je riječ o odlukama koje obuhvaćaju određene novčane iznose (novčana kazna, troškovi postupka i sl.), učini ovisnim o tome da vrijednost predmeta

---

52 U propisima njemačkog kaznenog procesnog zakona iz 1877. godine nema dokaza da li se na strani podnositelja pravnih lijekova prethodno zahtijevalo da postoji *Beschwer*. Poslije su neki nacrti kaznenoprocesnih zakona sadržavali odredbe po kojima je pravni lijek, pored državnoga tužitelja, mogao izjaviti samo onaj tko je terećen (*beschwert*). Jedan zakonski nacrt iz 1939. izričito je nalagao postojanje *Beschwera* u slučaju oslobadajuće presude ili presude kojom se postupak obustavlja. Prema: G. Kaiser, *Die Beschwer als Voraussetzung...*, 1992, 17 i dalje, W. Ohndorf, *Die Beschwer...*, 1972, 25 f.

53 G. Kaiser, *Die Beschwer als Voraussetzung...*, 1992, 5.

54 O tome posebice: G. Kaiser, *Die Beschwer als Voraussetzung...*, 1992, 5 i dalje.

55 Steindorf, *KK, OWiG*, § 79 Rn 54.

žalbe prekoračuje određen iznos. Pritom se pojam šteta (*Nachteil*) ne smije izjednačavati s pojmom *gravamena* (*Beschwer*).<sup>56</sup>

*Gravamen*, kao uvjet pravnog lijeka, osim u kaznenom postupku, svoju primjenu ima i u građanskom parničnom postupku.<sup>57</sup> U upravnom postupku onaj tko se žali mora dokazati da je *terećen* upravnim aktom. U ustavnosudskom postupku također se traži da onaj tko podnosi tužbu (žalbu) bude u ustavno-pravnom smislu *terećen* neustavnom odlukom.<sup>58</sup> U radnim, socijalnim i nekim administrativnim postupcima *gravamen* jednako tako ima svoju primjenu. U postupku zaštite ljudskih prava pred Europskim sudom za ljudska prava, kao *potreba odobrenja* (*Zulassigkeiterfordernis*), nužno je postojanje *gravamena*.<sup>59</sup> Treba, međutim, naglasiti da se pojam *gravamena* u navedenim pravnim postupcima ne koristi na isti način. Pod tim se pojmom u različitim postupcima razumijeva i različit sadržaj.<sup>60</sup>

I u komparativnom kaznenom procesnom pravu *gravamen* ima svoje zapaženo mjesto. Švicarsko kazneno procesno pravo zahtijeva *gravamen* osporavatelja kao uvjet koji proizlazi iz potrebe za pravnom zaštitom.<sup>61</sup> Sudska praksa te države<sup>62</sup> zahtijeva postojanje *pogodenosti* onoga koji podnosi pravni lijek. Ta *pogodenost* mora proizlaziti iz dispozitiva pobijane odluke, a odnosi se na njegova prava i pravne interese. I talijansko kazneno procesno pravo zahtijeva *gravamen* kao preduvjet pravnih lijekova. *Gravamen* može proizlaziti iz dispozitiva, ali i iz obrazloženja presude. U francuskom kaznenom pravu izvanredni pravni lijek *pourvoi en cassation*, koji je sličan njemačkoj reviziji, dopušten je samo onda ako onaj tko podnosi taj pravni lijek može dokazati *pravnu valjanost interesa* za ukidanje odluke.

---

56 O tome: K.H. Gössel, *Strafverfahrensrecht*, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1977, 266 (u nastavku: K.H. Gössel, *Strafverfahrensrecht.*, 1977).

57 O tome: L. Rosenberg, - H. Schwab, *Zivilprozeßrecht*, 14. Aufl., München, 1986, § 137 II 3 (u nastavku rada: L. Rosenberg, - H. Schwab, *Zivilprozeßrecht.*, 1986). Jedino se u § 546 ZPO spominje pojam *Beschwer* tako što se revizija u imovinskopravnim sporovima proglašava obavezujućom u pogledu dopuštenosti ako *Beschwer* - koji proizlazi iz prizivne presude - ne prelazi vrijednost od 60.000 DM. O značenju ustanove *gravamena* u građanskom parničnom postupku, vidi i: Kamhi, S., *Sistem pravnih lijekova po Zakonu o parničnom postupku*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 1959, 42.

58 Riječ je o praksi njemačkoga Saveznog ustavnog suda.

59 Usp. članak 25. Evropske konvencije o ljudskim pravima i slobodama.

60 O tome: G. Kaiser, *Die Beschwer als Voraussetzung...* 1992, 7.

61 Prema: R. Hauser, *Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozeßrechts*, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M., 1984, str. 71 f. U građanskom postupku važnost potrebe postojanja *Beschwer* također je priznata. R. Hauser, *Schweizerisches Strafprozeßrech.*, 271 f., označava *Beschwer* kao nepisani uvjet postupka o pravnim lijekovima.

62 Misli se prvenstveno na švicarski Savezni sud.

Pretpostavka tome je da ga *tereti* pobijana odluka.<sup>63</sup> Austrijsko kazneno procesno pravo zakonski vrlo određeno propisuje pravo na pravni lijek. Iako se ni u tom pravu sve ne može izvesti iz zakonske regulative, i ono pretpostavlja načelo da svaki pravni lijek zahtijeva postojanje *pogodenosti*, odnosno *nanešene štete* onomu u čiju se korist pravni lijek podnosi,<sup>64</sup> što znači da se i u tom pravu statuiraju nepisani *gravamen*.

## 8. Postojanje *gravamena* na strani pojedinih ovlaštenika prava na žalbu

### 8.1. Opće napomene

U mnoštvu slučajeva postojanja *gravamena* na strani pojedinih ovlaštenika prava na žalbu bit će korisno opisati barem najvažnije skupine tih slučajeva, posebice na strani optuženika. Prije toga treba podsjetiti da opseg osporavanja sudskih odluka nije isti za sve sudionike postupka. Samo pravo na osporavanje ne omogućuje i osporavanje svih odluka i po svim osnovama. To je općeprihvaćeno načelo, iako sam pojam pravnog lijeka, a ni same zakonske odredbe o pravnim lijekovima, ne upućuju na ograničavanje osporavanja sudskih odluka potrebnom postojanja jednoga općeg *gravamena*. Zato se i govori o *gravamenu* kao nepisanoj (nezakonskoj) kaznenoprocenoj ustanovi. Pa ipak, iz ciljeva kaznenog postupka, što ih propisuje kaznenoproceni zakon, proizlazi da se sudionicima kaznenog postupka, prije svega privatnim sudionicima, osporavanje sudskih odluka mora učiniti ovisnim upravo o postojanju *gravamena*.<sup>65</sup> Naime, sam zakon pruža odgovor kakve su i kolike ovlasti pojedinih subjekata u postupku glede dopustivosti, ali i opsega i sadržaja pravnih lijekova protiv sudskih odluka. Tako tužitelju pripadaju široke mogućnosti korištenja pravnih lijekova, ponajprije s ciljem zaštite društvenih interesa, ali po načelu zakonitosti i interesa samog optuženika. Optuženiku, pak, pripada pravo pobijanja svih onih sudskih odluka koje su štetne za njega i njegova prava u kaznenom postupku. I za sve ostale ovlaštenike (privatnog tužitelja, supsidijarnog tužitelja, oštećenika i druge) vrijedi pravilo da njihov opseg pobijanja sudskih odluka proizlazi iz ukupnih kompetencija koje im daje kazneno pravo u kaznenom postupku.<sup>66</sup>

---

63 Članak 567. franc. ZKP.

64 Vidjeti: E. Foregger, - E. Serini, Die österreichische Strafprozeßordnung (Strafprozeßordnung 1975.), samt den wichtigsten Nebengesetzen, 4. Aufl., Wien, 1989, § 282 (u nastavku rada: E. Foregger - E. Serini, StPO).

65 G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 101.

66 O tome: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 102. i dalje.

## 8.2. Postojanje *gravamena* na strani optuženika

Na strani optuženika *gravamen* se neizostavno traži pri pobijanju osuđujućih, oslobađajućih i odbijajućih presuda, odluka o obustavi postupka, ali i pri pobijanju drugih odluka koje su štetne za njegov pravni položaj u kaznenom postupku. Određeniji katalog *gravamena* na strani optuženika moguće je prikazati analizom sadržaja zakonskih osnova po kojima se sudska kaznena presuda može pobijati, te analizom sudskih odluka kojima se odlučivalo o optuženikovim žalbama, imajući pritom u vidu već iznesene osnovne pravne postavke o toj, još uvijek nepisanoj (nezakonskoj), pravnoj ustanovi. Optuženiku će tako biti nanesena izravna stvarna i pravna šteta ako mu je, umjesto oslobađajuće presude izrečena osuđujuća presuda s odlukom o krivnji i kaznenoj sankciji. U tom bi slučaju bila povrijeđena prvenstveno njegova temeljna ljudska prava na čast i ugled, slobodu, imovinu, ali i druga prava ovisno o različitim načinima kršenja čovjekovih prava nepravilnom sudskom odlukom. Osim faktičnoga oduzimanja slobode (zatvor) sa svim njegovim negativnim učincima, ili oduzimanja imovine (novčana kazna), često uz izravno ugrožavanje optuženikove egzistencije, takvom se nepravdom osudom bitno pogoršava pravni položaj optuženika u društvu jer ga se stigmatizira kao kriminalca sa svim negativnim društvenim posljedicama (osobnim, statusnim, profesionalnim i dr.). Posve je jasno da u takvim slučajevima na strani optuženika postoji *gravamen*, kao i neposredni pravni interes za pobijanje takvih sudskih odluka. Do nepravilnih sudskih odluka može doći zbog povrede kaznenoga zakona, zbog temeljenja presude na pogrešno ili nepotpuno utvrđenom činjeničnom stanju, te zbog povrede zakonskih pravila pri izricanju odnosno odabiru vrste i mjere kaznene sankcije. Iz dikcije i sadržaja pojedinih zakonskih žalbenih osnova i njihovom raščlambom lako je zaključiti da se *gravamen* na strani optuženika može prouzročiti različitim povredama i materijalnoga i formalnoga kaznenog zakona, koje upravo zbog toga i dovode do različitih vrsta štetnih (pravnih) pogodnosti optuženika.

Osim ovoga najočitijeg primjera postojanja *gravamena* na strani optuženika u slučaju njegove neosnovane osude i kažnjavanja, na njegovoj strani može postojati *gravamen* i u slučajevima donošenja drugih vrsta kaznenih odluka. Tako optuženik može biti štetno pogođen i oslobađajućom presudom, ako je ta presuda donesena na osnovi za nj nepovoljnije zakonske osnove koja također pogoršava njegov pravni položaj.<sup>67</sup> S tim u vezi općeprihvaćeno je sta-

---

67 Npr. optuženik je oslobođen po toč. 2. ili toč. 3. čl. 354., umjesto po toč. 1. (djelo za koje se optužuje po zakonu nije kazneno djelo) – ta je osnova (toč. 1.) za njega najpovoljnija.

jalište da i u tim slučajevima optuženik ima pravo na odgovarajući pravni lijek, upravo zbog toga što se i takvim odlukama dovodi u nepovoljniji pravni položaj.

I pri donošenju odbijajuće umjesto oslobađajuće presude, ili pri obustavi postupka umjesto oslobađajuće presude, također može postojati *gravamen* na strani optuženika. I takve bi sudske odluke optuženik mogao pobijati pravnim lijekom, ne samo zbog postojanja *gravamena* nego i zbog njegova neposrednoga pravnog interesa da se umjesto tih odluka donese za njega povoljnija sudska odluka.

Postojat će *gravamen* na strani i onog okrivljenika kojemu je neosnovano izrečena mjera pritvora. Smatra se, naime, da je neosnovanim pritvaranjem povrijeđeno njegovo temeljno pravo na slobodu,<sup>68</sup> u čemu se i sastoji njegova stvarna i pravna štetna pogodenost (*gravamen*).

I dok navedeni slučajevi postojanja *gravamena* u osnovi nisu dvojbeni, nešto je drukčije kada su sudske odluke donesene uz povredu odredaba kaznenog postupka. Osnovno polazište pravne teorije i sudske prakse jest da pravni položaj optuženika može biti pogoršan i onda ako je sudska odluka donesena na nezakonit način, tj. u postupku koji nije vođen po odredbama Zakona o kaznenom postupku. Optuženik će moći pobijati takve sudske odluke samo ako su počinjene povrede bile na njegovu štetu, a ne na štetu drugih sudionika kaznenog postupka. Analizom bitnih povreda odredaba kaznenog postupka moguće je vidjeti o kojim sve nepravilnostima postupka može biti riječ. Svakom od tih povreda u pravilu se, uz ostalo, povrjeđuje i neko od osnovnih načela kaznenog postupka. U svakom slučaju, smatra se da je sudska odluka donesena u nezakonito provedenom kaznenom postupku sama po sebi štetna za optuženika jer je nezakonita i sama donesena odluka koju optuženik upravo zato može pobijati pravnim lijekom.

U vezi s navedenim, a u cilju daljnje razrade optuženikova prava na žalbu, pa i u kontekstu nužnoga postojanja *gravamena*, treba istaknuti da su kompetencije *optuženika* u kaznenom postupku znatno ograničenije nego državnog tužitelja koji također ima status stranke u postupku. Optuženiku tako ne pripada pravo zaštite društvenih interesa, postizanja stabilizacije normi ili djelovanja na jedinstvenoj primjeni zakona. On nema nikakvih ovlasti u pogledu pokretanja kaznenog postupka. On ne može iznuditi, čak ni inicirati, da tužitelj podigne javnu optužbu – to pravo, za razliku od optuženika, ima oštećenik. Njegova se nadležnost u postupku proteže samo na očuvanje *vlastitih* prava i interesa, ali ne u većoj mjeri nego što to objektivno predviđa kazneno zakonodavstvo.<sup>69</sup> Njegova se nadležnost proteže na praćenje i zaštitu vlastitih interesa u okviru objektivnoga kaznenopravnog sustava. Jedino u kontekstu te

---

68 Vidjeti odluku Ustavnog suda RH, U-III-1162/1997. od 2. XII. 1998.

69 Tako: W. Frisch, SKStPO, § 296, Rn 126.

nadležnosti on može, uz ostalo, podnositi i pravne lijekove protiv sudskih odluka koje su za nj štetne. Upravo se u tom smislu i govori o potrebi postojanja *gravamena* kao preduvjeta pravnih lijekova optuženika.<sup>70</sup> Šteta za optuženika, u procesnopravnom smislu, sastoji se u ugrožavanju ili povredi njegova pravnog položaja u postupku, odnosno u drugim procesnim nepogodnostima koje se cijene na temelju objektivnih kriterija.

Za pravni lijek optuženika, kao njegov preduvjet, traži se dakle postojanje *gravamena* na njegovoj strani.<sup>71</sup> Da bi optuženik mogao podnijeti određeni pravni lijek, mora se prethodno ocijeniti je li optuženikovo osporavanje usmjereno protiv ugrožavanja njegovoga pravnog položaja, odnosno zbog određene *nepogodnosti*, ili on ima drugi cilj. To pravilo upućuje na zaključak da optuženik može podnijeti pravni lijek samo u svoju korist, a ne i na svoju štetu. Po istom kriteriju procjenjuje se i pravni lijek tužitelja kada ga podnosi u korist optuženika, koji je moguć samo onda kada je optuženik *terećen* u svom pravnom položaju. Na isti način određene su kompetencije i onih osoba koje u kaznenom postupku djeluju u korist optuženika (branitelja, zakonskoga zastupnika i drugih).<sup>72</sup>

Pravo optuženika na pravni lijek obuhvaća i pravo na pravilnu i zakonitu odluku, tj. „odluku bez pogrešaka”, što podrazumijeva i odgovarajući odnos tijela sudbene vlasti prema njemu. S tim u vezi u kaznenom postupku vrijedi pravilo da se optuženik ne smije pretvoriti u „običan predmet postupka” niti se smije dovesti u pitanje njegova „subjektivna kvaliteta i njegova egzistencijalna autonomija i integritet”. Reduciranje njegovih nadležnosti u odnosu prema državnom odvjetniku ne dovodi, međutim, u pitanje spomenute postulate niti ugrožava njegovo ljudsko dostojanstvo.

*Gravamen* se na strani optuženika različito utvrđuje kod pravnih lijekova koje namjerava podnijeti protiv odluka o krivnji, kaznenim sankcijama, obustavi postupka, u slučajevima donošenja oslobađajuće presude<sup>73</sup> te nekih drugih.

Nema nikakve dvojbe da *odluka o krivnji* iznad svega i prije svega tereti (*beschwert*) optuženika.<sup>74</sup> Zato je njegov pravni lijek kojim ide na odbijanje odluke o krivnji uvijek dopušten. Optuženik može smatrati da on uopće nije kriv i da je u konkretnom slučaju morao biti oslobođen. On također može nastojati

---

70 O tome: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 94.

71 G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung... 1992, 94. To je poseban oblik ograničenja općega prava optuženika na pravni lijek.

72 U pravnoj teoriji postoje shvaćanja da se o vlasti branitelja protežu i izvan interesa koji su vezani isključivo uz optuženika. To bi, po nekima, moglo biti „pravo na obranu vlastitoga terećenja i pravo osiguranja vlastitih povlastica.” Prema: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung... 1992, 96.

73 G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung... 1992, 2-3.

74 Tako: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung... 1992, 158.

postići izmjenu odluke o krivnji, npr. da nije počinio jedno djelo, nego neko drugo, kvalitetno drukčije, za njega blaže djelo.<sup>75</sup> Razlog za pravni lijek postojat će i onda ako optuženik smatra da je neosnovano osuđen zbog kvalificiranog, a ne osnovnog oblika djela, ako je osuđen zbog počinjenog, a ne pokušanoga djela, ako je osuđen zbog namjernog, a ne nehajnog djela, ako je osuđen zbog (su)izvršiteljstva, a ne sudioništva i sl. Sa stajališta postojanja *gravamena*, nema dvojbe da je pravni lijek optuženika uvijek dopušten ako je izjavljen protiv odluke o krivnji s namjerom njezina ukidanja, donošenja oslobađajuće presude ili zahtijevanja obustave postupka.<sup>76</sup> Naime, presuda o krivnji proizvodi takva pravna djelovanja koja krajnje nepovoljno pogoršavaju pravni položaj optuženika u kaznenom postupku. To se pogoršanje jedino može spriječiti podnošenjem pravnih lijekova koji su u tim slučajevima uvijek dopušteni. Stoga u sudskoj praksi i pravnoj literaturi nema podijeljenosti o tome da optuženik ima pravo na one pravne lijekove pomoću kojih može pobijati presudu o krivnji sadržanu u prvostupanjskoj presudi.<sup>77</sup>

Osim s ciljem ukidanja presude o krivnji, optuženiku je dopušten pravni lijek protiv takve odluke i zbog težnje za njezinom izmjenom u kvalitativnom smislu.<sup>78</sup> On tako može svojim pravnim lijekom odbiti za njegov pravni položaj opterećujući „moralni prigovor” sadržan u odluci o krivnji. Dopušten je pravni lijek uvijek kada žalitelj teži bilo kakvom poboljšanju odluke u kvalitativnom smislu, posebice kod djela koja su međusobno u stupnjevitom ili drugom tijesnom odnosu. Tako optuženik koji je osuđen zbog pronevjere može nastojati postići presudu zbog utaje; optuženik koji je proglašen krivim zbog razbojništva može nastojati dobiti presudu zbog krađe; optuženik koji je proglašen krivim zbog klevete može težiti za presudom zbog uvrede; optuženik koji je osuđen zbog više pojedinačnih kaznenih delikata u (realnom) stjecaju, može nastojati ishoditi presudu zbog jednoga produljenog kaznenog djela i sl.<sup>79</sup>

Pri postojanju pogrešnog identiteta optuženika, odnosno povrede subjektivnog identiteta optužbe na glavnoj raspravi, također nije upitna dopuštenost pravnog lijeka protiv takve odluke jer je i ona za njega *opterećujuća*.<sup>80</sup>

Pojedini sastavni dijelovi obrazloženja odluke o krivnji, iako optuženika terete, kao i sve stvarne konstatacije te pravna zaključivanja, načelno se ne

---

75 O tome: O. Plöttner, Die Beschwer..., 1973, 97.

76 Tako: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung... 1992, 159.

77 O tome posebno: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 158.

78 G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung... 1992, 160.

79 Usp. G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung... 1992, 2-3.

80 Gollwitzer, LR, § 230 Rn 11; K. Peters, Strafprozeß..., 1985, § 55 I; K.H. Gössel, Strafverfahrensrecht..., 288.



moгу samostalno pobijati,<sup>81</sup> čak ni onda kada takvo obrazloženje presude povrjeđuje osnovna optuženikova prava. To zbog toga što pogreške u obrazloženju presude ne dovode u pitanje postizanje općih ciljeva kaznenog postupka.

U pravnoj teoriji i sudskoj praksi također nema dvojbe o tome da su presude kojima se optuženiku izriču *kaznene sankcije* za njega uvijek opterećujuće (*beschwerend*).<sup>82</sup> U tim odlukama *gravamen* se iskazuje kroz izrečenu kaznu zatvora, novčanu kaznu, uvjetnu osudu, mjeru sigurnosti, odgojnu mjeru,<sup>83</sup> ali i kroz kazneni nalog ili bilo koju drugu kaznenu mjeru povezanu s osudom.<sup>84</sup> Optuženik može biti terećen i izrečenim nalogom za pljenidbu, zatim ako mu u kaznu nije uračunat pritvor ili već izdržani dio kazne, ili su mu neosnovano dosuđeni troškovi kaznenog postupka.<sup>85</sup> Optuženik može biti pogođen i odlukom o odbijanju prekida izdržavanja kazne, a za to su se stekli zakonski uvjeti, ili ako mu nisu priznate određene olakšice pri plaćanju novčane kazne, a na njih je imao pravo, ili ako mu nije izrečena jedinstvena kazna (u slučaju stjecaja djela), a za nju su se također stekli zakonski uvjeti.<sup>86</sup>

Osnovno je, dakle, pravilo da je pravni lijek uvijek dopušten ako optuženik njime želi potpuno ili djelomično ukloniti kaznenu sankciju sadržanu u izreci presude, koja objektivno opterećuje njegov pravni položaj.<sup>87</sup> Pravni će lijek također uvijek biti dopušten ako teži za priznavanjem određenih povlastica u svezi s odlukom o kazni. S druge strane, optuženik ne može podnijeti pravni lijek, zbog nedostatka *gravamena*, s namjerom postizanja za njega teže, nepovoljnije kaznene sankcije.<sup>88</sup> Optuženiku, dakle, ne pripada ovlast temeljem koje bi mogao pobijati one odluke koje su za njega objektivno povoljne. Postoje, međutim, shvaćanja po kojima bi optuženik mogao ići za „pooštravanjem neke negativne pravne posljedice” ako bi se za njega u konačnici u *cjelini* radilo o ukupnom poboljšanju njegova pravnog položaja.<sup>89</sup>

U kontekstu rasprave o potrebi postojanja *gravamena* na strani žalitelja posebno su zanimljive *oslobadajuće presude*. Naime, najmanje je dvojbi pri

---

81 G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 163.

82 O tome: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 153; Gollwitzer, LR, § 296, Rn 21; W. Frisch, SK-StPO, § 296, Rn 141; Eb. Schmidt, StPO II, § 296 Rn 17; B. v. Löbbecke, Begriff und Wesen der Beschwer..., 1972, 92; O. Plöttner, Die Beschwer..., 1973, 82.

83 Eb. Schmidt, StPO II, pred § 296 Rn 17.

84 Usp. G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 153-154.

85 R. Neumann, Die Beschwer..., 15 f.

86 G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 154; Gollwitzer, § 296, Rn 21; W. Frisch, § 296 Rn 144.

87 G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 154.

88 G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 157; W. Frisch, SK-StPO § 296 Rn 142.

89 Prema: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 155.; O. Plöttner, Die Beschwer..., 1973, 87.

pobijanju oslobađajućih presuda zbog očita postojanja okolnosti koje isključuju krivnju, kao i zbog toga što djelo po zakonu nije kazneno djelo. Stanovite se dvojbe pojavljuju kod oslobađajućih presuda zbog nedostatka dokaza. Nepostojanje dokaza može se odnositi na samo djelo, na protupravnost djela ili na neka zakonska obilježja kaznenog djela. S tim u vezi, on može imati opravdan interes za postizanje oslobađajuće presude iz nekoga drugog, za njega povoljnijeg razloga, a ne onoga navedenog u donesenoj presudi.<sup>90</sup>

U vezi s pobijanjem oslobađajućih presuda postavlja se još jedno pitanje: Može li optuženik pravnim lijekom težiti ukklanjanju ili izmjeni i drugih odluka povezanih s oslobađajućom presudom? Optuženik može pravnim lijekom pobijati i one dijelove odluke koji nalažu određene, za njega nepovoljne mjere. U pitanju je nedvojbeno optuženikova ovlast na ukklanjanje onih štetnih djelovanja u sudskoj odluci koja opterećuju njegov pravni položaj. Osim toga, kod svih vrsta oslobađajućih presuda on može zahtijevati *uklanjanje* ili *izmjenu* onih dijelova razloga presude u kojima su sadržana stvarna ili pravna štetna djelovanja.<sup>91</sup>

U teoriji se navodi da je dopušteno pobijati oslobađajuću presudu koja sadrži i *opterećujuće* ocjene o krivnji, jer bi i takva tvrđenja, makar i u oslobađajućoj odluci, povrjeđivala, uz ostalo, i osnovna prava optuženika, zbog čega bi takvo pobijanje bilo dopušteno.<sup>92</sup> Ako bi se, međutim, radilo *samo* o povredi osnovnih prava, ne bi se moglo dopustiti pobijanje oslobađajućih presuda pomoću kaznenoprocesnih pravnih lijekova zbog toga što bi se pritom miješala pitanja *kaznenoprocesnog gravamena*, s jedne strane, i *ustavnoprocesnog gravamena*, s druge strane.<sup>93</sup> Ukklanjanje takvih manjkavosti putem kaznenoprocesnih pravnih lijekova ne bi bilo dopustivo.<sup>94</sup>

I pri osporavanju odluka o *obustavi* postupka nužno je postojanje *gravamena* na strani onoga tko podnosi pravni lijek. U pravnoj se teoriji razlikuje osporavanje *konačnih* i *privremenih* obustava postupka.<sup>95</sup> U svezi s potrebom postojanja *gravamena* na strani žalitelja i kod privremeno i kod konačno obustavljajućih odluka, potrebno je utvrditi ide li optuženik za tim da pravnim lijekom postigne ostvarenje prava koje mu po zakonu pripada. Moguće je, naime, da on osporava privremenu obustavu s ciljem ishoda konačne obustave ili s ciljem drukčije obrazložene obustave. U slučajevima bilo koje obus-

---

90 O tome posebice: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 185.

91 G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 181.

92 Eb. Schmidt, StPO II., I. § 296, 11 (Rn 20); O. Plöttner, Die Beschwer..., 1973, 160 ff.

93 Optuženik bi u ovim slučajevima mogao podići ustavnu žalbu. O tome posebice: W. Frisch, SK-StPO, § 296 Rn 138, 164, 166.

94 Tako: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 184.

95 Prema: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 212.

tave postupka, optuženiku se uvijek mora odobriti pobijanje tih odluka s ciljem ishoda oslobađajuće presude.<sup>96</sup> Optuženik bi svojom žalbom također mogao pobijati i druge procesne odluke kojima se *faktično* kazneni postupak obustavlja, u koje prije svega spadaju odbijajuće presude zbog nastupanja zastare, amnestije, pomilovanja ili je riječ o *res iudicati*.

Opravdana je i dopuštena okrivljenikova žalba protiv rješenja o pritvoru ako ide za tim da ishodi njegovo ukidanje s ciljem uklanjanja onoga djelovanja (lišavanje slobode) koje ga tereti u njegovu pravnom položaju. U tom slučaju *gravamen* bi se sastojao u povredi prava na slobodu.<sup>97</sup>

Glede općih uvjeta što ih mora ispuniti optuženik prilikom pobijanja sudskih odluka postavlja se i pitanje mora li postojati *gravamen* na njegovoj strani pri podnošenju žalbe kojom pobija sudsku presudu zbog počinjenih pogrešaka u postupku. U pravnoj se literaturi o toj problematici raspravlja pod natuknicom: „*gravamen (Beschwer)* zbog pogrešaka u postupku”.<sup>98</sup> Osnovna je, dakle, dvojba može li podnositelj pravnog lijeka pobijati (u)tvrdenu manjkavost u postupku. Sudska praksa i veći dio pravnih pisaca pritom zahtijevaju da bi zbog pogreške u postupku koju pobija podnositelj pravnog lijeka njome morao biti *stvarno* terećen (*beschwert*). Taj se zahtjev, zapravo, svodi na to da svaki sudionik u postupku može pobijati samo one povrede postupka koje pogađaju njega *samoga* (čak i samo posredno), a ne *drugoga* sudionika u postupku, posebice ne drugoga suoptuženika.<sup>99</sup> Samo propisi koji štite njegove interese mogu biti *revizibilni*, ali ne i propisi koji služe zaštiti trećih osoba. Što pojedinačno spada u krug prava optuženika sudska praksa ne određuje, ali bi se moglo zaključiti da taj krug prava znači brigu o interesima optuženika u vezi s objektivnim vođenjem dokaznog postupka i iznalaženjem istine, o procesnim interesima u pogledu očuvanja njegova prava na obranu, kao i o određenim izvanprocesnim interesima optuženika.<sup>100</sup>

Osnovno je dakle pravilo da sudionici postupka mogu pobijati *svaku* povredu zakona.<sup>101</sup> Ne bi bilo opravdano pravila *postupka* izuzimati iz revizibiliteta jer one utvrđuju granice do kojih se, u interesu pronalaženja istine, u prava trećih osoba smije zadirati.<sup>102</sup> Neki pravni pisci upotrebu tih pravnih lijekova čine ovisnom o *težini* povrede postupka.

---

96 Tako: Eb. Schmidt, StPO II, § 296 Rn 25.

97 K. Peters, Strafprozeß., 1985, § 47 A VI 2; C. Roxin, Strafverfahrensrecht., § 30 G I 1.

98 Prema: K.H. Gössel, Strafverfahrensrecht., 182, 320 f.; B. v. Löbbecke, Begriff und Wesen der Beschwer., 1972, 144 ff., G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung., 1992, 164.

99 Eb. Schmidt, StPO II, § 337 Rn 25.

100 O tome: Eb. Schmidt, Die Verletzung der Belehrungspflicht gemäß § 55 II StPO als Revisionsgrund, JZ 1958, 597.

101 O tome izrijekom: E. Schlüchter, Strafverfahren., Rn 723.2.

102 Tako: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung., 1992, 167.

Iako optuženiku pripada pravo zaštite svih njegovih prava i interesa u postupku, posebice prava na zakonitu odluku, ipak postoji jedno važno ograničenje toga pravila kod pogrešaka u postupku: u slučaju povreda normi postupka, koje štite interese trećih osoba ili opće interese, a optuženiku samo neizravno i slučajno idu na ruku, ne postoji pravo njihova pobijanja. Ako, pak, optuženik osporava povredu procesnih normi koje su počinjene na njegovu štetu, njegov je pravni lijek uvijek dopušten.<sup>103</sup>

### 8.3. Postojanje *gravamena* na strani tužitelja

*Tužitelj* u kaznenom postupku strogo je vezan načelom zakonitosti i zbog toga mora djelovati kako na štetu, tako i u korist optuženika. Upravo zato što nije samo stranka u kaznenom postupku u svojim je odlukama vezan za strogu objektivnost. Njegova bi zadaća bila zaštita državnih interesa, postizanje „stabilizacije normi”, otklanjanje „ometanja pravnoga mira”, ali i zastupanje interesa optuženika.<sup>104</sup> Osim toga, on će izjaviti pravni lijek i ako je dovedeno u pitanje postizanje svrhe postupka ili je potrebno ponovno uspostavljanje „snage važenja propisanih normi ponašanja”. Iz navedenog proizlazi da ne postoji jedna i jedinstvena potreba postojanja *gravamena* na strani tužitelja.<sup>105</sup>

Tužitelj može, bilo u korist ili na štetu optuženika, putem pravnih lijekova, osporiti svaku po svome mišljenju s „objektivnim pravom” neusklađenu odluku ako se, zbog postojanja materijalnih i formalnih manjkavosti, dovodi u pitanje postizanje svrhe postupka. Njegov je, dakle, pravni lijek dopušten uvijek kada njime ide za uklanjanjem nepravilnih i nezakonitih odluka.

Posebna je dilema mora li se uvijek tražiti *gravamen* i za pravni lijek tužitelja. Prije odgovora na tu dilemu treba razlikovati podnosi li se pravni lijek u korist ili na štetu okrivljenika. U prvom se slučaju traži postojanje *gravamena* kod okrivljenika,<sup>106</sup> dok se u drugom slučaju, pak, tužitelj može žaliti uvijek kada postoji odluka koja ne odgovara pravnoj normi.<sup>107</sup> Uzima se da tada *gravamen* nije potreban.<sup>108</sup> Pravo tužitelja na žalbu u korist optuženika nije ustanovljeno u cilju zaštite privatnog interesa, niti ono spada u privatna prava tužitelja. Takvo pravo je njegova zakonska obveza i ustanovljeno je u javnom interesu.

---

103 Tako: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 175.

104 O tome: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 92.

105 G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 93 i dalje.

106 L. Zysk, Die Anfechtbarkeit freistellender Entscheidungen..., 38; B. v. Löbbecke, Begriff und Wesen der Beschwer..., 1972, 40.

107 C. Roxin, Strafverfahrensrecht..., 1991, § 51 B II 2 b.

108 O tome posebice: C. Amelunxen, Die Berufung..., 1985, 15.

Budući da tužitelj u kaznenom postupku nije samo stranka, već zajedno sa sudom djeluje u postizanju ciljeva kaznenog postupka, općenito se, dakle, smatra ne samo ovlaštenim nego i dužnim suprotstaviti se odlukama koje nisu u suglasnosti s pravnim propisima. Može prigovoriti da odluka nije sukladna zakonu, da narušava pravno jedinstvo, da nepravедno pogađa optuženika i druge sudionike u postupku ili da je u suprotnosti s drugim javnim interesima. S tim u vezi uvijek je dopušten pravni lijek tužitelja kojim on prigovara osudi ili oslobodenju optuženika.<sup>109</sup> U tim se slučajevima uopće ne postavlja pitanje postojanja *gravamena*. Ako tužitelj podnosi pravni lijek isključivo u korist optuženika, prema načelnim stajalištima, takav pravni lijek treba biti dopušten ako je optuženik i sam *terećen* (*beschwert*).

Ako je optuženik proglašen krivim za neko kazneno djelo, tužitelj može pravnim lijekom pobijati presudu o krivnji koja je prema njegovu mišljenju neodgovarajuća i zahtijevati njezino ukidanje ili izmjenu, neovisno o tome je li ta izmjena kvantitativna ili kvalitativna i je li u korist ili na štetu optuženika. Ako presuda sadrži odluku o kaznenoj sankciji, tužitelj može protiv svake od tih odluka podnijeti pravni lijek ako smatra da one nisu sukladne zakonu.<sup>110</sup> Ta mogućnost postoji neovisno o tome je li ta odluka sastavni dio izreke presude ili njezina obrazloženja i neovisno o tome na kojega se sudionika ova odluka, pozitivno ili negativno, odnosi. Nedopušten je, međutim, pravni lijek tužitelja kojim izdvojeno pobija pojedine dijelove obrazloženja presude koji sadrže nebitna stvarna utvrđenja i pravne ocjene zato što ona ne mogu proizvesti relevantna (štetna) pravna djelovanja.

Tužitelj može pobijati svaku *oslobadajuću* presudu s ciljem ishoda konačne osude. Pravni lijek s ciljem zadržavanja oslobadajuće presude, uz izmjenu njezina obrazloženja, dopušten je samo ako razlog oslobadajuće presude nije odgovarajući jer je npr. oslobađanje trebalo biti utemeljeno na pravilnijoj zakonskoj osnovi.

U vezi s povredama postupka („pogreške u postupku”) vrijedi načelo da tužitelj može pobijati svako postupanje suda koje je u opreci sa zakonom ako je ono protivno ciljevima kaznenog postupka. Kako kaznenopravnom uređenju, pored materijalnoga kaznenog prava, pripada i formalno kazneno pravo, koje propisuje *put* postizanja zakonite odluke, tužitelj može pobijati i „pogrešno ostvarenje odluke”, uz ostalo i zbog toga što se ne može prihvatiti ni svaki (pogrešan) *način* vođenja kaznenog postupka.

Odgovor na pitanje jesu li pravni lijekovi tužitelja dopušteni samo protiv izreke presude ili se njima mogu zahtijevati i izmjene u obrazloženju pre-

---

109 B. v. Löbbecke, Begriff und Wesen der Beschwer., 1972, 100.

110 G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung., 1992, 227.

sude, ovisi o tome iz kojega dijela odluke proizlaze „štetna pravna djelovanja”. Ako takva nedopuštena pravna djelovanja postoje, neovisno u kojem se dijelu presude nalazila, pravni bi lijek tužitelja bio dopušten.<sup>111</sup>

*Privatnom tužitelju* ne pripada, kao državnom tužitelju, „službeni položaj predstavnika pravosuđa”. Njegove su ovlasti u kaznenom postupku bitno ograničene. On može težiti za zaštitom samo vlastitih (privatnih) interesa, s pravom gonjenja i kažnjavanja optuženika u kaznenom postupku. On također može težiti određenim „pravnim rasterećenjima” ili „dobivanju povlastica”, koje su u njegovu interesu, ili „obrani” od terećenja njegova vlastitog pravnog položaja.<sup>112</sup> Podnošenje pravnih lijekova privatnog tužitelja povezano je sa zaštitom samo njegovih interesa. Tako je ponajprije dopušten njegov pravni lijek kojim pobija oslobađanje optuženika, s ciljem postizanja osuđujuće presude. Stajalište je sudske prakse i teorije da privatni tužitelj ne može podnijeti pravni lijek u korist optuženika, za razliku od državnog tužitelja čija se ovlast zasniva na njegovu službenom položaju zastupnika „kaznenopravnog poretka.”<sup>113</sup>

Nadležnost *supsidijarnog tužitelja* također je ograničena na zaštitu samo onih prava i interesa koja su mu zakonom priznata. On prije svega može zahtijevati odluku o krivnji i kazni za optuženika. On također može ići na opsežna „pravna rasterećenja” ili na „obranu” od terećenja svojega pravnog položaja, kao i na postizanje vlastitih povlastica.<sup>114</sup> I njegovi pravni lijekovi vezani su samo na štetne sudske odluke za njega, što znači da se i za pravni lijek *supsidijarnog tužitelja* traži postojanje *gravamena* na njegovoj strani, kao opći uvjet uporabe pravnog lijeka.<sup>115</sup>

## **9. Odnos ustanove gravamena i neposrednoga pravnog interesa ovlaštenika prava na žalbu**

Ograničenje prava na žalbu ne sastoji se samo u obvezi njezina podnošenja u zakonskom roku, već i u tome da se svaki ovlaštenik toga prava njime može koristiti samo u okviru svojega *neposrednog pravnog interesa*.<sup>116</sup> Pritom nije od značenja kakvu je presudu donio sud, već je li tom presudom povrijeđen

---

111 Tako: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 226.

112 G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 143.

113 Gollwitzer, LR, § 296 Rn 36, § 304 Rn 44; E. Schlüchter, Das Strafverfahren..., Rn 826.3.

114 G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 143-144.

115 Tako: G. Kaiser, Die Beschwer als Voraussetzung..., 1992, 101.

116 Usp. D. Krapac, Zakon o kaznenom postupku, Zagreb, 2002, 133; T. Vasiljević, Sistem krivičnog procesnog prava..., 1981, 562, T. Bubalović, Pravo na žalbu u kaznenom postupku, Bemust, Sarajevo, 2006, 118-122.

nećiji pravni interes i može li se njezinim pobijanjem ishoditi povoljnija odluka. S tim u vezi može se kazati da pravni interes postoji uvijek ako žalitelj, podnošenjem svoje žalbe, u slučaju da ona bude prihvaćena, može očekivati poboljšanje svoga pravnog položaja, odnosno postizanje određene (pravne) koristi u svezi s konkretnim slučajem.<sup>117</sup> Iako ZKP ne sadrži izričitu odredbu o tome, iz dikcije i smisla odredbi koje se odnose na ustanovu pravnih lijekova proizlazi da svaka stranka može pobijati sudsku odluku samo po onoj osnovi koja pogađa njezin interes i radi uklanjanja štete koju trpi zbog nepravilnosti donesene odluke.<sup>118</sup> Pravni se lijek ne može podnijeti zbog povreda koje pogađaju interes suprotne stranke i radi uklanjanja štete koju trpi netko drugi. Tako npr. optuženik ne može izjaviti žalbu na svoju štetu jer za to nema opravdan pravni interes.

Neposredan pravni interes može se razmotriti prema vrsti odluka koje donose sudbena tijela (osuđujuće presude, oslobađajuće presude, odbijajuće presude i sl.), i prema pojedinim ovlaštenicima prava na žalbu u kaznenom postupku (optuženiku, ovlaštenim tužiteljima, oštećeniku i dr.).

I dok je potpuno jasna situacija glede postojanja pravnog interesa pri pobijanju osuđujućih presuda, poseban je slučaj žalba optuženika protiv oslobađajuće presude koja bi se mogla označiti kao protivna osnovnom konceptu pravnih lijekova. Smatra se, naime, da optuženik takvom žalbom ne može ništa bitnije izmijeniti u svom pravnom položaju. Samo je izreka presude predmet pravnog lijeka jer je jedino ona „zapovijed i manifestacija volje suda”.<sup>119</sup> Kod te vrste presude žalba se ne podnosi protiv izreke presude, jer ona optuženika ni u čemu ne pogađa. Pravnim lijekom protiv oslobađajuće presude pobijaju se razlozi (obrazloženje) presude, u čemu se i ogleda stanovita protivnost osnovnom uređenju pravnih lijekova, posebice njihovu cilju i svrsi, iako je i po tom konceptu dopušteno pobijanje razloga presude, ali samo kao sredstvo za izmjenu izreke presude.<sup>120</sup>

Pozitivna prava, posebice pravna teorija, različito, pak, pristupaju tom pitanju i različito ga rješavaju. S tim u vezi mogu se uočiti tri pristupa: žalba optuženika protiv oslobađajuće presude radi postizanja oslobođenja po povoljnijoj osnovi odstupanje je od osnovnog uređenja ustanove pravnih lijekova; žalba optuženika protiv oslobađajuće presude u nekim slučajevima može biti

---

117 Usp. S. Triva - V. Belajec, - M. Dika, *Gradansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1986, 547.

118 Usp. D. Krapac, *Zakon o kaznenom postupku*, Zagreb, 2002, 133; T. Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Beograd, 1981, 562.

119 Tako: T. Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava...*, 1981, 564.

120 O tome posebice: T. Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava...*, 1981, 564. Vasiljević smatra da se opterećivanje sudova raspravljanjem o pitanjima „akademskog karaktera”, koja imaju nekog, ali ne bitnog interesa za optuženika, i vrlo malo društvenog interesa, ne može preporučiti.

opravdana, a u nekima ne, što znači da ne postoji opće, jedinstveno rješenje; žalba optuženika protiv oslobađajuće presude opravdana je i dopuštena onda kad oslobađajuća presuda predstavlja ne samo moralnu, već i neposrednu, konkretnu štetu za optuženika.<sup>121</sup>

Za presude kojima se *odbija optužba* osnovno je pravilo da je žalba protiv takvih presuda opravdana i dopuštena kada se stvar takvom (odbijajućom) presudom ne okončava, već se odgađa na neodređeno vrijeme, a optuženik smatra da nema smetnji da se suđenje nastavi, ili kada se stvar upućuje drugom sudu koji optuženik smatra nenadležnim. U tim slučajevima postojao bi interes optuženika za podnošenje žalbe i njegova bi žalba bila dopuštena. Optuženik se, međutim, ne bi mogao žaliti samo s ciljem traženja da sud, umjesto odbijanja optužbe iz formalnoga zakonskog razloga, nastavi raspravljanje o stvari i donese meritornu odluku.<sup>122</sup> Također, ne bi bila dopuštena ni žalba optuženika protiv presude kojom je odbijena optužba zbog zastare s ciljem utvrđenja da on nije počinitelj kaznenog djela, jer ni u tom slučaju ne bio postojao opravdan pravni interes na strani žalitelja.

Iako su svi *ovlašteni tužitelji* (državni tužitelj, privatni tužitelj i oštećenik kao tužitelj) načelno gledano u jednakom položaju, svaki od njih se može žaliti na presudu samo u okviru svojih prava i interesa koje mu zakon priznaje. Tako npr. proširene ovlasti državnog tužitelja na izjavljivanje pravnog lijeka i u korist optuženika temelje se na općoj obvezi tužitelja, kao tijela državne vlasti, da s jednakom pozornošću istražuje i utvrđuje kako činjenice koje terete okrivljenika, tako i činjenice koje mu idu u korist.<sup>123</sup> S tim u vezi važno je istaknuti da uvjetovanje pravnog lijeka postojanjem pravnoga interesa subjekta koji ga izjavljuje ne priječi tužitelja da podnese pravni lijek u korist optuženika, jer interes koji predstavlja državni tužitelj nije samo interes osude, već i interes donošenja pravilne presude, zbog čega to nije odstupanje od općeg pravila da svatko može podnijeti pravni lijek samo u okviru svojih prava i interesa.<sup>124</sup> Osim toga, državni tužitelj, po načelu legaliteta, dužan je žaliti se na svaku nepravilnu i nezakonitu presudu. On će podnijeti pravni lijek neovisno o tome kakve je prijedloge stavljao u postupku. Tako, ne mora izjaviti pravni lijek onda kada njegovu tužbenom zahtjevu nije udovoljeno, ali ga može izjaviti i onda kad

---

121 Prema: T. Vasiljević, Sistem krivičnog procesnog prava..., 1981, 565.

122 Usp. T. Vasiljević, Sistem krivičnog procesnog prava..., 1981, 565 i dalje.

123 O tome: T. Vasiljević, Sistem krivičnog procesnog prava..., 1981, 568; usp. H. Sijerčić-Čolić. - D. Vuleta. - M. Hadžimeragić, Komentar Zakona o krivičnom postupku, OSCE - Ured za demokratizaciju, Sarajevo, 1999, 458.

124 Usp. T. Vasiljević, Sistem krivičnog procesnog prava..., 1981, 563.



su njegovi prijedlozi u potpunosti usvojeni.<sup>125</sup> Smatra se, naime, da upravo pravnim lijekom državni tužitelj može korigirati svoj stav iznesen u optužnici i na glavnoj raspravi za koji smatra (on ili viši tužitelj) da je bio pogrešan.<sup>126</sup>

Kada se govori o postojanju pravnog interesa pri pobijanju sudskih odluka, treba podsjetiti da neka pozitivna prava poznaju mjere za sprječavanje podnošenja pravnih lijekova onih ovlaštenika koji virtualno imaju interes za pravni lijek, ali to pravo zloupotrebljavaju tako što se njime koriste radi odugovlačenja postupka, procesnih prijevara ili ucjena protivne stranke. Propisivanje takvih mjera moralo bi se svesti na minimum, zbog opasnosti da se time ne oteža ili ograniči stvarna, objektivno potrebna upotreba pravnih lijekova.<sup>127</sup>

Treba također istaknuti da se ne smiju poistovjetiti pojmovi *pravni interes* i *gravamen* niti se ta dva pojma smiju izjednačiti sa *žalbenim razlozima*. Naime, *gravamen* predstavlja neposrednu štetnu pogodenost onoga tko podnosi pravni lijek, do koje dolazi donošenjem nepravilne sudske presude, te mu na taj način bitno pogoršava pravni položaj u kaznenom postupku. *Gravamen* je nepisana, posebna kaznenoprocena ustanova koja se pojavljuje kao uvjet podnošenja žalbe u kaznenom postupku. S druge strane, neposredni pravni interes, kao zasebna ustanova, proizlazi iz više zakonskih odredbi na osnovi kojih ovlaštenici stječu pravo podnošenja pravnog lijeka. Taj je pravni interes različit kod svakoga subjekta prava na žalbu i ona se može izjaviti samo u okviru tog interesa. Tako npr. neposredni pravni interes neosnovano osuđenog optužnika jest ukidanje takve osude i ishodenje oslobađajuće presude. Može se, naime, kazati i to da priroda pravnog interesa ovlaštenika prava na žalbu proistječe iz prirode neposredne pravne pogodenosti onoga tko namjerava podnijeti pravni lijek, tj. da proistječe iz samoga *gravamena*, ali se te dvije ustanove i pored toga ne smiju poistovjećivati. Obje navedene ustanove nije moguće izjednačiti ni sa žalbenim razlozima. Žalbeni razlozi su pojavni konkretni oblici pojedinih vrsta pogrešaka u postupanju i odlučivanju tijela sudbene vlasti, kojih može biti bezbroj i po svojoj su naravi potpuno različiti od slučaja do slučaja. Žalbeni razlozi spadaju u osnove pobijanja pogrešne sudske odluke i nisu nikakav uvjet niti pretpostavka podnošenja bilo kojega pravnog lijeka.

---

125 O tome: T. Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava...*, 1981, 569.

126 T. Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava...*, 1981, 569.

127 Usp. T. Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava...*, 1981, 571.

**Prof. dr.sc. Tadija Bubalović**  
**Assistant professor, Faculty of Law University of Rijeka**

## NOTION, LEGAL NATURE AND APPLICATION INSTITUTION OF GRAVAMEN IN THE CRIMINAL PROCEEDINGS

*Gravamen is unwritten procedural-legal institute comprising legal position of the person requesting remedy, substantially deteriorated by incorrect or unlawful judicial decision. In this connection the thesis that the remedy against such decision may be submitted solely by the individual in the case of whom the existence of gravamen is established and exists when the direct violation, i.e. damaging effect for the rights or legally protected interests of the holder of the right to remedy is caused by the judicial decision is well-founded. The particular doubt is, however, whether it is mandatory to request the existence of gravamen for the remedy of the state attorney. If the request for remedy is submitted on behalf of the accused the existence of gravamen is requested for the accused. If it is submitted to his detriment the existence of gravamen is not necessary because the state attorney may always submit the appeal whenever the decision not corresponding to the legal existing rules. The submission of request for remedy by the private plaintiff (complainant) is connected exclusively to the protection of his/her interests.*

**Key words:** *criminal procedure, legal remedy, appeal, gravamen.*

**Prof. dr Dragan JOVAŠEVIĆ**  
**Pravni fakultet Univerziteta u**  
**Nišu**

**Pregledni članak**  
**UDK: 343.988-053.2/.6(485)**  
**343.988-053.2/.6(430)**  
**Primljeno: 15. novembra 2016. god.**

## **DETE – ŽRTVA SEKSUALNOG NASILJA U ŠVEDSKOM I NEMAČKOM PRAVU**

*Među najopasnije oblike i vidove ispoljavanja nasilničkog kriminaliteta svakako spadaju nasilni akti upravljeni protiv polnog integriteta drugih lica. To su seksualni delikti među kojima se po svom značaju, prirodi, karakteristikama i posledicama izdvajaju krivična dela polnog nasilja za koja su u svim savremenim krivičnim zakonodavstvima zaprećene teške kazne. Sva savremena krivična zakonodavstva razlikuju više oblika i vidova polnog nasilja zavisno od kriterijuma za deobu. Među njima se, posebno, ističu dela polnog nasilja nad decom. Standardi krivičnopravne zaštite dece koji su postavljeni u Konvenciji o zaštiti dece od seksualnog zlostavljanja i seksualnog iskorišćavanja su njenim ratifikovanjem postali deo nacionalnog pravnog poretka. Upravo o pojmu, karakteristikama i elementima krivičnih dela polnog nasilja kod kojih se svojstvo deteta javlja kao elemenat njihovog bića u švedskom pravu sa teorijskog i praktičnog aspekta govori ovaj rad.*

**Ključne reči: polna sloboda, nasilje, dete, zakon, Švedska, Nemačka, krivično delo, odgovornost, kazna.**

## 1. Uvodna razmatranja

Krivični zakonik Kraljevine Švedske<sup>1</sup> donet je daleke 1962. godine od kada je više puta menjan i dopunjavan. Zakonik koji je stupio na snagu 1965. godine, u glavi šestoj pod nazivom : „Polni zločini“ propisuje više krivičnih dela protiv polne slobode i polnog integriteta. Posebna zaštita maloletnika je obezbeđena kroz više posebnih krivičnih dela u osnovnom, privilegovanom ili kvalifikovanom obliku (Kuznjecova, Beljaev, 2001: 54-62).

Pri tome je sam Zakonik izričito odredio da se kao dete smatra lice uzrasta do četrnaest godina. Za razliku od modernih zakona (zakonika) koja imenuju krivična dela, ovde se, naprotiv, radi o neimenovanim krivičnim delima, kao i posebnoj zakonskoj nomotehnici (gde su prvo propisani instituti posebnog dela krivičnog prava), pa tek potom i instituti opšteg dela krivičnog prava (što nije svojstveno kontinentalnom pravnom sistemu).

## 2. Krivična dela u švedskom pravu

U nastavku rada ćemo analizirati pojam, karakteristike i obeležja bića krivičnih dela kojima se povređuje ili ugrožava seksualni integritet i samoopredeljenje dece (polna sloboda – sloboda odlučivanja čoveka kao pasivnog subjekta u pogledu stupanja u polne odnose ili na drugi način zadovoljavanje polnog nagona).

U članu 1. švedskog Krivičnog zakonika propisano je krivično delo koje se sastoji u upotrebi sile ili pretnje ili u izlaganju neposrednoj opasnosti kako bi se drugo lice prinudilo na polni odnos ili sa njim izjednačenu polnu radnju. Pri tome sam je Zakonik izričito odredio da se iskorišćavanje stanja nemoći (bespomoćnosti – fizičke ili psihičke) pasivnog subjekta izjednačava sa upotrebom sile. Za ovo je delo propisana kazna zatvora od dve do šest godina (Strahl, Olivecrona, 1999: 213).

Lakši, privilegovani oblik ovog dela za koji je propisana kazna zatvora do četiri godine postoji ako je karakter, obim i intenzitet primenjene sile bio takav da se može zavisno od konkretnih okolnosti (što je faktičko pitanje koje sud rešava u svakom konkretnom slučaju) kvalifikovati kao „manje ozbiljno nasilje“. Kada se radi o prinudi koja je „manje“ ili „više“ ozbiljna, faktičko je pitanje koje sud rešava u svakom konkretnom slučaju na bazi svih objektivnih i subjektivnih okolnosti učinjenog dela i ličnosti aktivnog i pasivnog subjekta. Pri odmeravanju kazne u ovom slučaju sud je u obavezi da primeni zakonom predviđene okonosti kao što su: a) da li je doveden u opasnost život pasivnog sub-

---

1 N. Bishop, Brottsbalken, Simson Straffrattens Utveckling, Ny Strafflag 48 SvJT 583.

jekta, b) intenzitet primenjene sile ili pretnje, c) obim i intenzitet prouzrokovanih povreda ili izazvane bolesti i d) stepen brutalnosti i bezobzirnosti učinio-  
ca dela (Wong, 2013: 178-181).

Ako se radi o licu koje je u sticaju (ili u povratu) učinilo više krivičnih  
dela polnog nasilja, tada je zakonom propisana pooštrena kazna zatvora u tra-  
janju od četiri do deset godina.

Član 2. KZ Kraljevine Švedske propisuje kaznu zatvora u trajanju do  
dve godine u slučaju ako je učinilac izvršio obljubu ili sa njom izjednačenu  
polnu radnju sa pasivnim subjektom protivno njegovoj volji, ali bez primene  
sile (ili iskorišćavanja stanja nemoći). Ukoliko je i ovom prilikom učinilac  
iskazao posebnu bezobzirnost (upornost) pri preduzimanju radnje izvršenja  
dela, tada se može kazniti zatvorom od šest meseci do četiri godine (Sellin,  
Rothman, 1999: 115-116).

U članu 3. KZ Švedske je predviđeno krivično delo za koje je propisana  
kazna zatvora do dve godine. Ovo delo čini lice koje podstiče drugoga na vršen-  
je polnog nasilja. Ovde je radnja podstrekavanja dobila karakter samostalne rad-  
nje izvršenja, a ne oblik saučesništva. Delo je izvršeno samim momentom  
navođenja, podstrekavanja, bez obzira da li je pod uticajem ove radnje  
navođeno lice i neposredno pristupilo polnom nasilju prema trećem licu.

Ista kazna je propisana i za lice koje izvrši polni odnos sa licem za koje  
pogrešno drži (gde se, dakle, nalazi se u zabludi) da nije bespomoćno, ones-  
posobljeno za pružanje otpora ili da boluje od mentalne bolesti. Teži oblik ovog  
dela za koji je propisana kazna zatvora od šest meseci do šest godina postoji ako  
je prilikom preduzimanja radnje izvršenja u bilo kom od zakonom propisanih  
oblika ispoljavanja ovog dela učinilac pokazao poseban nivo bezobzirnosti koji  
značajno odstupa od uobičajenog nivoa (Wennberg, Bogdan, 2000: 175-177).

U članu 4. švedski zakonodavac propisuje kaznu zatvora do četiri  
godine za delo rodoskrnjenja (iako ga Zakonik tako ne naziva). Delo čini lice  
koje izvrši obljubu (polni odnos) sa licem koje je mlađe od 18 godina, a njegov  
je krvni potomak ili sa licem koje je učiniocu povereno na staranje, čuvanje ili  
vaspitanje. U slučaju izvršenja ovog dela gde je starosna razlika između učinio-  
ca dela i pasivnog subjekta „mala“ (a kada takva granica postoji predstavlja  
faktičko pitanje koje sud rešava u svakom konkretnom slučaju uzimajući u obzir  
sve okolnosti objektivnog i subjektivnog karaktera), tada se krivično gonjenje  
ne preduzima po službenoj dužnosti, osim ako se radi o opštem interesu  
(Jareborg, 1987: 159-161).

Ako je pri preuzimanju radnje izvršenja rodoskrnjenja učinilac  
ispoljio poseban nivo bezobzirnosti, tada je propisana kazna zatvora od dve  
do osam godina.

Prilikom novele Krivičnog zakonika Kraljevine Švedske iz 1994. godine, brisana je inkriminacija predviđena u odredbi člana 5.

Sledeće krivično delo polnog nasilja shodno pozitivnom krivičnom pravu Švedske propisano je u članu 6. I ovde je inkriminisana radnja rodoskrnjenja budući da se delo sastoji u polnom odnosu učinioca sa svojim detetom ili unučetom (dakle, krvnim srodnikom u pravoj liniji). Za ovo je delo propisana kazna zatvora do dve godine, a kazna zatvora do jedne godine je propisana u slučaju vršenja polnog odnosa između brata i sestre, dakle krvnih srodnika u pobočnoj liniji u drugom stepenu (Stromhalm, 1981: 221).

U članu 7. ovog Zakonika inkriminisana je nedozvoljena polna radnja. Delo se sastoji u dodirivanju drugog lica uzrasta ispod 15 godina na način kojim učinilac izaziva ili zadovoljava svoj polni nagon ili u podsticanju ovog lica da učestvuje u nedozvoljenim polnim radnjama. Ovo delo ima dva oblika ispoljavanja. To su: a) dodirivanje (telesni kontakt bilo kojim delom tela) drugog lica uzrasta ispod 15 godina na način kojim učinilac izaziva ili zadovoljava svoj polni nagon i b) podsticanje lica uzrasta do 15 godina da učestvuje u nedozvoljenim polnim radnjama. Za ovo je delo propisana kazna zatvora do dve godine.

U slučaju izvršenja ovog dela gde je starosna razlika između učinioca dela i pasivnog subjekta „mala“ (a kada takva granica postoji predstavlja faktičko pitanje koje sud rešava u svakom konkretnom slučaju uzimajući u obzir sve okolnosti objektivnog i subjektivnog karaktera), tada se krivično gonjenje ne preduzima po službenoj dužnosti, osim ako se radi o opštem interesu.

Interesatno je da ovo krivično delo postoji u još dva slučaja: 1) ako se prinudom, zavodjenjem ili podstrekavanjem navede lice uzrasta od 15 do 18 godina da učestvuje u proizvodnji pornografskog materijala sa eksplicitnim polnim radnjama i 2) ako se podstrekava ili omogućava vršenje nedozvoljene polne radnje pasivnog subjekta rečima ili delom čime se u znatnoj meri krši osećaj pristojnosti u sferi polnih odnosa (Wong, 2013: 184).

U članu 8. propisano je da se kaznom zatvora u trajanju do četiri godine kažnjava lice koje podstiče ili pomaže drugome da vrši polne radnje sa trećim licem ili koje promovise, podstiče ili omogućava prostituciju stavljanjem na raspolaganje svojih prostorija. Ovde su saučesničke radnje podstrekavanja i pomaganja u vezi sa prostitucijom predviđene kao samostalne radnje izvršenja krivičnog dela. To znači, da samim njihovim preduzimanjem, delo je svršeno, bez obzira da li je pasivni subjekt uopšte bio u mogućnosti da se upusti u prostituciju.

U članu 9. KZ Švedske propisana je krivična odgovornost i kažnjivost za lice koje u sticaju učini više krivičnih dela koja su upravljena na neposredno vršenje, podstrekavanje ili pomaganje u vršenju prostitucije. Za ovo delo je Zakonik propisao kaznu zatvora od dve do šest godina.

Sledeće krivično delo je propisano u odredbi člana 10. KZ. Za ovo delo je propisana (po prvi put) novčana kazna ili kazna zatvora do šest meseci (alternativno) za lice koje ostvari ili pokuša da ostvari povremene polne odnose sa maloletnim licem obećanjem ili davanjem poklona ili druge naknade (imovinskog ili neimovinskog karaktera – npr. opojne droge i sl.). Ovo je prvi put da švedski zakonodavac propisuje odgovornost i kaznu za pokušano krivično delo polnog karaktera sa maloletnim licem. To je i logično jer je u ostalim slučajevima pokušaj kažnjiv po samoj zakonskoj definiciji s obzirom na vrstu i visinu propisane kazne za svršeno delo (Sellin, Rothman, 1999: 187).

U članu 11. KZ zakonodavac ukazuje na uslove za postojanje krivice učinioca polnih delikata budući da traži postojanje umišljaja na strani učinioca u vreme preduzimanja radnje izvršenja. Taj umišljaj treba da obuhvati svest učinioca o svim bitnim elementima bića krivičnog dela, a posebno svest o svojstvu pasivnog subjekta i njegovom uzrastu.

I na kraju, u članu 12. KZ koji je opšteg karaktera propisano je da će se za sva dela koja su propisana u grupi krivičnih dela pod nazivom: „Polni zločini“ i njihove učinioce primenjivati odredbe o krivičnoj odgovornosti i kažnjavanju za: pripremanje, pokušaj, dogovor (zaveru) ili saučesništvo, posebno za udruživanje više lica u njihovom vršenju, čime su ove delatnosti izričito predviđene kao kažnjive (Wennberg, Bogdan, 2000: 189).

### 3. Krivična dela u nemačkom pravu

Krivični zakonik Savezne Republike Nemačke<sup>2</sup> od 10. marta 1987. godine sa nizom izmena i dopuna na poseban način, u posebnoj glavi – glavi trinaest predviđa pojačanu krivičnopravnu zaštitu dece (lica uzrasta do 14 godina – član 19. KZ) od različitih oblika i vidova polnog nasilja. Ova glava nosi naziv: „Krivična dela protiv polne slobode (seksualnog opredeljenja)“<sup>3</sup>. Posebna zaštita dece je obezbeđena kroz više različitih oblika ispoljavanja krivičnih dela u osnovnom, privilegovanom ili kvalifikovanom obliku.

Pri tome je sam Zakonik izričito odredio u prvom poglavlju: „Krivični zakon“, u prvom odeljku: „Područje primene“, u članu 4. važenje ovog Krivičnog zakonika i za krivična dela koja su učinjena u inostranstvu protiv pravnog dobra SR Nemačke – u tački 8. i za krivična dela protiv seksualnog samoopredeljenja.

---

2 Strafgesetzbuch – StGB je donet 1871. godine (RGBL.S.127) od kada je više puta menjan i dopunjavan (Strafgesetzbuch – StGB, Deutcher Taschenbuch Verlag, Munchen, 2012, str. 113-116).

3 Neubekanntmachung des StGB idF der Bek.v.10.3.1987. (BGBl.I.S. 945,1160 in der seit 1.1.1999. geltenden Fassung).

To su sledeće inkriminacije:

1. seksualna zloupotreba dece – član 176. KZ,
2. teška seksualna zloupotreba dece – član 176a. KZ,
3. seksualna zloupotreba sa smrtnom posledicom – član 176b. KZ. i
4. silovanje – član 177. KZ.

U nastavku rada ćemo analizirati pojam, karakteristike i obeležja bića krivičnih dela kojima se povređuje ili ugrožava seksualni integritet i samoopredeljenje dece (polna sloboda – sloboda odlučivanja čoveka kao pasivnog subjekta u pogledu stupanja u polne odnose ili na drugi način zadovoljavanje polnog nagona).

Seksualna zloupotreba dece je krivično delo propisano u članu 176. KZ. Delo se sastoji u prinudi maloletnog lica uzrasta do 14 godina na vršenje polne radnje u cilju zadovoljenja svog polnog nagona ili dozvoljavanju da takvo lice ove radnje vrši nad učiniocem ili trećim licem. Radnja izvršenja je prinuda – bilo koji oblik uticanja na volju deteta da pristane na vršenje polne radnje nad njim ili njega nad učiniocem ili trećim licem. Dakle, cilj je uticanja na volju deteta da se ono navede na preduzimanje polne radnje u cilju zadovoljenja svog polnog nagona ili polnog nagona učinioca ili trećeg lica. Za ovo je delo propisana kazna zatvora od šest meseci do deset godina.

Teži oblik dela za koji je propisana kazna zatvora najmanje jedna godina postoji ako je radnja izvršenja preduzeta u naročito teškim slučajevima. To su okolnosti koje postoje u vreme i na mestu preduzimanja radnje prinudavanja maloletnog lica koje po svom intenzitetu prevazilaze uobičajeni obim, intenzitet, vreme trajanja i nivo posledica koje se nanose pasivnom subjektu. To može biti npr. upotreba prekomerne sile, teškog ponižavanja, naročito svirep način izvršenja dela i sl.

Dva su lakša oblika ovog krivičnog dela za koja je propisana kazna zatvora od tri meseca do pet godina. Prvo delo ove vrste se sastoji u vršenju polnih radnji sa maloletnikom ili navođenju maloletnika na takve radnje. Ovde se radnja navođenja preduzima na specifičan način – pisanim materijalom, prikazivanjem pornografskih slika ili drugih materijala ovakve saržine, emitovanjem tonskih zapisa pornografskog sadržaja ili drugom pričom čime se navodi, utiče na maloletno lice uzrasta do 14 godina da pristane na polni odnos sa učiniocem ili drugim licem. Drugi oblik dela ove vrste se sastoji u prinudavanju ili obećanju maloletnika drugom licu radi vršenja polne radnje ili u dogovaranju ove aktivnosti sa takvim licem. Pokušaj ovog dela je prema izričitoj zakonskoj odredbi kažnjiv.

U članu 176a. KZ propisano je krivično delo: „teška seksualna zloupotreba dece“. Kaznom zatvora od najmanje jedne godine kazniče se lice koje je već ranije osuđivano za seksualne delikte (specijalni povratnik) ako pre



nego što istekne vreme od pet godina od izdržane, zastarele ili oproštene kazne ponovo učinio krivično delo seksualne zloupotrebe dece. Ovo je, zapravo, kvalifikovani oblik prethodnog krivičnog dela koje je učinio specijalni povratnik u vreme pre nego što je proteklo vreme od pet godina od poslednje osude za istovrsno krivično delo.

Delo ima više težih, kvalifikovanih oblika za koja je propisano pooštreno kažnjavanje. Prvi teži oblik dela za koji je propisana kazna zatvora najmanje dve godine postoji ako punoletno lice – specijalni povratnik – ponovo učini seksualnu zloupotrebu dece pod sledećim okolnostima:

- a) ako prema maloletnom licu uzrasta do 14 godina vrši polne radnje ili dozvoli da to lice vrši takve radnje nad njim,
- b) ako prinudi maloletno lice uzrasta do 14 godina da vrši polne radnje sa trećim licem ili dozvoli trećem licu da vrši ove radnje nad maloletnim licem,
- c) ako polnu radnju sa maloletnikom izvrši više lica ili
- d) ako je usled preduzete polne radnje nastupila opasnost po zdravlje ili je došlo do znatnog oštećenja telesnog ili duševnog razvoja maloletnika.

Dakle, u prva tri slučaja se radi o delu koje je kvalifikovano naročitim okolnostima koje moraju biti obuhvaćene umišljajem učinioca, dok je u četvrtom slučaju to delo kvalifikovano težom posledicom koja je rezultat nehata učinioca i koja se mora nalaziti u uzročno-posledičnoj vezi sa preduzetom radnjom izvršenja osnovnog dela.

Ista kazna je predviđena i za lice koje kao izvršilac ili saučesnik preduzme sledeće radnje:

- a) vrši polne radnje ili dozvoli njihovo vršenje sa maloletnim licem uzrasta do 14 godina,
- b) prinudi maloletno lice na vršenje polne radnje sa trećim licem ili dozvoli trećem licu vršenje takve radnje sa maloletnim licem i
- c) vrši polne radnje pred maloletnim licem uzrasta do 14 godina ili prinudi takvo lice da vrši polne radnje pred učiniocem.

Kada se radi o izvršenju seksualne zloupotrebe deteta starosti do 14 godina u manje teškim slučajevima, tada je propisana kazna zatvora od tri meseca do pet godina. Kada postoje manje teški slučajevi, predstavlja faktičko pitanje koje sud utvrđuje u svakom konkretnom slučaju. Ako je pak maloletnom licu usled preduzete radnje izvršenja naneta veća patnja ili bol, tada se radi o kvalifikovanom obliku dela za koji je propisana kazna zatvora od jedne do deset godina.

I konačno, kazna zatvora od najmanje pet godina se može izreći učiniocu ovog krivičnog dela ako je usled preduzete radnje izvršenja – polne radnje ili prinude na polnu radnju maloletno lice uzrasta do 14 godina teško fizički zlostavljano ili mu je život doveden u konkretnu, neposrednu opasnost. Dakle, ovde teža, kval-

ifikovana posledica koja je rezultat nehata učinioca predstavlja osnov za pooštreno kažnjavanje učinioca dela na štetu polne slobode deteta.

Krivično delo seksualna zlostupotreba sa smrtnom posledicom određeno je u članu 176b. KZ. Delo se sastoji u lakomislenom prouzrokovanju smrti deteta usled preduzete radnje izvršenja krivičnih dela iz čl. 176. (seksualna zlostupotreba dece) i 176a. KZ. (teška seksualna zlostupotreba dece). Ovde se teža posledica kao rezultat svesnog nehata usled preduzete radnje izvršenja navedenih krivičnih dela javlja kao osnov za izricanje kazne zatvora od deset godina ili kazne doživotnog zatvora.

Silovanje kao krivično delo je određeno u članu 177. KZ. Ono se sastoji u prinuđavanju drugog lica da trpi polne radnje učinioca ili trećeg lica ili da te radnje vrši sa učiniocem ili trećim licem upotrebom sile ili pretnje ugrožavanjem života ili tela ili korišćenjem situacije u kojoj je žrtva bez zaštite. Ovo je najteži oblik polnog nasilja gde se prinuda nad polnom slobodom pasivnog subjekta vrši na specifičan način: a) upotrebom sile (fizičke ili psihičke, apsolutne ili kompulzivne, koja mora biti neotklonjiva u konkretnim uslovima), b) upotrebom kvalifikovane pretnje (najave zla koje se sastoji u najavi pasivnom subjektu nanošenja posledice smrti) ili c) korišćenjem stanja nemoći, bespomoćnosti pasivnog subjekta (stanja u kome je on bez zaštite ili nije u mogućnosti da pruži adekvatnu zaštitu polne slobode). Za ovo je delo propisana kazna zatvora od najmanje godinu dana.

Delo ima dva teža oblika ispoljavanja. Prvi teži oblik dela postoji u sledećim slučajevima:

- a) kada je delo izvršeno uz posebno ponižavajuće okolnosti za žrtvu i
- b) kada je delo izvršeno od strane više lica (grupno silovanje) gde sva ova lica moraju da učestvuju u obe radnje – radnji prinuđavanja i polnoj radnji.

Za ovo je delo propisana kazna zatvora najmanje dve godine.

Drugi teži oblik dela postoji u sledećim slučajevima:

- a) kada učinilac pri preduzimanju radnje prinuđavanja nosi oružje (hladno ili vatreno), opasno oruđe ili drugi predmet ili sredstvo kojim se može slomiti otpor žrtve i
- b) kada je usled preduzetih radnji izvršenja – upotrebljene sile – prouzrokovana iz nehata opasnost od teških posledica po zdravlje žrtve.

Za ovo je delo propisana kazna zatvora najmanje tri godine.

#### 4. Zaključak

U strukturi klasičnog kriminaliteta, po svojoj prirodi, karakteru, značaju obimu i intenzitetu prouzrokovanih posledica i stavu društvene sredine izdvaja-

ju se krivična dela polnog nasilja (seksualni delikti). Brojni savremeni krivični zakoni, pa tako i krivični zakonici Kraljevine Švedske i SR Nemačke poznaju više različitih oblika i vidova ispoljavanja krivičnih dela protiv polne slobode (seksualnog samoopredeljenja). Ova dela dobijaju posebnu težinu i značaj kada se kao njihova žrtva javi dete – lice uzrasta do 14 godina.

Već sam napad na takvu žrtvu kod koje je polna sloboda, kao i sloboda odlučivanja uopšte u značajnoj meri smanjena (ili čak isključena zbog nedovoljne duševne zrelosti) predstavlja izuzetno teško krivično delo zaprećeno strogim kaznama. A kada se radnja izvršenja osnovnog dela vrši na poseban način (upotrebom sile ili pretnje, na naročito svirep ili ponižavajući način) ili od strane povratnika (lica koje je prethodno već osuđivano za istovrsno seksualno krivično delo) ili od strane više lica, tada delo dobija težu kvalifikaciju za koje je propisano pooštreno kažnjavanje. Radi se o krivičnim delima koja izazivaju posebnu pažnju, ne samo pravne teorije i sudske prakse, već i opšte javnosti (građanstva).

Krivična dela ove vrste poznaje i niz drugih savremenih krivičnih zakona sa gotovo identičnim obeležjima. Upravo utvrđivanje i pravilna pravna kvalifikacija objektivnih i subjektivnih okolnosti izvršenog krivičnog dela i ličnosti njegovog učinioca, odnosno žrtve u svakom konkretnom slučaju treba da omoguće sudu da izvede pravilan zaključak o postojanju i kvalifikaciji nekog od navedenih oblika krivičnih dela polnog nasilja nad detetom.

## 5. Literatura

- Bishop, N., Brottsbalken, Simson Straffrattens Utveckling. Ny Strafflag 48 SvJT 583.
- Jareborg, N., (1987), Scandinavian Studies in Law. Uppsala : University of Uppsala.
- Kuzwecova N.F. Beqaev, S.S. (2001). Uglovnij kodeks Švecii. Sankt Peteburg: Juridičeskij centar Press.
- Neubekanntmachung des StGB idF der Bek.v.10.3.1987. (BGBl.I.S. 945,1160 in der seit 1.1.1999. geltenden Fassung).
- Sellin, T., Rothman, F. (1999), Penal Code (Brottsbalk). London : Sweet and Maxwell.
- Strafgesetzbuch (2012), StGB je donet 1871. godine (RGL.S.127), Strafgesetzbuch – StGB, Deutcher Taschenbuch Verlag, Munchen.
- Strahl, Olivecrona. (1999), A kuella Sporsmal. Stockholm: Svensk Juristtdning.
- Stromhalm, S. (1981), An Introduction to Swedish Law. New York : Springer.

- Wennberg, S., Bogdan, M. (2000), Swedish Law in the New Millennium, Stockholm : Svensk Juristtdning
- Wong, C. (2013), Swedish Penal Code. Lund University.

\*  
\*                      \*

**Dragan Jovašević, PhD**  
**Faculty of Law University of Niš**

**MINOR - THE VICTIM OF SEXUAL VIOLENCE  
IN SWEDISH AND GERMANY LAW**

*Violent offences directed against sexual integrity of other persons are indisputably considered as the most dangerous forms and aspects of criminality. They are known as the offences against sexual integrity or “sexual offences”. Due to its significance, nature, characteristics and consequences, the crime of sexual violence, for which all contemporary legislations prescribe the most severe types and measures of punishment, particularly stands out among these criminal offences. All contemporary criminal legislations are familiar with various forms and aspects of the crime of sexual violence, depending on the division criteria. In these of offences are specially accenting crimes of sexual violences against minors The Convention for the Protection of Children against Sexsual Exploitation and Sexsual Abuse (2007) laid down the criminal law standards for the protection of minors. After the ratification of the Convention, these standards became part of domestic legal system. This paper discusses the term, characteristics, and elements of the crime of sexual violence in the cases when the attribute of minor as the element of their description in Swedish and Germany law, from both – theoretical as well as practical aspect.*

**Key words:** sexual freedom, violence, minor, law, Sweden, Germany, criminal offence, responsibility, punishment

**Dr Sladana JOVANOVIĆ**  
Pravni fakultet Univerziteta  
Union u Beogradu  
**Zoran PAŠALIĆ**  
Predsednik Prekršajnog  
apelacionog suda

**Pregledni članak**  
**UDK: 343.85:343.91-053.5/6**  
**Primljeno: 15. novembra 2016. god.**

## **MALOLETNI UČINIOCI PREKRAŠAJA SA ELEMENTIMA NASILJA<sup>1</sup>**

*Rad ima za cilj skretanje pažnje na maloletne učinioce prekršaja sa elementima nasilja, imajući u vidu da je ova tema (i uopšte tema prekršaja koje čine maloletnici) neopravdano zapostavljena, uvek u senci problema maloletničkog kriminaliteta, iako prekršajna aktivnost ove kategorije delinkvenata predstavlja često uvod u kriminalnu. Ukazano je na zastupljenost i opasnost prekršaja sa elementima nasilja koje vrše maloletnici, na faktore koji tome doprinose i načine reagovanja, dati su osvrti na aktuelne normativne okvire, praksu u postupanju i moguće pravce promena – iz perspektive sudija za prekršaje.*

**Ključne reči: maloletnici, prekršaji sa elementima nasilja, prekršaji protiv javnog reda i mira, vaspitne mere.**

### **1. Uvod**

Maloletnici kao učinioci prekršaja, naročito onih sa elementima nasilja, nisu u fokusu istraživača kao što su oni koji čine krivična dela, iako prekršaji u suštini predstavljaju lakše forme krivičnih dela, o čemu svedoče začeci i razvo-

---

1 Rad je nastao kao rezultat rada na projektu broj 47011 koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja.

jne faze pekršajnog prava (Pašalić, 2011) i veoma tanka, teško određiva granica između pojedinih prekršaja (među kojima su upravo oni sa elementima nasilja) i krivičnih dela. Često, i kada se govori o maloletničkoj delinkvenciji<sup>2</sup> ili maloletničkom pravosuđu, što su pojmovi daleko šireg dometa, maloletni učinioci krivičnih dela i maloletnički kriminalitet su najvažnije teme. Tek u poslednje vreme, sa izmenama u sferi prekršajnog prava, sa ustanovljavanjem sudova za prekršaje i pojavom novog zakona čije su odredbe o maloletnim učiniocima prekršaja usklađene sa odredbama Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica<sup>3</sup>, tema „maloletničkog prekršajnog prava“ i njegove primene u praksi dobija na značaju. Pretpostavka je da se prekršaji maloletnika ne smatraju naročito značajnim problemom, te zavređuju pažnju tek kada se nađu u dosijeu maloletnog učinioca krivičnog dela. A tada može biti prekasno.

Zbog toga ne čudi ni to što je nedovoljno istraživana i sama prekršajna aktivnost maloletnika, njene osobenosti, a naročito karakteristike formalnog društvenog odgovora na nju. Sa druge strane, delovanje maloletnika u sferi prekršaja je najčešće uvod u kriminalne aktivnosti, te je neophodno više pažnje posvetiti ovoj pojavi, naročito imajući u vidu potrebu za blagovremenim delovanjem i skretanjem maloletnika sa puta na kome se izgrađuje kriminalna karijera. Stoga, ovaj rad predstavlja pokušaj usmeravanja pažnje na problem maloletnih učinilaca prekršaja i to onih sa elementima nasilja, koji predstavljaju i najčešće razloge pojavljivanja maloletnika pred sudom za prekršaje i to upravo iz perspektive sudija sa dugogodišnjim iskustvom. Intervjui sa sudijama za prekršaje su izabrani kao način dolaska do podataka zbog nepostojanja lako dostupnih statističkih podataka, jer ni Republički zavod za statistiku ne prati kretnje ove pojave (za razliku od kriminalnih aktivnosti maloletnika),<sup>4</sup> a ne postoji ni centralna baza podataka prekršajnih sudova. Takođe, reč onih koji se dugo bave materijom prekršajnog prava i sreću se sa maloletnim učiniocima prekršaja ima značajnu težinu i može ukazati na moguće pravce daljeg delovanja. Za sagovornike su izabrane sudije Prekršajnog suda u Beogradu i Prekršajnog apelacionog suda, rade da podele svoje dragoceno, dugogodišnje iskustvo o

---

2 O pojmovnom određenju maloletničke delinkvencije i maloletničkog kriminaliteta, u: Nikolić-Ristanović, V. (2012), „Kriminalitet maloletnika ili maloletnička delinkvencija: pojmovno određenje i njegov značaj“, Revija za kriminologiju i krivično pravo, vol. 50, br. 1-2, str. 183-188.

3 Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, Službeni glasnik RS, br. 85/2005.

4 Utvrđeno je i da je u ovoj sferi potrebno unapređenje sistema prikupljanja podataka, ali i da postoji nedostatak adekvatne i kritičke upotrebe podataka u cilju planiranja i sprovođenja usmerene politike u ovoj oblasti (Stevanović, 2012a: 251-253).

ovoj temi, a računski centri pomenutih sudova su obezbedili i podatke do kojih su mogli doći u kratkom vremenskom periodu.

## **2. Prekršajna aktivnost maloletnika**

Maloletni učinioci prekršaja češće vrše prekršaje sa elementima nasilja, za razliku od onih koje sreću sudije za maloletnike u krivičnom postupku, a koji najčešće vrše imovinska krivična dela. Tako, prema podacima Republičkog zavoda za statistiku krivične prijave za imovinska dela učestvuju sa preko 55% u strukturi prijavljenih dela maloletnika, a u poslednjoj posmatranoj godini (2013) taj udeo je 61,3%. Krivična dela protiv života i tela i protiv javnog reda i mira su na drugom mestu, sa udelima koji se kreću od 10 do 13%<sup>5</sup>. Međutim, treba naglasiti da podaci pokazuju da je broj krivičnih dela sa elementima nasilja koje vrše maloletnici zapravo u porastu. Naime, u strukturi krivičnih dela protiv imovine u značajnoj meri participiraju oni kod kojih se nasilje pojavljuje kao način izvršenja (razbojništvo, razbojnička krađa, teška krađa na naročito drzak način), a oni beleže i konstantan trend rasta, još od devedesetih godina (Škulić, 2003: 356). Ovakvi trendovi su zabeleženi globalno – nasilnički kriminalitet beleži porast, nasuprot imovinskim deliktima bez elemenata nasilja koja u najvećem broju zemalja beleže stagnaciju, ili čak silazni trend (Simeunović-Patić, 2009: 200).

Sudije za prekršaje sa dugogodišnjim iskustvom potvrđuju da su najčešći prekršaji koje čine maloletnici upravo prekršaji sa elementima nasilja, kao i da nije redak recidiv, a upravo ta kategorija učinilaca nastavlja dalje – put kriminalne karijere. Oni ukazuju i na to da su često prisutni prekršaji koji su na granici sa krivičnim delima, vrlo bliski krivičnim delima sa elementima nasilja, te da bi se njihovi izvršioc mogli naći i pred krivičnim sudom, ali da je odluka javnog tužioca da slučaj dobije prekršajnopравни epilog. O ovoj pojavi – kompenzaciji pada broja krivičnih dela maloletnika sa elementima nasilja rastom broja prekršaja govore i rezultati istraživanja u čijim okvirima je vršeno poređenje ove dve vrste delikata maloletnika (Ibid, str. 202). A da se nasilje lako ukorenjuje i da je potrebno na samom početku na pravi način intervenisati, pokazuju i istraživanja koja ukazuju na problem recidivizma kod maloletnika koji su ranije bili osuđeni za krivična dela protiv života i tela, koji pokazuje stopu porasta posle 1993. godine (Ljubičić, 2009: 350).

Kada su u pitanju prekršaji sa elementima nasilja koje vrše maloletnici, na prvom mestu su prekršaji protiv javnog reda i mira predviđeni Zakonom o

---

5 Republički zavod za statistiku, Maloletni učinioci krivičnih dela u Republici Srbiji, Statistika pravosuđa, Saopštenje, broj 192, god. LXIV, 15. 7. 2014.

javnom redu i miru<sup>6</sup> (dalje: ZJRM), a istu sliku potvrđuju i rezultati drugih istraživanja, sprovedenih u Nišu i Užicu (Cvjetković, 2013: 59-62)<sup>7</sup> i u Republici Srpskoj (Grbić-Pavlović, 2010: 44-47). Reč je o prekršajima iz čl. 6. st. 2. (pretnja) i 3. (vređanje, vršenje nasilja i tuča) i čl. 12. ZJRM. U čl. 6. st. 2. ZJRM predviđeno je kažnjavanje za ugrožavanje sigurnosti drugog pretnjom da će se napasti na život ili telo tog ili njemu bliskog lica (kazna je novčana, u iznosu do 25000 dinara ili zatvor u trajanju do 30 dana). Prekršaj je opisan na potpuno isti način kao i krivično delo iz čl. 138 Krivičnog zakonika<sup>8</sup> (ugrožavanje sigurnosti), te je moguće činjenično iste situacije kvalifikovati kao prekršaj ili krivično delo. Vrlo je verovatno da se u slučajevima maloletnika koji preduzimaju radnju kojom se ugrožava sigurnost drugog, češće sreću prekršaji. U ovim slučajevima ostaje da se proceni težina dela *in concreto*, te da se odluči o pravnoj kvalifikaciji. Logično je i objašnjenje da treba utvrđivati da li je došlo do ugrožavanja javnog reda i mira, kako bi se događaj pravilno kvalifikovao (Đorđević, 2013: 100). Ovo je mogao biti osnovni kriterijum razlikovanja u vreme kada se za osnovni oblik ugrožavanja sigurnosti gonilo po privatnoj tužbi, ali je danas još teže napraviti razliku, pa je pretpostavka da se ipak vodi računa o težini konkretnog dela i o tome da li je učiniocu to prvi put ili ne, pa i da li je maloletan ili ne. U st. 3. istog člana predviđeno je kažnjavanje onoga ko vređanjem ili zloupotrebom drugog, vršenjem nasilja nad drugim, izazivanjem tuče ili učestvovanjem u njoj, ugrožava spokojstvo građana ili remeti javni red i mir. I ove radnje su vrlo slične radnjama pojedinih krivičnih dela, pa se i ovde pojavljuje problem kvalifikovanja, te je verovatno da i u ovim slučajevima dolazi do češćeg kvalifikovanja dela kao prekršaja u slučaju maloletnika (ako se ne radi o težim formama, povratništvu), a predviđena je novčana kazna u iznosu do 30000 dinara ili zatvorska do 60 dana, uz obavezno izricanje zaštitne mere oduzimanja predmeta, kao i u slučaju prekršaja iz st. 2. U slučaju da je prekršaj izvršen u grupi (što odlikuje izvršilaštvo maloletnih učinilaca), predviđena je samo kazna zatvora do 60 dana, a obavezno je izricanje zaštitne mere oduzimanja predmeta. U članu 12. ZJRM je predviđeno kažnjavanje novčanom kaznom do 20000 dinara ili kaznom zatvora do 30 dana za onoga ko prosjačenjem ili skitničanjem, ili nepristojnim, drskim i bezobraznim ponašanjem ugrožava spokojstvo građana ili remeti javni red i mir. Elementi nasilja, naročito prema

---

6 Zakon o javnom redu i miru, Službeni glasnik RS, br. 51/92, 53/93, 67/93, 48/94, 85/2005, 101/2005.

7 Prema podacima prekršajnih sudova u Nišu i Užicu (za period od 2010. do 2012. godine), prekršaji protiv javnog reda i mira i saobraćajni prekršaji su najčešći prekršaji maloletnih učinilaca.

8 Krivični zakonik, Službeni glasnik RS, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014.



stvarima, elementi vandalizma, mogu se naći u okvirima drskog i bezobzirnog ponašanja. Naši ispitanici odgovaraju da se ne sreću tako često sa maloletnicima zbog skitničenja i prosjačenja.

Tvrđnju ispitanika da su najčešći prekršaji sa elementima nasilja iz čl. 6. st. 2. i 3. ZJRM (prema ispitanicima, apsolutno dominira prekršaj iz st. 3) potvrdili su i podaci o broju formiranih i rešenih predmeta maloletnika za period 1.1.2014 - 30.4.2015. Moglo bi se grubo reći da je duplo veći broj prekršaja kod kojih su prisutni elementi nasilja (pretnje, sile) prema drugome (najčešće drugom maloletniku) u odnosu na prekršaj iz čl. 12 ZJRM. Slična je situacija kada je u pitanju struktura prekršaja maloletnika i u evidencijama prekršajnih sudova u Nišu i Užicu, a za period od 2010. do 2012. godine (Cvjetković, op. cit.)

Tabela 1: Izveštaj o broju formiranih i rešenih predmeta maloletnika – ZJRM  
čl. 6. st. 2. i 3. za period 1. 1. 2010 - 30. 4. 2015.

Godina	Broj formiranih predmeta	Osudujuća	Obustave redovne	Odbačaj	Opomena	Oslobadajuća presuda	Obustava zastarelo	Rešeno na drugi način	Ukupno donetih odluka	U prekidu
2010.	341	32	0	2	3	8	31	4	80	0
2011.	183	47	2	4	5	12	69	25	164	3
2012.	153	38	3	1	13	15	103	28	201	3
2013.	143	33	5	2	9	9	77	30	165	5
2014.	134	27	6	0	13	15	93	22	176	15
2015.	69	3	1	0	0	3	9	4	20	2
<b>Ukupno</b>	<b>1023</b>	<b>180</b>	<b>17</b>	<b>9</b>	<b>43</b>	<b>62</b>	<b>382</b>	<b>113</b>	<b>806</b>	<b>28</b>

Tabela 2: Izveštaj o broju formiranih i rešenih predmeta maloletnika – ZJRM  
čl. 12. za period 1. 1. 2010 - 30. 4. 2015.

Godina	Broj formiranih predmeta	Osudujuća	Obustave redovne	Odbačaj	Opomena	Oslobadajuća presuda	Obustava zastarelo	Rešeno na drugi način	Ukupno donetih odluka	U prekidu
2010.	140	7	0	1	4	4	23	1	40	4
2011.	60	11	3	3	4	5	29	4	59	0
2012.	61	10	1	0	5	6	28	2	52	1
2013.	65	5	0	0	3	5	22	10	45	2
2014.	68	4	1	0	8	7	27	9	56	9
2015.	35	1	1	0	2	3	3	3	13	3
<b>Ukupno</b>	<b>429</b>	<b>38</b>	<b>6</b>	<b>4</b>	<b>26</b>	<b>30</b>	<b>132</b>	<b>29</b>	<b>265</b>	<b>19</b>

Kada su u pitanju prekršaji sa elementima nasilja, pažnju zavređuju i prekršaji predviđeni Zakonom o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama<sup>9</sup> (čl. 23), kao i prekršaji iz Zakona o oružju i municiji,<sup>10</sup> imajući u vidu da se i oni vezuju za nasilništvo, ali se radi o manje zastupljenim prekršajima. Ipak, u posmatranom periodu jedna kazna maloletničkog zatvora bila je izrečena za prekršaj sa elementom nasilja učinjen na sportskoj priredbi.

Tabela 3: Izveštaj o broju formiranih i rešenih predmeta maloletnika – Zakon o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama za period 1. 1. 2010 - 30. 4. 2015.

Godina	Broj formiranih predmeta	Osudjujuća	Obustave redovne	Odbačaj	Opomena	Oslobadajuća presuda	Obustavaz astarelo	Rešeno na drugi način	Ukupno donetih odluka	U prekidu
2010.	9	2	0	0	1	1	0	0	4	0
2011.	8	1	0	0	0	0	1	1	3	0
2012.	12	2	1	0	0	1	3	4	11	0
2013.	19	2	0	0	1	0	1	5	9	0
2014.	12	4	0	0	0	0	3	7	14	4
2015.	5	2	0	0	0	0	1	1	4	1
<b>Ukupno</b>	<b>65</b>	<b>13</b>	<b>1</b>	<b>0</b>	<b>2</b>	<b>2</b>	<b>9</b>	<b>18</b>	<b>45</b>	<b>5</b>

### 3. O profilu maloletnog učinioca i faktorima rizika

Prema iskustvu sudija, najčešće su učinioci prekršaja sa elementima nasilja muškog pola, dok se devojčice veoma retko pojavljuju (a kada se i pojave pred sudom, obično je predmet nasilje prema drugoj devojčici). Ovo bi se moglo objasniti time što različiti restriktivni i stimulatívni faktori ohrabruju devojčice da poštuju društvene norme, a one su obično i potčinjene strožoj kontroli od strane roditelja. Kulturalni koncepti su manje tolerantni prema devijantom ponašanju žena nego muškaraca, a agresivnost i nasilje igraju značajnu ulogu u konstruktumu muškosti i seksualnosti u patrijarhalnim društvima, pa je primarni cilj mladića da osiguraju i održe status i autoritativnu mušku/mačo poziciju (UN, 2003:192).

Među učiniocima prekršaja sa elementima nasilja dominiraju stariji maloletnici (koji su navršili 16 godina, a nisu 18) koji se najčešće vanredno

9 Zakon o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama, Službeni glasnik RS, br. 67/2003, 101/2005 – dr. zakon, 90/2007, 72/2009 – dr. zakon, 111/2009 i 104/2013 – dr. zakon.

10 Zakon o oružju i municiji, Službeni glasnik RS, br. br. 9/92, 53/93, 67/93, 48/94, 44/98, 39/2003, 101/2005 - dr. zakon, 85/2005 – dr. zakon, 27/2011 – odluka US i 104/2013 – dr. zakon.

školuju, najčešće u zanatskim školama. Obično potiču iz porodice opterećene teškim materijalnim prilikama, alkoholizmom roditelja (obično oca), konfliktima, zanemarivanjem i zlostavljanjem. Retki su učinioci iz dobrostojećih porodica, ali predstavljaju ozbiljan problem, vrše teže prekršaje i ponavljaju ih. Često se prekršaji vrše pod uticajem psihoaktivnih supstanci (češće pod uticajem alkohola nego droge).

Sudije se slažu i da su najopasniji i najproblematičniji maloletnici oni čiji roditelji neće da saraduju, bez obzira na druge faktore. Često se sami roditelji raspravljaju sa sudijom, odbijaju da prihvate da je njihovo dete učinilo prekršaj i, kako kaže jedna sagovornica „uče decu da lažu”, teraju ih da promene iskaz, okrivljuju nekog drugog ili nešto drugo. Ona kaže i: „Jasno se vidi i po detetu i roditeljima da li će biti recidiva. Kod ovih roditelja „zaštitnika“, što čine deci medvedu uslugu, deca su mnogo češće „povratnici”. Često se roditelji odazivaju sami na sudski poziv, dolaze bez dece i pravdaju njihov nedolazak, a deca takvih roditelja se i pred sudom ponašaju drsko i bahato. U ovakvim slučajevima, postavlja se pitanje kako se to ostvaruje ratio legis odredbi koje uspostavljaju procesna prava roditelja, a koji se vezuje za neophodnost šire zaštite maloletnika i adekvatno reagovanja na njihovo prestupništvo (Škulić, 2013: 84). Sa druge strane, prema sagovornicima lako je utvrditi i kada neće biti povratništva: „Kada oba roditelja dođu, sa braniocem, zainteresovani, zabrinuti, a maloletniku je to prvi put, odmah bude jasno da neće biti drugog puta”.

Sudije konstatuju da su najvažniji faktori rizika vezani za stanje u društvu i društvenom okruženju maloletnika, ali smatraju da porodica ima najvažniju ulogu i da je neophodna saradnja roditelja i korigovanje njihovog vaspitnog stila, mada se uključivanje roditelja smatra većim izazovom od uključivanja samog maloletnika u programe prevencije (Simeunović-Patić, 2014: 151). Primetno je veće učešće jednoroditeljskih porodica, naročito samohranih majki, pa se može zaključiti da maloletnici, zbog odsustva očinske figure (uz druge faktore rizika, naročito siromaštvo) traže uzore muževnosti u delinkventnim vršnjačkim grupama (UN, 2003: 195) Prema iskustvu ispitanika, u 80% slučajeva roditelji su osnovnog ili srednjeg obrazovanja, loša je materijalna situacija u porodici, ali ima i slučajeva dece iz dobrostojećih porodica, koja su, po mišljenju sudija, prezaštićena, te se može zaključiti da ni takav suviše zaštitnički roditeljski stil nije dobar. Ta kategorija maloletnika je, prema iskustvu ispitanika, naročito „žestoka” u vršenju prekršaja i povratništvu<sup>11</sup>.

---

11 O karakteristikama roditelja koje pogoduju antisocijalnom ponašanju deteta, kao i o drugim faktorima rizika i protektivnim faktorima, u: J. Hrnčić, „Razumevanje dinamike razvoja antisocijalnog ponašanja mladih“, u: M. Blagojević, Z. Stevanović (ur.), Prevencija kriminala i socijalnih devijacija, Institutu za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, 2009, str. 47-65.

Prema navedenom, profil maloletnika koji vrši prekršaje, a na koga treba obratiti naročitu pažnju odgovara sledećem opisu: to je najčešće mladić na koga deluje niz stresogenih faktora: nepovoljno socioekonomsko zaleđe, nisko obrazovanje, slab roditeljski nadzor, a često je sklon zloupotrebi psihoaktivnih supstanci (Simeunović-Patić, 2014: 151).

#### **4. O sankcijama za maloletnike**

Zakon o prekršajima<sup>12</sup> (u daljem tekstu: ZP) je sistem sankcionisanja maloletnika prilagodio sistemu predviđenom Zakonu o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica. Prema dobijenim podacima Prekršajnog suda u Beogradu, a i prema iskustvu ispitanika – najčešća sankcija, ujedno i najblaža, jeste ukor (vidi i: Cvjetković, 2013: 59-62) ili opomena, dok je na drugom mestu pojačan nadzor od strane organa starateljstva. Kazne, namenjene isključivo starijim maloletnicima, primenjuju se kao poslednje sredstvo. Slična je struktura sankcija koje se izriču maloletnim učiniocima krivičnih dela, s tim što je nešto veći udeo mera pojačanog nadzora u odnosu na mere upozoravanja i usmeravanja u posmatranom periodu u Srbiji (Stevanović, 2012: 309).

Razumljivo je što se novčana kazna ređe izriče, jer maloletnici obično nemaju novca, već kaznu u krajnjoj liniji plaćaju roditelji, a (pre)vaspitni dometi u tom slučaju i nisu tako značajni (osim ako se roditelji ne angažuju više u tom smislu, pošto su oni, u krajnjoj liniji, kažnjeni). Prema rezultatima istraživanja u prekršajnim sudovima u Nišu i Užicu, za period od 2010. do 2012. godine primetno je i smanjivanje učešća novčane kazne u strukturi sankcija za maloletnike, kada su u pitanju prekršaji protiv javnog reda i mira, ali i drugi (Ibid.). Inače, Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica ne predviđa mogućnost novčanog kažnjavanja maloletnika. Treba pomenuti i novinu predviđenu novim zakonom o prekršajima koja se odnosi na isključenje mogućnosti zamene neplaćene novčane kazne zatvorom, tako da je jedini način prinudna naplata.

Kazna maloletničkog zatvora se, gotovo i ne izriče, što je opravdano sa aspekta mogućnosti vaspitnog delovanja na maloletnika, jer za razliku od iste krivične sankcije – maloletnički zatvor u prekršajnom postupku može trajati najduže 30 dana, što se ne smatra dovoljnim za ostvarenje prevaspitnog uticaja na maloletnika koji je u ozbiljnijem sukobu sa zakonom i potreban mu je intenzivniji tretman. U protivnom, primena maloletničkog zatvora bi se pretvorila u punitivno preventivno delovanje od kojeg se u savremenom pristupu malolet-

---

<sup>12</sup> Zakon o prekršajima, Službeni glasnik RS, br. 65/2013.

ničkom prestupništvu (za koji se Srbija opredelila) odustaje. Ova sankcija se smatra spornom imajući u vidu postojanje maloletničkog zatvora kao krivične sankcije koja se izuzetno primenjuje i kada su u pitanju najteži oblici prestupništva, odnosno teška krivična dela (Stevanović, 2014: 105). Ipak, u određenim slučajevima, imajući u vidu da su prekršaji ipak lakše forme prestupničkog ponašanja, ne bi trebalo u potpunosti zanemariti primenu ove kazne, jer se i kratkotrajnim lišenjem slobode, u kontaktu sa kvalifikovanim osobama koje će ukazati na društveno neprihvatljivo ponašanje, maloletnik može odvratiti od prestupništva (Milić, 2013: 26).

Veoma često se dešava da maloletnik pre ili u toku prekršajnog postupka postane punoletan, što ima određena dejstva i u pogledu njegovog sankcionisanja. Naime, u takvom slučaju se ne mogu primeniti odredbe o vaspitnim merama. Ako je postao punoletan posle donošenja odluke kojom je izrečena vaspitna mera, obustavlja se izvršenje vaspitne mere (čl. 83 ZP). U odnosu na Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica (čl. 41) koji poznaje kategoriju mladih punoletnih lica i dozvoljava izricanje vaspitne mere licu koje je u toku postupka postalo punoletno (ali ne navršši 21 godinu), Zakon o prekršajima stavlja mlada punoletna lica u teži položaj u prekršajnoj sferi. Sudovima se u takvim slučajevima savetuje da ceneći sve one okolnosti koje bi inače uvažili prilikom izricanja vaspitne mere maloletniku, povedu računa o tome da je u pitanju mlade punoletne lica i izvrše odgovarajuću individualizaciju sankcije (Mrvić-Petrović, 2014: 70).

Interesantno je to što ispitanici navode da bi dobro rešenje za sankcionisanje maloletnika bio društveno koristan rad, jer se obično radi o licima koja ne izvršavaju ni svoje školske obaveze, a veoma retko su radno angažovani. Za razvijanje osećaja odgovornosti i uvažavanje drugih, preporučuju rad u ustanovama u kojima je potrebna neka vrsta pomoći drugima. Ostaje nejasno zašto se, ako je već prepoznat značaj radnog angažovanja maloletnika, ne izriču posebne obaveze, kao sankcija kojom se vrši usmeravanje maloletnika. Jedna od posebnih obaveza jeste uključivanje maloletnika, bez naknade, u rad humanitarnih organizacija ili u poslove ekološkog, socijalnog ili lokalnog značaja (čl. 76. st. 1. t. 6. ZP). Ista je situacija sa krivičnom sankcijom – posebnom obavezom koja podrazumeva radno angažovanje maloletnika na teritoriji Višeg suda u Beogradu, dok je ova posebna obaveza daleko najizricaniji modalitet posebne obaveze u praksi Višeg suda u Novom Sadu (Stevanović, 2012: 318). Na osnovu iznetog, moglo bi se zaključiti da neki drugi faktori imaju uticaja na izbor sankcije (prekršajne ili krivične), pa se pomišlja na rutinu u postupanju, izbegavanje komplikovanih rešenja i opterećenja. Treba pomenuti i to da je Zakon o prekršajima izostavio mogućnost kombinovanja mera pojačanog nadzora sa posebnim

obavezama, što je Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica predvideo (čl. 19).

Pretpostavka je i da se od drugih, prvenstveno od centra za socijalni rad očekuje da radi sa maloletnikom i preduzme sve što je potrebno, dok je uloga suda više posrednička u tom odnosu. Ono što sudije brine jeste da svojim nastupom ne utvrde maloletnika u prestupničkom ponašanju, ne razviju bunt kod njega, otpor prema sistemu, jer smatraju da sud sam po sebi deluje prilično zatrašujuće na maloletne učinioce i asocira na kažnjavanje. Moguće je i da u izboru sankcije – pojačanog nadzora od strane organa starateljstva, sud vodi računa i o sopstvenom opterećenju (imajući u vidu da se ne bavi samo maloletničkim prestupništvom, već i ostalim, različitim predmetima), pa izbegava sankcije u vezi s kojima bi mogao imati više posla (obustava izvršenja i izmena odluke o vaspitnoj meri, ponovno odlučivanje o vaspitnoj meri, čl. 79-80. ZP). Ovako se maloletnik prepušta organu starateljstva kao najpodesnijem subjektu za brigu o maloletnom prestupniku, od koga se najviše i očekuje. Interesantno je i to što ispitanici ne smatraju da je uključivanje maloletnika u sportske aktivnosti „ključ“ problema (isto: Ignjatović, 2004: 541), već su važniji obrazovni i radni angažman i uključivanje roditelja u programe prevencije.

## **5. O nužnosti specijalizacije sudija za prekršaje**

Sudije za prekršaje od 1. januara 2010. godine nisu specijalizovane, odnosno ne sude (pojedinci) samo maloletnicima. Naime, „maloletnički predmeti“ su ranije cenjeni kao teža vrsta predmeta i dodeljivani su pojedincima koji su ocenjeni kao senzibilisani za materiju maloletničkog prestupništva (vodilo se računa o afinitetu, godinama, roditeljstvu i dr.). Međutim, s obzirom na to da je uočeno da su sudije koje su postupale u ovako teškim predmetima bile neuspešne u reizboru, odustalo se od prakse tzv. specijalizacije. Takvoj situaciji je doprinelo i neodlučivanje od strane Visokog saveta sudstva u zakonskom roku o kriterijumima i merilima za vrednovanje rada sudija. Ipak, smatra se da sudije za prekršaje moraju da ostvare vaspitni uticaj na maloletnog učinioca (Tukar, 2009: 153), moraju da deluju preventivno, da kroz razgovor i adekvatnu sankciju odvrate maloletnika od povratka pred sud. S tim u vezi, ispitanici su mišljenja da ne može svako da sudi maloletnim prestupnicima, već je specijalizacija neophodna (baš kao i u krivičnom pravosuđu). Oni smatraju da su sve dosadašnje obuke o maloletničkoj delinkvenciji i postupanju prema maloletnicima u postupku bile od koristi, ali da je neophodno ove predmete usmeriti ka najprijemčivijima i najsenzibilnijima za materiju maloletničkog prestupništva. Sudije smatraju da je veoma bitan pristup maloletniku, jer je reč o veoma osetljivim predmetima. Jedna sagov-

ornica kaže: „Moram da znam i kako ću da ga pogledam, kako ću da sedim, da se ponašam...Utisak kod njega je veoma bitan, da se ne javi bes, otpor prema sudu...On očekuje i treba da dobije poštovanje...“.

## **6. Završni osvrt**

Usvajanje novog zakona o prekršajima predstavlja zaokruživanje odgovora na maloletničko prestupništvo u normativnoj sferi. Međutim, kao i obično, problem jeste primena novog, unapređenog normativnog okvira. Da bi se utvrdilo kakva je situacija u praksi, kako se nova rešenja primenjuju i šta bi valjalo promeniti, kako ih unaprediti, potrebno je vršiti istraživanja. Maloletnička delinkvencija u sferi prekršaja je zanemarena, potcenjena i nije dovoljno istražena, dobrim delom zbog neadekvatnog sistema obrade podataka i nepostojanja centralne baze podataka. Istraživanja u ove problematike su od izuzetnog značaja, ako se pođe od teze da su prekršaji lakša krivična dela po svojoj suštini i iskustva koje govori o tome da se sa činjenjem prekršaja počinje i ulazi u poduhvate koji predstavljaju vršenje krivičnih dela. Kada počne sa radom novi informacioni sistem prekršajnih sudova u Srbiji (SIPRES) koji uključuje program za vođenje jedinstvenih registara na nivou Republike, kao i sistem za automatsko vođenje predmeta, do podataka će se lakše i brže doći, jer će svi prekršajni sudovi biti povezani na pravosudnu mrežu i imati pristup centralnoj bazi podataka. Važno je istražiti ne samo karakteristike profila maloletnog učinioca, nego i strukturu, a naročito delotvornost prekršajnih sankcija i vezu između prekršajnih sudova i organa starateljstva, na polju izbora najpodesnije sankcije za maloletnog učinioca, kao i saradnje u vezi sa njenom primenom.

S obzirom na to da su roditelji, odnosno njihove kompetencije percipirani kao najveći problem, sudije ukazuju na važnost programa koji će biti posvećeni upravo njima i razvoju njihovih kompetencija. I strana iskustva pokazuju da najvažniji naponi vezani za prevenciju moraju biti fokusirani na porodicu maloletnih učinilaca, odnosno onih koji bi to mogli postati obično zbog nebrige, u smislu zanemarivanja, ali i prezaštićivanja od strane roditelja. Evaluacija programa obuke o „roditeljskom menadžmentu” u SAD je pokazala da je program usmeren na roditelje dece starosti od tri do osam godina sa poremećajima u ponašanju dao dobre rezultate, odnosno da je kod između 2/3 i 3/4 dece postignuta značajna promena i povratak urednom bihevioralnom funkcionisanju (UN, 2003: 202).

Takođe, u okviru preventivnih aktivnosti, treba skrenuti pažnju na decu koja nisu prekršajnoopravno odgovorna, ali bi se njihovo deliktno ponašanje moglo vezati za nenadzor ne samo od strane roditelja, staratelja ili hranitelja (čl.

72. st. 1. ZP) već i od strane drugih lica (vaspitača, nastavnika, na primer) koja su bila dužna da vrše nadzor nad detetom u datoj prilici i to su bila u mogućnosti da čine. Preporuka je da se u zakonima kojima se propisuju prekršaji predvidi i ova mogućnost. Kada su u pitanju maloletnici, u čl. 72 st. 3 ZP predviđena je mogućnost da se zakonom propiše da će za prekršaj maloletnika odgovorati (pored roditelja, usvojitelja, staratelja, odnosno hranitelja) i druga lica za koja je propisana obaveza vršenja nadzora nad maloletnikom koji je učinio prekršaj. Za sada, prema iskustvu ispitanika, postojeće odredbe nemaju naročitu primenu, ali bi trebalo i na ovaj način (predviđanjem šireg kruga odgovornih lica) potencirati obavezu vršenja nadzora nad maloletnim licima i brige o njima.

## 7. Literatura

- Cvjetković, V. (2013), Procesno-pravne odredbe o maloletnicima u novom zakonu o prekršajima, Postupanje sa maloletnicima u prekršajnom postupku, Pravosudna akademija, USAID, Beograd, str. 35-64.
- Grbić-Pavlović, N. (2010), Kazneno-pravni aspekti maloljetničke delinkvencije u Republici Srpskoj, Defendologija centar za bezbjednosna, sociološka i kriminološka istraživanja, Banja Luka.
- Đorđević, Đ. (2013), Prekršajno pravo, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd.
- Hrnčić, J. (2009), Razumevanje dinamike razvoja antisocijalnog ponašanja mladih, u: Blagojević, M., Stevanović, Z. (ur.) Prevencija kriminala i socijalnih devijacija, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, str. 47-65.
- Ignjatović, Đ. (2004), Maloletničko krivično pravo između bolećivosti i retributivnosti, Pravni život, br. 9, str. 529-554.
- Kron, L., Pavićević, O., Maljković, M. (2012), Delikt, kazna, rizici: adolescenti i socijalna profilaksa, u: Kron, L. (ur.), Delikt, kazna i mogućnosti socijalne profilakse, str. 279-290.
- Ljubičić, M. (2009), Recidivizam maloljetnih prestupnika: sociološka analiza trendova povratništva, u: Kron, L. (ur.), Kontrola kriminaliteta i evropski standardi: stanje u Srbiji, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, str. 341-356.
- Meško, G., Simeunović-Patić, B. (2014), Prevencija nasilja mladih: rezultati evropskih istraživanja i pouke za Srbiju, u: Kolarić, D. (ur.), Nasilje u Srbiji: uzroci, oblici, posledice i društvene reakcije, tom 1, Kriminalističko-policijska akademija, Fondacija „Hans Zajdel“, Beograd, str. 142-152.



- Milić, Lj. (2013), Materijalno-pravne odredbe o maloletnicima u novom zakonu o prekršajima, Postupanje sa maloletnicima u prekršajnom postupku, Pravosudna akademija, USAID, Beograd, str. 7-33.
- Mrvić-Petrović, N. (2014), Komentar novog zakona o prekršajima, Paragraf Co., Paragraf Lex, Beograd, 2014.
- Nikolić-Ristanović, V. (2012), Kriminalitet maloletnika ili maloletnička delinkvencija: pojmovno određenje i njegov značaj, Revija za kriminologiju i krivično pravo, vol. 50, br. 1-2, str. 183-188.
- Pašalić, Z. (2011), Uticaj prekršaja na rast stope kriminala u Srbiji, u: Kron, L., Knežić, B. (ur.), Kriminal i državna reakcija: fenomenologija, mogućnosti, perspektive, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, str. 357-374.
- Simeunović-Patić, B. (2009), Obeležja kriminaliteta maloletnika u Srbiji i perspektive adekvatnog društvenog reagovanja, u: Blagojević, M., Stevanović, Z. (ur.), Prevencija kriminala i socijalnih devijacija, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, str. 199-227.
- Stevanović, I. (2012), Kretanje broja izrečenih vaspitnih mera posebnih obaveza prema vrsti krivičnog dela, starosti i polu maloletnih učinilaca za period 2007-2011. godina, Revija za kriminologiju i krivično pravo, vol. 50, br. 1-2/2012, str. 303-320.
- Stevanović, I. (2012a), Pravac reforme sistema maloletničkog pravosuđa u Republici Srbiji u 2012. godini – mere, sankcije i načini vođenja evidencije, u: Kron, L. (ur.), Delikt, kazna i mogućnosti socijalne profilakse, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, str. 245-255.
- Stevanović, I. (2014), Novo prekršajno zakonodavstvo i položaj maloletnih učinilaca prekršaja, Prestup i kazna: de lege lata i de lege ferenda, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, str. 101-116.
- Škulić, M. (2003), Maloletnici kao učinioci i kao žrtve krivičnih dela, Dosije, Beograd.
- Škulić, M. (2013), Specifičnosti postupanja prema maloletnicima u prekršajnom postupku, Postupanje sa maloletnicima u prekršajnom postupku, Pravosudna akademija, USAID, Beograd, str. 65-88.
- Tukar, M. (2009), Uloga organa za prekršaje u prevenciji kriminaliteta, u: Kron, L. (ur.), Kontrola kriminaliteta i evropski standardi: stanje u Srbiji, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Beograd, str. 145-156.
- United Nations, Juvenile Delinquency, World Youth Report, 2003. <http://www.un.org/esa/socdev/unyin/documents/ch07.pdf> (5. 5. 2015).

**Dr Sladana JOVANOVIĆ**  
**Pravni fakultet Univerzitetu Union u Beogradu**  
**Zoran PAŠALIĆ**  
**Predsednik Prekršajnog apelacionog suda**

**JUVENILE PERPETRATORS OF MISDEMEANORS  
WITH ELEMENTS OF VIOLENCE**

*The paper aims to draw attention to juvenile perpetrators of misdemeanors with elements of violence, having in mind that this topic (and generally topic of juvenile misdemeanors) has been unjustifiably neglected, always in the shadow of the problem of juvenile crime, although misdemeanor activity of this category of offenders is often a prelude to criminal activity. It points to the prevalence and dangerousness of the misdemeanors with elements of violence committed by minors, the contributing factors and formal reactions, given the emphasis on the present regulatory framework, the judicial practice and possible directions of change - from the perspective of judges.*

**Key words:** *juvenile offenders, misdemeanors with elements of violence, offences against public order, educational measures*

CIP – Каталогизacija y publikaciji  
Narodna biblioteka Srbije, Beograd

343

REVIJA za kriminologiju i krivično pravo  
/ glavni i odgovorni urednik Zoran Stevanović. -  
Vol. 41, br. 1 (januar/april 2003)- - Beograd  
(Ulica Kraljice Natalije 45) : Srpsko udruženje  
za kriminologiju i krivično pravo :  
Institut za kriminološka i sociološka istraživanja,  
2003- (Beograd : Kultura print). - 24 cm  
Tri puta godišnje. - Je nastavak:  
Jugoslovenska revija za kriminologiju i  
Krivično pravo = ISSN 0022-6076  
ISSN 1820-2969 = Revija za kriminologiju i  
Krivično pravo

COBISS.SR-ID 116488460